

Rau, Charles-Frédéric (1803-1877). Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, par MM. C. Aubry,... C. Rau,... 3e édition.... 1860.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F

LC 225

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

T.

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND

DE C.-S. ZACHARIÆ,

PAR MM.

C. AUBRY,

Doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit
de Strasbourg,
Juge suppléant au tribunal de la même ville,
Chevalier de la Légion d'Honneur.

C. RAU,

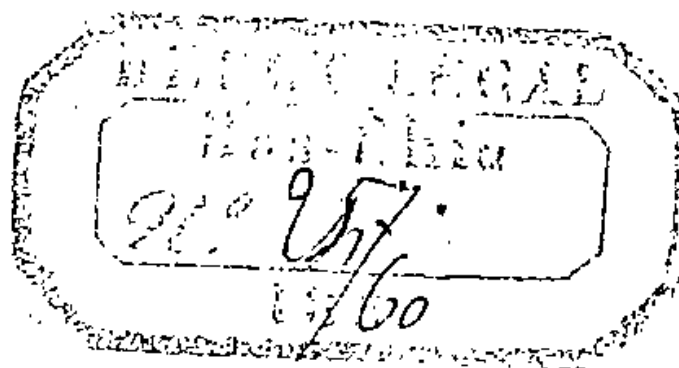
Professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de
Strasbourg,
Juge suppléant au tribunal de la même ville,
Chevalier de la Légion d'Honneur.

TROISIÈME ÉDITION,

ENTIÈREMENT REFONDUE ET COMPLÉTÉE.



TOME QUATRIÈME.



PARIS,

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

ET DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA MÊME COUR ET AU CONSEIL D'ÉTAT.

Place Dauphine, 27.

1860.

©.

DROIT CIVIL

THÉORIQUE FRANÇAIS.

Suite de la seconde partie.

(Livre premier. — Seconde division.)

SECONDE SUBDIVISION.

DES DROITS DE PUISSANCE ET DE FAMILLE (JUS POTESTATIS ET FAMILIÆ.)

PREMIÈRE SECTION.

Du mariage et de la puissance maritale.

CHAPITRE PREMIER.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ SOUS LE RAPPORT DU LIEN PERSONNEL QU'IL
CRÉE ENTRE LES ÉPOUX.

SOURCES. — Édit contre les mariages clandestins, de février 1556. Concile de Trente, session vingt-quatrième, *De sacramento matrimonii* (11 novembre 1563). Ordonnance de Blois, de mai 1579, art. 40 à 44 et 181. Déclaration sur les formalités des mariage, du 26 novembre 1639. Édit portant règlement pour les formalités de mariage, de mars 1697. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le divorce. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le mode de constater l'état civil des citoyens. *Code Napoléon*, art. 63 à 76, art. 144 à 311. Loi sur l'abolition du divorce, du 8 mai 1816. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale*, par Pothier. *Code matrimonial*, par Le Ridant, nouv. édition, revue par Camus; Paris 1770, 2 vol. in-4°. *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de France*, par Agier; Paris an IX, 2 vol. in-8°. *Commentaire sur la loi du 26 ventôse an XI, concernant le mariage*, par Bernardi; Paris an XII, in-8°. *Lois du mariage et du divorce depuis leur origine dans le Droit romain*, par Nou-

garède, 2^e édit.; Paris 1816, in-8°. *Jurisprudence du mariage*, par le même; Paris 1817, in-8°. *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage, sur le pouvoir d'apposer des empêchements dirimants, et sur le droit d'accorder des dispenses matrimoniales*, par Tabaraud; Paris 1825, in-8°. *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, par Vazeille; Paris 1826, 2 vol. in-8°. *Traité des empêchements de mariage*, par Pezani; Paris 1838, in-8°. *Traité des puissances maritale, paternelle, et tutélaire*, par Chardon; Paris, 3 vol. in-8°. *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles, et des successions irrégulières*, par Richefort; Paris 1843, 3 vol. in-8°. *Traité du mariage et de ses effets*, par Allemand; Paris 1847, 2 vol. in-8°.

I. NOTIONS HISTORIQUES.

§ 449.

En France, comme dans la plupart des États d'origine germanique, les doctrines du catholicisme sur le mariage avaient été reconnues et consacrées par la puissance publique, et la législation de l'Église y était devenue celle de l'État. Toutefois, il avait été rendu par les rois de France différentes ordonnances qui subordonnaient la validité du mariage à l'accomplissement de certaines conditions exigées par la loi civile¹, ou qui du moins privaient des effets civils les mariages contractés au mépris des dispositions de cette loi². D'un autre côté, la juridiction des juges séculiers touchant les matières matrimoniales, n'était pas en France aussi restreinte que dans les autres États dont nous venons de parler³.

La révolution de 1789 vint changer cet ordre de choses. Pour rendre l'État entièrement indépendant de l'Église, on établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. La constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. II, art. 7) proclama en principe que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

La loi des 20-25 septembre 1792, qui développa ce principe, porta les atteintes les plus graves à la dignité et à la sainteté du

¹ Ainsi, par exemple, la validité du mariage des mineurs était subordonnée au consentement des pères et mères. Pothier, *Du contrat de mariage*, nos 321 à 336. Cpr. aussi nos 361 à 363.

² Les mariages secrets, les mariages *in extremis*, et les mariages contractés par un mort civilement, quoique valablement contractés quant au lien, étaient privés des effets civils. Pothier, *op. cit.*, nos 426 à 436.

³ Cpr. Pothier, *op. cit.*, nos 452 à 455.

mariage, en admettant le divorce par consentement mutuel, et en reconnaissant à chacun des époux la faculté de demander, pour cause d'incompatibilité d'humeur, la dissolution du mariage, qui fut ainsi assimilé à un contrat ordinaire de société⁴.

Tel était l'état de la législation lors de la discussion du Code Napoléon. Il était peu de matières aussi délicates à traiter que celle du mariage, surtout à raison des écarts dans lesquels était tombé le Droit intermédiaire. Toutefois, on fut bientôt d'accord sur les bases du travail.

On résolut de rester fidèle au principe posé par la constitution de 1791. Aussi, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage font-elles entièrement abstraction des croyances religieuses. Il est sans doute permis aux époux de faire bénir leur union suivant les rites de leur religion⁵; mais la validité civile du mariage dépend uniquement de l'observation des règles prescrites par les lois de l'État, et les tribunaux séculiers sont seuls compétents pour statuer sur cette validité. La seule concession que l'on fit aux croyances catholiques, fut d'admettre la séparation de corps concurremment avec le divorce, que l'Église catholique repousse.

Cependant, tout en se rattachant au principe consacré par la constitution de 1791, on comprit la nécessité de restituer au mariage le caractère sacré dont le Droit intermédiaire l'avait dépouillé. Ce fut dans cette vue que l'on reproduisit un grand nombre des dispositions de l'ancien Droit sur les formalités de la célébration du mariage, sur les empêchements de mariage, et sur la puissance maritale.

Quant au divorce, on crut devoir, en le maintenant, rejeter les demandes en divorce fondées sur l'incompatibilité d'humeur. Mais, quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur la question de savoir si, dans l'état de nos mœurs et dans l'intérêt de la société, il

⁴ Cpr. LL. des 8 nivôse an II, 4 floréal an II, 24 vendémiaire an III, 15 thermidor an III, et premier jour complémentaire de l'an V. Cette dernière loi apporta une première amélioration au système établi par les lois précédentes.

⁵ La bénédiction nuptiale ne peut être donnée qu'après la célébration du mariage civil. L. du 18 germinal an X, art. 54. Code pénal, art. 199 et 200. Cpr. décret du 9 décembre 1810; décision ministérielle du 7 juin 1832, Sir., 32, 2, 437; Crim. rej., 29 décembre 1842, Sir., 43, 1, 73. — Les prêtres ne peuvent être contraints de bénir un mariage qui, bien que permis par la loi civile, ne le serait pas, d'après leur manière de voir, par la loi religieuse, sauf le recours au Conseil d'état dans le cas où le refus de bénédiction nuptiale constituerait un des cas d'appel comme d'abus prévus par l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X.

convenait ou non d'admettre le divorce, on est forcé de reconnaître que les rédacteurs du Code n'avaient pas resserré dans des limites assez étroites le droit de le demander, et que c'est à tort surtout qu'ils avaient admis le divorce par consentement mutuel.

Tant que dura le premier empire, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage ne reçurent aucune modification essentielle.

Sous la Restauration, le désir de faire cesser le désaccord existant entre les lois civiles et les lois religieuses de l'Église catholique, fit rendre la loi du 8 mai 1816, qui prononça l'abolition du divorce⁶. Deux autres projets de loi, ayant pour objet de régler les effets de l'abolition du divorce et de donner une organisation nouvelle à la séparation de corps, avaient, dans le courant de la même année, été présentés à la chambre des pairs et adoptés par cette chambre. Mais la présentation de ces deux projets de lois à la chambre des députés n'y fut suivie d'aucune discussion, et depuis ils n'ont pas été reproduits⁷.

Après la révolution de 1830, la proposition de rétablir le divorce, soumise à quatre reprises différentes à la chambre des députés, y fut chaque fois admise⁸; mais elle ne passa jamais à la chambre des pairs. En 1848, la même proposition fut reproduite sans succès à l'Assemblée constituante.

A l'exemple de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon depuis la loi du 8 mai 1816, nous passerons sous silence la théorie du divorce, en nous bornant à expliquer, dans celle de la séparation de corps, les règles qui sont communes à ces deux matières⁹.

⁶ Cette loi est ainsi conçue : Art. 1^{er}. Le divorce est aboli. Art. 2. Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes et instances en séparation de corps; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux art. 227, 264, 265 et 266 du Code civil, sont restreints aux effets de la séparation. Art. 3. Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'art. 294. Voy. dans l'ouvrage de Locré (*Lég.*, V, p. 424), les travaux préparatoires de cette loi.

⁷ Cpr. Locré, *Lég.*, V, p. 493 et suiv.

⁸ Cpr. *Moniteur* de 1831, p. 2390 et 2396; *Moniteur* de 1833, p. 813, 817 et 1482; *Moniteur* de 1834, p. 411.

⁹ Zachariæ, écrivant pour un pays où le divorce est encore admis, a traité cette matière avec tous les développements qu'elle comporte.

II. DÉFINITION DU MARIAGE. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES A SON EXISTENCE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 450.

Le mariage est, d'après le Droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître¹.

Une pareille société ne constitue un mariage, aux yeux du Droit positif, que lorsqu'elle réunit les conditions auxquelles ce Droit a subordonné son existence.

Le mariage, d'après le Droit français, est l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. Une telle union constitue un mariage, lors même qu'elle n'aurait pas été formée dans la vue et avec la possibilité de procréer des enfants, ou qu'elle n'aurait été suivie d'aucune cohabitation².

Trois conditions sont, d'après le Droit français, essentielles à l'existence du mariage. Il faut :

1° Que les parties contractantes jouissent l'une et l'autre de la vie civile, et qu'elles soient de sexe différent;

2° Qu'elles se trouvent en état de donner un consentement moralement valable, et qu'elles consentent effectivement à se prendre pour mari et femme;

3° Que l'union soit solennellement célébrée.

L'une ou l'autre de ces conditions venant à défaillir, le mariage est à considérer comme non venu, indépendamment de tout jugement qui le déclare tel³.

¹ Cpr. avec cette définition du mariage, celles que donnent le jurisconsulte Modestin (L. 1, *D. de ritu nuptiarum*, 23, 2), Pothier (n° 3), et Portalis (*Exposé de motifs au Corps législatif*, (Loché, *Lég.*, IV, p. 479 à 481, n° 4). — D'après Zachariæ, *jure naturali non datur matrimonium sine copula carnali*. C'est, à notre avis, confondre l'objet essentiel du mariage avec l'un des effets qui s'y trouvent attachés. Le mariage donne bien à chacun des époux un droit sur le corps de l'autre; mais le commerce charnel n'est pas nécessaire pour la perfection du mariage. Cpr. aussi *Dissertation historique et philosophique sur la nature du mariage*, par Wolowski. *Revue de législation*, 1852, I, p. 5 et 321; II, p. 5.

² Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418.

³ La non-existence d'un acte juridique est indépendante de toute déclaration

Si, au contraire, toutes ces conditions concourent, le mariage doit être considéré comme existant, et ne peut être détruit que par un jugement qui en prononce l'annulation pour l'une des causes déterminées par la loi.

La distinction que nous avons toujours cherché à maintenir entre les conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique et les conditions simplement nécessaires à sa validité⁴, présente, non-seulement pour la théorie, mais encore au point de vue pratique, une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe⁵, à raison du principe que le juge ne peut, en fait de mariage, admettre que des nullités littérales, et que le droit de proposer une nullité de mariage n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi ouvre une action à cet effet⁶.

judiciaire. Cpr. § 37, texte et note 5. Si une société semblait réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence d'un mariage, il faudrait à la vérité recourir à l'intervention de la justice pour faire déclarer qu'en réalité cette union ne constitue pas un mariage. Mais on conçoit fort bien l'immense différence qu'il y a entre la demande intentée à cet effet, dans le but unique de faire statuer en fait que le prétendu mariage se trouve réellement dépourvu de telle ou telle condition sans laquelle il ne saurait exister, et une demande en nullité de mariage, qui a tout à la fois pour objet de faire déclarer en fait que le mariage se trouve entaché de tel ou tel vice, de faire juger en droit que ce vice est de nature à entraîner la nullité du mariage, et de faire enfin prononcer cette nullité qui ne peut résulter que de la déclaration du juge.

⁴ Cpr. surtout §§ 37 et 343.

⁵ La distinction entre la non-existence et la nullité du mariage est écrite dans le Code Napoléon : la combinaison des art. 146 et 180 la fait ressortir d'une manière non équivoque. Cette distinction a été proclamée, au sein du Conseil d'état, par le premier Consul (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 324, n° 15 ; p. 326 et 327, n° 17 ; p. 371, n° 5 ; p. 437 à 439, nos 8 à 11), qui, plus d'une fois, dans le cours de la discussion du titre *Du mariage*, donna des preuves d'une sagacité remarquable. Les premiers commentateurs du Code paraissent cependant avoir confondu le mariage non existant et le mariage simplement annulable. Du moins leur théorie est tellement vague, qu'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction que nous avons cru devoir proposer. Peut-être n'en ont-ils pas compris l'importance ; peut-être aussi ont-ils été arrêtés par la difficulté de déterminer, d'une manière bien tranchée, les conditions essentielles à l'existence du mariage, et qu'ils ont trouvé plus simple d'esquiver cette difficulté que de la résoudre. La théorie que nous avons établie à ce sujet, d'après Zachariæ, a été depuis adoptée en principe, et sauf quelques dissidences sur des points de détail, par Marcadé (*Obs. prélim. sur le chap. IV du titre de mariage*) et par M. Demolombe (III, 239 à 242).

⁶ Cpr. § 458, notes 2 à 4.

B. SPÉCIALITÉS.

§ 451.

1. *Des qualités essentielles des parties, en fait de mariage.*

1° Les parties contractantes doivent l'une et l'autre jouir de la vie civile. Le mariage contracté par un mort civilement est donc à considérer comme non existant¹. Art. 25, al. 7.

Cette proposition, qui conserve toute sa force en ce qui concerne les mariages contractés, soit sous l'empire des lois révolutionnaires, par des émigrés, soit avant la loi du 31 mai 1854, par des individus condamnés à des peines emportant mort civile, devrait également recevoir son application quant aux mariages que contracteraient encore aujourd'hui des étrangers privés de la vie civile par suite de profession religieuse².

2° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. L'union qui serait célébrée par fraude entre deux personnes du même sexe, ne constituerait pas un mariage³. Mais l'impuissance résul-

¹ Il existait dans le projet du Code un article qui donnait exclusivement à l'autre époux le droit de faire valoir la nullité résultant de ce qu'un mariage aurait été contracté par un mort civilement. Mais, dans la discussion au Conseil d'état, le premier consul fit observer qu'il était inconséquent de supposer l'existence d'un pareil mariage, qu'il valait donc mieux ne pas en parler; et cette observation motiva le retranchement de l'article. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 355, art. 6; p. 369 et suiv., nos 2 à 5. Ce retranchement et la discussion à la suite de laquelle il a été opéré justifient complètement notre manière de voir, qui est également conforme au texte de l'art. 25, al. 7. Un mariage privé de tous les effets civils par une législation qui ne considère le mariage que comme un contrat civil, est nécessairement un mariage qui n'existe pas aux yeux de cette législation. Telle paraît être aussi l'opinion de Toullier (I, 650); et cette opinion a, depuis nos premières éditions, été admise par M. Demolombe (III, 242). Voy. aussi dans ce sens : Civ. cass., 16 mai 1808, Sir., 8, 1, 297. Les autres auteurs (cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. III, § 1, n^o 3; Duranton, II, 132; Vazeille, I, 84 à 86, 229 à 232) ne regardent le mariage contracté par un mort civilement que comme frappé de nullité. Cpr. § 451 bis, note 3, sur les dangers de cette doctrine.

² Cpr. § 31, texte et note 26; § 80, texte et note 13.

³ Cpr. *Rép.*, v^o Hermaphrodite; et le jugement interlocutoire rendu par le tribunal de la Seine, dans l'affaire Lelasseur contre Beaumont (*Gazette des tribunaux* du 19 avril 1834).

tant, soit de la faiblesse des parties sexuelles, soit de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ces organes, ne s'oppose pas à l'existence du mariage, pourvu que le sexe soit reconnaissable, et qu'il soit différent chez l'un et chez l'autre des contractants⁴.

La non-existence d'un mariage résultant de l'incapacité des parties contractantes peut être proposée en tout temps, et par toute personne intéressée⁵. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté par un mort civilement peut encore être proposée après la cessation de la mort civile⁶, et ce, quand même le mort civilement aurait, après avoir été réintégré dans ses droits, continué de cohabiter avec la personne à laquelle il a été uni⁷.

⁴ Voy. en ce sens, le jugement définitif rendu dans l'affaire citée à la note précédente (*Gazette des tribunaux* du 19 décembre 1834). — Partant de l'idée qu'un impuissant n'a pas de sexe, Zachariæ (§ 451, texte, notes 6 et 7) considère comme non avenu le mariage contracté par une personne frappée d'impuissance à raison de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ses parties sexuelles. Mais la supposition de cet auteur est évidemment inexacte, toutes les fois que le sexe est reconnaissable. Dès lors nous ne pouvons admettre avec lui que l'impuissance s'oppose à l'existence du mariage. — Ne forme-t-elle pas, du moins, un empêchement dirimant de mariage? Cpr. sur cette question, § 464, texte n° 6.

⁵ Cpr. § 37, texte et note 5; § 450, note 3.

⁶ Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3. Civ. cass., 16 mai 1808, Sir., 8, 1, 297. Cpr. Paris, 14 juin 1828, Sir., 28, 2, 334. Voy. cep. en sens contraire : *Consultation de plusieurs anciens avocats de Rennes, sur la validité des mariages contractés par des émigrés français avant leur retour*, publiée par Toullier; Paris 1817, br. in-8°; Vazeille, I, 237. D'après la consultation précitée, il faudrait, en distinguant dans le mariage le lien naturel et les effets civils, admettre que l'union contractée par un mort civilement existant quant au lien, devient civilement efficace par l'effet immédiat de sa réintégration dans la vie civile. Cette théorie, qui pouvait très-bien se justifier sous l'empire de notre ancien Droit (cpr. § 449, note 2), n'est plus compatible avec les principes consacrés par le Code Napoléon. Cpr. § 451, texte et note 1.

⁷ Merlin avait, dans ses conclusions sur l'affaire Griffon (*Rép.*, v° et loc. cit.), émis transitoirement l'opinion que la cohabitation postérieure à la cessation de la mort civile devait rendre désormais non recevable toute attaque dirigée contre le mariage par l'un ou l'autre des époux. Depuis, il a persisté dans cette opinion, qui a été consacrée par la Cour de cassation (Req. rej., 19 juin 1811, Sir., 11, 1, 220). Mais en adoptant cette manière de voir, qu'il ne fonde que sur l'art. 196, évidemment étranger aux nullités intrinsèques dont le mariage peut être entaché, Merlin nous paraît s'être mis en contradiction avec lui-même. Cpr. *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 5, sur l'art. 184. Nous ajouterons qu'il ne semble pas possible d'opposer la fin de non-recevoir résultant de la cohabitation à des personnes autres que les époux, et nous demanderons quelle serait, dans

§ 451 bis.

2. Du consentement des parties contractantes. — De la forme dans laquelle il doit être donné.

1° Il est essentiel à l'existence du mariage que les contractants, c'est-à-dire les parties dénommées dans l'acte de célébration, aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Art. 146. De là découlent les conséquences suivantes :

Lorsqu'un acte de célébration constate que deux personnes ont consenti à se prendre pour époux, et que, dans la réalité, l'une d'elles n'a pas consenti au mariage, soit que, par suite d'une substitution de personnes, elle n'ait pas comparu devant l'officier de l'état civil, soit que, lors de sa comparution devant cet officier, elle n'ait pas voulu donner son consentement, ou, qu'à raison d'une infirmité physique, elle ait été dans l'impossibilité de déclarer sa volonté¹, les parties dénommées dans l'acte de célébration sont, de plein droit, à considérer comme n'étant pas mariées².

Lorsque l'une ou l'autre des parties était, à l'époque de la célé-

le système que nous combattons, la position des enfants nés durant la mort civile, en présence d'enfants qui n'auraient été conçus que depuis sa cessation ? Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 242.

¹ Tel serait un sourd-muet de naissance qui ne saurait manifester son consentement, ni par écrit, ni par signes. Il existait dans le projet du Code une disposition qui déclarait les sourds-muets de naissance incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition fut retranchée comme inutile en présence de l'art. 146, et comme établissant en règle générale ce qui ne devait être qu'une exception, puisque la plupart des sourds-muets savent aujourd'hui manifester leur volonté. On convint de la remplacer par une autre disposition qui expliquerait la manière dont les sourds-muets devraient exprimer leur consentement. Mais il n'en a été rien fait ; et dès lors on doit admettre, comme suffisante de la part d'un sourd-muet, une manifestation de volonté exprimée par un moyen de communication quelconque. Cpr. Loqué, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3 ; p. 319, n° 12. Merlin, *Rép.*, v° Sourd-Muet, n° 2. Toullier, I, 503. Duranton, II, 39. Vazeille, I, nos 91 et 92. Duranton, II, 39. Allemand, I, 197 et suiv. Marcadé, sur l'art. 146, n° 1. Demolombe, III, 24. Paris, 3 août 1855, Sir., 57, 2, 443.

² Il est évident qu'il ne saurait dans ce cas être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder, par voie d'exception de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire. *Discussion au Conseil d'état* (Loqué, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, nos 9 à 11). Duranton, II, 264.

bration, en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité, le mariage doit être regardé comme non avenu, quand même la partie qui se trouvait, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de manifester un véritable consentement, n'aurait point encore été interdite³. Toutefois, comme l'état de démence présente une infinité

³ Le projet du Code contenait une disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence ou de fureur, incapable de contracter mariage. Cette disposition fut retranchée sur la demande du consul Cambacérès, qui en fit remarquer l'inutilité, en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. Cpr. Loqué, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3, et p. 322, n° 12 *in fine*. Or, cette règle générale ne peut être que celle qui se trouve consignée dans l'art. 146, portant qu'il n'y a pas de mariage sans consentement. Il a donc été reconnu au Conseil d'état que l'art. 146 comprenait implicitement le cas où l'un des contractants est, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de consentir au mariage. Et comme cette impossibilité est d'ailleurs le résultat d'un fait qui peut exister indépendamment de tout jugement antérieur d'interdiction, la proposition énoncée au texte se trouve justifiée dans toutes ses parties. Voy. en ce sens, Marcadé, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2 *in fine*; Demolombe, III, 242; Valette, sur Proudhon, I, p. 391, note a. Contrairement à cette opinion, les premiers commentateurs du Code considéraient en pareil cas le mariage comme étant simplement frappé de nullité. Cpr. Proudhon, I, p. 391; Delvincourt, I, p. 143; Toullier, I, 501 et 502; Duranton, II, 27 et 29 à 35; Vazeille, I, 88 à 90, 239 et 240; Magnin, *Des minorités*, I, 158 à 160. Le vice et le danger de leur doctrine ont été clairement révélés dans une espèce jugée par la Cour de Paris, le 18 mai 1818 (Sir., 19, 2, 182), et par la Cour de cassation, le 9 janvier 1821 (Sir., 21, 1, 157). La Cour de Paris avait annulé le mariage d'un sieur Martin, sur la demande de ses héritiers collatéraux, qui invoquaient, entre autres causes de nullité, l'état de démence de leur auteur. Cet arrêt fut cassé pour avoir admis des héritiers collatéraux à proposer un moyen de nullité que, dans la supposition où il eût été fondé, aucune loi ne les autorisait à faire valoir. La Cour de cassation, dont l'arrêt a été combattu par M. Vazeille (*loc. cit.*), et défendu par Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180), a depuis persisté dans sa jurisprudence (Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246), qui a été adoptée par la Cour de Colmar (27 février 1852, Sir., 52, 2, 488). Cette jurisprudence part du principe, en lui-même incontestable, qu'une nullité de mariage ne peut être proposée que par les personnes au profit desquelles la loi ouvre une action à cet effet. Mais si ce principe était applicable au mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, il faudrait en conclure qu'un pareil mariage ne pourrait être attaqué par qui que ce soit. C'est en vain que pour se soustraire à cette conclusion, qu'il déclare inadmissible, Merlin applique à l'hypothèse dont il s'agit les dispositions de l'art. 180, et enseigne que, d'après cet article, la nullité du mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, pourra être proposée, soit par cette personne elle-même, lorsqu'elle aura recouvré l'usage de sa raison (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184), soit par son tuteur, après que son interdiction aura été prononcée

de degrés, et qu'un homme d'ailleurs incapable de gérer ses affaires peut, malgré la faiblesse de ses facultés intellectuelles, être en état de comprendre la nature et le but du mariage, les tribunaux jouissent de la plus grande latitude pour apprécier si le consentement existe ou non de fait.

Quant au mariage contracté pendant un intervalle lucide, par une personne habituellement atteinte de fureur ou de démence, il doit être regardé comme existant, quand même cette personne aurait été antérieurement interdite⁴.

L'erreur de l'un des conjoints sur la personne physique de l'autre, quoique de nature à entraîner la nullité du mariage, ne suffit pas non plus pour le faire déclarer non existant⁵.

(*Quest.*, v^o Mariage, § 12). Car c'est évidemment en forçant le sens et la lettre de l'art 180, que cet auteur l'étend à une hypothèse dont il ne s'occupe nullement. Le seul moyen d'échapper à l'absurde conclusion que nous avons signalée, est de considérer, non comme étant simplement frappé de nullité, mais comme non existant, le mariage contracté en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité.

⁴ Le Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 451, n^o 2) avait demandé le rétablissement de la disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence incapable de contracter mariage (cpr. note précédente), en faisant observer que cette disposition était nécessaire, même en présence de l'art. 146, pour le cas où l'interdit se trouverait avoir des intervalles lucides. Mais la demande du Tribunat ne fut pas accueillie, et le rejet de sa proposition vient à l'appui de la doctrine émise au texte. Voy. en ce sens : Demolombe, III, n^o 127, p. 180 et 181. — Marcadé (*loc. cit.*, n^o 2) prétend, au contraire, que le mariage contracté par un interdit, quoique dans un intervalle lucide, rentre sous l'application de l'art. 146 et doit être réputé non existant, faute de consentement *civilement* valable. Mais la question de l'existence du consentement comme simple fait moral, est complètement distincte de la question de capacité légale. Aussi l'art. 1108 sépare-t-il nettement, dans la formation des conventions, la condition du consentement des parties contractantes, et celle de leur capacité. Les explications données par Cambacérès dans la discussion à la suite de laquelle a été supprimé l'article qui déclarait les interdits, les sourds-muets et les morts civilement incapables de contracter mariage, explications sur lesquelles Marcadé fonde son opinion, sont loin d'être assez précises et assez complètes pour permettre de supposer que le législateur soit tombé dans une confusion qui fait violence à la nature des choses. — *Quid* de la validité du mariage contracté par l'interdit dans un intervalle lucide? Cpr. § 464, texte n^o 1.

⁵ Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, nos 1 à 3 ; Demolombe, III, 246. Ces auteurs pourraient avoir raison au point de vue purement philosophique : *Non videntur qui errant consentire*. Cpr. § 343, note 13. Mais leur opinion ne saurait se concilier avec le système établi par les rédacteurs du Code, soit en ce qui concerne les contrats en général, soit par rapport au mariage en particulier. Il résulte de l'ensemble de la discussion au Conseil d'état, et surtout de la suppression du second alinéa de l'art. 146 qui portait : « Il n'y a pas de

2° Les contractants doivent exprimer leur consentement au mariage en présence de l'officier de l'état civil, au moment où il va procéder à leur union. Tout consentement donné en l'absence de cet officier, ou dans un autre moment que celui de la célébration, serait insuffisant pour la formation du lien conjugal. Art. 75.

Le consentement ne peut être soumis à aucune condition, ni accompagné d'une réserve quelconque. On doit en conclure que, quand même il serait établi en fait que la femme n'a donné son consentement que sous la foi de la promesse du mari de faire bénir leur union par l'église, l'inexécution de cette promesse n'autoriserait pas la femme à prétendre que le mariage est à considérer comme non avenu pour défaut de consentement définitif de sa part⁶.

En règle générale, le consentement des contractants doit être manifesté de vive voix⁷. Art. 75. Cependant une déclaration verbale n'est pas absolument indispensable; et le mariage n'en devrait pas moins être regardé comme existant, si le consentement, non exprimé de vive voix, avait été manifesté par des moyens non équivoques, qui ne laissassent aucun doute sur l'adhésion des parties au mariage⁸.

consentement, lorsqu'il y a violence ou *erreur sur la personne*, » qu'on n'a entendu accorder pour l'erreur dans la personne, de quelque nature que pût être cette erreur, qu'une simple action en nullité, limitée dans sa durée, et restreinte quant à son exercice à certaines personnes. On ne peut qu'approuver le parti auquel les rédacteurs du Code se sont arrêtés. Il serait contraire à l'intérêt des familles et à la morale publique que, sous prétexte d'erreur sur la personne physique, l'existence d'un mariage pût être contestée à toute époque, malgré une cohabitation continuée pendant plusieurs années, et ce, par toute personne intéressée, y compris même l'époux qui aurait trompé son conjoint. Qu'on ne vienne pas dire que les tribunaux pourront en pareil cas écarter l'action dirigée contre le mariage, en déclarant qu'il a existé. Comment, en effet, déclareraient-ils l'existence du mariage, si de fait, et comme il faut le supposer, l'erreur de l'un des époux sur la personne physique de l'autre, au moment de la célébration du mariage, se trouvait invinciblement établie. Les tribunaux seraient donc obligés de mentir à leur conscience pour échapper aux conséquences inadmissibles, et cependant forcées, de la théorie que nous repoussons !!

⁶ Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III, p. 161. Montpellier, 4 juin 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire: Bressoles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 149. — Un pareil mariage pourrait-il être annulé pour erreur dans la personne? Voy. dans le sens de la négative, § 462, texte n° 1 et note 10. — Le refus du mari pourrait-il du moins donner ouverture à une demande en séparation de corps? Voy. pour l'affirmative, § 491, texte n° 1 et note 15.

⁷ Cpr. L. des 20-25 septembre 1792, sect. IV, art. 5; Crim. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1, 645.

⁸ C'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'état, lors de laquelle on re-

La non-existence du mariage peut, dans les différentes hypothèses ci-dessus indiquées, être invoquée en tout temps, et par toute personne intéressée. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité, peut être proposée soit par l'époux sain d'esprit, soit par celui qui ne l'était pas, ou, après son décès, par ses héritiers⁹. Ce n'est cependant qu'avec une grande réserve que les tribunaux doivent déclarer non avenu un mariage attaqué pour un pareil motif, lorsque la demande est formée, soit par l'époux sain d'esprit qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et surtout lorsqu'elle est intentée par l'époux qui, après avoir complètement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué de cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit.

§ 452.

3. De la célébration du mariage.

Indépendamment des solennités relatives à la manifestation du consentement des contractants, le mariage exige, comme condition essentielle à son existence, que l'union des parties ait été prononcée au nom de la loi par un officier de l'état civil¹. Arg. art. 75 et 76 cbn. 194. La société contractée entre deux personnes de

connut la capacité de se marier aux sourds-muets qui pourraient manifester leur consentement d'une manière quelconque. Cpr. note 1 *supra*.

⁹ Le contraire a été jugé, le 26 mars 1824 (Sir., 24, 2, 223), par la cour de Toulouse, qui a cru devoir appliquer à l'hypothèse indiquée au texte les dispositions de l'art. 504. Mais, à notre avis, cette cour n'a pu statuer ainsi qu'en violant la maxime *Specialia generalibus derogant*. On s'exposerait aux plus graves erreurs, si on voulait étendre à la matière du mariage des dispositions générales lors de la rédaction desquelles le législateur n'avait aucunement en vue cette matière, qui devait être régie par des règles toutes spéciales. La proposition énoncée au texte est également en opposition avec la jurisprudence de la cour de cassation. Cpr. note 3 *supra*.

¹ Telle est, en effet, la solennité constitutive du mariage, et sans laquelle il ne saurait exister, suivant la maxime *Forma dat esse rei*. Cpr. § 37, texte et note 4. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 6. Civ. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1, 645.

sexe différent, ne constitue pas un mariage, lorsque leur union légale n'a pas été prononcée, ou lorsqu'elle l'a été, soit par un simple particulier, soit par un fonctionnaire public non revêtu du caractère d'officier de l'état civil². Ainsi, l'union célébrée devant un prêtre n'est point un mariage aux yeux de la loi civile³.

Mais les autres solennités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage, ne sont pas essentielles à l'existence de cet acte juridique. Ainsi, la clandestinité de l'union et l'incompétence de l'officier de l'état civil qui y a procédé ne s'opposent point à l'existence du mariage, et peuvent tout au plus donner lieu à une demande en nullité⁴. Art. 191 cbn. 193.

La non-existence du mariage peut, dans les cas ci-dessus indiqués, être invoquée en tout temps et par toute personne intéressée, sans que la possession d'état la plus longue produise une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception au moyen de laquelle elle est proposée⁵.

§ 452 bis.



Appendice au paragraphe précédent. — De la preuve de la célébration du mariage.

L'observation des solennités requises pour l'existence du mariage doit être constatée au moyen d'un acte instrumentaire de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil. A défaut de la rédaction d'un pareil acte, ou de son inscription sur les registres, la loi présume qu'il n'existe pas de mariage. En général, cette présomption est absolue, et ne peut, lorsqu'il s'agit des effets

² Marcadé, *Obs. prél. sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2. Demolombe, III, 205 et 242. Cpr. Vazeille, I, 252; Valette, sur Proudhon, I, p. 410 et 411; Civ. rej., 2 décembre 1807, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Actes de l'état civil, p. 186; Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, 1, 452.

³ Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* Bourges, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 174. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. — Cpr. cep. sur les mariages célébrés en Corse de 1793 à 1796 : Bastia, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 129.

⁴ Cpr. § 467. — C'est à tort que Zachariæ (§ 454) range la clandestinité de l'union et l'incompétence de l'officier de l'état civil au nombre des causes qui forment obstacle à l'existence même du mariage. Cet auteur a évidemment exagéré sous ce rapport les conséquences de la règle *Forma dat esse rei*. En tout cas sa manière de voir est incompatible avec l'art. 191.

⁵ Arg. *a contrario*, art. 196. Cpr. § 37, texte et note 5. Marcadé, *loc. cit.*, n° 1. Demolombe, III, 241.

civils du mariage¹, être combattue par aucune preuve contraire². Art. 194 cbn. 1352, al. 2.

La possession d'état d'époux légitimes, dont jouiraient ou dont auraient joui deux individus qui vivraient ou qui auraient vécu publiquement comme mari et femme, ne pourrait pas suppléer à la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil³, quelles que fussent d'ailleurs les personnes engagées dans la contestation. La possession d'état ne peut donc être invoquée, ni par les prétendus époux l'un contre l'autre⁴, ni par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé⁵, ou réci-

¹ La disposition de l'art. 194 est, d'après les termes mêmes de cet article, étrangère au cas où la réclamation n'a pas pour objet un des effets civils du mariage, par exemple, à l'hypothèse où l'on ne veut établir l'existence du mariage que pour prouver en fait l'événement d'une condition dont l'accomplissement doit entraîner l'ouverture ou l'extinction d'un droit établi par convention ou disposition de dernière volonté. Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, nos 3 et 14; Demolombe, III, 390.

² La partie qui réclame les effets civils d'un mariage, ne pourrait pas même déférer, sur l'existence de ce prétendu mariage, le serment litis-décisoire à la partie qui le nie. *Nec obstat* art. 1358 : Cpr. art. 6. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n^o 53). Locré, II, 292. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 3; et v^o Serment, § 2, art. 2, n^o 6.

³ A partir de l'ordonnance de Blois de mai 1579 (art. 40 et 44), les mariages présumés n'ont plus été admis en France, c'est-à-dire que depuis lors, la possession d'état d'époux légitimes n'engendrait plus une présomption de célébration de mariage. A plus forte raison, cette possession d'état ne peut-elle pas aujourd'hui détruire la présomption contraire qui, d'après l'art. 194, résulte de la non-représentation d'un acte de célébration. Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *op. et loc. cit.*); Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 8.

⁴ Le législateur a cru devoir formellement sanctionner cette conséquence du principe posé par l'art. 194, pour indiquer que ce principe ne fléchit pas même en faveur de celui qui est, à l'égard de son époux prétendu, en possession publique de l'état de mari ou de femme. Tel est le but de l'art. 195, qui ne doit pas être interprété d'une manière restrictive. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 7. Cpr. la note suivante.

⁵ *Nec obstat* art. 195. Vainement dirait-on que cet article, qui déclare la possession d'état insuffisante, lorsqu'elle est invoquée par l'un des prétendus époux contre l'autre, la reconnaît implicitement comme suffisante, lorsqu'elle est invoquée par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé. Cet argument *a contrario* est sans valeur en présence de la règle générale posée par l'art. 194 (cpr. § 40), et de l'exception consacrée par l'art. 197, exception entièrement exclusive de celle qu'on voudrait faire résulter de l'art. 195. Notre interprétation est d'ailleurs conforme aux explications données, lors de la discussion au Conseil d'état, par Tronchet, et dans l'*Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 420, n^o 20; p. 516 et 517, n^o 55). Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 9.

proquement⁶, ni enfin par les enfants issus du prétendu mariage contre les personnes intéressées à contester leur légitimité⁷. Il en serait ainsi, quand même la partie qui nierait l'existence du mariage, aurait antérieurement reconnu à la partie adverse l'état qu'elle lui conteste actuellement⁸.

Il résulte de ce qui précède, que nul n'est admis à réclamer les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, et qu'à défaut de la production d'un pareil acte, chaque personne intéressée peut, en tout temps, contester aux prétendus époux et aux enfants issus de leur commerce, la qualité d'époux et d'enfants légitimes⁹. Art. 194 et 195.

La question de savoir si les irrégularités dont un acte de célébration peut se trouver entaché, sont ou non de nature à entraîner la nullité comme acte instrumentaire, ou, en d'autres termes, à lui enlever toute force probante, doit se décider d'après les règles exposées au § 65. Mais, en tout cas et quelles que soient ces irrégularités, les époux sont respectivement non recevables à s'en prévaloir, lorsqu'ils ont la possession d'état, et que l'acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil, est représenté¹⁰. Art. 196¹¹.

⁶ Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 13.

⁷ Demolombe, III, 388. Sauf à ces enfants à se prévaloir de l'exception introduite en leur faveur par l'art. 197, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions exigées par cet article. *Sed exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., et v^o Légitimité, sect. I, § 2, quest. 2, sur l'art. 197; Paris, 20 mai 1808, Sir., 8, 2, 204; Bourges, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 174.

⁸ *Nec obstat* art. 1338 : En confirmant un acte vicieux, mais existant, on répare les vices dont il se trouvait entaché, et on s'interdit ainsi la faculté de le critiquer à l'avenir; mais on ne peut, en reconnaissant un mariage qui n'existe pas, s'enlever le droit d'en contester l'existence. L'aveu ne saurait équivaloir à la preuve légale d'un mariage. Arg. art. 194. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, nos 11 et 12. Cpr. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. Voy. cep. Montpellier, 2 mars 1832, Sir., 32, 2, 610.

⁹ Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 2, quest. 14; Req. rej., 21 juin 1819, Sir., 19, 1, 438.

¹⁰ Un acte inscrit sur une simple feuille volante serait insuffisant. Cpr. § 64, texte et note 15. Duranton, II, 251. Marcadé, sur l'art. 196, n^o 3. Demolombe, III, 329. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 598; Vazeille, I, 202.

¹¹ Delvincourt, I, p. 139. Duranton, II, 250 et 252. Marcadé, II, sur l'art. 196, n^o 1. Taulier, I, p. 323 et 324. — La fin de non-recevoir établie par cet article s'applique-t-elle également à l'action en nullité dirigée pour vices de forme contre la célébration elle-même? Voy. § 467, texte n^o 3, et notes 26 à 30.

Le principe posé par les art. 194 et 195 est soumis aux exceptions suivantes :

1^o Dans les cas explicitement ou implicitement prévus par l'art. 46 du Code Napoléon¹², la présomption ci-dessus établie cesse d'être absolue, et toute personne intéressée est admise à faire, tant par écrit que par témoins, la preuve de la célébration du mariage¹³. Art. 194.

Mais, dans ces cas mêmes, la possession d'état la plus longue ne dispenserait pas la personne qui réclame les effets civils du mariage, de prouver le fait de la célébration.

D'un autre côté, la simple allégation que l'acte de célébration n'a point été inscrit sur les registres, dont cependant la tenue et la conservation seraient régulière et complète, ne suffirait pas pour autoriser la preuve par titre et par témoins, de cette omission et du fait de la célébration¹⁴.

2^o Les enfants issus du commerce de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous les deux décédés, ne sont pas obligés, pour établir leur légitimité, de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère¹⁵. Ils peuvent, quoiqu'ils ne se trouvent dans aucun des cas

¹² Cpr. sur les cas qui peuvent être envisagés comme rentrant implicitement sous la disposition de l'art. 46 : § 64, texte, notes 7 et 8 ; Marcadé, sur l'art. 46, nos 1, 2 et 3 ; Vazeille, I, 200.

¹³ Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 9. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. — Est-il absolument nécessaire, pour établir le fait de la célébration, que les témoins, appelés à en déposer, déclarent avoir entendu l'officier de l'état civil prononcer la formule *au nom de la loi, je vous déclare unis par le mariage*? Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 6, p. 634.

¹⁴ Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 2, quest. 4. Toullier, I, 599. Duranton, I, 297. Valette, sur Proudhon, I, p. 211 et 212, note *a in fine*. Demolombe, I, 324. Du Caurroy, Bönner et Roustain, I, 339. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 201 ; Coin-Delisle, sur l'art. 46, n^o 18 ; Richelot, I, 215 ; Req. rej., 22 août 1831, Sir., 31, 1, 361 ; Limoges, 26 juillet 1832, Dalloz, 1832, 2, 182. On cite encore dans le même sens les arrêts suivants : Toulouse, 20 mai 1817, Sir., 18, 2, 21 ; Civ. rej., 22 décembre 1819, Sir., 20, 2, 281. Mais ces arrêts, rendus par application de l'ancienne jurisprudence, ne peuvent avoir aucune autorité sous l'empire du Code Napoléon, en présence de la disposition si précise de l'art. 194. Cet article, comme nous l'avons établi au § 64 (texte et note 13), repousse d'une manière invincible l'opinion contraire à celle que nous professons.

¹⁵ Cette exception, spéciale aux enfants, est fondée sur ce qu'ils peuvent ne pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. *Discussion au Conseil d'état et Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n^o 20, p. 516 et 517, n^o 55).

prévus par l'art. 46¹⁶, suppléer à la représentation de cet acte, en prouvant d'une part, que les auteurs de leurs jours sont tous deux décédés¹⁷, qu'ils ont publiquement cohabité l'un avec l'autre, et que, jusqu'au moment de leur décès, ils ont constamment été reconnus, soit dans leurs familles respectives, soit dans la société, comme des personnes unies en légitime mariage¹⁸, et en justifiant d'autre part, qu'ils sont eux-mêmes en possession de l'état d'enfants légitimes¹⁹, et que cette possession d'état n'est pas contredite par leur acte de naissance²⁰. Art. 197.

¹⁶ Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 2, quest. 10 sur l'art. 197. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 239. Toulouse, 4 juillet 1844, Sir., 44, 2, 398.

¹⁷ La condition du décès des père et mère étant expressément exigée par l'art. 197, les enfants ne pourraient y suppléer en prouvant l'absence ou la démence de celui de leurs parents qui serait encore en vie. *Exceptio est strictissimæ interpretationis. Et alias, non est eadem ratio.* En effet, la démence ou l'absence peuvent cesser d'un moment à l'autre et ne présentent pas, comme le décès, un état définitif. D'un autre côté, il ne serait pas impossible que l'absence fût de la part du survivant des père et mère le résultat d'un calcul. En vain dit-on, dans le système contraire, que les intérêts de ceux qui contestent la légitimité de l'enfant, pourront être sauvegardés au moyen de réserves faites pour le cas où le survivant viendrait à reparaître ou à recouvrer la raison. La nécessité de pareilles réserves prouve elle-même, à notre avis, le peu de solidité du système qui se trouve obligé d'y recourir. Comment admettre que l'état d'un enfant soit reconnu à titre provisoire seulement ! Ces réserves d'ailleurs ne deviendraient efficaces qu'autant qu'on obligerait l'enfant à fournir caution pour la restitution des biens qui lui seraient provisoirement adjugés, et, avec cette condition même, elles ne pareraient pas au danger d'une absence simulée. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 2 et 3. Taulier, I, p. 325 et 326. Richefort, I, 80. Zachariæ, § 456, note 11. Toulouse, 24 juin 1820, Sir., 20, 2, 280. Paris, 21 juin 1853, Sir., 53, 2, 375. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 197 ; Toullier, II, 877 ; Duranton, II, 255 ; Vazeille, I, 214 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 73, note 2 ; Bonnier, *Des preuves*, n^o 128 ; Allemand, I, 440 ; Marcadé, sur l'art. 197, n^o 2 ; Demolombe, III, 396.

¹⁸ Arg. art. 321. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 5. — L'enfant qui ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il se prétend issu, ne peut, en se fondant sur sa possession d'état d'enfant légitime, se dispenser de prouver que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes. L'art. 197 impose à l'enfant l'obligation de prouver cumulativement l'une et l'autre possession d'état. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 7. Delvincourt, I, p. 141. Vazeille, I, 211 et 212. Demolombe, III, 298. Paris, 11 mai 1816, Sir., 17, 2, 44. Paris, 23 février 1822, Sir., 22, 2, 183.

¹⁹ Cpr. art. 321. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 8. Paris, 11 mai 1816, Sir., 17, 2, 44.

²⁰ La rédaction de l'art. 197, arrêtée au Conseil d'état dans la séance du 6 brumaire an X (Loché, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n^o 20, p. 432, art. 41), soumettait l'enfant à l'obligation de prouver sa légitimité par un acte de naissance appuyé de

La preuve de la double possession d'état exigée par l'art. 197 peut se faire tant par écrit que par témoins²¹. Mais un enfant ne pourrait prétendre que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes, en se fondant uniquement sur la circonstance que son acte de naissance lui donnerait la qualification d'enfant légitime²².

La preuve des différents faits indiqués en l'art. 197 établit, en faveur de l'enfant qui l'a administrée, une présomption légale de légitimité. Cette présomption n'est cependant pas absolue, et rien n'empêche en théorie de la combattre par la preuve de faits exclusifs de la possibilité d'une célébration régulière de mariage²³.

la possession d'état. Mais, sur les observations du consul Cambacérès (séance du 6 brumaire an XI, Locré, *Lég.*, IV, p. 469 et 470, nos 4 et 6), cette rédaction fut remplacée par celle qui a passé dans le Code. Ainsi, d'une part, la loi n'impose pas à l'enfant l'obligation absolue de représenter son acte de naissance; d'autre part, elle ne demande pas que cet acte établisse sa légitimité. L'enfant qui ne peut représenter son acte de naissance, administre d'une manière suffisante la preuve qui lui est imposée, en justifiant qu'il n'a pas été inscrit à sa naissance sur les registres de l'état civil du lieu où résidaient alors ses père et mère, ou que le lieu de sa naissance est inconnu. Si l'acte de naissance est représenté, il n'est pas nécessaire qu'il qualifie l'enfant de légitime, il suffit qu'il ne le qualifie pas de naturel. Merlin. *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 6. Delvincourt, I, p. 141. Locré, sur l'art. 197. Duranton, II, 253; III, 110. Taulier, p. 325. Demolombe, III, 401. Agen, 18 mai 1842, Sir., 42, 2, 541. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 877, note 2.

²¹ La rédaction primitive de l'art. 197 qui exigeait que la possession d'état fût constatée par actes authentiques ou sous seing privé, a été modifiée lors de la discussion au Conseil d'état (séance du 6 brumaire an X. Locré, *Lég.*, IV, p. 410, art. 16, p. 420 et suiv., n^o 20).

²² L'opinion contraire émise par Portalis (*Exposé de motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n^o 55) est tout à la fois en opposition avec l'art. 197 et avec les principes qui règlent les effets des actes de naissance, dont l'objet n'est pas de prouver l'existence du mariage et la légitimité des enfants, mais seulement de constater leur naissance et leur filiation. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit., quest. 6. Toullier, II, 877. Vazeille, I, 210 et 211. Valette, sur Proudhon, II, p. 72, note a, 1. Demolombe, III, 400. Aix, 28 mai 1810, Sir., 11, 2, 227. Paris, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 95.

²³ Bien qu'une pareille preuve soit très-difficile et même, à vrai dire, à peu près impossible à administrer, ce n'est pas un motif pour la déclarer inadmissible en droit. En se bornant à dire que « la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, » l'art. 197 indique clairement que la réunion des faits qui y sont énoncés n'entraîne pas une présomption *juris et de jure*. Cpr. Marcadé, sur l'art. 197, n^o 3; Demolombe, III, 404.

Mais cette preuve ne résulterait d'une manière suffisante, ni de la déclaration des père et mère qu'il n'y a pas eu de célébration, ni de la production d'un acte irrégulier de célébration, ni bien moins encore de la simple représentation d'un acte de bénédiction nuptiale²⁴. Il est, du reste, bien entendu que la présomption de légitimité admise par l'art. 197, peut toujours être efficacement contestée par tous les moyens à l'aide desquels elle pourrait l'être malgré la production d'un acte régulier de célébration, par exemple, en établissant que l'un des époux était privé de la vie civile, ou se trouvait engagé dans les liens d'un précédent mariage²⁵. Elle peut l'être également par une contestation de légitimité fondée sur l'art. 315.

3° Lorsqu'un acte de célébration a été falsifié ou altéré, soustrait ou supprimé, la preuve du mariage peut résulter, soit d'une poursuite criminelle ou correctionnelle²⁶ dirigée contre l'auteur du crime ou du délit, soit d'une action civile intentée contre ses héritiers, d'après les distinctions suivantes (art. 198-200) :

Tant que l'auteur du crime ou du délit est encore en vie, l'action tendant à faire constater la falsification ou l'altération, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration, ne peut être portée que devant les tribunaux de justice répressive²⁷.

²⁴ Demolombe, *loc. cit.* Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398.

²⁵ Merlin, *Rép.*, v^o *et loc. cit.*, quest. 9. Delvincourt, I, p. 142. Toullier, II, 878 et 879. Duranton, III, 111. Richefort, I, 84. Marcadé, sur l'art. 197, n^o 3. Demolombe, III, 403. Douai, 8 mars 1845, Sir., 45, 2, 321.

²⁶ Les expressions *procédure criminelle*, *action criminelle*, qu'on lit aux art. 198 et 199, y sont prises *sensu lato*. Cpr. note 37 *infra*.

²⁷ C'est ce qui résulte, à notre avis, d'une manière évidente, du rapprochement des art. 198 et 200. Le législateur a cru devoir refuser, en pareil cas, à l'individu lésé, et ce par exception au principe posé dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, le droit de porter son action devant les tribunaux civils, pour éviter toute possibilité de collusion entre les parties. Valette, sur Proudhon, II, p. 104, note a. Demolombe, III, 415. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 204 ; Marcadé, sur l'art. 199, n^o 4. — Du reste, il est à remarquer qu'il n'existe aucune opposition de vues entre les art. 198 et 327. Ce dernier article, qui subordonne l'action criminelle contre un délit de suppression d'état au jugement à rendre par les tribunaux civils sur la question de filiation, se justifie par la raison que cette question est préjudicielle, et que les tribunaux de justice répressive sont incompétents pour en connaître. Art. 326. Dans l'hypothèse, au contraire, que prévoit l'art. 198, il n'y a plus de question d'état qui puisse être considérée comme préjudicielle à l'action publique, dont l'objet direct est uniquement de poursuivre un fait matériel d'altération ou de suppression de titre. On comprend

Si les faits par suite desquels la preuve du mariage a été anéantie, constituent un crime, les époux peuvent provoquer par voie de plainte l'action du ministère public et se porter parties civiles. Ils sont même autorisés, s'il s'agit d'un simple délit, à saisir directement le tribunal correctionnel qui doit en connaître²⁸. Ces droits paraissent également devoir être reconnus, du vivant même des deux époux, aux enfants issus de leur union, lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage, par exemple pour recueillir des successions auxquelles leurs père et mère auraient renoncé, ou dont ils se trouveraient exclus pour cause d'indignité²⁹. Enfin, en cas de décès des deux époux ou de l'un d'eux, les mêmes droits appartiennent à toute personne intéressée³⁰. Art. 199. Quant au ministère public, son action en cette

d'ailleurs que le législateur ait admis les témoignages produits dans une instruction criminelle, comme pouvant suffisamment établir la preuve d'un mariage, puisque de sa nature, et en dehors des prescriptions de l'art. 194, la célébration est un fait public, susceptible d'être prouvé par témoins d'une manière complète. Tandis qu'une simple preuve testimoniale administrée devant un tribunal de justice répressive, saisi d'une question de suppression d'état, n'a pas dû lui paraître suffisante pour établir la filiation, qui repose sur un fait complexe d'accouchement et d'identité, dépourvu d'ordinaire de toute publicité. Cpr. Marcadé, sur l'art. 199, n° 5 ; Demolombe, III, 407.

²⁸ Ces propositions ne sont que des applications des principes généraux sur l'exercice de l'action civile. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1, 63, 67, 182, 217, 271 et 335.

²⁹ *Non obstat* art. 199. Il semble, au premier abord, résulter de cet article que, du vivant des deux époux, l'action dont nous nous occupons ne compète qu'à eux seuls. Mais il faut remarquer que les termes *si les époux ou l'un d'eux sont décédés*, ne sont qu'énonciatifs, et ne posent pas une condition absolument exclusive de toute action de la part d'autres personnes que les époux eux-mêmes. Le législateur est parti de l'idée que du vivant des deux époux, ceux-ci sont seuls intéressés, comme cela est vrai en général, à faire rétablir la preuve de la célébration. Mais il n'a pu entrer dans sa pensée de refuser, du vivant des époux, l'action tendant à ce rétablissement, même aux enfants qui pourraient avoir exceptionnellement un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage. L'art. 198 doit, sous ce rapport, être interprété dans le même sens que l'art. 187. Cpr. § 461, note 20. Valette, sur Proudhon, II, p. 406, obs. IV. Demolombe, III, 412. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. I, p. 73 ; Vazeille, I, 207 ; Marcadé, sur l'art. 199, n° 3 ; Allemand, I, 434.

³⁰ L'art. 199 porte bien : « Si les époux ou l'un d'eux sont décédés *sans avoir découvert la fraude*. » Mais il est généralement reconnu que ces dernières expressions sont purement énonciatives. Le législateur, tout en supposant que si les époux avaient eux-mêmes découvert la fraude, ils n'auraient pas manqué d'introduire l'action tendant au rétablissement de la preuve de la célébration, n'a cependant pas, pour l'hypothèse où, contrairement à cette supposition,

matière, comme dans les matières pénales en général, n'est soumise à aucune restriction ni condition : il peut l'exercer du vivant même des deux époux, et sans provocation de leur part³¹.

Après le décès de l'auteur du crime ou du délit³², l'action tendant à faire constater l'altération ou la falsification, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration, doit être suivie au civil contre ses héritiers. Mais les parties intéressées ne sont pas autorisées à la former directement et par elles-mêmes. Elles n'ont que la faculté de dénoncer au procureur impérial le fait qui leur porte préjudice, et d'intervenir dans l'instance que ce magistrat est tenu d'introduire sur leur dénonciation³³. Art. 200.

Lorsque, dans l'un ou l'autre des cas ci-dessus indiqués, la preuve de la célébration du mariage ressort de la procédure, le juge saisi de l'action doit ordonner le rétablissement de l'acte altéré ou falsifié, soustrait ou supprimé; et l'inscription de ce jugement sur les registres de l'état civil établit la preuve du mariage à l'instar d'un acte de célébration inscrit à sa date sur ces registres³⁴.

ils seraient restés dans l'inaction, entendu refuser cette action, après leur décès, aux autres personnes intéressées à la former. On ne voit aucun motif de nature à justifier un pareil refus. Loaré, sur l'art. 199. Delvincourt, I, p. 140. Duranton, II, 261. Vazeille, I, 207. Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 347. Demolombe, III, 413.

³¹ Code d'instruction criminelle, art. 1. Vazeille, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 199, nos 2 et 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, III, 411.

³² L'art. 200 est rédigé dans la supposition que le crime ou le délit a été commis par l'officier de l'état civil. Mais il s'applique également à l'action à diriger, le cas échéant, contre les héritiers de toute autre personne qui aurait altéré ou supprimé la preuve d'un mariage. Delvincourt, I, p. 140. Vazeille, I, 208. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 2.

³³ C'est ce qui ressort de la disposition formelle de l'art. 200, dont le but est d'empêcher toute connivence entre les héritiers poursuivis et les individus intéressés à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'aurait jamais existé. Toullier, I, 600. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 1. Taulier, I, p. 326 et 327. Demolombe, III, 414. — M. Vazeille (*loc. cit.*) prétend, au contraire, mais sans raisons plausibles, que l'art. 200 a pour objet d'étendre et non de restreindre les droits des parties intéressées, auxquelles cet auteur reconnaît la faculté d'agir directement et par elles-mêmes contre les héritiers de celui qui doit avoir altéré ou supprimé la preuve du mariage.

³⁴ L'art. 198 ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte en disant que *l'inscription du jugement assure au mariage tous les effets civils*. Il est, en effet, bien évident que les parties intéressées à attaquer le mariage dont la preuve se trouve rapportée, seraient, malgré ce jugement, admises à exercer l'action qui peut leur appartenir à raison de l'absence des conditions essentielles

Il en est ainsi, dans le cas même où les poursuites ont été dirigées d'office par le ministère public, du vivant des deux époux, sans provocation et sans intervention de leur part³⁵.

Dans l'hypothèse où l'auteur du fait par suite duquel la preuve du mariage a été altérée ou supprimée, est resté inconnu, comme aussi dans celle où aucune poursuite pénale ne peut être dirigée contre lui, soit à raison de son état de démence ou de l'absence de toute intention coupable de sa part, soit pour cause de prescription, il n'y a plus lieu, d'après les termes mêmes de l'art. 200, à l'application des dispositions de cet article³⁶. Mais, dans ces hy-

à l'existence du mariage ou nécessaires à sa validité. Vazeille, I, 206. Demolombe, III, 418.

³⁵ Suivant Marcadé (sur l'art. 198, n° 1, et sur l'art. 199, n° 4) et M. Demolombe (III, 419), le jugement rendu au criminel, sur les poursuites du ministère public, en l'absence des époux, ne pourrait, ni leur être opposé, ni être invoqué, soit par l'un contre l'autre, soit par les deux contre des tiers. Cette manière de voir est en opposition avec la théorie, qui paraît aujourd'hui généralement admise, de l'influence de la chose jugée au criminel sur les intérêts civils, théorie d'après laquelle il n'est pas permis de remettre en question, devant les tribunaux civils, l'existence d'un crime ou d'un délit à raison duquel une condamnation pénale a été prononcée. Cpr. § 769, texte n° 3, et note 94. Elle est de plus, pour le cas de faux, incompatible avec les dispositions de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle. En vain M. Demolombe dit-il que deux individus pourraient ainsi, par l'effet d'un jugement criminel, se trouver mariés d'office en quelque sorte, et peut-être à leur insu, puisque, en ordonnant le rétablissement de l'acte instrumentaire de célébration altéré ou supprimé, un pareil jugement ne prive pas les personnes qu'il indique comme époux, du droit d'invoquer contre le mariage toutes les causes de non-existence ou de nullité qu'elles auraient à faire valoir. Cpr. la note précédente. L'opinion des auteurs que nous combattons conduirait d'ailleurs à ces singulières conséquences que, si le mari seul s'était constitué partie civile, il ne pourrait se prévaloir du jugement contre sa femme, et que le ministère public lui-même ne serait pas autorisé à l'opposer pour poursuivre en bigamie les époux qui auraient contracté une nouvelle union. Voy. dans notre sens : Valette, sur Proudhon, II, p. 106, obs. II.

³⁶ Les art. 198 à 200 supposent évidemment la possibilité d'une poursuite criminelle ou correctionnelle contre l'auteur de l'altération ou de la suppression de l'acte de célébration, et le moyen qu'ils donnent aux parties intéressées pour obtenir le rétablissement de cet acte est par cela même spécial et exceptionnel. Il est vrai que l'art. 200 autorise le recours aux tribunaux civils, en cas de décès de l'auteur du crime ou du délit. Mais les termes de cet article indiquent qu'il ne s'agit, même dans ce cas, que de l'action civile naissant de ce crime ou de ce délit. Ces raisons doivent faire rejeter l'opinion de Marcadé (sur l'art. 200, n° 2) et de M. Demolombe (III, 416), qui, assimilant au cas de décès de l'auteur du crime ou du délit, ceux de son absence, de son état de démence, ou de la prescription de l'action publique, étendent à ces différentes hypothèses la disposition de l'art. 200. Nous ferons d'ailleurs remarquer qu'aucun obstacle ne s'oppose,

pothèses, les parties intéressées pourraient, si l'acte de célébration était entaché d'une simple erreur, provoquer la rectification de cet acte, et, si les registres de l'état civil avaient été détruits en tout ou en partie, demander à faire preuve du mariage conformément à l'art. 46.

4° Les dispositions des art. 198-200 s'appliquent également à l'hypothèse où l'acte de célébration a été inscrit sur une feuille volante³⁷. Art 198 cbn. 52.

Mais elles ne peuvent être étendues au cas où il n'a été dressé aucun acte de célébration³⁸.

en cas d'absence, à la poursuite criminelle ou correctionnelle, qui peut avoir lieu par contumace ou par défaut, et qu'au cas de prescription de l'action publique, l'action civile se trouve par cela même éteinte. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 186, 465 et suiv., 637 et 638.

³⁷ L'art. 192 du Code pénal ne prononçant qu'une peine correctionnelle contre l'officier de l'état civil qui, au lieu d'inscrire sur les registres de l'état civil les actes de son ministère, les rédige sur des feuilles volantes, on peut se demander si la disposition de l'art. 198, dans lequel il n'est question que de *procédure criminelle*, est applicable à cette hypothèse. L'affirmative n'est pas, à notre avis, sérieusement contestable. Le projet présenté par la section de législation contenait deux dispositions ainsi conçues : « 1° S'il existe un acte de célébration « reçu par l'officier public, qui n'ait été rédigé que sur une feuille volante et qui « ne soit pas inscrit sur les registres de l'état civil, l'officier civil doit être pour- « suivi criminellement, tant par les époux qu'il a trompés que par le commis- « saire du gouvernement. 2° Si la preuve d'une célébration légale de mariage se « trouve acquise par le résultat de la procédure criminelle, l'inscription, etc. » Dans la discussion au Conseil d'état, Thibaudeau fit observer que la première disposition se trouvait déjà dans le titre *Des actes de l'état civil*. Cpr. art. 52. En conséquence, lors de la révision définitive, la section de législation supprima cette première disposition, et généralisa la rédaction de la seconde, qui forme actuellement l'art. 198, de manière à la faire porter sur les deux hypothèses prévues par l'art. 52. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 410 et 411, art. 17 et 18 ; p. 422, n° 21. Il résulte de cet exposé qu'il existe une intime liaison entre les art. 52 et 198, et que le dernier de ces articles ne fait que développer les conséquences de l'action ouverte par le premier, à raison du crime et du délit qu'il prévoit. Cette interprétation, conforme aux explications données par Portalis, dans l'*Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 54), doit souffrir d'autant moins de difficulté, que les rédacteurs du Code Napoléon, ne connaissant point encore la nature de la peine que prononcerait le Code pénal en cas d'inscription de l'acte de célébration sur une feuille volante, ont dû employer, *lato sensu*, les expressions *procédure criminelle*, pour désigner toute procédure suivie devant un tribunal de justice répressive. Valette, sur Proudhon, II, p. 105, obs. 1. Marcadé, sur l'art. 197, nos 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 346. Demolombe, III, 409. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. IV, § 4, n° 5 ; Toullier, I, 600 ; Duranton, II, 261 ; Vazeille, I, 202.

³⁸ Une pareille omission, qui ne constitue pas une infraction prévue par la loi

III. DES CONDITIONS DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 453.

1. *Notion et divisions de ces conditions.*

Les conditions dont nous avons actuellement à nous occuper, sont extrinsèques ou intrinsèques.

Les premières ont pour objet l'observation des solennités qui doivent précéder et accompagner la célébration de l'union.

Parmi les secondes, les unes sont positives et se rapportent, soit à certaines qualités que doivent posséder les deux époux, soit à leur consentement et à celui des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés. Les autres sont négatives et se rapportent à certaines causes qui forment obstacle au mariage. L'absence des conditions de la première espèce produisant en définitive le même effet que l'existence de celles de la seconde espèce, les unes et les autres se confondent dans l'idée commune d'empêchements de mariage¹.

Les solennités prescrites en matière de mariage ne sont pas toutes exigées à peine de nullité².

Un mariage célébré au mépris d'un empêchement établi par la loi, n'est pas non plus toujours frappé de nullité. Les empêchements de mariage sont, ou simplement prohibitifs, ou dirimants. Ces derniers seuls entraînent la nullité du mariage. Les premiers, au contraire, n'ont, en général, d'autre effet que d'imposer à l'of-

pénale, ne peut donner lieu à aucune poursuite, soit criminelle, soit correctionnelle, contre l'officier de l'état civil. L'art. 198 se trouve dès lors inapplicable à cette hypothèse, dans laquelle les parties ont à se reprocher de n'avoir pas exigé l'accomplissement de la loi. Toullier, I, 599. Duranton, II, 259. Demolombe, III, 409.

¹ Nous empruntons au Droit canon ces expressions qu'on ne retrouve pas textuellement dans le Code, mais qui expriment nettement une distinction que notre nouvelle législation a implicitement consacrée.

² Cpr. § 467. — Il est des solennités dont l'omission ne donne lieu qu'à une amende. Cpr. art. 192 et 193. Il en est d'autres dont l'inobservation n'est même réprimée par aucune peine. Cpr. art. 75 et 76.

ficier de l'état civil le devoir de ne point procéder à la célébration de l'union³, et de donner à certaines personnes le droit de former opposition au mariage. En général, les empêchements dirimants sont en même temps prohibitifs, et produisent tous les effets attachés à cette dernière espèce d'empêchements.

Il est certains empêchements qui peuvent, pour des causes graves, être levés avant le mariage, au moyen de dispenses accordées à cet effet par l'empereur. Tel est, en premier lieu, l'empêchement établi par l'art. 144, à raison de l'âge des futurs époux. Art. 145. Telles sont, en second lieu, les prohibitions portées par l'art. 162, contre les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163, contre les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu⁴. Art. 164. Loi du 16 avril 1832⁵.

§ 454.

2. Des oppositions au mariage. — a. Du droit de former opposition à un mariage.

Afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition, le législateur a jugé convenable de ne l'accorder qu'à certaines personnes, et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, à certains cas spécialement déterminés¹:

³ Merlin, *Rép.*, v^o Opposition à un mariage, n^o 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Duranton, II, 200. — Il est des cas où la loi soumet à des peines correctionnelles l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration d'un mariage auquel s'opposait un empêchement simplement prohibitif ou dirimant. Cpr. Code Napoléon, art. 156 et 157; Code pénal, art. 193 et 194. L'application de ces peines est, lorsqu'il s'agit d'un empêchement dirimant, indépendante de l'annulation du mariage. Code pénal, art. 195. Cpr. Turin, 6 avril 1808, Sir., 40, 2, 65.

⁴ Cpr. sur les causes graves à faire valoir et sur les formes à suivre pour l'obtention des dispenses : Arrêté du 20 prairial an XI; circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du mois d'avril 1832 (Sir., 29, 2, 285 et 32, 2, 219, note 2). — Voy. aussi sur les pouvoirs concédés ou à concéder aux consuls résidant dans des pays situés en delà de l'Océan atlantique, d'accorder des dispenses au nom de l'empereur : ordonnance du 23 octobre 1833, art. 18.

⁵ Cpr. sur le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce : § 464, texte n^o 5.

¹ *Exposé de motifs*, par Portalis, *Rapport* de Gillet, et *Discours* de Bouteville (Loché, *Lég.*, IV, p. 500, n^o 33, p. 534 à 536, n^{os} 10 et 11, p. 557, n^o 13). — La plupart des auteurs trouvent que le droit d'opposition a été renfermé dans des limites trop étroites. Cpr. Delvincourt, I, p. 120; Toullier, I, 581; Duranton, II, 192; Vazeille, I, 163, 165 et 168; Demolombe, III, 136.

Les personnes auxquelles la loi a conféré le droit d'opposition, peuvent donc être rangées en deux classes. La première comprend celles qui en jouissent d'une manière absolue ; la seconde, celles qui ne peuvent l'exercer que dans certaines limites.

1^o Dans la première classe se trouvent les ascendants des futurs époux. Leur droit d'opposition est absolu, en ce sens qu'il n'est pas limité sous le rapport des causes en vertu desquelles il peut être exercé², et qu'il n'est soumis à aucune autre condition qu'à celle qui résulte de l'ordre successif que la loi a établi pour son exercice³.

Les ascendants ne jouissent, en effet, que graduellement, et non concurremment, du droit d'opposition que la loi leur accorde. Le père est appelé à l'exercer en première ligne, à l'exclusion de tout autre ascendant. A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé, ou s'il se trouve dans l'impossibilité physique, morale, ou légale, de manifester sa volonté⁴, le droit d'opposition passe à la mère⁵. A défaut de la mère, il se partage entre les aïeuls et aïeules, qui en jouissent par concurrence, avec cette restriction toutefois, que les aïeules ne sont admises à l'exercer qu'à défaut d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent⁶. Art. 173. Enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules. Arg. art. 174⁷.

Quoique les ascendants jouissent d'un droit d'opposition illimité sous le rapport des causes en vertu desquelles ce droit peut être

² *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n^o 36). — Aussi les ascendants ne sont-ils pas tenus d'indiquer, dans l'acte qui renferme leur opposition, le motif sur lequel elle est fondée. Cpr. art. 176.

³ Ainsi, par exemple, le droit d'opposition est indépendant de l'âge des futurs époux. Art. 173.

⁴ Arg. art. 149 et 150. Locré, sur l'art. 173. Toullier, I, 584.

⁵ Tant que le père est en vie et capable de manifester sa volonté, l'opposition de la mère n'est donc pas recevable. Cpr. § 462, note 22. Demolombe, III, 140.

⁶ C'est ce qui résulte, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'art. 173. Il n'existe, en effet, aucune raison pour établir entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne, un concours qui n'est pas admis entre le père et la mère. Un changement de rédaction dont le but était de proscrire ce concours, avait été arrêté au Conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 357 et 358, n^o 26. Mais la nouvelle rédaction avait un autre inconvénient, en ce qu'elle semblait refuser à l'aïeule d'une ligne le droit de concours avec l'aïeul de l'autre ligne. C'est probablement pour cette raison qu'elle n'a pas passé dans le Code. Locré, sur l'art. 173. Merlin, *Rép.*, v^o Opposition à un mariage, n^o 4, quest. 3 sur l'art. 173. Delvincourt, I, p. 119. Marcadé, sur l'art. 173, n^o 1. Demolombe, III, 140.

⁷ Cpr. § 462, note 31.

exercé, et qu'ainsi ils soient recevables à s'opposer au mariage de leurs descendants, malgré l'absence de tout empêchement, dirimant ou prohibitif, de nature à y former obstacle, leur opposition ne peut cependant être maintenue par les tribunaux, que lorsqu'elle est fondée sur un empêchement légal dont ils rapportent la preuve⁸.

2° Dans la seconde classe il faut ranger :

1) Les frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germains des futurs époux. Le droit d'opposition que la loi n'accorde à ces collatéraux qu'autant qu'ils sont majeurs⁹, et qu'à défaut d'ascendant¹⁰, est en outre limité aux deux cas suivants :

a. Lorsque le futur époux est en état de minorité, et n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'art. 160.

b. Lorsque le futur époux se trouve dans un état habituel de fureur, de démence, ou d'imbécillité¹¹. Encore, l'opposition contre laquelle une demande en main-levée a été formée, ne peut-elle être maintenue, si l'interdiction n'a pas été antérieurement prononcée¹²,

⁸ Cette proposition n'est pas contradictoire dans ses différentes parties. En disant que l'opposition formée par un ascendant ne peut être maintenue qu'autant qu'elle s'appuie sur un empêchement légal, nous ne restreignons pas l'exercice de la faculté illimitée accordée aux ascendants de faire opposition au mariage de leurs descendants. En vain dirait-on que, dans ce système, cette faculté serait illusoire, ou du moins bien insignifiante. En effet, l'opposition donnera à l'ascendant le moyen de gagner du temps, afin de ramener par des conseils salutaires l'enfant qui voudrait contracter un mariage inconsidéré. *Exposé de motifs*, par Portalis, et *Rapport fait au Tribunat*, par Gillet (Loché, *Lég.*, IV, p. 504, n° 36, p. 534, n° 10). Loché, II, 162. Merlin, *op. et v° cit.*, n° 4, quest. 4 sur l'art. 173. Duranton, II, 191 et 192. Vazeille, I, 159. Magnin, *Des minorités*, I, 153. Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. I, § 1. Valette, sur Proudhon, I, p. 421, note a, II. Marcadé, sur l'art. 173, n° 2. Demolombe, III, 140. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 171. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050. Bruxelles, 17 janvier 1809, Sir., 9, 2, 268. Civ. cass., 7 novembre 1814, Sir., 15, 1, 245. Caen, 19 mars 1839, Sir., 39, 2, 275. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt : I, p. 121 ; Caen, 9 juin 1812, Sir., 13, 2, 377. Cpr. Caen, 20 novembre 1839, Sir., 39, 2, 198.

⁹ Ainsi, les tuteurs des collatéraux dénommés en l'art. 173, ne peuvent exercer, au nom de ces derniers, le droit d'opposition établi par cet article. *Non obstat* art. 175 : Cpr. note 20 *infra*. Demolombe, III, 143.

¹⁰ Cpr. art. 149, 150 et 160 ; texte, notes 4 et 5 *supra*. Duranton, II, 195.

¹¹ L'art. 174 emploie le mot *démence* dans un sens général. Ce mot s'applique donc non-seulement à la démence proprement dite, mais encore à la fureur et à l'imbécillité. Arg. art. 174 cbn. 489. Delvincourt, I, p. 120. Demolombe, III, 146.

¹² Les personnes indiquées en l'art. 174 étant autorisées à former opposition

qu'à la charge par l'opposant de la provoquer¹³, et d'y faire statuer dans le délai qui doit lui être fixé à cet effet¹⁴. Les juges sont même autorisés, quand l'allégation de démence leur paraît évidemment dénuée de fondement, à donner immédiatement main-levée pure et simple de l'opposition¹⁵. Art. 174. Toutefois, le jugement de main-levée ne peut, même dans ce cas, être rendu qu'en présence de l'opposant, ou celui-ci dûment appelé; et ce jugement est toujours susceptible d'appel¹⁶. Du reste, que l'interdiction soit antérieure ou postérieure à l'opposition, le consentement que le conseil de famille donnerait au mariage de l'interdit, devrait, ce semble, avoir pour résultat de faire écarter l'opposition¹⁷.

Les collatéraux dénommés en l'art. 174 jouissent individuelle-

au mariage à raison de l'état de démence du futur époux, quoique son interdiction n'ait point encore été prononcée et à charge seulement de la provoquer, à plus forte raison doivent-elles y être admises, lorsque l'état de démence se trouve déjà constaté par une interdiction antérieure. Demolombe, III, 184, 4^o.

¹³ Il n'est donc pas nécessaire que la demande en interdiction soit formée concurremment avec l'opposition; il suffit qu'elle suive immédiatement la demande en main-levée d'opposition. Tel est le véritable sens de l'art. 174. Duranton, II, 196. Demolombe, *loc. cit.* — Du reste, la demande en interdiction doit être introduite, instruite et jugée suivant les formes ordinaires. Voy. art. 492 et suiv. Cpr. Colmar, 15 décembre 1810, Sir., 11, 2, 93.

¹⁴ Cpr. Lyon, 24 janvier 1828, Sir., 28, 2, 237.

¹⁵ Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n^o 29); Merlin, *op. et v^o citt.*, n^o 4, quest. 5 sur l'art. 174; Toullier, I, 585; Demolombe, *loc. cit.*; Paris, 29 messidor an XII, Sir., 4, 2, 172. — Les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire que leur attribue l'art. 174, dans le cas même où l'opposition fondée sur la démence du futur époux, a été formée par un ascendant de ce dernier. Demolombe, III, 141. Req. rej., 6 janvier 1829, Sir., 30, 1, 103. Voy. en sens contraire: Merlin, *op. et v^o citt.*, quest. 6 sur l'art. 174; Bruxelles, 15 décembre 1812, Sir., 13, 2, 238.

¹⁶ Les propositions contraires du Tribunat n'ont pas été admises. Cpr. Loqué, *Lég.*, IV, p. 454, n^o 11. Demolombe, *loc. cit.*

¹⁷ Le rapprochement de l'art. 175 et du n^o 2 de l'art. 174 prouve que le législateur n'a pas considéré l'interdiction comme un obstacle invincible au mariage, et qu'il a entendu laisser, à cet égard, au conseil de famille, un certain pouvoir d'appréciation, puisque le tuteur de l'interdit n'est admis à former opposition au mariage de ce dernier qu'avec l'autorisation de ce conseil. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que si les collatéraux désignés en l'art. 174 jouissent individuellement du droit d'opposition, il leur est cependant bien moins accordé dans leur intérêt personnel que dans celui de l'interdit; et dès lors il serait peu rationnel d'admettre que la volonté, peut être capricieuse ou même malveillante, d'un seul collatéral l'emportât sur le sentiment du conseil de famille, gardien légal des intérêts de l'interdit.

ment et concurremment¹⁸ du droit de s'opposer au mariage de leur parent qui se trouve en état de démence, ou qui n'a point obtenu du conseil de famille le consentement exigé par la loi¹⁹.

2) Le tuteur ou curateur du futur époux²⁰. Il ne jouit du droit d'opposition qu'à défaut d'ascendant, et dans les deux cas ci-dessus développés. Il ne peut même l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil de famille²¹. Art. 175.

3) La personne engagée avec l'un des futurs époux dans les liens d'un mariage civilement contracté²², et non encore dissous. Elle jouit du droit d'opposition concurremment avec les ascendants, mais à charge de rapporter la preuve de la célébration du mariage. Art. 172 cbn. 194.

Les dispositions des art. 172 à 175 ayant été rédigées dans l'intention de limiter à certaines personnes le droit de s'opposer au mariage²³, ce droit doit, par cela même, être dénié à toute personne privée à laquelle il n'a pas été expressément accordé²⁴. Ainsi il ne compète, ni aux descendants des futurs époux, ni à des collatéraux autres que ceux qui sont désignés en l'art. 174²⁵, ni à

¹⁸ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n° 28). Demolombe, III, 143.

¹⁹ Les collatéraux du futur époux qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'art. 174, ne peuvent s'opposer à son mariage, sous prétexte que la personne avec laquelle il se propose de se marier est en état de démence, ou n'a pas obtenu du conseil de famille le consentement qui lui est nécessaire. Arg. art. 174, n° 2 cbn. 490. Demolombe, III, 150.

²⁰ Le Tribunat, sur la demande duquel l'art. 175 a été ajouté, disait à l'appui de sa proposition : « Il a paru convenable que dans les deux cas prévus par l'art. 174, le tuteur et le curateur pussent former opposition au mariage de ceux dont la personne est confiée à leur surveillance. » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 453, n° 9. — Merlin (*op. et v° cit.*, n° 4, quest. 4 sur les art. 174 et 175) est donc évidemment tombé dans l'erreur, en appliquant les dispositions de l'art. 175 aux tuteurs et curateurs des collatéraux dénommés en l'art. 174.

²¹ M. Duranton (II, 199) prétend que le tuteur d'un interdit peut former opposition au mariage de ce dernier, sans autorisation du conseil de famille. Mais cette opinion est manifestement contraire au texte de l'art. 175. Demolombe, III, 148.

²² Ainsi, l'existence d'une union contractée devant un prêtre ne donnerait aucun droit d'opposition à la personne qui ne serait pas civilement mariée avec le futur époux. Demolombe, III, 139. Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 389. Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

²³ Voy. les autorités citées à la note 1 *supra*.

²⁴ Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 1 sur l'art. 174. Demolombe, III, 150.

²⁵ Proudhon, I, p. 423. Delvincourt, I, p. 120. Toullier, I, 585. Duranton, II, 193, note 2. Vazeille, I, 165. Demolombe, III, 144. Bruxelles, 22 avril 1806, Sir., 6, 2, 157. Aix, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 10. Nîmes, 13 août 1823,

la personne à laquelle l'un des futurs époux aurait fait une promesse de mariage²⁶. Quant au ministère public, il est admis, bien que la loi ne lui en ait pas expressément accordé le droit, à former

Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 258. Toulouse, 9 janvier 1839, Sir., 39, 2, 274. Lyon, 11 décembre 1850, Sir., 51, 2, 189.

²⁶ L'auteur d'une pareille promesse ne peut, en effet, être contraint à l'accomplir. Tous les interprètes sont d'accord sur ce point. Mais ils sont partagés sur la question de savoir si une promesse de mariage engendre une obligation susceptible de se convertir en dommages-intérêts, dans le cas où elle ne serait pas accomplie. Cpr. art. 1142. — Toullier (VI, 193 à 202), Merlin (*Rép.*, v^o Peine contractuelle, § 3, n^o 3) et Zachariæ (§ 457, texte et note 5) adoptent l'affirmative d'une manière absolue. Ils enseignent, en conséquence, que les dommages-intérêts doivent comprendre non-seulement le *damnum emergens*, mais encore le *lucrum cessans* (art. 1149), et que la clause pénale ajoutée à une promesse de mariage doit sortir son plein et entier effet. Voy. aussi dans ce sens : Nîmes, 6 août 1806, Sir., 6, 2, 476; Trèves, 5 février 1808, Sir., 8, 2, 169; Rouen, 28 février 1815, Sir., 15, 2, 224. — MM. Delvincourt (I, p. 127), Maleville (sur l'art. 172). Duranton (II, 187; X, 319 à 321 et 369), Vazeille (I, 145 à 152), Favard (*Rép.*), v^o Obligation, sect. II, n^o 2) et Demolombe (III, 28 à 32), enseignent, au contraire, que les promesses de mariage sont nulles en elles-mêmes, et que dès lors leur inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, ni faire encourir les peines qui y auraient été stipulées. Cpr. art. 1227. — Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui nous paraît la seule conciliable avec le principe que le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment même de la célébration, et doit être, en ce moment, dégagé de toute espèce de contrainte. Il est d'ailleurs bien entendu que, si l'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle, qui autorise la personne à laquelle cette promesse a été faite à réclamer, soit la peine stipulée, soit des dommages-intérêts évalués d'après le bénéfice dont elle a été privée (*lucrum cessans*), le refus d'exécuter une pareille promesse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un fait dommageable, et donner ainsi à la partie lésée le droit de demander, en vertu de l'art. 1382, la réparation du préjudice matériel ou moral qu'elle a réellement éprouvé (*damnum emergens*), soit par suite des dépenses qu'elle a faites, soit à raison de l'atteinte portée à sa réputation. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence est définitivement fixée. Voy. Turin, 14 floréal an XIII, Sir., 6, 2, 6; Amiens, 30 mai 1812, Sir., 14, 2, 19; Req. rej., 17 août 1814, Sir., 15, 1, 18; Civ. rej., 21 décembre 1814, Sir., 15, 1, 159; Colmar, 18 juin 1818, Sir., 19, 2, 108; Req. rej., 6 juin 1821, Sir., 23, 1, 41; Req. rej., 27 juin 1833, Sir., 33, 1, 548; Poitiers, 29 mai 1834, Sir., 34, 2, 354; Chambres réunies, rej., 7 mai 1836, Sir., 36, 1, 574; Civ. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 492; Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., 38, 1, 494; Req. rej., 26 mars 1845, Sir., 45, 1, 539; Bordeaux, 23 novembre 1852, Sir., 53, 2, 245; Douai, 3 décembre 1853, Sir., 54, 2, 193; Nîmes, 2 janvier 1855, Sir., 55, 2, 38. Cpr. encore sur cette matière les arrêts suivants qui ne décident pas explicitement la question dont s'agit : Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2; Colmar, 13 avril 1818, Sir., 18, 2, 268; Bastia, 3 février 1834, Sir., 34, 2, 355; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., 38, 1, 287.

opposition à tout mariage dont il pourrait demander la nullité, s'il avait été célébré²⁷.

²⁷ En effet, le droit accordé au ministère public de provoquer l'annulation de certains mariages, emporte virtuellement pour lui le droit de former opposition à leur célébration. C'est le cas d'appliquer ici le principe *Qui peut le plus, peut le moins*, et la maxime *Melius est causam intactam servare, quam vulnerata causa remedium quærere*. On a dit, à la vérité, pour repousser cet argument *a fortiori*, que l'action en nullité ne cause aucun préjudice aux parties, si elle est mal fondée, tandis qu'il en est autrement de l'opposition, dont l'effet est toujours de retarder le mariage. Mais on a oublié, en proposant cette objection, que toute opposition, eût-elle été formée par une personne qui n'avait pas qualité pour la faire, n'en a pas moins pour conséquence d'arrêter le mariage, tant qu'elle n'a pas été levée, qu'ainsi la crainte de voir retarder le mariage par une opposition mal fondée que formerait le ministère public, ne pouvait être pour le législateur un motif suffisant de lui refuser, dans l'hypothèse dont s'agit, le droit d'opposition. L'objection d'ailleurs perd toute sa force, quand on met en balance la possibilité du préjudice qu'éprouveraient les parties par un simple retard apporté à leur union, et l'immense intérêt qu'il y a pour les époux eux-mêmes et pour la société, d'empêcher un mariage qui pourrait et qui devrait être immédiatement annulé. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 120 et 128; Proudhon, I, p. 420; Duranton, II, 201 et 345; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 169; Req. rej., 2 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54; Civ. cass., 21 mai 1856, Sir., 57, 1, 111. — Deux autres opinions se sont formées sur la question. Suivant la première, qui se trouve déjà réfutée par les observations précédentes, le droit d'opposition n'appartiendrait jamais au ministère public. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174; Toullier, I, 591 et 592; Ortolan et Ledéau, *Du ministère public*, I, liv. II, tit. I, chap. IV, n° 1; Zachariæ, § 459, note 2; Paris, 26 avril 1833, Sir., 33, 2, 286. D'après la seconde, le ministère public pourrait exercer le droit d'opposition toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, dirimant ou simplement prohibitif, est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public. Voy. en ce sens : Valette, sur Proudhon, I, p. 420, note a; Demolombe, III, 151; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 389; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97. Cette opinion, à l'appui de laquelle on invoque l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, nous paraît donner une interprétation beaucoup trop large à la partie de cet article qui charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il résulte, en effet, de la première proposition du même article, qui limite implicitement l'action d'office du ministère public en matière civile, aux cas spécifiés par la loi, que le législateur n'a entendu parler, dans la dernière-proposition ci-dessus rappelée, que des mesures d'exécution à prendre en dehors de tout débat judiciaire où le ministère public aurait à figurer comme partie principale. L'interprétation que nous combattons conduirait à dire que le législateur, après avoir restreint l'action d'office du ministère public aux cas spécifiés par la loi, l'aurait ensuite étendue à tous ceux dans lesquels l'ordre public se trouve intéressé, et à établir ainsi une opposition manifeste entre les deux parties de l'art. 46. Vainement chercherait-on à écarter cette contradiction en disant que la première partie ne concerne que les hypo-

Du reste, il est libre à toute personne²⁸, et il est même du devoir du ministère public, de dénoncer à l'officier de l'état civil les empêchements légaux qui s'opposent à un mariage²⁹. Ce fonctionnaire est en pareil cas tenu, sous sa responsabilité personnelle, de vérifier l'exactitude de la dénonciation, et de refuser, s'il y a lieu, de procéder à la célébration, sauf aux parties intéressées à l'y faire contraindre par justice, si elles s'y croient fondées.

§ 455.

Continuation. — b. De la manière dont l'opposition doit être formée.

L'opposition est recevable jusqu'au moment de la célébration¹.

Elle se forme par acte extrajudiciaire². L'acte d'opposition doit, à peine de nullité³, être signé, sur l'original et sur la copie, par

thèses où l'intérêt public n'est pas engagé, puisque la généralité de la règle qui s'y trouve posée est exclusive de toute distinction, et que d'ailleurs le droit d'action accordé au ministère public en matière civile, est toujours fondé sur des considérations plus ou moins graves d'ordre public. Nous ajouterons que notre explication est conforme à celle qu'a donnée la Cour de cassation, à l'occasion de la question de savoir si le ministère public est autorisé à attaquer un jugement qui, selon lui, aurait mal à propos annulé un mariage. Cpr. § 458, texte et note 6.

²⁸ Cpr. Duranton, II, 200 ; et les auteurs cités à la note suivante.

²⁹ Le ministère public est, en effet, chargé de surveiller l'exécution des lois, et de la poursuivre d'office quant aux dispositions qui intéressent l'ordre public. Loi du 20 avril 1810, art. 46. Le ministère public, sous l'autorité duquel se trouvent placés les officiers de l'état civil, aura donc toujours les moyens d'empêcher la célébration d'un mariage auquel s'opposerait un empêchement légal. Merlin, *Rép.*, v^o *cit.*, n^o 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Cpr. § 453, texte et note 3.

¹ Vazeille, I, 177. Demolombe, III, 162.

² Cpr. cep. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Cet arrêt juge que l'opposition déclarée verbalement par le père de l'un des futurs, au moment de la célébration, et reçue par l'officier de l'état civil, forme obstacle au mariage, tant qu'elle n'a pas été levée. Cette décision n'est pas sans difficulté. En tout cas, elle ne saurait être admise en dehors des circonstances toutes particulières dans lesquelles elle a été rendue.

³ La nullité résulte virtuellement de l'esprit de la loi et du rapprochement des art. 66 et 176. Marcadé, sur l'art. 176, n^o 2. Demolombe, III, 154. Liège, 24 octobre 1812, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o *Mariage*, sect. IV, art. 2, n^o 5. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 171 ; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, sur l'art. 66, n^o 2.

l'opposant⁴ ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, et signifié par le ministère d'huissier, tant à la personne ou au domicile de chacun des futurs époux⁵, qu'à l'officier de l'état civil, soit de la commune où le mariage devra être célébré, soit de l'une des communes où les publications ont été faites⁶. Ce fonctionnaire vise l'original de l'acte d'opposition. Art. 66.

L'acte d'opposition doit, à peine de nullité et d'interdiction de l'huissier qui l'aurait signifié, contenir : 1° l'énonciation de la qualité en vertu de laquelle l'opposant prétend avoir le droit de former opposition au mariage⁷; 2° l'indication des motifs sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant; 3° une élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré⁸. Art. 176.

§ 456.

Continuation. — c. Des suites juridiques de l'opposition.

L'officier de l'état civil n'est juge du mérite de l'opposition, ni sous le rapport du fond et de la qualité de l'opposant, ni même sous celui de la forme¹.

⁴ L'opposant qui ne saurait pas signer, devrait constituer, par acte notarié, un mandataire chargé de remplir en son nom cette formalité.

⁵ Cpr. Delvincourt, sur l'art. 66; Duranton, II, 209; Vazeille, I, 171.

⁶ Arg. art. 66, 67, 69 et 76, nos 6 et 7. Duranton, II, 210. Demolombe, III, 160. Cpr. Vazeille, I, 172.

⁷ Delvincourt, I, p. 121. Duranton, II, 207. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 176.

⁸ *Quid*, si cette commune est inconnue, à raison de la circonstance que les futurs époux habitent deux communes différentes, ou à raison de la faculté laissée aux parties de se marier, non-seulement dans la commune où elles ont leur domicile général, mais encore dans celle où elles résident depuis six mois? Cpr. art. 174. Il semble qu'il suffise d'élire domicile dans la commune que les publications indiquent comme devant être le lieu de la célébration; et si les publications sont muettes sur ce point, soit dans la commune où se trouve domicilié l'époux contre lequel l'opposition est dirigée, soit dans la commune où il réside depuis six mois. Cependant, pour plus de sûreté, l'opposant fera bien d'élire domicile dans les différentes communes où le mariage peut être célébré. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, IV, p. 353, n° 31); Locré, sur l'art. 176; Delvincourt, I, p. 121; Toullier, I, 587, à la note; Duranton, II, 208 et 210; Vazeille, I, 170; Demolombe, III, 156; Douai, 15 novembre 1841, Sir., 41, 2, 311.

¹ Contrairement à la proposition émise au texte, Merlin enseigne (*Rép.*, v° Opposition à un mariage, quest. 1 sur l'art. 177) que si l'opposition est nulle

L'officier de l'état civil auquel a été notifiée une opposition, doit donc suspendre la célébration du mariage, jusqu'à ce que la main-levée en ait été régulièrement consentie², ou judiciairement prononcée. Cependant le mariage auquel l'officier de l'état civil aurait procédé au mépris d'une opposition, ne serait pas pour cela seul entaché de nullité, si d'ailleurs il réunissait toutes les conditions extrinsèques et intrinsèques nécessaires à sa validité³. L'officier de l'état civil serait seulement passible d'une amende de trois cents francs, et responsable de tous les dommages occasionnés par suite de son infraction. Art. 68.

Du reste, la loi, pour assurer d'autant mieux l'effet des oppositions, ordonne à l'officier de l'état civil entre les mains duquel il en a été formé, d'en faire mention sommaire, ainsi que des jugements ou actes de main-levée, dans le registre des publications, et d'indiquer également les unes et les autres dans l'acte de célébration, ou d'y énoncer qu'il n'y a point eu d'opposition. Art. 67, 69 et 76, n° 7.

§ 457.

Continuation. — d. De la demande en main-levée de l'opposition.

Le droit de demander la main-levée d'une opposition ne compète

en la forme, l'officier de l'état civil ne doit pas s'y arrêter. Mais son opinion a été généralement rejetée. Voy. Duranton, II, 203; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, sur l'art. 68, n° 1; Rieff, *Des actes de l'état civil*, nos 167 et 179; Taulier, I, p. 296. Voy. aussi Richelot, I, p. 242, note 6; Marcadé, sur l'art. 176, n° 2; Demolombe, III, 163. Toutefois, ces derniers auteurs pensent que si l'opposition était si manifestement irrecevable, irrégulière, ou mal fondée, qu'il ne pût pas s'élever de doutes sérieux à cet égard, l'officier de l'état civil pourrait et devrait même passer outre. Ce tempérament, qui laisserait l'officier de l'état civil juge, dans une certaine limite d'ailleurs mal définie, du mérite de l'opposition, nous paraît également contraire au texte et à l'esprit de l'art. 68. Nous n'admettrions d'exception à la règle posée au texte que dans le cas où il s'agirait d'une déclaration d'opposition purement verbale ou contenue dans une simple lettre missive, auquel cas on peut dire qu'il n'existe véritablement pas d'opposition dans le sens de la loi.

² La main-levée de l'opposition peut être volontairement consentie par l'opposant. Arg. art. 67. Delvincourt, I, p. 123. Demolombe, III, 164. Toutefois, si elle ne faisait pas disparaître l'empêchement légal en vertu duquel l'opposition a été formée, l'officier de l'état civil devrait, malgré la main-levée, se refuser à procéder à la célébration du mariage. Cpr. § 453, texte et note 3. Proudhon, I, p. 426.

³ Marcadé, sur l'art. 178, n° 2. Demolombe, III, 170 et 172.

qu'au futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée¹. Il s'ouvre par le fait même de l'opposition et peut être immédiatement exercé, alors même que l'opposition émanerait d'un ascendant, et que les délais que comportent les actes respectueux ne seraient point encore expirés².

La demande en main-levée de l'opposition peut être portée, soit devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu³, ou qu'il a dû élire⁴, dans son acte d'opposition, soit devant le tribunal de son domicile général⁵.

Cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation⁶, et doit être jugée, tant en première instance qu'en appel, avec une grande célérité. Art. 177 et 178⁷.

L'arrêt qui statue sur une pareille demande peut être déféré à la Cour de cassation. Mais, conformément à la règle générale reçue

¹ Delvincourt, I, p. 123. Duranton, II, 209. Vazeille, I, 171. Demolombe, III, 165.

² Grenoble, 27 mai 1845, Sir., 46, 2, 399.

³ Le but de l'élection de domicile prescrite par l'art. 176, est de donner au futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, le moyen d'obtenir main-levée de l'opposition, sans être obligé d'aller chercher l'opposant à des distances souvent très-éloignées. Cette élection de domicile est attributive de juridiction. Cpr. art. 111; Code de procédure, art. 59, al. 9; §§ 142 et 146. *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, IV, p. 454 et 455, n° 13). Loché, sur l'art. 176. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 177. Proudhon, I, p. 427. Duranton, II, 212. Vazeille, I, 174. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 173. Demolombe, III, 157. Paris, 19 octobre 1809, Sir., 29, 2, 231, à la note. Bruxelles, 6 décembre 1830, Sir., 31, 2, 58. Bordeaux, 7 janvier 1840, Sir., 40, 2, 249. Paris, 27 mars 1841, Sir., 41, 2, 432. Douai, 15 novembre 1841, Sir., 42, 2, 301. Voy. en sens contraire : Paris, 23 mars 1829, Sir., 29, 2, 231.

⁴ Si l'opposant avait négligé d'élire domicile dans la commune où le mariage doit être célébré, sa négligence ne pourrait priver le demandeur en main-levée d'opposition, du droit de porter sa demande devant le tribunal auquel la loi a implicitement attribué juridiction pour y statuer. Merlin, *Rép.*, v° et loc. cit. Demolombe, III, 165.

⁵ Code Napoléon, art. 111 cbn. Code de procédure, art. 59, al. 9. Proudhon, loc. cit. Duranton, II, 212. Demolombe, loc. cit. Cpr. § 146, texte et note 17.

⁶ Arg. art. 177 et 178 cbn. Code de procédure, art. 49, n° 2. Merlin, *Rép.*, v° cit., n° 4, quest. 3 sur l'art. 177. Proudhon, loc. cit. Delvincourt, I, p. 123. Vazeille, I, 173. Angers, 4 prairial an XI, Sir., 6, 2, 398. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116.

⁷ Cpr. sur ces articles : Merlin, *Rép.*, v° cit., n° 4, quest. 1 sur l'art. 178, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 14; Proudhon, loc. cit.; Duranton, II, 211 à 214; Vazeille, I, 175; Nîmes, 30 décembre 1806, Sir., 7, 2, 1050.

en matière civile, le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui a donné main-levée de l'opposition, n'est pas suspensif, de telle sorte que l'officier de l'état civil ne peut refuser de passer outre à la célébration du mariage⁸. Que si l'arrêt de main-levée venait à être cassé, la célébration à laquelle il aurait été procédé en vertu de cet arrêt, devrait être considérée comme non avenue ou comme dépourvue de tout effet civil⁹.

Lorsque l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Art. 179¹⁰.

Le rejet de l'opposition formée par une personne n'est point un obstacle à l'opposition ultérieure d'une autre personne. Il y a mieux, l'opposition qui a été rejetée comme nulle en la forme, peut être réitérée par la même personne au moyen d'un acte régulier¹¹.

⁸ Merlin, *Rép.*, v^o *cit.*, n^o 4, quest. 3 sur l'art. 178. Vazeille, I, 176. Marcadé, sur l'art. 178, n^o 1. Demolombe, III, 169. Rieff, *op. cit.*, n^o 75. Paris, 19 décembre 1815, Sir., 16, 2, 343. Lyon, 15 février 1828, Sir., 29, 2, 86. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 123; Durantou, II, 158.

⁹ Dans le système qui maintiendrait une pareille célébration comme efficace et valable, sous la réserve seulement de l'action en annulation du mariage pour cause d'empêchement dirimant, la faculté que l'on reconnaît à l'opposant de se pourvoir en cassation, deviendrait complètement illusoire. Vainement dit-on à l'appui de ce système, qu'il faut assimiler le mariage célébré en vertu de l'arrêt qui a donné main-levée de l'opposition, à celui qui aurait été contracté au mépris d'une opposition non levée. Cette assimilation n'est point exacte. La défense faite à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage contre lequel existe une opposition non encore levée, et l'amende attachée à la violation de cette défense, sont pour la société et pour l'opposant une garantie suffisante qu'il ne sera pas passé outre; et si le contraire devait arriver, ce serait là un fait illégal et tout exceptionnel, dont on ne peut faire le point de départ d'un raisonnement par analogie, pour le cas où la célébration du mariage aurait eu lieu en vertu d'un arrêt qui avait à tort donné main-levée de l'opposition. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les époux, en poursuivant la célébration du mariage, malgré l'éventualité d'un pourvoi en cassation, ont agi à leurs risques et périls; que, d'un autre côté, ils pourront toujours invoquer le bénéfice des art. 201 et 202; et qu'enfin il leur sera loisible, si l'opposition est rejetée en définitive, de faire procéder à une nouvelle célébration. Marcadé, sur l'art. 178, n^o 2. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 170.

¹⁰ Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 501, n^o 36); Merlin, *Rép.*, v^o *cit.*, n^o 4, sur l'art. 179.

¹¹ En partant de l'idée que l'officier de l'état civil n'est pas plus juge du mérite d'une seconde opposition que d'une première, on est amené à reconnaître qu'aux tribunaux seuls, il appartient d'y statuer. Or, on ne trouve aucune disposition qui attache au rejet pour vice de forme d'une première opposition, la déchéance de la faculté de la renouveler, et les principes généraux sur l'autorité de

Mais, si l'opposition avait été écartée comme non recevable par défaut de qualité dans la personne de l'opposant, elle ne pourrait plus être légalement réitérée, et le juge saisi d'une seconde opposition formée par la même personne, devrait la rejeter sans nouvel examen¹², en ordonnant, s'il en était requis, l'exécution provisoire de son jugement, nonobstant appel ou nouvelle opposition¹³. Il en serait de même, si la première opposition avait été écartée comme mal fondée, bien qu'un nouveau moyen fût invoqué à l'appui de la seconde opposition¹⁴. Il est, du reste, bien entendu que si, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'opposition avait révélé l'existence d'un empêchement légal au mariage, le tribunal pourrait le signaler à l'officier de l'état civil, et se borner à donner main-levée de l'opposition, sans ordonner qu'il fût passé outre à la célébration du mariage¹⁵.

la chose jugée repoussent une pareille conséquence. Ce système, on ne saurait le méconnaître, peut donner lieu à de graves abus, à des retards préjudiciables, que la loi a précisément cherché à prévenir; et c'est, eu égard à ces inconvénients, que dans nos premières éditions nous avons cru devoir, en nous écartant du sentiment de Zachariæ, nous prononcer en faveur du système contraire. Mais un plus mûr examen de la question nous engage à abandonner notre première opinion, parce que, en définitive, il ne peut être permis, en l'absence d'un texte positif, de restreindre l'exercice d'une faculté légale, à raison des abus que cet exercice peut entraîner. Delvincourt, I, p. 122. Duranton, II, 206. Vazeille, I, 177. Zachariæ, § 462, texte et note 7. Demolombe, III, 176. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o *cit.*, n^o 4, quest. 2 sur l'art. 176; Liège, 26 décembre 1812, Sir., 13, 2, 379.

¹² Cette proposition, qui découle des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée, ne nous paraît susceptible d'aucune controverse.

¹³ Code de procédure, art. 135, et arg. de cet article. Demolombe, *loc. cit.*

¹⁴ Voy. en sens contraire : Demolombe, *loc. cit.* Le savant auteur nous semble avoir fait erreur, en considérant les divers empêchements qui peuvent être invoqués à l'appui d'une opposition, comme constituant autant de *causes* différentes, dans le sens attribué à cette expression en matière d'exception de chose jugée. En réalité, le fondement immédiat et direct du droit d'opposition réside uniquement dans la disposition légale qui le concède, et les empêchements que l'opposant fait valoir à l'appui de son opposition ne constituent que des moyens propres à la faire maintenir. Or, la diversité de ces moyens n'entraîne pas diversité de causes (*hoc sensu*). Cpr. § 769, texte et note 69.

¹⁵ L'officier de l'état civil, instruit de l'existence de l'empêchement qui lui aura été dénoncé, devra refuser de procéder à la célébration du mariage, et de cette manière tous les intérêts se trouveront conciliés. Cpr. § 453, texte et note 3. Proudhon, I, p. 426. Duranton, *loc. cit.* Taulier, I, p. 295. Demolombe, III, 173.

§ 458.

3. *Des demandes en nullité de mariage. — Des exceptions qui peuvent y être opposées.*

1^o Conformément au principe général énoncé au § 37, un mariage entaché de nullité reste efficace, tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge, sur la demande ou l'exception intentée ou proposée devant lui à cet effet¹.

Il n'existe point, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Les seules causes qui autorisent à provoquer l'annulation d'un mariage, sont celles à raison desquelles la loi a textuellement établi une action en nullité².

D'un autre côté, le droit de demander, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, l'annulation d'un mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'a formellement accordé³. Sous ce rapport, on divise les nullités de mariage en absolues ou relatives, suivant que la loi reconnaît généralement à toute personne intéressée, ou qu'elle réserve à certaines personnes spécialement désignées, le droit de les proposer⁴.

¹ Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, nos 8 à 11); et § 450. Demolombe, III, 343.

² L'économie des art. 180 et suiv. du Code Napoléon, placés sous le chap. IV, intitulé *Des demandes en nullité de mariage*, démontre jusqu'à l'évidence l'intention du législateur de n'admettre dans la matière qui nous occupe, que des nullités littérales. Locré, III, p. 204. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184. Demolombe, III, 335. Cpr. Toullier, I, 651; Vazeille, I, 100; Civ., rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46; Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 125 et 126; Proudhon et Valette, I, p. 404 et 405.

³ Les observations présentées à la note précédente justifient également cette proposition. Cpr. § 450, texte *in fine*. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180, et quest. 6 sur l'art. 184. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 157. Douai, 12 juillet 1838, Sir., 39, 2, 256. Req. rej., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 826. Req. rej., 12 novembre 1845, Sir., 45, 1, 246. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Voy. cep. Vazeille, I, 239 et 240.

⁴ Il résulte de la discussion au Conseil d'état (Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 371 à 374, nos 6 à 8; p. 378, n^o 14; p. 406, n^o 2) que, si les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir employer les expressions *nullités absolues et nullités relatives*, qui, en effet, appartiennent plutôt à la doctrine qu'à la législation, ils les ont cependant considérées comme rendant d'une manière très-nette l'idée de la distinction consacrée par les art. 180 et 182, et par les art. 184 et 191.

Le droit de demander l'annulation d'un mariage entaché de nullité n'emporte pas nécessairement, en faveur de la personne au profit de laquelle il existe, le droit inverse de faire déclarer, par voie d'intervention ou d'appel, la validité d'un mariage qui serait indûment attaqué, ou qui aurait été mal à propos annulé⁵. Il en est ainsi, même pour le ministère public : quoique autorisé à demander l'annulation de tout mariage entaché d'une nullité absolue, il n'a pas le droit d'interjeter appel et de demander la réformation d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, aurait prononcé la nullité d'un mariage⁶.

2° Un mariage entaché dans son origine d'un vice de nature à entraîner l'annulation peut, en certains cas, être validé par un événement postérieur qui en efface la nullité.

Les nullités relatives sont toutes susceptibles de se couvrir, soit au moyen de la confirmation du mariage par les personnes dans l'intérêt desquelles ces nullités ont été établies⁷, soit au moyen de la prescription⁸.

Au contraire, les nullités absolues ne peuvent, en général⁹, être effacées par quelque laps de temps, ni par quelque événement que ce soit¹⁰. Mais, si ces nullités ne sont pas en elles-mêmes suscep-

⁵ Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 3, nos 1 et 2.

⁶ Vainement dirait-on que ce droit doit appartenir au ministère public, comme étant chargé de poursuivre l'exécution des lois, dans les matières qui intéressent l'ordre public. Ainsi que nous l'avons déjà démontré à la note 27 du § 454, le ministère public n'a, au civil, la voie d'action que dans les cas spécifiés par la loi, et il n'existe aucune disposition qui la lui confère dans l'hypothèse dont s'agit. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 109 et suiv., nos 1 à 3. Duvergier, sur Toullier, I, p. 372, note 2. Allemand, I, 517. Civ. cass., 1^{er} août 1820, Sir., 21, 1, 154. Civ. cass., 5 mars 1821, Sir., 21, 1, 197. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 648; Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 3, n^o 3; Valette, sur Proudhon, I, p. 444; Demolombe, III, 312; Bruxelles, 1^{er} août 1808, Sir., 8, 2, 273; Pau, 28 janvier 1809, Sir., 9, 2, 241; Paris, 13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. Cpr. Delvincourt, I, p. 149; Duranton, II, 344; Vazeille, I, 255. Ces derniers auteurs s'attachent plutôt à critiquer la loi, qu'à combattre l'interprétation que lui a donnée la Cour de cassation.

⁷ Cpr. art. 181 et 183; § 462, texte et notes 17 et 18, 50 à 54.

⁸ Le temps requis pour la prescription est tantôt d'un an (cpr. art. 183), tantôt de trente ans. Cpr. § 462, note 19.

⁹ Nous ne connaissons qu'une seule exception à cette règle, c'est celle qu'indique l'art. 185. Dans les hypothèses prévues par les art. 186 et 196, la nullité du mariage n'est point couverte en elle-même, malgré la fin de non-recevoir au moyen de laquelle peut être écartée l'action de la personne qui la fait valoir.

¹⁰ Sauf l'exception indiquée dans la note précédente, ces nullités sont donc

tibles de se couvrir, rien n'empêche cependant que l'action accordée pour les faire valoir ne puisse, en certains cas, être écartée au moyen d'une fin de non-recevoir fondée, non sur la disparition du vice dont le mariage se trouve entaché, mais sur un motif particulier au demandeur en nullité. C'est ce qui a lieu, notamment, toutes les fois que la personne qui demande la nullité du mariage, est sans intérêt à la faire déclarer⁴¹. Ainsi, les personnes auxquelles la loi donne, dans un intérêt purement pécuniaire, le droit de demander l'annulation d'un mariage, sont non recevables à la faire prononcer, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels elles auraient eu intérêt à la faire valoir, ou lorsque ces droits se trouvent éteints par la prescription⁴².

§ 459.

Des effets de l'annulation du mariage.

Le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage fait, en règle générale¹, évanouir, d'une manière rétroactive², tous les effets juridiques découlant du mariage comme tel.

Mais un pareil jugement ne saurait avoir pour conséquence d'anéantir les droits et les obligations attachés à l'union des époux considérée comme un simple fait, c'est-à-dire comme dépourvue du caractère juridique au point de vue duquel elle a été annulée. Ainsi, l'annulation d'un mariage laisse subsister les rapports résultant de la société de biens qui de fait a pu exister entre les époux³, et l'affinité naturelle que leur commerce a produite⁴.

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage n'enlève pas aux enfants qui sont nés pendant sa durée ou dans les dix mois de son annulation, le droit de prouver leur filiation, tant paternelle que

irréparables et perpétuelles. Demolombe, III, 313 à 315. Cpr. pour les développements et les applications de cette proposition : § 461, texte et notes 32 à 38 ; § 467, texte et note 30.

⁴¹ Cpr. art. 187 et 190.

⁴² Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 11 ; sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184, quest. 3 sur l'art. 196 ; Demolombe, III, 333.

¹ Voy. au § 460, l'exception établie en faveur du mariage putatif.

² Arg. *a contrario*, art. 201 et 202. Cpr. § 37, texte et note 18. Toullier, I, 652. Demolombe, III, 344.

³ Pothier, *De la communauté*, n^o 497. Toullier, I, 655. Cpr. § 37, texte et note 19.

⁴ Cpr. § 67, texte et note 9 ; § 461, texte, notes 12 et 13.

maternelle, à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage, si le mariage avait été maintenu. La preuve ainsi faite constate d'une manière légale, en dehors de toute reconnaissance, leur état d'enfants naturels⁵.

Enfin, un mariage annulé doit, quant à l'application de l'art. 228, être placé sur la même ligne qu'un mariage valable, dissous par la mort du mari⁶.

Du reste, les personnes dont le mariage a été annulé peuvent valablement se remarier l'une avec l'autre, à moins que l'empêchement dirimant à raison duquel l'annulation en a été prononcée, ne subsiste encore.

§ 460.

Du mariage putatif.

On appelle mariage putatif un mariage qui, dans la réalité, se trouve entaché de nullité, mais que les deux époux, ou l'un d'eux, ont cru valable en le contractant. Par exception au principe énoncé au paragraphe précédent, le mariage putatif dont l'annulation a été prononcée, n'en produit pas moins, tant au profit des enfants qu'au profit des époux ou de l'époux de bonne foi, tous les effets juridiques attachés à un mariage valable. Art. 201 et 202.

Cette exception, n'ayant été établie qu'en faveur des mariages qui se trouvent simplement entachés de nullité, est, en thèse générale, étrangère aux unions qui ne présenteraient pas les caractères essentiels à l'existence d'un mariage¹. Ainsi, par exemple,

⁵ Demolombe, III, 345. — Voy. cependant sur l'hypothèse où, malgré la grossesse de la femme pubère, le mariage est annulé pour cause d'impuberté du mari : Demolombe, III, 346. — Marcadé (II, sur l'art. 202, n° 4) admet également en principe la proposition énoncée au texte ; mais il en écarte à tort l'application pour le cas d'inceste ou d'adultère. Ce cas, en effet, est précisément un de ceux auxquels se réfèrent les art. 761 et 762, qui supposent une filiation incestueuse ou adultérine légalement constatée en dehors de toute reconnaissance volontaire ou forcée. Cpr. § 572.

⁶ Cpr. § 463, texte n° 3 et note 4.

¹ Cette proposition, que nous avons empruntée à Zachariæ (§ 465), paraît également admise en principe par M. Demolombe (III, 355). Toutefois, ces auteurs ne pensent pas qu'on doive la pousser jusque dans ses dernières conséquences, parce que, disent-ils, la distinction entre le mariage non existant et le mariage simplement annulable, n'a pas toujours été rigoureusement suivie par le législateur. Cette observation peut être fondée en ce sens que les rédacteurs du Code se sont bornés, par des motifs d'utilité pratique, à ouvrir une simple action en

cette exception ne peut être étendue, ni à l'union formée devant une personne qui n'était pas revêtue du caractère d'officier de l'état civil², ni à l'union contractée par un mort civilement³.

nullité dans certaines hypothèses où, à la rigueur et d'après les principes du droit philosophique, ils auraient dû considérer le mariage comme non existant. Mais il n'en demeure pas moins certain qu'ils ont reconnu la nécessité de la distinction dont il s'agit; et, de fait, on est bien forcé de l'appliquer aux unions qui n'offrent pas les véritables caractères d'un mariage, et contre lesquelles la loi n'ouvre cependant aucune action en nullité. Or, rien ne prouve que le législateur n'ait pas entendu consacrer pour de pareilles unions, toutes les conséquences qui découlent de leur non-existence comme mariages civils, ni surtout qu'il ait voulu y étendre les dispositions exceptionnelles et de faveur des art. 201 et 202. Bien loin de là, le texte de ces articles, la place qu'ils occupent, la corrélation qui existe entre leurs dispositions et celles du même chapitre relatives aux demandes en nullité de mariage, tendent, au contraire, à démontrer que les rédacteurs du Code n'y ont eu en vue que les mariages simplement annulables. D'ailleurs, une union déstituée de toute existence légale mérite-t-elle autant de faveur qu'un mariage qui, quoique annulable, n'en produit pas moins tous les effets civils jusqu'au moment de son annulation, et ne faut-il pas, en pareil cas, appliquer la maxime de raison *Prius est esse quam operari*? -- Suivant Marcadé (II, sur l'art. 202, n° 2), toute erreur *vraiment pardonnable* permettrait d'invoquer le bénéfice des art. 201 et 202, alors même qu'il s'agirait de mariages non existants, par exemple d'un mariage que, par fraude, un greffier de mairie aurait célébré au lieu et place du maire. Et cependant cet auteur se prononce contre l'application des mêmes articles à l'union contractée devant un prêtre. Cette dernière solution ne se comprend guère dans son système, puisque l'erreur d'une jeune fille, d'une étrangère surtout, qui aurait cru se marier valablement devant un prêtre, pourrait être, suivant les cas, parfaitement excusable. Cpr. la note suivante.

² Par exemple, à l'union célébrée seulement devant un prêtre. Marcadé, sur l'art. 202, n° 2. Demolombe, III, 354. Bourges, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 174. Voy. cependant en sens contraire : Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Cpr. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616.

³ Merlin, *Quest.*, v° *Légitimité*, § 5. Cpr. § 451, note 1. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, I, 284; Duranton, II, 134, 135 et 136; Vazeille, I, 277 à 281; Magnin, *Des minorités*, I, 29; Félix, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 486, n° 12, p. 490, n° 17; Taulier, I, p. 321 et 322; Marcadé, sur l'art. 202, n° 1; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 350; Demolombe, III, 356; Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261; Limoges, 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484. Voy. aussi Zachariæ, § 465, texte et note 2. L'opinion émise au texte n'est qu'une conséquence de la proposition que nous avons développée à la note 1 *supra*, et elle ne paraît pas pouvoir être contestée en stricte théorie, dès que l'on admet que le mariage contracté par un mort civilement doit être considéré comme non existant. En vain invoque-t-on en sens contraire la discussion au Conseil d'état, ou plutôt l'opinion individuelle qui y a été émise, puisque cette opinion a été implicitement rejetée par le retranchement de l'article qui ouvrait une action en nullité

Mais les dispositions des art. 201 et 202 s'appliquent à tous les mariages simplement annulables, peu importe que la cause de nullité réside dans un empêchement de fond, ou dans l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités prescrites pour la validité de la célébration⁴.

La seule condition exigée pour qu'un mariage entaché de quelque nullité puisse être considéré comme putatif, est qu'il ait été contracté, soit par les deux époux, soit du moins par l'un d'eux, dans l'ignorance des vices qui en ont entraîné l'annulation⁵. Il suffit que cette ignorance, constitutive de la bonne foi, ait existé au moment de la célébration du mariage⁶. Il importe peu, du

contre le mariage contracté par un mort civilement. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 369 et suiv., nos 2 à 5; § 451, note 2. La doctrine contraire à la nôtre ne paraît s'être accréditée, soit au palais, soit à l'école, qu'en haine de la mort civile, et par suite de l'intérêt qu'inspiraient les femmes et les enfants des émigrés qui s'étaient mariés pendant leur émigration. C'est, en effet, dans de pareilles espèces qu'ont été rendus les arrêts cités en tête de la note.

⁴ Beaucoup d'auteurs enseignent qu'on ne doit appliquer les dispositions des art. 201 et 202 qu'aux mariages célébrés avec les formalités requises par la loi. Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 1, n^o 7; Toullier, I, 654, 655 et 657; Proudhon, II, p. 3 et 4; Duranton, II, 348 à 350; Vazeille, I, 272 et 274. Voy. aussi Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Cette proposition est trop absolue à notre avis. Il est bien évident que les dispositions des art. 201 et 202 ne peuvent s'appliquer à une union qui n'aurait pas été célébrée avec les solennités essentielles à l'existence d'un mariage; et c'est ce qu'on a jugé avec raison dans l'affaire rapportée par Merlin (*loc. cit.*). Mais si le mariage existe, l'omission des formes simplement requises pour sa validité ne s'oppose pas nécessairement, et par elle-même, à l'application des art. 201 et 202, puisque ces articles, conçus en termes généraux, s'étendent sans distinction à tous les cas où le mariage a été annulé, soit pour vices de fond, soit pour vices de forme. Demolombe, III, 354.

⁵ D'après Delvincourt (I, p. 144), Toullier (I, 654, 655, 658 et 659), Duranton (II, 348, 350 et 351), Vazeille (I, 272) et Zachariæ (§ 465, texte et note 4), il ne suffirait pas que cette ignorance existât en réalité, il faudrait en outre qu'elle fût excusable. Mais comme les art. 201 et 202 n'exigent d'autre condition que la bonne foi, et que celle-ci consiste dans l'ignorance des vices dont le mariage se trouve entaché, on doit en conclure que cette ignorance est toujours digne d'excuse aux yeux de la loi, et qu'elle suffit par elle-même, indépendamment de toute autre condition, pour faire produire au mariage les effets civils. Demolombe, III, 358.

⁶ C'est ce qui résulte bien évidemment des expressions *lorsqu'il a été contracté de bonne foi*, dont se sert l'art. 201. Proudhon, II, p. 5 et 6. Vazeille, I, 283. Duranton, II, 363. Marcadé, sur l'art. 202, n^o 2. Duvergier, sur Toullier, I, 656, note 1. Demolombe, III, 360. On a cependant contesté l'application de la proposition émise au texte, en ce qui concerne la légitimité des enfants nés,

reste, que la bonne foi soit le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit⁷.

La bonne foi des époux doit, en général, se présumer, lorsqu'ils allèguent l'ignorance d'un fait⁸. Il en est autrement, lorsqu'ils prétendent avoir ignoré les dispositions de la loi. La présomption de bonne foi, au premier cas, et celle de mauvaise foi, au second cas, peuvent être efficacement combattues au moyen de simples présomptions, dont l'appréciation est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge.

Que la bonne foi ait existé chez les deux époux, ou chez l'un d'eux seulement, le mariage putatif produit toujours, en faveur des enfants issus de leur commerce, tous les effets d'un mariage valable. Il leur confère notamment le droit de succéder comme enfants légitimes, même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents⁹.

Le mariage putatif produit ces effets, non-seulement au profit des enfants conçus en état de bonne foi, mais encore en faveur de ceux qui l'auraient été après la cessation de la bonne foi, pourvu

postérieurement à la cessation de la bonne foi, d'un mariage annulé pour cause de bigamie ou d'inceste. Voy. texte et note 10. *infra*.

⁷ *Lex non distinguit*. Cpr. § 28, texte, notes 4 à 6. Marcadé, *loc. cit.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 349. Demolombe, III, 357. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Limoges, 25 août 1841, et 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484. Metz, 7 février 1854, Sir., 54, 2, 659. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 144; Duranton, II, 351; Vazeille, I, 272; Proudhon, II, p. 3 et 4; Colmar, 14 juin 1838, Sir., 38, 2, 345; Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Dans ce dernier sens, on dit que l'erreur de droit ne peut constituer la bonne foi, parce que cette erreur n'est jamais excusable. Cette opinion, qui se rattache à celle que nous avons réfutée à la note 5, repose d'ailleurs sur une fausse application de la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, qui, comme nous l'avons déjà démontré, n'est pas exacte dans le sens absolu qu'on lui prête. Toute personne est, à la vérité, censée connaître la loi; mais cette présomption n'est pas du nombre de celles qui ne peuvent, en aucun cas, être combattues par la preuve contraire. La question de savoir si les époux étaient ou non de bonne foi, présente toujours à juger un point de fait, pour la solution duquel on doit s'attacher aux circonstances particulières de chaque espèce, et notamment à la condition des époux.

⁸ Nous ne fondons pas cette règle sur l'art. 2268, étranger à la matière qui nous occupe. Elle découle, à notre avis, de l'idée que nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. Cpr. Delvincourt, I, p. 145; Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 1, n^o 8; Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, III, 359.

⁹ *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 518, n^o 56). Toullier, I, 664 et 666. Proudhon, II, p. 5. Duranton, II, 364 et 365. Vazeille, I, 276. Marcadé, sur l'art. 202, n^o 4. Demolombe, III, 362. Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81.

que leur conception soit antérieure à l'annulation du mariage. Il en est ainsi, alors même que le mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste⁴⁰

D'un autre côté, le mariage putatif légitime les enfants nés antérieurement⁴¹, pourvu que le commerce dont ils sont issus n'ait été entaché ni d'adultère ni d'inceste⁴².

⁴⁰ Voy. en ce sens les auteurs cités à la note 6 *supra*. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 145 ; Toullier, I, 656 ; Taulier, I, p. 321 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 349. La restriction que ces auteurs apportent pour cette hypothèse à l'application des dispositions de l'art. 201, est purement arbitraire. En présence du texte formel de cet article, elle ne saurait se justifier par la considération qu'il y a pour les époux devoir moral de se séparer, dès qu'ils sont instruits de l'état de bigamie ou d'inceste dans lequel ils vivent ; et cela d'autant moins, que les conséquences de l'infraction de ce devoir moral n'atteindraient pas les époux eux-mêmes, et ne retomberaient que sur des enfants qui en sont complètement innocents.

⁴¹ La légitimation étant un des effets civils et immédiats du mariage, elle doit résulter d'un mariage putatif, tout comme d'un mariage valable. En vain se prévaut-on, pour soutenir le contraire, des termes de l'art. 202, *enfants issus du mariage*. Ces termes, en effet, ne figurent pas dans l'art. 201, où se trouve cependant établi le principe général sur les effets du mariage putatif. En s'en tenant exclusivement à ce dernier article, l'exactitude de la proposition que nous avons émise, ne saurait être contestée. Or, comme l'art. 202 a eu pour unique objet de refuser à l'époux de mauvaise foi le bénéfice des effets civils du mariage, les mots *enfants issus du mariage*, ne peuvent être considérés que comme simplement énonciatifs ; et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation d'en faire ressortir, au détriment des enfants, une restriction au principe général posé dans l'art. 201. Nous ajouterons qu'il est à supposer que l'époux de bonne foi a été amené à se marier par le désir de procurer à ses enfants naturels le bienfait de la légitimation, et qu'en rejetant cette légitimation, on refuserait à cet époux lui-même l'avantage le plus important peut-être qu'il attendait de son union. En vain dit-on également qu'il n'y a pas de bonne foi à vivre dans le concubinage. Qu'est-ce, en effet, que la bonne foi dans la matière qui nous occupe ? C'est l'ignorance, au moment de la célébration, des vices dont le mariage se trouve entaché. Un concubinage antérieur au mariage n'exclut donc pas la bonne foi exigée par les art. 201 et 202. D'ailleurs, l'argument fondé sur cette objection prouverait trop ; il conduirait à refuser le bénéfice de la légitimité aux enfants nés, il est vrai, pendant le mariage putatif, mais dont la conception remonterait à une époque antérieure : la légitimité de ces enfants ne pouvant être que le résultat d'une fiction analogue à celle sur laquelle repose la légitimation, le rejet de cette fiction entraînerait nécessairement leur illégitimité. Delvincourt, I, p. 145 et 146. Duranton, II, 356. Valette, sur Proudhon, II, p. 171 et 172. Duvergier, sur Toullier, I, 657, note a. Marcadé, sur l'art. 202, n° 3. Taulier, I, p. 410 et 411. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 476. Demolombe, III, 366. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 4 ; Proudhon, II, p. 170 et 171 ; Toullier, I, 657 ; Vazeille, I, 257.

⁴² La raison en est qu'un mariage, même valable, ne peut légitimer les en-

Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif engendre encore, en faveur de l'un et de l'autre, tous les effets qu'aurait produits un mariage valablement formé, dont la dissolution se serait opérée au moment où a été rendu le jugement qui en a prononcé l'annulation. Ainsi, les conventions matrimoniales des conjoints reçoivent leur pleine et entière exécution. Les droits respectifs des parties sur la communauté et sur leurs biens personnels, se déterminent et se liquident comme au cas où un mariage valable vient à se dissoudre, et ce dans l'état où se trouvaient les choses au moment du jugement qui a prononcé l'annulation du mariage⁴³. Les deux époux conservent respectivement les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, pour les exercer aux conditions et aux époques auxquelles ces avantages se seraient ouverts, si le mariage avait été valablement contracté⁴⁴. Ils ont aussi le droit de retenir les avantages que des tiers leur auraient faits en vue du mariage⁴⁵. Mais ils perdent le droit éventuel de successibilité établi au profit du conjoint survivant, par l'art. 767⁴⁶. Enfin, les deux époux conservent sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tous les droits attachés à la paternité et à la maternité légitimes.

enfants issus d'un commerce incestueux ou adultérin. Art. 331. En vain ces enfants allégueraient-ils que leurs parents ignoraient le vice d'adultère ou d'inceste dont se trouvait infecté le commerce qui leur a donné naissance : la loi, en défendant la légitimation des enfants incestueux ou adultérins, n'a point fait d'exception à ce principe, en faveur de la bonne foi des concubins, adultères ou incestueux. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 354 et 355. Marcadé et Taulier, *loc. cit.* Demolombe, III, 365.

⁴³ *Non obstat* art. 1445. La disposition de cet article ne peut fournir, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun argument d'analogie. Il n'est pas actuellement question, comme en matière de séparation de biens, de fixer le moment auquel cessera un régime matrimonial valablement établi ; il s'agit de déterminer l'époque jusqu'à laquelle le régime adopté par les époux continuera, en considération de leur bonne foi, à recevoir application, malgré la nullité dont il se trouve entaché. Or, cette bonne foi doit opérer ses effets quant aux biens, aussi longtemps qu'elle les produit en ce qui concerne les rapports personnels des époux. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 368. Cpr. Toullier, I, 661 ; Duranton, II, 368.

⁴⁴ Cpr. art. 1093 et 1517. Proudhon, II, p. 4. Toullier, *loc. cit.* Duranton, II, 367. Vazeille, I, 284. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 369.

⁴⁵ *Non obstat* art. 1088 : *Non est eadem ratio*. D'ailleurs, la généralité des termes dont se servent les art. 201 et 202, n'admet aucune distinction.

⁴⁶ Le droit de successibilité n'appartenant qu'au conjoint survivant, c'est-à-dire à la personne qui se trouve encore, au moment du décès, unie au défunt par le lien du mariage, doit nécessairement s'éteindre par l'annulation antérieure de ce lien. Si le conjoint divorcé est privé de ce droit, quand même le divorce

Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en sa faveur. Il peut donc demander que la liquidation de ses droits s'opère, soit d'après les dispositions du contrat de mariage, s'il en existe un, ou d'après les règles de la communauté légale, s'il n'en existe pas, soit d'après les principes ordinaires des sociétés¹⁷.

La femme de mauvaise foi n'a pas d'hypothèque légale à exercer sur les biens de son mari. Mais elle jouit toujours, même à l'égard de ce dernier, du droit de renoncer à la communauté ou à la société de fait à laquelle le mariage a donné lieu¹⁸.

L'époux de bonne foi conserve les avantages que l'époux de mauvaise foi lui a faits par contrat de mariage, sans que ce dernier puisse réclamer ceux dont le premier l'a gratifié, encore qu'ils aient été stipulés réciproques¹⁹. L'époux de mauvaise foi a cependant, s'il existe des enfants, le droit de retenir les avantages que des tiers lui auraient faits en vue du mariage²⁰. D'un

aurait été prononcé sur sa demande, et en sa faveur, à plus forte raison doit-il en être de même de l'époux dont le mariage a été précédemment annulé. Cpr. § 606, texte et note 6. Delvincourt, II, p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, n° 5. Duranton, II, 369. Vazeille, I, 284. Marcadé, sur l'art. 202, n° 2. Demolombe, III, 370.

¹⁷ Ce droit d'option est une conséquence du principe que l'époux de bonne foi peut seul réclamer les effets civils du mariage. Mais s'il opte pour une liquidation à faire d'après les dispositions du contrat de mariage, ou d'après les règles de la communauté légale, il n'est point admis à scinder ces dispositions ou ces règles, pour n'adopter que celles qui lui sont favorables et rejeter les autres. Il ne peut, par conséquent, priver l'époux de mauvaise foi de sa part aux acquêts. Cpr. Toullier, I, 663; Duranton, II, 371 et 372; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 60 et suiv.; Demolombe, III, 375.

¹⁸ La faculté de renoncer doit être accordée à la femme, comme une conséquence des pouvoirs exclusifs et pour ainsi dire illimités que le mari aura de fait exercés, en sa qualité de chef de la communauté. Duranton, II, 571. Demolombe, III, 374.

¹⁹ Cpr. art. 299 et 300. Delvincourt, I, p. 144. Proudhon, II, p. 5. Toullier, I, 662. Duranton, II, 370. Vazeille, I, 284. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 376.

²⁰ Cela ne peut souffrir aucune difficulté pour les donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, puisque la loi exprime formellement qu'elles sont censées faites, tant dans l'intérêt des enfants à naître du mariage, que dans celui des époux. Art. 1082, 1084 et 1089. La proposition émise au texte doit également être admise quant aux donations de biens présents, puisqu'elles ne sont pas faites dans l'intérêt exclusif de l'époux donataire, mais en faveur du mariage, et que ce serait priver les enfants qui en sont issus et l'autre époux d'une partie des effets civils que l'union, quoique annulée, doit produire à leur profit. Demolombe, III, 381 et 382.

autre côté, la survenance d'enfants issus du mariage opère la révocation des donations faites, même par l'époux de mauvaise foi²¹.

L'époux de bonne foi conserve, sur la personne et sur les biens de ses enfants, tous les droits qui découlent de la paternité et de la maternité légitimes. L'époux de mauvaise foi en est au contraire privé. Ainsi, par exemple, il est exclu de la succession légale de ses enfants; mais cette exclusion lui est personnelle, et ne s'étend pas à ses parents, en faveur desquels on doit nécessairement admettre le principe de la réciprocité²².

Les difficultés que présente la liquidation des droits des deux femmes d'un bigame, lorsqu'elles se sont mariées l'une et l'autre sous le régime de communauté, doivent, à notre avis, être résolues de la manière suivante : Les droits de la première femme sont à régler comme s'il n'existait pas de second mariage, et qu'il ne se fût formé entre le mari et la seconde femme qu'une société ordinaire. Elle pourra donc réclamer la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de sa dissolution, sous déduction toutefois des reprises de la seconde femme, et d'une part proportionnelle aux apports de celle-ci dans les acquets faits depuis le second mariage. Quant à la seconde femme, en la supposant de bonne foi, elle prendra la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sous déduction cependant des droits de la première femme, fictivement liquidés au jour de la célébration de ce mariage, et d'une part proportionnelle à ces droits dans les acquets faits depuis cette époque²³.

²¹ Cpr. § 709, texte n° 4 et note 25. Aux auteurs cités dans cette note, en sens contraire de l'opinion émise au texte, il faut encore ajouter M. Demolombe (III, 322).

²² Duranton, II, 366. Vazeille, I, 282. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 372.

²³ Le système que nous proposons est, quant à la liquidation des droits de la première femme, conforme à l'opinion de Marcadé (sur l'art. 202, n° 4); mais il en diffère quant au règlement de ceux de la seconde. Suivant cet auteur, en effet, la seconde femme prendrait la moitié de la communauté, telle qu'elle existe au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sans aucune déduction préalable en raison des droits de la première femme. Mais ce procédé, d'après lequel on fait entrer comme actif net dans la communauté formée avec la seconde femme, l'intégralité des valeurs dont le mari se trouve détenteur, en qualité de chef de la communauté formée avec la première femme, est évidemment inadmissible. Les droits de celle-ci sur le fonds commun, détenu par le mari au moment de la célébration du second mariage, constituent tout au moins un passif à la charge de ce dernier, passif dont il faut nécessairement tenir

B. SPÉCIALITÉS.

1. *Des empêchements de mariage.*a. *Des empêchements dirimants.*

§ 461.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité absolue.

1° Ces empêchements résultent de l'absence de l'une ou de l'autre des trois conditions suivantes :

1) Les époux doivent avoir atteint l'âge requis pour contracter mariage. Cet âge est de dix-huit ans accomplis pour les hommes, et de quinze ans accomplis pour les femmes¹. Art. 144.

2) Les époux doivent être libres de tout lien conjugal antérieur. Nul ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Art. 147 cbn. 227. Cette dissolution, qui ne résulte plus aujourd'hui que de la mort naturelle de l'un des conjoints, pouvait également s'opérer, jusqu'à la loi du 8 mai 1816, par un divorce légalement prononcé², et se trouvait en outre attachée, jus-

compte pour fixer le montant réel de son apport dans la communauté formée par suite de ce mariage. Cpr. Demolombe, III, 577; Bordeaux, 15 mai 1852, Sir., 52, 2, 609 — Un autre système a été proposé par Toullier (I, 603), Vazeille (I, 285) et M. Duranton (III, 373). D'après ces auteurs, la liquidation devrait se faire comme s'il était question de deux sociétés contractées entre personnes étrangères, et dont la durée se trouverait déterminée par la cohabitation du mari avec chacune de ses deux femmes. Ce système, qui léserait évidemment les droits de la première femme, est réfuté d'une manière péremptoire dans l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux.

¹ Voy. cependant art. 145; et § 453, texte *in fine*.

² La loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce pour l'avenir, n'a pas défendu aux époux régulièrement divorcés avant sa promulgation, de se remarier ultérieurement. En ne restreignant aux effets de la séparation de corps que les arrêts et jugements restés sans exécution par suite de la non-prononciation du divorce, l'art. 2 de cette loi reconnaît implicitement que les divorces définitivement consommés doivent continuer à produire tous les effets qui s'y trouvaient attachés, d'après la législation sous l'empire de laquelle ils ont été prononcés, notamment celui de dissoudre complètement le lien du mariage, et de lever ainsi l'obstacle que ce lien aurait apporté à une seconde union. La question, il faut bien le remarquer, n'est pas de savoir si la loi du 8 mai 1816 aurait pu, sans rétroactivité, enlever aux époux antérieurement divorcés la faculté de se remarier, mais

qu'à la loi du 31 mai 1854, à la mort civile encourue par l'un des époux³.

La nullité d'un premier mariage pouvant être proposée comme exception préjudicielle à la demande en annulation dirigée contre le second, il en résulte que l'empêchement produit par l'existence d'un premier mariage, non encore dissous, n'est dirimant que dans le cas où ce mariage a été valablement formé⁴. Art. 189.

A l'inverse, un second mariage peut être attaqué pour cause de bigamie, quoique le premier ait été suivi d'un divorce, si ce divorce n'a pas été légalement prononcé⁵.

3) Les époux ne doivent être, ni parents, ni alliés entre eux, aux degrés auxquels la loi prohibe le mariage. Cpr. art. 161 à 163.

La parenté légitime⁶ forme un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu⁷.

La parenté naturelle engendre un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs⁸.

si, en réalité, elle l'a fait. Or, la négative de cette dernière question nous paraît d'autant plus certaine, que le projet de loi sur les effets de l'abolition du divorce, présenté aux deux chambres vers la fin de 1816, contenait un article qui interdisait aux époux divorcés de se remarier, l'un avant le décès de l'autre, et reconnaissait ainsi que cette prohibition ne résultait pas de la loi du 8 mai 1816. Vazeille, I, 103 *in fine*. — Cpr. sur la question de savoir si un étranger, légalement divorcé dans son pays, depuis la loi du 8 mai 1816, peut contracter mariage en France : § 469, texte et note 10.

³ Cpr. § 82, texte et note 15 ; § 83, texte, notes 5 et 7 ; § 83 *bis*, texte *in fine* et note 6 ; § 473, texte et note 1.

⁴ Mais l'existence d'une première union, même entachée de nullité, constitue toujours un empêchement prohibitif, qui ne peut être levé que par l'annulation de cette union. Cpr. § 463, texte et note 1.

⁵ Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 184 ; Vazeille, I, 224 ; Civ. rej., 13 août 1816, Sir., 16, 1, 343 ; Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41 ; Civ. cass., 7 novembre 1838, Sir., 38, 1, 865.

⁶ Nous entendons ici par parenté légitime, celle qui a sa source dans le mariage. La parenté fictive, résultant de l'adoption, ne produit, à notre avis, qu'un empêchement prohibitif. Cpr. art. 348 ; § 463, texte et note 3.

⁷ Sauf, dans ces derniers cas, la levée de l'empêchement, au moyen d'une dispense. Cpr. art. 164 et § 453. — Voy. sur le mariage du grand oncle et de la petite nièce : § 464, texte n^o 5.

⁸ Le mariage est permis entre personnes unies par un lien de parenté naturelle, au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Arg. *a contrario*, art. 163 cbn. 161 et 162. Maleville, sur l'art. 163. Toullier, I, 538. Merlin, *Rép.*, v^o Em-

L'alliance résultant d'un mariage actuellement dissous produit, alors même qu'il n'en existe pas d'enfants⁹, un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoints et les parents légitimes ou naturels¹⁰ de l'autre, savoir, en ligne directe ascendante et descendante, à l'infini, et en ligne collatérale, jusqu'au degré de frère et sœur inclusivement¹¹.

On doit, sous ce rapport, assimiler à l'alliance civile proprement dite, c'est-à-dire à celle qui résulte d'un mariage valable, l'affinité naturelle qui s'est formée par un mariage depuis annulé¹²,

pêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 93. Duranton, II, 172. Marcadé, sur l'art. 163, n° 2. Demolombe, III, 106. Voy. cependant en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 582.

⁹ Paris, 18 mars 1850, Sir., 50, 2, 593. Cpr. § 67, note 10.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Affinité, n° 1. Duranton, II, 155. Vazeille, I, 107. Paris, 18 mars 1850, Sir., 50, 2, 593.

¹¹ Ainsi, le mariage est permis entre des alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Maleville, I, p. 179. Toullier, I, 538. Duranton, II, 171. Demolombe, III, 111.

¹² En effet, l'annulation d'un mariage ne détruit pas l'affinité naturelle qu'a produite le commerce des deux époux (cpr. § 459); et cette affinité suffit, à notre avis, pour créer un empêchement de mariage. Cpr. note 13 *infra*. MM. Duranton (II, 159) et Demolombe (III, 112) adoptent notre manière de voir pour l'hypothèse où, à raison de la bonne foi des époux, le mariage, quoique annulé, produit les effets civils; mais ils la rejettent dans l'hypothèse contraire, avec cette différence cependant que, comme correctif de son opinion, le premier de ces auteurs admet, pour cette hypothèse, l'existence d'un empêchement simplement prohibitif. La distinction que font MM. Duranton et Demolombe entre le cas de bonne foi et celui de mauvaise foi, est fondée sur une application erronée, selon nous, des art. 201 et 202, dont l'unique objet est de faire maintenir, au profit des époux de bonne foi, les effets civils que le mariage a produits jusqu'au moment de son annulation. Ce serait aller directement contre les dispositions de ces articles et en étendre illégalement la portée, que d'en faire découler, au détriment de ces mêmes époux, un empêchement qui continuerait de subsister même après l'annulation du mariage. Une incapacité ne saurait de sa nature survivre à l'anéantissement de la cause qui l'avait en apparence produite. Si donc il fallait admettre que l'alliance civile proprement dite engendre seule un empêchement de mariage, on devrait, pour être conséquent, aller jusqu'à dire que, malgré la bonne foi des époux, l'annulation de leur union a pour effet de faire disparaître tout empêchement de mariage entre l'un d'eux et les parents de l'autre. Ne serait-il d'ailleurs pas bizarre que l'époux de mauvaise foi fût autorisé à se marier avec un parent de son conjoint, et qu'il y eût pour l'époux de bonne foi, empêchement légal de contracter mariage avec un parent du premier? Quant à l'espèce de moyen terme que propose M. Duranton pour l'hypothèse où les époux sont de mauvaise foi, il nous paraît complètement arbitraire: ou l'empêchement existe ou il n'existe pas; s'il existe, on ne voit pas pourquoi dirimant au cas de bonne foi, il serait sim-

ou même par un commerce illicite¹³, à supposer d'ailleurs que la preuve en soit légalement établie¹⁴.

2° Les personnes admises à proposer la nullité résultant de la violation de l'une des conditions ci-dessus établies, sont, aux termes de l'art. 184 :

1) L'un et l'autre conjoint. Ainsi, la nullité résultant de ce que l'un des époux n'avait point encore atteint l'âge exigé par la loi, ou se trouvait déjà engagé dans les liens d'une première union, peut être proposée même par l'époux pubère¹⁵, ou par l'époux bigame¹⁶.

plement prohibitif dans celui de mauvaise foi. Voy. dans le sens de notre opinion : *Observations* de Sirey, Sir., 8, 2, 274.

¹³ La question de savoir s'il peut résulter d'un commerce illégitime une affinité naturelle, susceptible de former un empêchement de mariage entre l'une des personnes qui a vécu dans ce commerce et les parents de l'autre, est fortement controversée. Voy. pour la négative : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 3, n° 3 ; Vazeille, I, 108 ; Duranton, II, 157 et 158 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 402 ; Demolombe, III, 112. Ces auteurs se fondent sur ce que l'alliance ne peut résulter que du mariage, et sur ce que la loi ne permet de rechercher la preuve du concubinage que pour punir l'adultère. Mais le premier de ces motifs est une véritable pétition de principe, puisque le Code n'a point défini l'alliance, et que le Droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime. Il était généralement admis autrefois, comme l'atteste Pothier (*Du contrat de mariage*, n° 162), que cette espèce d'affinité engendrait un empêchement de mariage. Or, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu répudier cette jurisprudence, fondée sur les motifs les plus graves de morale et d'honnêteté publique, et autoriser ainsi le mariage d'un concubinaire avec la propre fille de sa concubine. Le second motif, invoqué à l'appui de l'opinion que nous combattons, est moins concluant encore que le premier, puisque la preuve d'un commerce illicite peut se trouver légalement établie par la reconnaissance d'un enfant naturel, que son père et sa mère auraient tous deux reconnu. Nous persistons d'autant plus dans notre manière de voir que, suivant l'opinion contraire, on est forcé d'admettre que quand un mariage a été annulé, chacun des ci-devant conjoints peut se marier avec les parents de l'autre. — M. Taulier (I, p. 277 et 280) et Marcadé (sur l'art. 161, n° 3), tout en admettant, comme nous, que l'affinité naturelle crée un empêchement de mariage, limitent cet empêchement à la ligne directe. Ce système intermédiaire nous paraît manquer de conséquence.

¹⁴ Cpr. § 567, texte, notes 9 et 11 ; § 569, texte et note 5 ; Demolombe, III, 113 ; Nîmes, 3 décembre 1811, Sir., 12, 2, 438.

¹⁵ Toullier, I, 623. Duranton, II, 315 et 316. Marcadé, sur l'art. 184. Demolombe, III, 300. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 148.

¹⁶ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 365, n° 42). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 184. Toullier, I, 632. Duranton, II, 324 et 325. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* Paris, 8 juin 1816, Sir., 18, 2, 30. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

2) Tous ceux qui ont intérêt à faire prononcer la nullité du mariage. On doit ranger dans cette classe :

a. L'époux dont le conjoint a contracté une seconde union avant la dissolution de la première. Les droits et les intérêts de cet époux se trouvant lésés par le fait même du second mariage, il peut exercer immédiatement, et du vivant même de son conjoint, l'action en nullité que la loi lui accorde. Art. 188.

b. Les ascendants¹⁷ de l'un ou de l'autre époux¹⁸, à quelque degré qu'ils se trouvent¹⁹. La loi leur reconnaît implicitement, à raison même de leur qualité, un intérêt d'affection et d'honneur, en vertu duquel ils peuvent exercer, du vivant des deux époux, l'action en nullité qui leur compète, lors même qu'ils n'auraient, sous le rapport pécuniaire, aucun intérêt actuel à provoquer l'annulation du mariage²⁰.

c. Enfin, toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à faire prononcer la nullité du mariage. Tels peuvent être, par exemple, les créanciers des époux, leurs pa-

¹⁷ Que les ascendants soient compris dans l'art. 184, sous les expressions *tous ceux qui y ont intérêt*, c'est ce qui ne peut faire la matière d'un doute sérieux en présence de l'art. 186. En déclarant les ascendants non recevables à provoquer, dans un cas spécial, l'annulation du mariage, ce dernier article présuppose nécessairement que ces personnes jouissent, en thèse générale, de l'action en nullité qu'il ne leur refuse que par exception. Voy. cep. Toullier, I, 626 et 683. — La seule question est de savoir de quelle nature doit être l'intérêt des ascendants. Cpr. texte et note 20 *infra*.

¹⁸ Ainsi, les ascendants de l'époux pubère peuvent attaquer le mariage qu'il a contracté avec une impubère. *Lex non distinguit*. Vazeille, I, 246. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage; p. 95, n^o 12. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 302. Voy. en sens contraire : Toullier et Duvergier, I, 626.

¹⁹ Ainsi, les ascendants jouissent, concurremment, et non pas seulement graduellement, ou à défaut les uns des autres, du droit de demander la nullité du mariage. *Lex non distinguit. Nec obstat* art. 173 : L'action en nullité est accordée d'une manière beaucoup plus large que le droit d'opposition. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. en sens contraire : Toullier, I, 633; Duranton, II, 317; Demolombe, III, 303.

²⁰ Cela résulte : 1^o Par argument *a contrario*, des dispositions de l'art. 187. 2^o De l'art. 191 : En opposant les *ascendants* aux personnes qui ont *un intérêt né et actuel* à faire prononcer la nullité du mariage, cet article donne clairement à entendre que l'action en nullité des ascendants n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert. Locré, sur l'art. 184. Delvincourt, I, p. 148. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 187. Vazeille, I, 218 et 246. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 301. Allemand, I, 531 et 532. Req. rej., 15 novembre 1848, Sir., 48, 1, 673. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 328; Toullier, I, 633.

rents collatéraux, et les enfants que l'un ou l'autre aurait eus d'un précédent mariage²¹. A la différence des ascendants, les collatéraux et les enfants issus d'une précédente union ne sont donc ordinairement reçus à demander la nullité du mariage qu'après la mort de l'un ou de l'autre des époux²². Art. 187.

3) Le procureur impérial. L'action en nullité qui lui compète, à raison du scandale que doit causer un mariage contracté contrairement aux prohibitions de la loi, ne peut être exercée que tant que dure ce scandale. Elle s'éteint donc, en général, par la mort de l'un des époux, et en cas de bigamie, par la mort du conjoint dont l'existence formait obstacle à la validité du second mariage. Art. 190, et arg. de cet article²³.

²¹ Cpr. § 312, note 21. Valette, sur Proudhon, p. 428, note 6. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 305. Metz, 7 février 1854; Sir., 54, 2, 659.

²² Ce n'est en effet qu'au moment où s'ouvre la succession de l'un ou de l'autre des époux, que prend ordinairement naissance l'intérêt de ces personnes. Toutefois, les expressions de l'art. 187 *du vivant des deux époux*, étant plutôt énonciatives que restrictives, l'existence des deux époux ne formerait pas obstacle à l'action des collatéraux qui auraient un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à demander la nullité du mariage, par exemple, pour écarter les enfants qui en seraient issus, d'une succession à laquelle ils se trouveraient appelés de leur chef, à cause de l'indignité ou de la renonciation de leurs parents. Vazeille, I, 626. Dalloz, *Jur.*, v^o Mariage, p. 91, nos 5 et 6. Valette, sur Proudhon, I, p. 440, note 6. Marcadé, sur l'art. 187. Demolombe, III, 306 et 307. Voy. cep. Duranton, II, 327.

²³ Quel est, dans l'art. 190, le sens des mots *peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux*? L'objet de ces mots est-il d'exprimer que l'action en nullité accordée au procureur impérial n'est pas seulement facultative, mais obligatoire pour ce magistrat; ou bien leur but est-il d'indiquer, d'une part, que cette action s'ouvre du vivant des deux époux, et d'autre part, qu'elle s'éteint par le décès de l'un d'eux? Cette dernière interprétation nous paraît ressortir de la combinaison de l'art. 190 avec les art. 187 et 188. A la différence des collatéraux dont l'action ne s'ouvre, en général, qu'après le décès de l'un des époux, le procureur impérial *peut* agir du vivant des deux époux. Sous ce rapport, il est placé sur la même ligne que le conjoint, au préjudice duquel un second mariage a été contracté avant la dissolution du premier. Mais à la différence de ce conjoint, dont l'action survit au décès des époux engagés dans la seconde union, le procureur impérial *doit*, pour être recevable dans sa demande, la former du vivant des époux dont il attaque le mariage. Telle est, à notre avis, la double idée que le législateur a voulu rendre dans l'art. 190, dont l'esprit n'est pas d'imposer au procureur impérial l'obligation absolue d'introduire une action qui, dans certaines circonstances, occasionnerait peut-être plus de scandale que le mariage contre lequel elle se trouverait dirigée. *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 512, n^o 45, et p. 514, n^o 50). Loché, sur l'art. 190. Toullier, I, 628. Demolombe, III, 310 et 311. Voy. cep. *Discours*

Du reste, on doit rappeler ici que l'art. 139 établit, en ce qui concerne les personnes autorisées à demander l'annulation d'un mariage entaché de bigamie, des règles spéciales, pour le cas où l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage avant la dissolution du premier, se trouvait en état d'absence lors de la célébration de ce second mariage²⁴.

3° Les exceptions à l'aide desquelles on peut repousser une demande en nullité fondée sur l'un des empêchements ci-dessus indiqués, varient suivant la nature de ces empêchements.

1) Diverses fins de non-recevoir peuvent être opposées à la demande en nullité fondée sur le défaut de puberté.

D'un côté, les ascendants et les membres du conseil de famille qui ont consenti au mariage, ne sont pas recevables à l'attaquer, pour défaut de puberté de l'un ou de l'autre des époux²⁵. Art. 186. La fin de non-recevoir qui résulte de ce consentement, est purement relative. Elle ne peut être opposée à ceux des ascendants ou des parents qui n'ont point consenti au mariage²⁶. L'approbation, soit tacite, soit expresse, que les époux auraient donnée au mariage, même après avoir atteint l'âge de puberté, n'élèverait aucune fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui leur est ouverte²⁷.

de Boutteville, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n° 22); Vazeille, I, 249; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 96, n° 13.

²⁴ Cpr. § 159, texte et notes 2 à 4.

²⁵ Nous avons, dans nos premières éditions, exprimé l'opinion que le terme *famille* comprend, dans l'art. 186, tous les parents en général, c'est-à-dire ceux mêmes dont le consentement n'était pas nécessaire au mariage, et qui l'auraient approuvé en assistant à la célébration, ou autrement. Mais après nouvel examen de la question, le sentiment contraire nous paraît préférable. La fin de non-recevoir établie par l'art. 186, étant empreinte d'un caractère de pénalité, doit être restreinte aux personnes dont le consentement était nécessaire au mariage, et qui, en le donnant, ont directement concouru à la violation de la loi, *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 513, n° 47). Voy. en ce sens : Zachariæ, § 466, texte et note 17; Marcadé, sur l'art. 186; Duvergier, sur Toullier, I, 627, note 6; Demolombe, I, 322. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 244; Toullier, I, 627.

²⁶ Ainsi, par exemple, le mariage célébré du consentement du père, mais malgré le dissentiment de la mère, peut être attaqué par cette dernière du vivant même du premier. Il n'y a aucun reproche à faire à la mère qui a refusé de consentir au mariage, et le consentement donné par le père ne peut la priver d'une action qui lui appartient concurremment avec ce dernier. Cpr. note 19 *supra*. Voy. en sens contraire : Zachariæ et Marcadé, *loc. cit.*

²⁷ Vazeille, I, 247. Dalloz, *op. cit.*, p. 95, n° 13. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 622; Demolombe, III, 318.

D'un autre côté, la nullité de ce mariage se trouve en elle-même couverte, et ne peut plus être proposée par qui que ce soit (art. 185) :

a. Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté fixé par l'art. 144²⁸. Il importe peu, du reste, que les époux aient ou non cohabité pendant cet espace de temps²⁹.

b. Lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère³⁰, a conçu avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque à laquelle se trouve fixée la puberté légale³¹. En permettant aux époux d'opposer à l'action en nullité dirigée contre leur mariage, une grossesse survenue avant que la femme n'ait atteint l'âge de quinze ans et demi, la loi ne leur a cependant pas donné le droit de se prévaloir de la possibilité d'une grossesse à venir, pour demander qu'il soit sursis jusqu'à cette époque au jugement de l'action en nullité. Cette action suivra donc son cours ordinaire, sauf aux époux à invoquer la fin de non-recevoir dont nous nous occupons, dans le cas où la femme viendrait à concevoir pendant la litispendance, et dans les délais ci-dessus déterminés³².

Il est à remarquer que la nullité résultant du défaut de puberté,

²⁸ Les mots *âge compétent*, n'ont pas, dans l'art. 185, le même sens que dans l'art. 183. Dans ce dernier article, ces expressions se réfèrent à la majorité établie par l'art. 148 ; dans le premier, au contraire, à la puberté fixée par l'art. 144. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1, p. 201. Vazeille, I, 242. Demolombe, III, 317. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

²⁹ Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2, sur l'art. 185. Vazeille, *loc. cit.* Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

³⁰ La grossesse de la femme ne peut couvrir la nullité résultant de l'impuberté du mari. Marcadé, sur l'art. 185. Demolombe, III, 319.

³¹ Et non à partir du mariage. *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 512, n^o 46). Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*

³² D'après la première rédaction de l'art. 185 (cpr. Loché, *Lég.*, IV, p. 354, art. 1), la grossesse de la femme ne pouvait être invoquée comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité, qu'autant qu'elle était antérieure à cette action. Le changement de rédaction qu'a subi l'art. 185, prouve bien évidemment qu'une grossesse survenue durant la litispendance, et avant l'expiration du terme fixé par cet article, suffit pour faire rejeter l'action en nullité. Mais si les époux sont admis à faire valoir, en tout état de cause, l'exception péremptoire résultant de la grossesse de la femme, quand même elle serait postérieure à l'introduction de l'action en nullité, il ne faut pas en conclure qu'ils puissent invoquer, comme exception dilatoire, des espérances de grossesse à venir. Cpr. Loché, III, p. 266 ; Duranton, II, 320 ; Vazeille, II, 242 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 94 et 96, n^{os} 6 et 8 ; Demolombe, III, 320.

ne se couvre pas au moyen de dispenses obtenues après la célébration du mariage³³.

2) La demande en nullité fondée sur l'existence d'un premier mariage, peut, ainsi que nous l'avons déjà dit, être combattue par une exception préjudicielle tirée de la nullité de ce mariage. Mais si le premier mariage était valable, sa dissolution survenue postérieurement à la célébration du second, ne formerait aucun obstacle à la recevabilité de la demande en nullité dirigée contre celui-ci³⁴. Il en serait ainsi, quand même la dissolution du premier mariage aurait été suivie de la confirmation expresse ou tacite du second³⁵. Enfin, la demande en nullité dont s'agit ne se couvre, ni par la possession d'état³⁶, ni par la prescription du crime de bigamie³⁷, ni même par la prescription trentenaire³⁸.

3) La demande en nullité dirigée contre un mariage incestueux, ne peut être écartée par aucune fin de non-recevoir. La nullité d'un pareil mariage ne se couvre, ni par la possession d'état³⁹, ni par la prescription trentenaire⁴⁰, ni enfin, par des dispenses obtenues postérieurement à la célébration du mariage.

Du reste, les personnes qui ne sont admises à demander la nullité d'un mariage que dans un intérêt pécuniaire, sont non recevables à le faire, fût-ce même pour cause de bigamie ou d'inceste, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison des-

³³ Demolombe, I, 334.

³⁴ Delvincourt, I, p. 149. Locré, sur l'art. 147. Duranton, II, 329. Vazeille, I, 220.

³⁵ Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, I, 629. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 221. Demolombe, III, 314.

³⁶ *Nec obstat* art. 196. La possession d'état ne peut être invoquée, comme fin de non-recevoir, par l'un des époux contre l'autre, qu'autant que la demande en nullité est formée à raison de vices extrinsèques dont se trouverait entachée la célébration du mariage, et non lorsqu'elle est fondée sur des vices intrinsèques inhérents au mariage lui-même. Merlin et Vazeille, *loc. cit.* Demolombe, III, 313 et 328. Cpr. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

³⁷ Autre chose est l'action civile naissant du crime de bigamie (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et 3 cbn. 637), autre chose est l'action en nullité dirigée contre un mariage entaché du vice de bigamie. Merlin, *Rép.*, v^o *et loc. cit.* Vazeille, I, 222. Demolombe, III, 313. Paris, 1^{er} août 1818, Sir., 19, 2, 63.

³⁸ Delvincourt, I, p. 149. Toullier, I, 629. Duranton, II, 329. Demolombe, *loc. cit.*

³⁹ Cpr. texte et note 36 *supra*.

⁴⁰ Toullier, I, 638. Vazeille, I, 228.

quels elles auraient eu intérêt à former une pareille action, ou lorsque ces droits sont éteints par prescription ⁴¹.

§ 462.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité relative.

Ces empêchements sont au nombre de deux. Le premier résulte de la nullité du consentement de l'un ou de l'autre des époux. Le second, de l'absence ou de la nullité du consentement des personnes sous l'autorité desquelles les époux se trouvaient placés quant au mariage ¹.

1^o La loi ne reconnaît, comme pouvant invalider le consentement des époux, que la violence et l'erreur dans la personne. Art. 180. En matière de mariage, le dol ne vicie pas par lui-même le consentement, quand il n'a point eu pour résultat une erreur dans la personne². D'un autre côté, le consentement donné par suite de séduction, n'en est pas moins valable, lorsque l'époux dont il émane avait atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage³.

La violence morale forme, tout aussi bien que la violence physique, obstacle à la validité du consentement⁴. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant l'âge, le sexe, la condition des époux, et les autres circonstances de la cause, si le consentement

⁴¹ Cpr. § 458, texte n° 2, notes 11 et 12.

¹ Nous n'avons pas à nous occuper de l'empêchement dirimant qui résulte de l'absence du consentement de l'empereur aux mariages des membres de la famille impériale. Statut du 21 juin 1853, art. 4. Cpr. d'Aguesseau, cinquante-septième plaidoyer, t. V, p. 486 et suiv.; Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, art. 12; Statut impérial du 30 mars 1806, art. 4; Toullier, I, 553; Vazeille, I, 132.

² Cpr. art. 1109 et 1116; note 12 *infra*. Toullier, I, 517 et 523. Durantou, II, 60. Marcadé, sur l'art. 180, n° 5. Demolombe, III, 250.

³ Voy. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, IV, p. 323 et 324, nos 13 et 14), et les changements successifs qu'a reçus la rédaction primitive de l'art. 146 (Loché, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323, n° 18, p. 426, art. 2); Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, nos 2 et 3; Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, nos 1 et 2.

⁴ *Discussion au Conseil d'état*, et *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 455, n° 15).

a été ou non librement donné⁵. Du reste, le rapt ne vicie pas par lui-même le consentement que la personne ravie a donné après avoir recouvré sa pleine liberté⁶.

L'erreur ne vicie le consentement que lorsque l'un des conjoints a épousé une autre personne que celle à laquelle il avait l'intention de s'unir. L'erreur de l'un des époux sur les qualités physiques ou morales de l'autre, ne suffit donc pas pour invalider son consentement⁷. Il en est de même de l'erreur sur les qualités civiles ou sociales.

Cependant on ne doit pas restreindre l'application du principe *Non videntur qui errant consentire*, au cas où, par suite d'une substitution opérée au moment de la célébration, l'un des époux aurait contracté mariage avec une personne qui ne serait pas, physiquement parlant, celle qu'il croyait épouser. Le consentement

⁵ *Discussion au Conseil d'état*, et *Discours* de Bouteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 552 et 553, n° 7). Les dispositions des art. 1112 à 1114 ne constituent pas, dans notre matière, des règles impératives, auxquelles le juge soit, sous peine de cassation, obligé de conformer sa décision. Mais il fera bien, en général, de se guider d'après les principes qui leur servent de base. Cpr. Delvincourt, I, p. 150; Toullier, I, 455; Duranton, II, 47 et suiv.; Vazeille, I, 77 et suiv. Voy. cependant Demolombe, III, 248.

⁶ Le rapt constituait autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 227. Il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque le Code n'a pas reproduit les dispositions des lois anciennes à cet égard. Voy. la rédaction primitive de l'art. 146 et la discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323 à 327, nos 13 à 18); Duranton, II, 41 et 53; Merlin, *Rép.*, v° *et locc. cit.*, n° 1; Demolombe, III, 249.

⁷ Cette proposition, admise sans conteste par notre ancienne jurisprudence (Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 310), se trouve reproduite en termes formels dans l'*Exposé de motifs* présenté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n° 43). Elle ressort d'ailleurs, d'une manière non équivoque, de l'ensemble des travaux préparatoires, qui ne laissent d'incertitude que quant à la question de savoir si l'erreur sur la personne civile ou sociale peut, comme l'erreur sur la personne physique, motiver une demande en annulation de mariage. Cpr. la note suivante. C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la grande majorité des auteurs. Voy. Maleville, sur l'art. 180; Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 392; Toullier, I, 515, 516, 519 et 520; Duranton, II, 56 à 59; Vazeille, I, 65; Taulier, I, p. 248 à 251; Riom, 30 juin 1828, Sir., 28, 2, 225. Cependant Marcadé (sur l'art. 180, nos 1 à 4, et *Revue de législation*, 1845, III, p. 242), et M. Demolombe (III, 253) ont essayé de combattre la proposition émise au texte, et de soutenir que l'erreur sur des qualités, non-seulement sociales ou civiles, mais même physiques ou morales, peut suffire, selon les circonstances, pour entraîner la nullité du mariage. Cette doctrine novatrice nous paraît avoir été

peut se trouver vicié par une erreur sur la personne civile⁸, si cette erreur a été la cause déterminante du mariage⁹. Il y a, de la part de l'un des conjoints, erreur sur la personne civile de l'autre, lorsque l'individu auquel il s'est uni, et qui physiquement était bien celui auquel il croyait s'unir, n'était cependant pas, sous le rapport de l'individualité civile, la personne avec laquelle il avait l'intention de contracter mariage¹⁰.

solidement réfutée dans une dissertation de notre savant collègue, M. Thieriet (*Revue de législation*, 1847, I, 370), que Marcadé a laissée sans réponse.

⁸ Les termes de la loi ne comportent aucune distinction. D'ailleurs, une substitution de personne, au moment de la célébration, étant bien difficile, pour ne pas dire impossible, il n'est pas à supposer que le législateur ait voulu limiter à cette hypothèse l'application de l'art. 180. Le seul résultat de la discussion qui eut lieu au Conseil d'état à l'occasion de la question qui nous occupe (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 324 à 327, nos 15 à 18, p. 362 à 365, nos 41 et 42, p. 437 à 448, nos 10 à 13), fut la suppression du deuxième alinéa de l'art. 146, qui était ainsi conçu : « Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la « personne. » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 426, art. 2. Or, cette suppression, opérée sur la proposition du consul Cambacérès, qui, dans tout le cours de la discussion, avait manifesté l'opinion que l'erreur sur la personne sociale viciait le consentement, aussi bien que l'erreur sur la personne physique, peut d'autant moins être invoquée contre notre manière de voir, qu'on a laissé subsister dans l'art. 180, les expressions *erreur dans la personne*, sans les remplacer, ainsi que l'avait demandé la Cour de cassation, par les termes *erreur sur l'individu*, et sans en restreindre la portée à la personne physique. Aussi, l'opinion émise au texte est-elle généralement admise. Cpr. Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 393; Toullier, I, 467 et 468; Duranton, II, 64; Vazeille, I, 69; Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement, sect. V, art. 1, n^o 4, et *Quest.*, v^o Mariage, § 9; Taulier, I, p. 250 et 251; Demolombe, III, 251. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 467, texte et note 3. Mais, en partant d'un principe vrai en lui-même, plusieurs de ces auteurs sont arrivés à de fausses conséquences, pour n'avoir pas su déterminer en quoi consiste l'erreur sur la personne civile, et tracer une ligne de démarcation bien tranchée entre cette erreur et celle qui ne porte que sur les qualités civiles ou sociales. Cpr. note 10 *infra*.

⁹ L'erreur sur la personne physique entraîne toujours, et par elle-même, la nullité du mariage, parce qu'elle est exclusive de tout consentement. Il en est autrement de l'erreur sur la personne civile de l'un des époux, parce qu'il est possible que cette erreur n'ait point été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être été amené à donner, en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 439 et suiv., n^o 12); Toullier, I, 521 et 522; Merlin, *Rép.*, et *Quest.*, *loc. cit.*

¹⁰ M. Demolombe (III, 253) reproche à notre système de manquer de conséquence, parce que, dit-il, l'erreur sur la personne civile ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles. Nous répondrons que, d'après notre manière

Toute autre erreur, quelque grave qu'elle soit, ne constitue qu'une erreur sur les qualités de la personne, et ne vicie par conséquent pas le consentement¹¹.

de voir, l'erreur qui ne porte que sur l'une ou l'autre des qualités constitutives de l'état, ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage ; il faut, pour justifier une pareille demande, qu'il y ait eu, de la part de l'un des conjoints, erreur sur l'individualité civile de l'autre. Cette individualité se détermine par le nom tout d'abord, ensuite par l'ensemble des diverses qualités sociales qui individualisent une personne, en la distinguant de toute autre du même nom ; et l'absence seule d'une ou de plusieurs qualités, mêmes sociales, faussement attribuées à un individu, ne suffit pas pour dire que cet individu soit, civilement parlant, une autre personne. Ainsi, lorsqu'une femme a épousé un individu qu'elle croyait français et enfant légitime, tandis qu'en réalité il était étranger et enfant naturel, son mari, étranger et enfant naturel, n'en sera pas moins la même personne civile que s'il était français et enfant légitime. Au contraire, qu'un homme en se mariant se soit faussement attribué le nom et l'état d'une autre personne déterminée, ou qu'il se soit donné un nom et un état purement imaginaires, l'erreur dans laquelle il aura induit sa femme, ne portera plus seulement sur telles ou telles qualités sociales, mais sur l'individualité civile elle-même : il y aura eu dans ce cas substitution d'une personne civile à une autre. Voy. en ce sens : Bourges, 6 août 1827, Sir., 29, 2, 40. Nous croyons devoir d'autant plus persister dans la théorie que nous venons de préciser, que, d'après l'opinion contraire, on se trouve forcé de reconnaître au juge un pouvoir absolu d'appréciation, pour décider si l'erreur sur telle ou telle qualité est ou non de nature à entraîner l'annulation du mariage. Nous ne pensons pas que ce soit là l'esprit de la loi, qui, en n'ouvrant une action en nullité que *pour erreur dans la personne*, nous paraît avoir écarté comme insuffisante, toute erreur qui ne porterait que sur une qualité sociale ou civile, et à plus forte raison sur une qualité physique ou morale. On ne peut qu'approuver le législateur de n'avoir pas voulu abandonner à des appréciations plus ou moins personnelles et variables, le sort du contrat le plus important et le plus sacré de la vie civile.

¹¹ Ainsi, par exemple, une femme qui aurait épousé par erreur un forçat libéré, ne pourrait, pour ce motif, demander la nullité de son mariage. Taulier, I, p. 248 et 249. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 320. Tribunal de Paris, *Gazette des tribunaux*, du 16 juin 1838, p. 830. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 62 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 10, n^o 11 ; Marcadé, sur l'art. 180, n^o 4 ; Demolombe, III, 253. — Il en serait de même de la femme qui aurait épousé un ci-devant moine profès, qu'elle ignorait être engagé par des vœux religieux. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 10, n^o 10. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 151 ; Duranton, II, 66 ; Marcadé et Demolombe, loc. cit. ; Colmar, 6 décembre 1811, Sir., 12, 2, 89. — Enfin, le refus du mari de faire bénir son union par l'Église, n'autoriserait pas la femme à demander l'annulation du mariage, sous prétexte d'erreur sur les sentiments religieux de son conjoint. Thieriet, *Revue de législation*, 1849, I, p. 370. Demolombe, IV, 390. Cpr. § 451 bis, texte n^o 2, et note 6. Voy. en sens contraire : Marcadé, *même Revue*, 1846, III, p. 342.

Il est indifférent que l'erreur de l'un des conjoints ait été ou non la suite du dol de l'autre. L'erreur qui tombe sur la personne physique ou civile, vicie par elle-même le consentement, quand même elle n'aurait point été produite par des manœuvres frauduleuses. Et réciproquement, l'erreur sur les qualités ne suffit pas pour invalider le consentement, quand même elle aurait été le résultat de manœuvres frauduleuses pratiquées par l'un des conjoints envers l'autre¹².

La nullité résultant de la violence ou de l'erreur, ne peut être proposée que par l'époux dont le consentement s'est trouvé entaché de l'un ou l'autre de ces vices. L'action qui lui compète à cet effet, est exclusivement attachée à sa personne; elle ne peut être exercée en son nom par ses créanciers¹³, et ne passe pas même à ses héritiers¹⁴. Ces derniers conservent toutefois la faculté de suivre l'action en nullité qui aurait été introduite par leur auteur¹⁵. Du reste, l'époux mineur peut, avec l'assistance de son curateur, exercer, aussi bien que l'époux majeur, l'action en nullité que la loi lui ouvre¹⁶.

La nullité qu'engendrent les vices dont se trouve entaché le consentement de l'un des époux, peut, après la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, se couvrir, soit par la confirmation expresse de l'époux qui a été violenté ou trompé¹⁷, soit

¹² Loisel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. II, reg. 3. Le système contraire, défendu au Conseil d'état par le premier consul, n'y a pas prévalu. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 439, n° 12. Valette, sur Proudhon, I, p. 395, note a. Demolombe, III, 252.

¹³ Cpr. § 342, note 21. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4. Toullier, VII, 566. Demolombe, III, 257.

¹⁴ *Discussion au Conseil d'état et Discours* de Bouteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 412, nos 6 et 7, p. 558, n° 16). Toullier, I, 611. Duranton, II, 270. Vazeille, I, 258. Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note a, III. Demolombe, III, 258.

¹⁵ Arg. art. 330 et 957. *Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* Delvincourt, sur l'art. 180. Vazeille, *loc. cit.* Duvergier, sur Toullier, II, 611. Demolombe, III, 258. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, n° 6.

¹⁶ On a supprimé, lors de la discussion de l'art. 180 (Locré, *Lég.*, IV, p. 412, nos 6 et 7), une disposition qui restreignait à l'époux majeur le droit d'intenter l'action en nullité ouverte par cet article. Locré, sur l'art. 180. Vazeille, I, 257. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3, sur l'art. 180. Demolombe, III, 260. Turin, 14 juillet 1807, Sir., 8, 2, 43.

¹⁷ Arg. art. 181 et 183. Locré, sur l'art. 181. Duranton, II, 282. Vazeille, I, 261. Toullier, I, 610. Valette, sur Proudhon, p. 433, note a, I. Marcadé, sur l'art. 181, n° 2. Demolombe, III, 264.

par une cohabitation continuée pendant six mois¹⁸. Art. 181. A défaut de cohabitation, l'action en nullité se prescrit par trente ans¹⁹. Mais elle ne pourrait être écartée sous le prétexte d'une prétendue possession d'état, non accompagnée de cohabitation²⁰.

2° Nul ne peut, avant un certain âge²¹, se marier sans le consentement de ses père et mère, ou des autres personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage. Ces personnes ne doivent aucun compte des motifs à raison desquels elles refusent de consentir au mariage²².

Les règles qui concernent la nécessité de ce consentement sont absolument les mêmes, que les futurs époux soient émancipés ou ne le soient pas, et qu'il s'agisse de secondes ou de premières noces. Mais elles varient suivant que ceux qui se proposent de contracter mariage, sont des enfants légitimes ou des enfants naturels.

1) *Des enfants légitimes*. Les garçons, avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et les filles, avant celui de vingt et un ans accom-

¹⁸ En indiquant spécialement la cohabitation continuée pendant six mois, comme emportant confirmation tacite du mariage, le législateur paraît avoir eu l'intention de rejeter, comme peu concluants, tous les autres faits dont on voudrait faire ressortir une confirmation de cette espèce. Ainsi, la survenance d'enfants ne pourrait pas même être invoquée comme preuve de la confirmation tacite du mariage. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 359, n° 37; p. 415, n° 12). Toullier, I, 610. Vazeille, I, 260 et 261. Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note a, II. Demolombe, III, 262. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 185; Duranton, II, 275 et 276; Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 219.

¹⁹ Art. 2262. *Non obstat* art. 1304. Ce dernier article est étranger à la matière qui nous occupe : le mariage, régi par des dispositions toutes spéciales, n'est point un contrat ordinaire, auquel on puisse appliquer les dispositions concernant les conventions en général. Cpr. § 339, texte et notes 13. Marcadé, sur l'art. 181, n° 3. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 278; Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note a, 1; Duvergier, sur Toullier, I, p. 355, note a; Demolombe, III, 268. Suivant ces auteurs, la prescription s'accomplirait par dix ans. M. Demolombe toutefois, reconnaît que l'art. 1304 ne serait plus applicable, si la nullité du mariage était proposée sous forme d'exception.

²⁰ *Non obstat* art. 196. En supposant, ce que nous n'admettons pas, que la possession d'état pût s'acquérir indépendamment de toute cohabitation, elle ne pourrait cependant couvrir une nullité intrinsèque, dont se trouverait entaché le mariage lui-même. Cpr. § 461, note 36.

²¹ Celui qui a des ascendants ne peut, même après cet âge, se marier sans avoir demandé leur conseil. Mais, comme le défaut d'accomplissement de cette obligation n'entraîne pas la nullité du mariage, nous n'avons pas à nous en occuper ici. Cpr. § 463, texte n° 8.

²² Demolombe, III, 51. — Cette règle générale s'applique même au conseil de famille, appelé à remplacer les père et mère dans le cas prévu par l'art. 160. Cpr. texte et note 34 *infra*.

plis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cependant, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit²³. Art. 148. Si l'un des deux est mort²⁴, il n'est besoin que du consentement de l'autre, quand même il serait remarié²⁵. Le consentement de l'un des parents suffit également, quand l'autre est physiquement, moralement, ou légalement incapable de manifester sa volonté, ce qui a lieu, par exemple, en cas d'absence²⁶, ou d'interdiction, soit légale²⁷, soit judiciaire²⁸.

²³ Mais la mère n'en doit pas moins être consultée, et l'officier de l'état civil ne peut passer outre au mariage, sur le seul consentement du père, qu'autant qu'il est justifié de l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Delvincourt, I, p. 115; Duranton, II, 77, note 3; Vazeille, I, 119; Valette, sur Proudhon, I, p. 396, note 6; Demolombe, III, 38 et 39. — La mère qui n'a point été consultée, peut-elle par ce motif s'opposer au mariage? L'affirmative, enseignée par MM. Delvincourt, Duranton et Vazeille (*loc. cit.*), et adoptée par la cour de Riom, le 3 juin 1817 (Sir., 18, 2, 41), nous paraît condamnée par les termes formels de l'art. 173. Cpr. § 454, note 5. Nous pensons que, dans ce cas, la mère n'a que la voie de la dénonciation à l'officier de l'état civil. Merlin, *Rép.*, v^o Opposition à un mariage, n^o 4, remarque 3 sur l'art. 173. Demolombe, III, 39. — La mère pourrait-elle demander la nullité du mariage célébré sur le seul consentement du père, sans qu'elle ait été consultée? La négative résulte évidemment des termes de l'art. 182. — La mère est-elle, après la mort du père, autorisée à provoquer l'annulation du mariage contracté en contravention à l'art. 148? Voy. pour l'affirmative, texte et note 43 *infra*.

²⁴ La preuve de la mort peut, en pareil cas, se faire par l'attestation du survivant, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de décès, ou un acte de notoriété rédigé dans la forme indiquée par l'art. 71. Avis du Conseil d'état des 27 messidor - 4 thermidor an XIII. Vazeille, I, 123. Marcadé, sur l'art. 150, n^o 2. Voy. cependant Demolombe, III, 40.

²⁵ La puissance paternelle ne s'éteint point par le convol du survivant à de secondes noces. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, IV, p. 328 et 329, n^o 22). Duranton, II, 90. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 25 et 26, n^o 8. Demolombe, III, 45. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 115.

²⁶ La preuve de l'absence se fait suivant le mode indiqué par l'art. 155, et lorsque le dernier domicile de l'absent est inconnu, dans les formes tracées par l'avis du Conseil d'état des 27 messidor - 4 thermidor an XIII. Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre le cas où les futurs sont mineurs, et celui où ils sont majeurs. L'opinion contraire de MM. Duranton (II, 88) et Dalloz (*Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 27, n^o 16), repose sur une fausse interprétation des dispositions de l'avis ci-dessus cité. Cpr. Toullier, I, 544; Vazeille, I, 123 et 124; Demolombe, II, 314.

²⁷ Cpr. Code pénal, art. 29; § 85; Duranton, II, 80; Vazeille, *loc. cit.*; Demolombe, III, 44.

²⁸ Si l'un des parents se trouve, quoique non interdit, dans l'impossibilité de

Lorsque le père et la mère sont morts²⁹, ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les aïeuls et aïeules, et, à défaut d'aïeuls ou d'aïeules dans l'une et l'autre ligne³⁰, par les bisaïeuls ou bisaïeules³¹. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, le consentement de l'aïeul suffit. Si l'aïeul ou l'aïeule d'une même ligne est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il suffit du consentement de l'autre. Le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement³². Ces règles s'appliquent, par analogie, au cas où, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les pères et mères sont remplacés par les bisaïeuls et bisaïeules³³. Art. 150 et arg. de cet article.

manifeste sa volonté pour cause de démence ou d'imbécillité, les tribunaux peuvent, sans prononcer son interdiction, ordonner, d'après la preuve acquise de cet état de démence ou d'imbécillité, qu'il sera passé outre au mariage sur le consentement de l'autre. Vazeille, I, 125. Demolombe, III, 43. Poitiers, 11 mars 1830, Sir., 30, 2, 143. Voy. cep. Toullier, I, 543; Duranton, II, 85. — Il nous semble même que l'officier de l'état civil pourrait procéder au mariage sans autorisation judiciaire, si l'état de démence ou d'imbécillité de la personne dont le consentement est requis, était justifié par son transport dans un établissement d'aliénés, opéré conformément à la loi du 30 juin 1838. Demolombe, *loc. cit.*

²⁹ La preuve de leur décès peut se faire par l'attestation des aïeuls et aïeules. Avis du Conseil d'état, des 27 messidor - 4 thermidor an XIII.

³⁰ Valette, sur Proudhon, I, p. 397, note a. Voy. cependant Demolombe, III, 49. Le savant auteur enseigne que, s'il y avait des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre, ces derniers devraient, tout aussi bien que les premiers, être appelés à donner leur consentement, parce qu'il résulte, dit-il, de l'art. 150 que les deux lignes doivent être consultées. Elles doivent l'être sans doute, quand il y a des aïeuls dans l'une et dans l'autre, mais telle n'est pas notre hypothèse. Ce qui prouve, au contraire, que le consentement des bisaïeuls ne doit être requis qu'à défaut d'aïeuls dans les deux lignes, c'est que ces derniers eux-mêmes ne sont appelés à consentir au mariage qu'à défaut du père et de la mère. Dans le système de M. Demolombe, il faudrait admettre, pour être conséquent, qu'à défaut du père, le consentement de la mère ne suffit pas, et que les aïeuls de la ligne paternelle doivent aussi être consultés. Or, cette conséquence est formellement rejetée par les art. 149 et 150; le système dont elle découle n'est donc pas acceptable.

³¹ C'est du moins ce qui résulte de l'esprit de la loi. Quoique l'art. 150 ne parle textuellement que des aïeuls et aïeules, il doit, par identité de motifs, être étendu aux bisaïeuls et trisaïeuls : *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Vazeille, I, 127. Duranton, II, 98. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 27, n^o 23. Demolombe, III, 48.

³² Ainsi, l'enfant dont le père, la mère, et l'aïeul maternel sont morts, peut contracter mariage avec le seul consentement de son aïeule maternelle, encore que l'aïeul et l'aïeule paternels refusent de consentir au mariage. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, III, 46. Cpr. Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., 30, 2, 239.

³³ Marcadé, sur l'art. 150, n^o 3. Demolombe, III, 50.

Quand il n'existe pas d'ascendants, la distinction précédemment faite entre les garçons et les filles disparaît. Les uns et les autres peuvent, à l'âge de vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille; mais jusque-là, ce consentement leur est nécessaire. Art. 160. Soit qu'il accorde, soit qu'il refuse son consentement, le conseil de famille n'est point obligé de motiver sa délibération³⁴, qui est exécutoire par elle-même³⁵, indépendamment de toute homologation judiciaire³⁶, et qui d'ailleurs n'est pas susceptible d'être réformée, quant au fond, par les tribunaux³⁷.

Le consentement des pères et mères ou des personnes qui les remplacent, est requis au moment même de la célébration. Il en résulte que le consentement accordé peut être révoqué jusqu'à la célébration³⁸. Il en résulte encore que, si l'ascendant qui a consenti à un mariage projeté, vient à mourir avant qu'il ait été célébré, on doit considérer son consentement comme non venu³⁹.

La validité du consentement des pères et mères ou autres ascen-

³⁴ Il en est ainsi, quand même cette délibération n'est pas unanime. *Nec obstat* Code de procédure, art. 883. Cpr. § 95, texte, notes 6 et 7. Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement, § 5, art. 2, n^o 14. Duranton, II, 102. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, I, 547.

³⁵ C'est au tuteur qu'il appartient d'en assurer l'exécution. Mais s'il refusait de prêter son assistance à la célébration du mariage autorisé par le conseil de famille, le mineur devrait être admis à le faire célébrer sur la production de la délibération de ce conseil. Vazeille, I, 128.

³⁶ Cpr. § 95, texte, notes 8 et 9. Vazeille, I, 129.

³⁷ *Non obstat* Code de procédure, art. 883. Merlin, *Rép.*, v^o et loc. cit. Voy. aussi : Plaidoyer de Bellart pour M. de Vaucresson (*Annales du barreau français*, IX, p. 372 et suiv.); Duranton, II, 101; Vazeille, loc. cit.; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 28, n^o 26; Demolombe, III, 86. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547; Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note a, II; Liège, 30 avril 1811, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 28, note 4. Cpr. § 96, texte et note 10.

³⁸ Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 27, n^o 19. Duranton, II, 93. Vazeille, I, 121. Demolombe, III, 56.

³⁹ *Opus est consensu gradus sequentis*. Duranton, II, 94. Vazeille, loc. cit. Demolombe, loc. cit. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 148. — MM. Duranton (II, 95) et Vazeille (loc. cit.) enseignent que, si le mariage avait été célébré sans opposition de l'ascendant dont le consentement était requis en remplacement de celui qu'avait donné le prédécédé, l'absence de ce consentement n'invaliderait pas le mariage. Nous ne saurions partager cette manière de voir, que rien ne justifie. Tout au plus pourrions-nous l'admettre dans le cas où le décès de l'ascendant qui a consenti au mariage, aurait été ignoré des futurs époux. Arg. art. 2008 et 2009. Voy. en ce sens : Demolombe, III, 57 et 58.

dants se juge d'après les règles suivant lesquelles on apprécie, en général, le mérite légal d'une manifestation de volonté⁴⁰. Dans le cas prévu par l'art. 160, la validité du consentement donné par le conseil de famille, se juge d'après les principes qui régissent, en général, les délibérations de ce conseil⁴¹.

La nullité résultant de l'absence ou de l'invalidité du consentement des ascendants, ou du conseil de famille, sous l'autorité desquels les époux se trouvaient placés quant au mariage, peut être invoquée, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement⁴². Elle ne peut être proposée par d'autres personnes. Art. 182. Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 148, l'action en nullité appartient au père et à la mère. Toutefois, la mère ne peut l'intenter sans le concours du père, tant que ce dernier vit et se trouve en état de manifester sa volonté⁴³. Dans l'hypothèse dont s'occupe l'art. 150, l'action compète aux aïeux ou aïeules de l'une et de l'autre ligne. Mais l'une des lignes ne peut l'exercer contre le gré de l'autre⁴⁴,

⁴⁰ Cpr. art. 1109 et suiv.; §§ 306 et 343. Voy. aussi § 466, note 5. Demolombe, III, 52.

⁴¹ Cpr. § 96; Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n^o 13; Plaidoyer de Ferrère pour Mlle Phélippeaux (*Annales du barreau français*, XIV, p. 1); Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320.

⁴² La raison en est que la loi regarde, en pareil cas, comme entaché de séduction, le consentement de l'époux qui n'avait point encore atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cpr. texte et note 3 *supra*. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 323 et 324, n^{os} 13 et 14; p. 416 et suiv., n^o 13). Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement de mariage, § 4, art. 7, n^o 2. Duranton, II, 295. Demolombe, III, 271.

⁴³ Le silence du père emporte confirmation du mariage, parce que sa volonté fait loi, en cas de dissentiment. Arg. art. 148 cbn. 183. Duranton, II, 286. Vazeille, I, 266. Delvincourt, sur l'art. 182. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 85, n^o 4. Allemand, I, 577. Demolombe, III, 272. Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 182, n^o 2. Suivant cet auteur, la mère serait sans qualité pour former l'action en nullité, même après le décès du père. Mais l'assimilation qu'il prétend établir, pour justifier son opinion, entre le cas où l'enfant aurait encore son père et sa mère, et celui où, son père étant mort, il ne lui resterait plus que sa mère et son aïeul paternel, est complètement inexacte. Si, dans le premier cas, le consentement de la mère n'est pas absolument nécessaire, il doit du moins être demandé, tandis que dans le second, il n'est pas même besoin de consulter l'aïeul paternel.

⁴⁴ L'action en nullité formée par l'une des lignes, tomberait-elle devant l'approbation donnée au mariage par l'autre ligne, dans le cours de l'instance? Si la rigueur des principes conduit à la solution négative, il se présente cependant une grave considération qui semble devoir faire admettre l'affirmative : la demande en nullité du mariage n'aurait plus en pareil cas d'objet sérieux, puisque,

et les aïeules ne peuvent agir sans le concours des aïeuls de la ligne à laquelle elles appartiennent, à moins que ceux-ci ne soient décédés, ou incapables de manifester leur volonté⁴⁵. Enfin, dans le cas de l'art. 160, l'action appartient, non à tel ou tel parent isolé, mais au conseil de famille, qui doit charger le tuteur ou un de ses membres de l'exercer en son nom⁴⁶.

L'action en nullité dont s'agit, est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée. Elle ne peut être exercée par leurs créanciers⁴⁷; elle ne passe point à leurs héritiers⁴⁸; et les ascendants d'un degré plus éloigné ne succèdent pas à celle qui compétait aux ascendants d'un degré plus proche⁴⁹.

La confirmation expresse⁵⁰ ou tacite⁵¹ des personnes dont le consentement était requis, ou l'écoulement d'une année sans réclamation de leur part⁵², à partir de l'époque à laquelle elles ont eu connaissance du mariage⁵³, couvre, d'une manière générale et absolue⁵⁴, la nullité dont il est actuellement question. Art. 183.

après l'annulation de leur union, les époux pourraient contracter un nouveau mariage, avec le seul consentement des ascendants qui avaient ratifié le premier. Duranton, II, 291. Demolombe, III, 275.

⁴⁵ Arg. art. 150 cbn. 183. Cpr. la note précédente. Duranton, II, 291. Dalloz, *op. et vº cit.*, p. 85, nº 8.

⁴⁶ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 416 et suiv., nº 13). Toullier, I, 613. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 292. Vazeille, I, 263. Demolombe, III, 276.

⁴⁷ Cpr. § 312, note 21; et les autorités citées à la note suivante.

⁴⁸ Duranton, II, 289. Vazeille, I, 267. Demolombe, III, 279. Cpr. Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 2, 566. — Les héritiers des ascendants ne pourraient pas même continuer l'action en nullité qui aurait été introduite par leurs auteurs. Mais il en est autrement des héritiers de l'époux qui serait décédé après avoir intenté l'action en nullité que la loi lui accordait. Cpr. note 15 *supra*. Duranton, II, 290. Vazeille, *loc. cit.* Dalloz, *Jur. gén.*, vº Mariage, p. 85, nº 7.

⁴⁹ Duranton, *loc. cit.* Toullier et Duvergier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, nº 2. Demolombe, III, 280. Voy. cep. Vazeille, I, 268.

⁵⁰ Les dispositions de l'art. 1338 ne s'appliquent pas à la confirmation dont il est ici question. Cpr. Duranton, II, 301; Demolombe, III, 281.

⁵¹ Cpr. sur la confirmation tacite : Toullier, I, 614; Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

⁵² C'est-à-dire sans qu'ils aient intenté l'action en nullité qui leur était ouverte.

⁵³ Cpr. Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1, sur l'art. 183; Duranton, II, 302; Civ. cass., 16 avril 1817, Sir., 17, 1, 232.

⁵⁴ C'est-à-dire, non-seulement par rapport aux personnes dont le consentement était requis, mais encore relativement à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Cpr. Toullier, I, 619; Duranton, II, 300 et 305; Demolombe, III, 290. — La confirmation des personnes dont le consentement était requis peut-elle,

L'action en nullité qui compète aux ascendants, ne s'éteint, ni par la mort de l'époux qui avait besoin de leur consentement, ni par la circonstance qu'il aurait atteint l'âge auquel ce consentement n'est plus absolument indispensable⁵⁵. Au contraire, l'action en nullité qui appartient au conseil de famille, cesse par la mort ou par la majorité de l'époux qui avait à se pourvoir de son consentement⁵⁶.

L'époux marié sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé quant au mariage, est, en particulier⁵⁷, non recevable à exercer l'action en nullité que la loi

lorsqu'elle n'intervient que postérieurement à l'action en nullité intentée par l'époux qui avait besoin de ce consentement, arrêter le cours de cette action ? Voy. pour l'affirmative : Delvincourt, I, p. 153 ; Duranton, II, 304 ; Duvergier, sur Toullier, I, 614, note 1 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 435, note a ; Demolombe, III, 275. Mais cette opinion nous paraît également contraire au texte de l'art. 183, et au principe que la recevabilité d'une action se juge dans l'état où elle a été intentée. Le caractère particulier de la demande, et la circonstance qu'elle n'est pas susceptible d'acquiescement, ne sont pas, à notre avis, de nature à modifier ce principe. Par cela même que l'époux qui avait besoin pour contracter mariage du consentement de ses ascendants, a formé son action en nullité avant toute confirmation expresse ou tacite de la part de ces derniers, cette action constitue pour lui un droit acquis, dont il ne peut plus être privé par le fait d'un tiers.

⁵⁵ Delvincourt, I, p. 153. Duranton, II, 298. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 282. Notre savant collègue prétend que l'action en nullité n'étant accordée aux ascendants qu'en raison de l'autorité dont ils sont investis, leur action n'a plus de base, dès que cette autorité est venue à cesser par une cause quelconque. Mais ce point de vue nous paraît manquer d'exactitude. Le droit de consentir au mariage n'est pas seulement accordé aux ascendants dans l'intérêt et pour la protection de leurs descendants, mais aussi dans leur intérêt propre, et en vue des conséquences préjudiciables que le mariage pourrait entraîner pour eux-mêmes, et pour la famille tout entière. Comment admettre que, si un fils de famille, marié sans le consentement de ses père et mère, venait à mourir, laissant sa femme enceinte, ces derniers fussent, par le fait même de ce décès, privés du droit d'attaquer le mariage. Comment surtout admettre que, si un mariage contracté dans les mêmes circonstances, avait été caché aux père et mère jusqu'au moment de la majorité déterminée par l'art. 148, ceux-ci fussent désormais non recevables à en faire prononcer l'annulation.

⁵⁶ La mort ou la majorité de l'époux enlève à son ci-devant conseil de famille tout principe, non-seulement d'autorité, mais même d'existence. Toullier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Allemand, I, 588. Demolombe, *loc. cit.* C'est à tort que M. Duranton (II, 293 et 303) distingue entre la mort et la majorité : un individu majeur n'a pas plus de conseil de famille qu'un individu décédé.

⁵⁷ Les fins de non-recevoir dont il va être actuellement question, ne peuvent être opposées aux ascendants dont le consentement était requis. Locré et Delvin-

lui ouvre, lorsqu'il ne l'a pas introduite dans le délai d'un an⁵⁸, à partir de l'époque à laquelle il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage⁵⁹. Son action est également non recevable, lorsque, après avoir atteint cet âge, il a confirmé le mariage⁶⁰, soit expressément, soit tacitement⁶¹, ou lorsqu'il a employé des manœuvres frauduleuses pour se soustraire à l'obligation de rapporter le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille⁶².

Du reste, l'officier de l'état civil qui a procédé à un mariage pour la validité duquel la loi exigeait le consentement des ascendants ou du conseil de famille, sans s'être assuré de l'existence de ce consentement, est passible d'une amende de seize à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois à un an, sans préjudice de peines plus fortes, en cas de collusion. Art. 156 cbn. 192. Code pénal, art. 193 et 195⁶³. Ces peines, dont l'application

court, sur l'art. 183. Toullier, I, 618. Duranton, II, 299. Vazeille, I, 264. Allmand, I, 594. — M. Demolombe (III, 291) est encore sur ce point d'avis contraire, et ce par application de la doctrine que nous avons combattue à la note 55 *supra*.

⁵⁸ Il en est ainsi, quoique les deux époux n'aient pas cohabité durant cet espace de temps. L'art. 183 est tout autrement rédigé que l'art. 181. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 et 4 sur l'art. 183. Cpr. note 61 *infra*.

⁵⁹ Ce délai court donc pour les garçons, à partir de l'âge de vingt-cinq ou de vingt et un ans, suivant qu'ils avaient ou n'avaient pas d'ascendants à l'époque où ils ont contracté mariage. Arg. art. 148 à 150 cbn. 160. Merlin *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 183. Duranton, II, 307. Valette, sur Proudhon, I, p. 436, note a. Demolombe, III, 284. Cpr. Vazeille, I, 271. — Toullier (I, 615) et Delvincourt (I, p. 154) enseignent, au contraire, que le délai dont s'agit court invariablement, pour les garçons comme pour les filles, à partir de l'âge de vingt et un ans. Cette opinion, qui est en opposition manifeste avec le texte de l'art. 183, est également contraire à l'esprit de la loi.

⁶⁰ Arg. *a fortiori*, art. 183. *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, IV, p. 456, n^o 18). Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Duranton, II, 308 à 311. Vazeille, I, 271.

⁶¹ Les tribunaux pourront, suivant les circonstances, trouver une preuve de la confirmation tacite du mariage dans la cohabitation, quelque courte qu'en ait été la durée. D'une part, en effet, l'art. 181 est inapplicable à l'hypothèse qui nous occupe; d'autre part, l'art. 183, en donnant à l'époux une année pour intenter son action en nullité, suppose qu'il n'a pas, avant l'expiration de ce délai, confirmé le mariage. Cpr. note 58 *supra*. Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Vazeille, I, 271. Duranton, II, 312. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 288.

⁶² Arg. art. 1307. Duranton, II, 296. Demolombe, III, 289.

⁶³ L'art. 156 du Code Napoléon et l'art. 193 du Code pénal ont pour objet de

peut être poursuivie par le procureur impérial sans le concours des parties intéressées⁶⁴, doivent être prononcées contre l'officier de l'état civil, quoique la nullité du mariage n'ait point été demandée, ou que cette nullité se trouve couverte, et quand même aucune opposition n'aurait été formalisée.

2) *Des enfants naturels*. Les dispositions des art. 148 et 149 sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. Art. 158. Ainsi, un enfant naturel ne peut, avant vingt-cinq ou vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement, soit de son père, soit de sa mère, suivant qu'il a été reconnu par le père seul, ou par la mère seule. En cas de dissentiment entre le père et la mère d'un enfant naturel également reconnu par l'un et par l'autre, le consentement du père suffit⁶⁵.

Si l'enfant naturel n'a été reconnu, ni par son père, ni par sa mère, ou bien encore, si les parents qui l'ont reconnu sont décédés, ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il ne peut contracter mariage, avant l'âge de vingt et un ans accomplis, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*⁶⁶, qui doit être nommé par un conseil de famille composé d'amis⁶⁷. Art. 159⁶⁸.

réprimer un seul et même délit. Le second forme le complément du premier, en ce qu'il détermine le maximum de l'emprisonnement et le minimum de l'amende. La rédaction de l'art. 156 du Code Napoléon diffère cependant de celle de l'art. 192 du Code pénal, en ce que, d'après le premier de ces articles, l'officier de l'état civil est passible des peines qui y sont prononcées, par cela seul qu'il n'a point énoncé dans l'acte de mariage le consentement des ascendants ou du conseil de famille, tandis que, d'après le second, l'officier de l'état civil n'est punissable que lorsqu'il ne s'est pas assuré de l'existence de ce consentement. Sous ce rapport, on peut dire que l'art. 192 du Code pénal déroge à l'art. 156 du Code Napoléon. Voy. cependant Duranton, II, 403; Valette, sur Proudhon, I, p. 215, note b; Demolombe, III, 91.

⁶⁴ *Non obstat* art. 156 : Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et suiv. Demolombe, *loc. cit.* Turin, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 65.

⁶⁵ Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n^o 10. Demolombe, III, 88.

⁶⁶ Le tuteur général qui aurait été nommé à cet enfant, ne pourrait donc consentir à son mariage, qu'après avoir reçu un pouvoir spécial à cet effet. Toullier, I, 551, note 2. Duranton, II, 416. Delvincourt, I, p. 419. Demolombe, III, 89. De Fréminville, *De la minorité*, II, 744.

⁶⁷ Arg. art. 407 et 409. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 330, nos 27 et 28). Toullier et Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 417. Vazeille, I, 434. Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note a. Demolombe, III, 89.

⁶⁸ Cet article ne fait pas plus que le précédent mention des aïeuls et aïeules. L'enfant naturel n'a, aux yeux de la loi, d'autres ascendants que ses père et

Du reste, tout ce qui a été dit précédemment, en parlant des enfants légitimes, s'applique également aux enfants naturels. Toutefois, le mariage qu'un enfant naturel aurait contracté, en contravention aux dispositions de l'art. 159, sans le consentement d'un tuteur nommé à cet effet, ne pourrait être argué de nullité, ni par le tuteur, ni par l'enfant⁶⁹.

§ 463.

b. *Des empêchements simplement prohibitifs.*

Ces empêchements sont les suivants :

1° La personne engagée dans les liens d'un mariage entaché de nullité, ne peut, avant la dissolution ou l'annulation de ce mariage, en contracter un autre¹.

2° Le mariage est prohibé, à raison du lien qu'engendre l'adoption : entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants légitimes²;

mère. *Observations du Tribunat et Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, IV, p. 452, n° 5, p. 487, n° 16).

⁶⁹ L'art. 182 n'ouvre en effet d'action en nullité que contre les mariages célébrés sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était nécessaire, et non contre les mariages contractés, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, en contravention aux dispositions de l'art. 159. Le silence gardé par l'art. 182 est d'autant plus concluant, que le Tribunat avait, en faisant remarquer cette omission, demandé qu'on ajoutât les mots *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci, *des ascendants ou du conseil de famille*, et que, malgré cette observation, on ne modifia pas, sous ce rapport, la rédaction de l'art. 182, auquel on fit cependant subir un autre changement que le Tribunat avait également demandé. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 29, p. 455 et 456, n° 17, p. 464, art. 33; Vazeille, I, 269. Tout en accordant que le mariage ne peut, en pareil cas, être attaqué par le tuteur, plusieurs auteurs enseignent qu'il peut l'être par l'enfant. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 152; Duranton, II, 294; Valette, sur Proudhon, I, p. 434, note a; Marcadé, sur l'art. 182, n° 3; Demolombe, III, 278. Cette opinion est contraire au principe, bien certain en matière de mariage, que l'action en nullité n'est ouverte que dans les cas formellement déterminés par la loi; et il faut bien se garder de transporter dans cette matière les règles ordinaires sur les effets de l'incapacité de contracter. On ne doit d'ailleurs pas perdre de vue que, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun intérêt de famille ne se trouve engagé; et c'est là probablement le motif qui a engagé le Conseil d'état à ne pas déférer à la demande du Tribunat.

¹ Arg. art. 147 cbn, 189. Maleville, sur l'art. 147. Delvincourt, sur l'art. 189.

² Il ne peut exister aucun lien de parenté, ni civile, ni naturelle, entre l'adoptant et les enfants naturels de l'adopté. D'ailleurs, la prohibition ne saurait être

entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants légitimes qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté³. Art. 348.

3° La femme, dont le mariage a été dissous ou annulé⁴, par quelque cause que ce soit, ne peut se remarier que dix mois après la dissolution ou l'annulation de ce mariage⁵. Art. 228 et 296⁶.

4° Les époux divorcés, soit par consentement mutuel, soit pour cause déterminée, ne peuvent plus se réunir⁷. Art. 295⁸.

étendue aux enfants naturels, par cela même que l'art. 348 ne les désigne pas en termes exprès. Arg. art. 161, 162 et 163. Cpr. § 461, note 8. Demolombe, III, 109. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 173, à la note.

³ Proudhon (I, p. 403), Merlin (*Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 29), Vazeille (I, 228) et MM. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 93, n° 1), Du Caurroy, Bonnier et Roustain (I, 519) rangent au nombre des empêchements dirimants, celui qui résulte des prohibitions portées par l'art. 348. Mais cette opinion, que ces auteurs n'ont pas même cherché à justifier, est en opposition avec le principe qu'il n'existe pas, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Cpr. § 458, texte et note 2. L'art. 184 n'ouvre d'action en nullité pour cause d'inceste, qu'à raison de la violation des prohibitions établies par les art. 161, 162 et 163. On ne saurait donc, sans ajouter à la lettre de la loi, et même sans fausser son esprit, étendre cette action en nullité au cas de violation des dispositions de l'art. 348. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 348, n° 2; Demolombe, III, 338.

⁴ Arg. art. 228 et 296. *Par est ratio*. Duranton, II, 176, à la note. Vazeille, I, 102. Marcadé, sur l'art. 228, n° 1. Demolombe, III, 124. Trèves, 30 avril 1806, Sir., 6, 2, 139.

⁵ Delvincourt (I, p. 125) et Proudhon (I, p. 404, et II, 49) enseignent que cet empêchement est dirimant. Mais leur opinion a été rejetée par les autres auteurs et par la jurisprudence. Locré, II, p. 379. Merlin, *Rép.*, v° Noces (secondes), § 2, n° 1. Toullier, I, 651, et II, 664. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 100. Marcadé, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, I, p. 404 et 405. Demolombe, III, 337. Dijon, 3 juillet 1807, Sir., 7, 2, 321. Colmar, 7 juin 1808, Sir., 9, 2, 168. Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46.

⁶ Cpr. Code pénal, art. 194.

⁷ Proudhon (I, 406) range encore cet empêchement au nombre des dirimants. Voy. dans le sens de notre opinion : Toullier, I, 651; Duranton, II, 178; Demolombe, III, 339.

⁸ Quoique le divorce ait été aboli, il peut encore exister des époux divorcés antérieurement à la loi du 8 mai 1816. Voilà pourquoi nous avons cru devoir mentionner les empêchements résultant des art. 295 et 298. Mais nous passerons sous silence l'empêchement établi par l'art. 297, dont l'application ne peut plus avoir lieu aujourd'hui. — MM. Vazeille (I, 103) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 4) prétendent que la loi qui a aboli le divorce, a virtuellement rendu aux époux antérieurement divorcés le droit de se réunir. Voy. dans le même

5° Lorsqu'un divorce a été prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais épouser son complice⁹. Art. 298¹⁰. Cet empêchement n'est, du reste, pas susceptible d'être étendu au cas de séparation de corps¹¹.

6° Les militaires de toute arme et de tout grade, appartenants, soit à l'armée de terre, soit à l'armée de mer, et les personnes qui leur sont assimilées, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs supérieurs¹².

7° L'enfant naturel non reconnu, ou l'enfant naturel reconnu

sens : Toullier, I, 556 ; Duranton, II, 180 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 406 ; note a ; Marcadé, II, p. 46, n° 4. Les considérations que présentent ces auteurs seraient sans doute très-puissantes, s'il s'agissait de discuter, dans une assemblée législative, le maintien ou la levée de la prohibition établie par l'art. 295 ; mais nous ne pensons pas que, dans l'état actuel de la législation, elles puissent prévaloir contre le texte formel de la loi du 8 mai 1816, qui, en abolissant le divorce pour l'avenir, a laissé subsister les effets attachés, par le titre VI, liv. I, du Code Napoléon, aux divorces antérieurement prononcés. Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 24. Demolombe, III, 125 et 339. Paris, 14 juin 1847, Sir., 47, 2, 400.

⁹ Delvincourt (I, p. 67 et 75 de la première partie), Proudhon et M. Valette (I, p. 407) soutiennent que cet empêchement est dirimant. Mais voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 9 ; Toullier, I, 651 ; Duranton, II, 178 ; Vazeille, I, 103 ; Demolombe, III, 339.

¹⁰ On enseigne assez généralement que cette prohibition subsiste encore aujourd'hui, malgré l'abolition du divorce. Cpr. Delvincourt, I, p. 132 ; Duranton, II, 177 ; Vazeille, *loc. cit.* ; Marcadé, II, p. 45, n° 4 ; Demolombe, III, 125. Voy. cep. en sens contraire : Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 1.

¹¹ Toullier, I, 555. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 47. Duranton, II, 179. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 3. Aux raisons données par ces auteurs, qui se fondent uniquement sur le principe, que les dispositions prohibitives ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre, on peut encore ajouter qu'il n'existe pas, sous le rapport dont il s'agit, d'analogie entre le divorce et la séparation de corps. La loi n'a pas voulu que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, pût, en épousant immédiatement son complice, trouver dans le divorce même la récompense de ses déportements. Mais comme la séparation de corps ne dissout pas le mariage et que l'époux séparé ne peut se remarier qu'après la mort de son conjoint, les motifs qui servent de base à la disposition de l'art. 298, ne s'appliquent pas à la séparation de corps comme au divorce. Voy. dans ce sens : Marcadé, *loc. cit.* ; Demolombe, III, 126. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 182. Cpr. aussi Vazeille, I, 103.

¹² Décrets du 16 juin, du 3 août et du 28 août 1808. Avis du Conseil d'état des 22 novembre-21 décembre 1808. Décret du 25 mars 1852, art. 37 et 38. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 5 ; Vazeille, I, 133.

dont les père et mère sont décédés, ne peut, avant l'âge de vingt et un ans, se marier sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*¹³.

8° Les enfants, soit légitimes, soit naturels, qui ont atteint l'âge, passé lequel ils sont admis à se marier sans le consentement de leurs ascendants, ne peuvent cependant contracter un mariage auquel ces derniers ne veulent pas consentir, qu'après avoir demandé leur conseil, au moyen d'un ou de plusieurs actes respectueux.

1) *Du conseil à demander par les enfants légitimes.* La demande de conseil doit être faite au père et à la mère¹⁴, à moins que l'un des deux ne soit décédé, ou ne se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté¹⁵, cas auxquels il suffit de l'adresser à l'autre. Si le père et la mère n'existent plus, ou s'ils sont tous les deux incapables de manifester leur volonté¹⁶, le conseil sera demandé aux aïeuls et aïeules de l'une et de l'autre ligne¹⁷, enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, aux bisaïeuls et bisaïeules¹⁸. Art. 151.

La demande de conseil doit être formée, au nom de l'enfant, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, possédant les qualités exigées par les art. 9 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat¹⁹. La présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est indispensable²⁰.

¹³ L'absence de ce consentement n'engendre qu'un empêchement prohibitif. Cpr. § 462, note 69.

¹⁴ Duranton, II, 406. Il ne suffirait même pas que la demande faite au père seul, lui eût été adressée, tant pour lui que pour la mère, et qu'il eût répondu, tant en son propre nom qu'en celui de cette dernière. Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 2. Marcadé, sur l'art. 151, n° 1. Demolombe, III, 62. Bruxelles, 5 mai 1808, Sir., 9, 2, 84. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Douai, 25 janvier 1815, Sir., 16, 2, 114.

¹⁵ Cpr. à cet égard § 462, texte, notes 26 à 28, et la note suivante.

¹⁶ C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque le père et la mère sont tous deux absents. Cpr. art. 155; et Avis du Conseil d'état des 27 messidor - 4 thermidor an XIII. — Il ne faut pas conclure de l'art. 155, que l'enfant soit, en cas d'absence de ses père et mère, dispensé de demander le conseil de ses autres ascendants. Pour bien comprendre cet article, on doit le combiner avec l'art. 151, aux termes duquel les aïeuls et aïeules remplacent les pères et mères qui se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Duranton, II, 412. Valette, sur Proudhon, I, p. 379, note a. Demolombe, III, 63.

¹⁷ Duranton, II, 406. Demolombe, III, 62.

¹⁸ Cpr. § 462, note 31.

¹⁹ Ainsi, il faut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où la demande est faite. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 36, n° 18. Demolombe, III, 76. Angers, 20 janvier 1809, Dalloz, *Jur. gén.*, v° et loc. cit., à la note. Rouen, 13 mai 1829, Dalloz, 1839, 2, 166.

²⁰ Lyon, 23 décembre 1831, Sir., 31, 2, 267. Cpr. aussi les autorités citées à

Mais il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent en personne²¹, ou qu'il se fasse représenter par un fondé de pouvoir spécial²². Les notaires, ou le notaire et les témoins, chargés de former en son nom la demande de conseil, n'ont pas même besoin d'administrer une preuve écrite des pouvoirs qu'ils ont reçus à cet effet²³.

La demande doit être faite en termes formels²⁴, et conçue dans une forme respectueuse²⁵. Elle doit être adressée à la personne

la note 29 *infra*. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 77. Cet auteur se fonde principalement sur les dispositions de la loi du 21 juin 1843. Mais l'application qu'il en fait à la question, nous paraît erronée. L'art. 154 exige, en effet, que l'acte respectueux soit notifié par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ce qui suppose le concours personnel de tous ceux qui doivent coopérer à cette notification ; et l'on étendrait indûment la portée de la loi précitée, en appliquant l'interprétation qu'elle a donnée de l'art. 9 de celle du 25 ventôse an XI, à des actes qui, comme les protêts ou les actes respectueux, sont réglés par des dispositions toutes spéciales.

²¹ Maleville, I, p. 174. Merlin, *Rép.*, v^o Sommation respectueuse, n^o 3, et *Quest.*, v^o Actes respectueux, § 3, quest. 9. Toullier, I, 549. Duranton, II, 411. Vazeille, I, 138. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 36, n^o 19. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe, III, 71. Rouen, 6 mars 1806, Sir., 6, 2, 104. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 768. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., 8, 1, 57. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118 ; Caen, 1^{er} prairial an XIII, Sir., 5, 2, 143 ; Angers, 20 janvier 1809, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, sect. 1, art. 5, nos 18 et 19.

²² C'est ce que décident implicitement les auteurs et les arrêts cités à la note précédente. Voy. aussi Demolombe, III, 72. La cour de Douai qui, d'abord (8 janvier 1828, Sir., 28, 2, 183), avait jugé le contraire, a depuis (27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44) réformé sa jurisprudence.

²³ Merlin, *Quest.*, v^o Actes respectueux, § 3, quest. 10. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 38, n^o 22. Liège, 26 décembre 1812, et Bruxelles, 29 mars 1820, Merlin, *op.*, v^o *et loc. cit.* Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Voy. cependant Vazeille, I, 141 ; Demolombe, *loc. cit.*

²⁴ Il est même prudent d'employer les termes dont se sert l'art. 151. Toutefois ces termes ne sont pas sacramentels, et l'acte respectueux serait valable si, au lieu de se servir du mot *conseil*, on avait employé celui de *consentement*. Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, quest. 16. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 40, n^o 23. Demolombe, III, 78. Req. rej., 24 décembre 1807, et Bruxelles, 4 novembre 1824, Dalloz, *op.*, v^o *et loc. cit.*, à la note. Toulouse, 27 juin 1821, Sir., 22, 2, 98. Amiens, 8 avril 1825, Sir., 25, 2, 425.

²⁵ L'emploi des mots *sommation*, *sommer*, *interpellation*, *interpeller*, ne rend pas nécessairement irrespectueuse la demande dans laquelle on s'en est servi. Merlin, *Rép.*, v^o Sommation respectueuse, n^o 3. Favard, *Rép.*, v^o Actes respectueux, n^o 3. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o *cit.*, p. 39, n^o 24. Demolombe, *loc.*

même des ascendants²⁶, à moins que ces derniers ne se trouvent pas à leur domicile, ou ne défendent l'entrée de leur appartement²⁷. La demande doit être constatée par un procès-verbal²⁸, dans lequel il sera fait mention de la réponse des ascendants, à moins que ces derniers ne refusent de répondre, ou que le conseil ne soit demandé en leur absence. Ce procès-verbal, qui sera rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés²⁹, doit, suivant la distinction ci-dessus établie, être notifié³⁰ à la personne ou au

cit. Rouen, 6 mars 1806, Sir., 6, 2, 104. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., 8, 2, 57. Cpr. cep. Bordeaux, Sir., 5, 2, 93. — On ne doit pas non plus considérer comme irrespectueuse, la demande qui serait faite en vertu d'une seule et même procuration, donnée pour la notification des trois actes respectueux exigés dans le cas prévu par l'art. 154. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 41, n^o 28. Demolombe, III, 79. Caen, 11 avril 1822, et 24 février 1827, Sir., 28, 2, 51. Cpr. Douai, 8 janvier 1828, Sir., 28, 2, 185. Voy. cep. en sens contraire : Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375 ; Rouen, 19 mars 1828, Sir., 28, 2, 119. On devrait le décider ainsi, quand même une copie de la procuration aurait été donnée en tête des actes respectueux. Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 41, n^o 29. Merlin, *Quest.*, v^o Actes respectueux, § 3, quest. 19. — Cpr. encore sur des questions analogues : Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, quest. 17 et 18 ; Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 41, nos 26 et 27 ; Demolombe, III, 80.

²⁶ Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, quest. 4. Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 32, n^o 11. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375.

²⁷ Merlin, *op. v^o et loc. cit.* Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 549. Duranton, II, 110. Vazeille, I, 136. Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 31, n^o 10. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe, III, 81. Bruxelles, 21 frimaire an XIII, Sir., 5, 2, 26. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 27 juin et 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 98 et 99. Amiens, 8 avril 1825, Sir., 25, 2, 425. Req. rej., 11 juillet 1827, Sir., 27, 1, 473. Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Riom, 28 janvier 1839, Sir., 39, 2, 100.

²⁸ Cpr. Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, quest. 1.

²⁹ Demolombe, III, 75. — Ainsi, il doit être signé par les deux notaires, ou par le notaire et les deux témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 9 et 14. — Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit revêtu de la signature de l'enfant. Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 37, n^o 20. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Cpr. notes 21 et 22 *supra*. — Ainsi encore, il doit énoncer les noms, prénoms, qualités et demeures des témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 13. Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, quest. 7. Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 35 et 36, nos 15 à 17. — Les actes respectueux peuvent être faits les jours fériés. Agen, 27 août 1829, Sir., 32, 2, 298. Cpr. cep. Demolombe, III, 82.

³⁰ Il n'est pas nécessaire que cette notification soit constatée par un acte distinct et séparé. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Cpr. cep. Demolombe, III, 75 ; Bordeaux, 12 fructidor an XIII, Sir., 7, 2, 769 ; Toulouse, 2 février 1830, Sir., 30, 2, 177.

domicile des ascendants auxquels le conseil est demandé, et copie³¹ séparée doit en être laissée à chacun d'eux³². Art. 154.

Lorsque les garçons n'ont point encore accompli leur trentième année, et les filles leur vingt-cinquième, la demande de conseil doit avoir lieu à trois reprises, de mois en mois³³. Après cet âge³⁴, un seul acte respectueux suffit. Il ne peut être passé outre à la célébration du mariage, qu'un mois après la notification du troisième acte respectueux, ou s'il n'en faut qu'un seul, qu'un mois après sa notification. Art. 152 et 153. Du reste, les enfants ont la liberté de se retirer où bon leur semble pendant le temps nécessaire pour l'accomplissement de ces formalités, et les tribunaux ne sont pas autorisés à leur assigner une autre demeure que celle qu'ils ont choisie³⁵.

³¹ La copie doit-elle être signée par le notaire en second ou par les deux témoins; Voy. pour l'affirmative : Merlin, *op. et vº citt.*, § 3, quest. 6; Dalloz, *op. et vº citt.*, p. 35, nº 14; Zachariæ, § 468, note 24; Paris, 12 février 1811, Sir., 11, 2, 471. Voy. pour la négative : Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., 22, 2, 247; Toulouse, 7 juin 1830, Sir., 30, 2, 242; Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238.

³² Merlin, *op. et vº citt.*, § 3, quest. 3. Vazeille, I, 134. Dalloz, *op. et vº citt.*, p. 30, nº 8. Demolombe, III, 62. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Poitiers, 2 mars 1825, Dalloz, 1825, 2, 166. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 468, note 24 *in fine*; Bruxelles, 9 janvier 1824, Sir., 25, 2, 376.

³³ Il faut, pour la supputation de ce délai, observer les règles générales indiquées au § 49 : *Dies a quo non computatur in termino; Dies ad quem computatur in termino*. L'art. 1033 du Code de procédure civile ne s'applique pas à la notification des actes respectueux. Ainsi, la demande de conseil faite le 1^{er} juin, peut être renouvelée le 1^{er} juillet, mais non auparavant. Merlin, *op. et vº citt.*, § 2, quest. 1. Dalloz, *op. et vº citt.*, p. 42, nº 30. Duranton, II, 107. Demolombe, III, 67. Paris, 19 octobre 1809, Sir., 10, 2, 271. Lyon, 23 décembre 1831, Sir., 32, 2, 267. Bordeaux, 19 juin 1844, Sir., 44, 2, 504. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118. — Du reste, les mois doivent se compter de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours. Merlin, *op. et vº citt.*, § 2, quest. 2. Dalloz, *op. et vº citt.*, p. 42, nº 31. Cpr. § 49, texte, notes 11 et 12.

³⁴ C'est-à-dire, après l'âge de trente ans pour les garçons, et après celui de vingt-cinq ans pour les filles. C'est évidemment par inadvertance que les rédacteurs du Code ont omis de faire cette distinction dans l'art. 153. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, IV, p. 590, nº 4). Loché, II, p. 83. Merlin, *op. et vº citt.*, § 2, quest. 3. Proudhon, I, p. 478. Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 548, à la note. Duranton, II, 18. Vazeille, I, 135. Marcadé, sur l'art. 153. Demolombe, III, 66. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 769. Paris, 19 septembre 1815, Sir., 16, 2, 343.

³⁵ Merlin, *op. et vº citt.*, § 3, quest. 13, 14 et 15. Vazeille, I, 139. Dalloz, *op. et vº citt.*, p. 38, nº 23. Demolombe, III, 73. Civ. cass., 21 mars 1809, Sir.,

Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, et celles que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI mentionne comme nécessaires à la validité des actes notariés en général, doivent être accomplies à peine de nullité de l'acte respectueux dans lequel elles auraient été omises³⁶. L'inobservation des délais prescrits par l'art. 152, entraîne aussi la nullité du second et du troisième acte respectueux qui auraient été notifiés avant l'écoulement de ces délais.

En cas d'omission ou de nullité de l'acte respectueux, ou de l'un des trois actes respectueux exigés par la loi, les ascendants auxquels compète le droit d'opposition³⁷, peuvent, en s'opposant au mariage, demander qu'il soit sursis à la célébration, jusqu'après l'accomplissement régulier des formalités prescrites par la loi, et l'écoulement des délais qu'elle indique. Ils jouissent de la même faculté dans le cas où les enfants soumis à l'obligation de demander leur conseil, voudraient contracter mariage avant le laps d'un mois, à dater de la notification du premier ou du troisième acte respectueux. Mais ils ne peuvent, dans le cas même où il y aurait eu omission absolue de tout acte respectueux, demander, pour ce motif, la nullité d'un mariage déjà célébré³⁸. La sanction de la loi

9, 1, 199. Agen, 27 août 1829, Sir., 32, 2, 298. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Civ. cass., 8 décembre 1856, Sir., 57, 1, 89. Voy. en sens contraire : Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., 32, 2, 247 ; Aix, 6 janvier 1824, Sir., 25, 2, 325 ; Paris, 29 novembre 1836, Sir., 37, 2, 22.

³⁶ Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, ayant pour objet de mettre les ascendants à même d'exercer pleinement et librement le droit de conseil qui leur compète, on doit les considérer comme indispensables au but que le législateur a eu en vue, et par suite on doit regarder comme entachés de nullité virtuelle, les actes respectueux dans lesquels l'une ou l'autre de ces formalités aurait été omise. Cpr. § 37, texte et note 9. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée. Dans les nombreux arrêts rendus sur cette matière, le litige a presque toujours porté uniquement sur la question de savoir si telle ou telle formalité était ou non prescrite par la loi ; et l'on a pour ainsi dire jamais contesté que l'omission d'une formalité exigée par la loi, ne dût entraîner la nullité de l'acte respectueux dans lequel elle aurait été omise. Cpr. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3.

³⁷ Cpr. § 454, texte et notes 4 à 7 ; § 462, note 23.

³⁸ Cpr. art. 182. *Exposé de motifs*, par Bigot Préameneu (Locré, *Lég.*, IV, p. 592 et 593, n° 8). Locré, II, p. 79. Delvincourt, I, p. 61 de la première partie, et p. 117 de la seconde. Duranton, II, 104 et 113. Favard, *Rép.*, v° Actes respectueux, n° 8. Demolombe, III, 91, 270 et 341. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Voy. en sens contraire : Toulouse, 29 juillet 1828, Sir., 29, 2, 29.

consiste, en pareil cas, en un emprisonnement d'un mois au moins, et en une amende de trois cents francs au plus, prononcés contre l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, sans qu'il y ait eu notification de l'acte respectueux ou des trois actes respectueux exigés par la loi. Art. 157 cbn. 156 et 192.

Lorsque les ascendants ne sont pas d'accord entre eux, l'enfant n'est pas tenu de faire signifier des actes respectueux aux ascendants non consentants, dont le consentement n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Ainsi, par exemple, il n'est besoin de faire aucun acte respectueux à l'aïeul et à l'aïeule paternels, lorsque l'aïeul maternel étant mort, l'aïeule maternelle consent au mariage³⁹. Cpr. art. 148 à 150.

Si le consentement au mariage, d'abord refusé, est ensuite accordé, il peut être immédiatement passé outre à la célébration, quoique les formalités et les délais ci-dessus indiqués, ne se trouvent pas encore accomplies ou écoulés. Art. 152.

2) *Du conseil à demander par les enfants naturels.* Tout ce qui a été dit en parlant des enfants légitimes, s'applique aussi aux enfants naturels, avec la restriction cependant que ces derniers ne sont tenus de demander que le conseil de leurs père et mère, et non celui de leurs aïeuls et aïeules, ou autres ascendants d'un degré supérieur, et qu'ils ne sont astreints à cette obligation qu'envers le père et la mère qui les ont reconnus. Art. 158.

§ 464.

De l'examen de certains cas dans lesquels il y a controverse sur le point de savoir, s'il existe ou non un empêchement de mariage.

1^o De l'interdiction judiciaire¹.

Le Tribunat avait demandé que l'interdit pour cause de démence ou de fureur, fût déclaré absolument incapable de contracter ma-

³⁹ Demolombe, III, 62. Poitiers 8 juillet 1830, Sir., 30, 2, 239.

¹ Cpr. quant à ce premier cas, sur lequel il existe une grande divergence entre les auteurs : Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement de mariage, § 3, n^o 1, et *Quest.*, v^o Mariage, § 12; Toullier, I, 502; Duranton, II, 27 à 34; Vazeille, I, 88 à 90; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 15, n^{os} 1 à 6; Proudhon et Valette, I, p. 375 et 437, note a, II, p. 531; Marcadé, II, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, n^o 2; Pont, *Revue de législation*, 1845, III, p. 239; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 à 294.

riage, même pendant un intervalle lucide. Mais cette demande ne fut pas accueillie; et l'article proposé par le Tribunal n'a pas passé dans le Code². Il faut en conclure que l'interdiction ne forme pas, par elle-même, un empêchement dirimant de mariage.

Il est bien entendu que, si le mariage n'avait pas été contracté dans un intervalle lucide, il serait à considérer comme non avenu, et que toute personne intéressée serait toujours recevable à le faire déclarer tel. Les époux ou les autres personnes qui résisteraient à une pareille demande, en alléguant que le mariage a été célébré dans un intervalle lucide, auraient à rapporter la preuve de cette allégation³.

Du reste, l'état d'interdiction constitue un empêchement prohibitif, en ce sens que l'opposition formée à la célébration du mariage, par l'une ou l'autre des personnes désignées aux art. 173 à 175, en raison de l'état de démence du futur époux, doit, en général⁴, être maintenue, si son interdiction a déjà été prononcée, ou si elle vient à l'être sur la demande formée à cet effet par l'opposant⁵.

² Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 451, n° 2.

³ Voy. à cet égard : § 451 *bis*, texte, notes 3, 4 et 9.

⁴ Voy. cependant : § 454, texte et note 17.

⁵ La théorie telle que nous l'exposons au texte, se fonde sur les considérations suivantes : 1° Il est aujourd'hui généralement reconnu qu'on ne peut, en fait de mariage, admettre d'autres nullités que celles qui sont littéralement établies par la loi. Or, il n'existe, au titre *Du mariage*, aucun texte qui frappe de nullité le mariage contracté par l'interdit, en raison de son état d'interdiction seul; et les art. 502 à 504 sont évidemment inapplicables à la matière qui nous occupe. Cpr. Req. rej., 12 novembre 1844; Sir., 45, 1, 246. 2° L'interdit qui a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, n'a pas besoin pour se marier du consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, et son mariage ne pourrait être annulé en raison de l'absence de ce consentement. Nous avions dans nos premières éditions émis une opinion contraire, en partant de l'assimilation établie par l'art. 509 entre l'interdit et le mineur, et en combinant cet article avec les art. 148 à 150, 158 à 160. Quoique cette opinion soit en elle-même rationnelle, en ce qu'elle garantirait pleinement tous les intérêts, et qu'il fût à désirer que le législateur l'eût consacrée, nous reconnaissons cependant qu'il serait difficile de la soutenir dans l'état actuel de la législation. Du moment, en effet, que l'on écarte l'application à la matière du mariage des art. 502 à 504, il ne paraît plus possible d'y étendre la disposition de l'art. 509. 3° En définitive, les seules dispositions qui aient trait au mariage que l'interdit se proposerait de contracter ou que de fait il aurait contracté, sont les art. 146 et 174, et ces deux articles forment la base de notre théorie actuelle, qui se résume à dire que l'interdiction judiciaire n'a pas d'influence légale sur le sort du mariage contracté par l'interdit, et qu'elle forme seulement un empêchement prohibitif, sauf

2° De l'interdiction légale. — De l'état de contumace.

1° Les personnes frappées d'interdiction légale par suite de condamnations pénales, sont-elles, pendant la durée de leur peine, incapables de contracter mariage ?

Cette question doit, à notre avis, se résoudre par une distinction : l'interdiction légale engendre bien un empêchement prohibitif de mariage, mais il n'en résulte pas d'empêchement dirimant. L'officier de l'état civil pourrait et devrait donc, même en l'absence de toute opposition, refuser de procéder à la célébration du mariage d'un individu placé sous le coup d'une interdiction légale. En effet, d'après la lettre et l'esprit de la loi, l'incapacité dont un tel individu se trouve frappé, s'étend aussi bien au mariage qu'aux autres actes de la vie civile. Code pénal, art. 29. Mais si, par une erreur innocente ou par une connivence coupable, l'officier de l'état civil avait prêté son ministère à la célébration du mariage d'une personne en état d'interdiction légale, ce mariage serait inattaquable, parce que la loi n'en prononce pas la nullité, et qu'elle ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer⁶.

Il est cependant à remarquer que les individus qui ont été condamnés à la déportation simple en vertu de la loi des 5-22 avril et 8 juin 1850, sont, quoique frappés d'interdiction légale, admis, de plein droit, à l'exercice des droits civils dans le lieu de déportation, et que dès lors il n'existe pas même, en ce qui les concerne,

toutefois la déclaration de non-existence du mariage, pour le cas où il n'aurait pas été célébré dans un intervalle lucide. Cette théorie, qui est aussi celle de M. Demolombe (III, 127 à 129, et VIII, 638), concorde dans ses résultats pratiques avec la jurisprudence de la Cour de cassation, à cette différence près, que la Cour suprême refuse de reconnaître la non-existence du mariage contracté par l'interdit en état de démence, et denie par suite aux tiers intéressés le droit d'attaquer un pareil mariage. Cpr. § 451 *bis*, texte et note 3.

⁶ Cpr. § 458, notes 2 et 3. Vazeille, I, 87. Valette, sur Proudhon, II, p. 555. Hanin, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 380. Demolombe, I, 192. Voy. en sens contraire : Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 322; Durantou, II, 36 et 37. Ce dernier auteur accorde à la personne qui a épousé un individu frappé d'interdiction légale, le droit de demander la nullité du mariage qu'elle a contracté dans l'ignorance du véritable état de son conjoint. Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle repose sur une distinction que rien ne justifie, et que l'erreur sur les qualités de la personne ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage. Cpr. § 462, texte, notes 7 et 10.

d'empêchement prohibitif au mariage qu'ils voudraient contracter dans ce lieu.

D'un autre côté, les condamnés aux travaux forcés à temps qui subissent leur peine aux colonies, peuvent obtenir du gouvernement l'autorisation d'y contracter mariage. Décret du 27 mars 1852, art. 4. Loi du 30 mai 1854, art. 12.

2° La condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, entraînait autrefois, en vertu de l'art. 28 du Code Napoléon, privation de l'exercice des droits civils, et par conséquent de la faculté de se marier. Toutefois, l'empêchement résultant de cette incapacité n'était que prohibitif⁷. Depuis l'abolition de la mort civile, il ne peut plus être question de cet empêchement, puisque la condamnation par contumace à une peine même perpétuelle, n'emporte aujourd'hui que suspension des droits civiques, et reste sans influence sur l'exercice des droits civils⁸.

3° De l'engagement dans les ordres sacrés.

L'empêchement dirimant qu'engendrait autrefois l'engagement dans les ordres sacrés⁹, ayant été levé par les lois postérieures à 1789¹⁰, et n'ayant été rétabli comme tel, ni par le concordat du

⁷ Demolombe, I, 427 *in fine*; III, 421 et 436. Hanin, *op. cit.*, nos 303 et 317. Cpr. § 84, texte *in fine* et note 27. Voy. cependant Valette, sur Proudhon, I, p. 447. Suivant cet auteur, qui toutefois ne propose son opinion qu'avec une extrême défiance, l'état de contumace n'aurait pas même produit d'empêchement prohibitif.

⁸ Cpr. § 84, texte *in principio*, n° 1, et note 5; § 85, texte n° 2 et note 12.

⁹ Cpr. Concile de Trente, 24^e session, *de sacramento matrimonii*, can. 9. Sans examiner ici la question de savoir si les actes de ce concile, touchant la discipline, ont été généralement reçus en France, toujours est-il que, d'après une jurisprudence invariable, les anciens parlements ont constamment regardé l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage. Van Espen, I, p. 581. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, au titre *Des empêchements dirimants de mariage*. Despeisses, *Des contrats*, part. I, tit. XIII, sect. I, n° 6. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 117. Desessarts et Merlin, *Rép.*, v° Célibat, nos 2 et 3, première époque; *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 1 *in fine*, à la note. Toullier, I, 559. Vazeille, I, 94. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 173. Voy. cep. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 50, n° 5.

¹⁰ Cpr. Constitution des 3-14 septembre 1791; Décrets du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 17 septembre 1793; Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n° 3, deuxième époque; Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 51, n° 7; Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 173; Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., 12, 1, 161.

23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X¹¹, ni par le Code Napoléon¹², il en résulte que les mariages des prêtres catholiques sont valables aux yeux de la loi civile¹³.

La seule question qui puisse donner lieu à une sérieuse discussion, est celle de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés constitue ou non, dans l'état actuel de la législation, un empêchement prohibitif¹⁴.

On a cité pour l'affirmative, trois lettres écrites le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, par Portalis, ministre des cultes¹⁵, en vertu d'une décision orale de l'empereur. Mais ces

¹¹ En exposant au Corps législatif les motifs de cette loi, rapportés dans le recueil de Sirey (II, 2, 37 et suiv.), Portalis disait : « D'autre part, pour les « ministres mêmes que nous conservons, et à qui le célibat est ordonné par les « réglemens ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces « réglemens, n'est pas consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre « civil. »

¹² On lit encore dans l'*Exposé de motifs* du titre *Du mariage*, présenté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 497, n° 27) : « C'est d'après ce principe, que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique, et la disparité de culte qui, « dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont « plus. »

¹³ La loi civile n'ouvre en effet aucune action en nullité, à raison de la violation de la défense établie par la loi religieuse, et ne donne à qui que ce soit le droit d'attaquer les mariages contractés au mépris de cette défense. Cpr. § 458, notes 2 et 3. Merlin, *Rép.*, v° Célibat, § 3, troisième et quatrième époques ; et *Quest.*, v° Mariage, § 5, nos 4 et 5. Toullier, I, 559 et 560. Vazeille, I, 94 et 95, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 51 et suiv., nos 6 à 9. Favard, *Rép.*, III, p. 458 et 459. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 157. Douai, 12 juillet 1838, Sir., 39, 2, 256. Req. rej., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 826. Voy. aussi les autorités citées en la note suivante. Voy. cep. en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 272 et suiv.

¹⁴ Voy. pour l'affirmative : Favard, *Rép.*, III, p. 459 et 460 ; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 175 ; Pézanni, *Des empêchements de mariage*, n° 206 ; Marcadé, II, p. 51 ; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 389 ; Turin, 30 mai 1811, Sir., 12, 2, 241 ; Paris, 27 décembre 1828, Sir., 29, 2, 33 ; Paris, 14 janvier 1832, Sir., 32, 2, 65 ; Req. rej., 21 février 1833, Sir., 33, 1, 168 ; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97 ; Req. rej., 23 février 1847, Sir., 47, 1, 177 ; Alger, 11 décembre 1851, Sir., 51, 2, 760. Voy. pour la négative : Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 6 ; *Dissertation* de M. Parent-Réal, Sir., 12, 2, 243 ; *Observations critiques* de Sirey. Sir., 9, 2, 391 ; 29, 2, 35 ; 33, 1, 178 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 415 ; Serrigny, *Droit public français*, I, p. 567 ; Demolombe, III, 131 ; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 46 et 47, *loc. cit.* ; Saint-Menould, 18 août 1827, Nancy, 23 avril 1828, Cambrai, 7 mai 1828, Sir., 29, 2, 36 à 38 ; Issoudun, 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 389. Cpr. aussi Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

¹⁵ Les deux premières sont rapportées par Locré (*Lég.*, IV, p. 610 à 612) et

lettres ministérielles, quelque explicites qu'elles soient sur la question, ne sont pas obligatoires pour les tribunaux, et ne sauraient dès lors résoudre la difficulté¹⁶. On s'est aussi prévalu de l'art. 6 de la charte de 1814, qui déclarait la religion catholique, apostolique et romaine, religion de l'État. Mais l'argument que l'on prétendait tirer de cette disposition, qui a été supprimée dans la charte de 1830, et qui ne se retrouve pas davantage dans la Constitution du 14 janvier 1852, n'a plus aujourd'hui la même valeur. Enfin, on a invoqué l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X, qui range au nombre des cas d'appel comme d'abus, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 de la même loi, qui impose aux évêques l'obligation de n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les qualités requises par les canons. Mais l'argument qu'on veut tirer de ces articles prouve trop, et conduit à des conséquences évidemment erronées : si l'on admet que la loi du 18 germinal an X a rendu civilement obligatoires, les canons qui prohibent le mariage des prêtres, on sera forcé d'admettre également que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement dirimant de mariage, quoique l'orateur du gouvernement ait formellement dit le contraire, en exposant au Corps législatif les motifs de la loi du 18 germinal an X.

Des raisons plus décisives, et d'un ordre plus élevé, peuvent, à notre avis, être invoquées en faveur de la solution affirmative de la question ci-dessus posée¹⁷. L'exercice public du culte catholique ayant été rétabli en France par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X, l'Église a, par cela même, acquis le droit de procéder aux actes extérieurs qui, d'après son dogme et sa discipline, sont indispensables à l'exercice public de ce culte, et notamment à l'ordination des prêtres¹⁸. C'est un devoir pour tous les citoyens en général, pour les fonctionnaires et les magistrats en particulier, de respecter ces actes¹⁹. Or, comme

par Favard (*Rép.*, III, p. 459 et 460). La troisième se trouve dans ce dernier ouvrage, *loc. cit.*

¹⁶ Cpr. § 5, texte et note 20.

¹⁷ Cpr. Fœlix, *Revue étrangère et française*, 1838, V, p. 92, à la note.

¹⁸ Après avoir déterminé les qualités que doit avoir l'ordinand, l'art. 16 de la loi du 18 germinal an X ajoute que les évêques ne feront aucune ordination avant que le nombre des personnes à ordonner ait été soumis au gouvernement et par lui agréé. L'ordination est donc un acte qui a lieu sous l'autorisation spéciale du gouvernement.

¹⁹ L'art. 7 de la loi du 26 germinal an X, ouvre même un recours au Conseil d'État pour toute atteinte portée à l'exercice public du culte.

en consacrant un prêtre, l'Église lui imprime un caractère qui, d'après les canons, le rend à jamais incapable de contracter mariage, la société doit l'accepter avec ce caractère, et ne pas lui permettre d'enfreindre les engagements qu'il entraîne²⁰. Les officiers de l'état civil et les tribunaux ne pourraient donc prêter la main au mariage d'un prêtre, sans méconnaître les conséquences d'un acte extérieur auquel, d'après la législation existante, l'Église catholique a le droit de procéder, et sans violer ainsi les dispositions qui garantissent l'exercice de son culte. C'est en vain que, pour réfuter ces raisons, on invoquerait le silence du Code Napoléon, qui, par cela même qu'il est muet sur ce point, a laissé les choses dans l'état où les avaient placées le concordat et la loi du 18 germinal an X. Nous considérons donc l'engagement dans les ordres sacrés, comme constituant un empêchement prohibitif.

Notre manière de voir a été confirmée à deux reprises par des actes émanés du pouvoir législatif. Une pétition ayant été adressée, en 1848, à l'Assemblée constituante, pour demander une loi qui autorisât le mariage des prêtres catholiques, le comité des cultes, auquel cette pétition fut renvoyée, conclut à l'ordre du jour, par des considérations tirées du concordat, des articles organiques, de la morale publique et de l'intérêt de la société. L'Assemblée législative fut saisie à son tour de la question en 1850, par une proposition ainsi conçue du représentant Raspail : « Il est interdit à tout « maire ou autre fonctionnaire public, de s'opposer désormais à la « célébration du mariage d'un citoyen en état de satisfaire à toutes « les conditions énoncées au tit. V, liv. I^{er}, du Code civil, à quelque « profession religieuse que ce citoyen appartienne, et quelque « vœu de chasteté qu'il ait précédemment fait. » Et voici les conclusions du rapport présenté par M. Moulin, au nom de la commission à laquelle cette proposition avait été soumise : « Il a paru à « votre commission que l'Assemblée n'avait pas à s'occuper sérieusement de la triste et malheureuse question soulevée, après tant « de décisions contraires, par la proposition de M. Raspail. Nous « vous demandons à l'unanimité de ne pas la prendre en considé-

²⁰ Ce caractère est reconnu par l'État, qui y a même attaché diverses prérogatives dans l'ordre civil. Ainsi, les ecclésiastiques sont, en certains cas, exemptés de la tutelle. Avis du Conseil d'état des 4 - 20 novembre 1806. Ainsi, ils sont affranchis du service militaire et de celui de la garde nationale. Loi du 21 mars 1832, art. 14. Loi du 22 mars 1831, art. 12. Loi du 13 juin 1851, art. 8.

« ration. » Sur ces conclusions, la proposition fut écartée par la question préalable, à la majorité de 457 voix contre 154 ²¹.

4^o Des vœux monastiques.

La loi des 13-19 février 1790, qui supprima en France les ordres religieux dans lesquels on s'engage par des vœux solennels, déclare que l'État ne reconnaîtra plus à l'avenir de pareils vœux. Cette loi ne fut rapportée, ni par le concordat, ni par la loi du 18 germinal an X. Un décret du 3 messidor an XII en ordonna même l'exécution, en ce qui concerne les ordres religieux dans lesquels on se lie par des vœux perpétuels. Mais elle a été modifiée par un décret postérieur, en date du 18 février 1807, contenant organisation des congrégations hospitalières de femmes. Les art. 7 et 8 de ce décret admettent en effet les élèves et novices de ces congrégations à contracter, à l'âge de seize ans, des vœux annuels, et à s'engager, lors de leur majorité, par des vœux de cinq ans, dont l'acte doit être reçu par l'officier de l'état civil.

Dans cet état de la législation²², il est bien évident qu'en thèse générale, l'empêchement dirimant qui résultait autrefois des vœux monastiques, ne forme même plus aujourd'hui un empêchement prohibitif²³. Mais cette solution doit être modifiée, à notre avis, en ce qui concerne les religieuses hospitalières²⁴. Les vœux qu'elles contractent devant l'officier de l'état civil, engendrent un empêchement prohibitif, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel elles se sont légalement engagées.

5^o De la parenté existant entre un grand-oncle et sa petite-nièce.

La question de savoir si le mariage est permis entre le grand-oncle et la petite-nièce, a été résolue affirmativement par un avis du Conseil d'état, du 23 avril 1808, fondé sur ce que le Code

²¹ *Moniteur* du mercredi 8 janvier 1851, p. 64 et 65, et du vendredi 24 janvier 1851, p. 247.

²² La loi du 24 mai 1825, relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes, ne s'occupe en aucune manière de la question des vœux.

²³ Merlin, *Rép.*, v^o Célibat, n^o 3. Vazeille, I, 96. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 49, n^o 1. Valette, sur Proudhon, I, p. 418.

²⁴ Si les auteurs cités dans la note précédente ne font pas cette restriction, c'est que le décret du 18 février 1809 leur a sans doute échappé; du moins aucun d'eux ne le cite. Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 132

Napoléon ne contient aucune disposition qui prohibe un pareil mariage²⁵. Mais cet avis ne fut pas approuvé par l'empereur, qui fit insérer au *Bulletin des lois*, sous la date du 7 mai 1808, la décision suivante : « Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ne peut avoir lieu qu'en conséquence de dispenses accordées conformément à ce qui est prescrit par l'art. 164 du « Code²⁶. »

Partant de là, la plupart des auteurs étendent au mariage d'un grand-oncle avec sa petite-nièce les dispositions des art. 163 et 184 du Code²⁷. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Nous ne reconnaissons, en premier lieu, aucune autorité législative à la décision ci-dessus rapportée, puisqu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et qu'elle n'est revêtue, ni de la signature de l'empereur, ni de celle d'un ministre²⁸. Nous pensons, en second lieu, que si, contre notre avis, cette décision devait être regardée comme obligatoire pour les tribunaux, il n'en pourrait jamais résulter qu'un empêchement simplement prohibitif, et non un empêchement dirimant. Car elle ne prononce pas la nullité du mariage contracté au mépris de la prohibition qu'elle établit, et ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer²⁹.

Suivant un autre système, les expressions *oncle* et *tante* seraient prises dans l'art. 163 d'une manière générique, et comprendraient ainsi le grand-oncle et la grand'tante³⁰. Mais la rédaction, évidemment limitative de cet article, nous paraît contraire à cette explication, que repousse également l'ensemble de la discussion au

²⁵ Cet avis, qui n'a point été inséré au *Bulletin des lois*, est rapporté par Loqué (*Lég.*, IV, p. 620).

²⁶ IV, B. 191, n° 3308. Ce n'est donc pas, ainsi que l'ont écrit Proudhon (I, p. 401 et 402), Toullier (I, 538, note 1) et M. Duranton (II, 168), un avis du Conseil d'état approuvé par l'empereur, mais une décision impériale rendue contre l'avis du Conseil d'état, qui a prohibé le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce.

²⁷ Outre les commentateurs cités à la note précédente, voy. encore : Delvincourt, I, p. 67 et 75 de la première partie; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 2 *in fine*; Taulier, I, p. 281; Rieff, *Des actes de l'état civil*, p. 501 à 503. — M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 27) est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait émis une autre opinion.

²⁸ Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 55. Règlement du 5 nivôse an VIII, art. 11. Cpr. § 5, texte et notes 4, 6 et 7.

²⁹ Cpr. § 458, texte, notes 2 et 3.

³⁰ Voy. en ce sens : Zachariæ, § 466, texte et note 5; Marcadé, sur l'art. 163, n° 3; Demolombe, III, 105.

Conseil d'état³¹. Si la prohibition portée par l'art. 163 peut être considérée comme un vestige du *respectus parentelæ*, ce n'est pas là une raison suffisante pour admettre que les rédacteurs du Code aient entendu consacrer toutes les conséquences de cette institution, ni surtout pour étendre, *ex mente legis*, une disposition qui, comme prononçant une incapacité sanctionnée par la peine de nullité, résiste de sa nature à toute interprétation extensive.

6° De l'impuissance³².

L'impuissance engendrait dans l'ancien droit, un empêchement dirimant de mariage³³. En est-il de même aujourd'hui? Les avis sont partagés sur cette question, qui doit, à notre avis, être résolue négativement.

Le Code Napoléon, en effet, ne mentionne pas l'impuissance parmi les causes qui autorisent à demander l'annulation du mariage; et l'on ne trouve, dans la discussion au Conseil d'état du titre *Du mariage*, aucun indice de nature à faire supposer que l'intention des rédacteurs du Code ait été de consacrer à cet égard les dispositions de l'ancien Droit. Une intention toute opposée résulte, au contraire, de la discussion des titres *Du divorce*, *De la paternité et de la filiation*. Dans la séance du 26 vendémiaire an X³⁴, le premier consul, en s'occupant de l'impuissance comme d'une cause qui pourrait autoriser le divorce, c'est-à-dire, la dissolution d'un mariage existant et valable, donna par là même clairement à entendre que cette circonstance ne formait pas obstacle à la validité du mariage³⁵. Dans la séance du 14 brumaire an X³⁶, Portalis et Tronchet énoncèrent, sans aucune contradiction, que l'impossibilité, ou du moins la grande difficulté de prouver l'impuissance, et

³¹ Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 331 et suiv., n° 3. Voy. aussi loi du 25 ventôse an XI, art. 8; Loi du 13 décembre 1848, art. 10.

³² Voy. ce que nous avons déjà dit à cet égard au § 451, texte et note 4, en traitant des conditions essentielles à l'existence du mariage.

³³ Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 1. — L'arrêt de règlement rendu, le 18 février 1677, par le parlement de Paris, n'abolit que le congrès, et ne proscrivit pas les demandes en nullité de mariage pour cause d'impuissance. Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 458; Merlin, *Rép.*, v° Congrès, n° 3.

³⁴ Locré, *Lég.*, V, p. 85, n° 9.

³⁵ En définitive, l'impuissance n'a pas même été admise comme cause de divorce. Cpr. art. 229 à 233; *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 291, n° 14).

³⁶ Locré, *Lég.*, VI, p. 35 et suiv.

le scandale de cette preuve, n'avaient pas permis d'admettre l'impuissance, comme une cause de nullité de mariage³⁷. Ainsi, le silence de la loi et les explications données à l'appui de ce silence s'opposent également à ce qu'on regarde l'impuissance comme constituant par elle-même une cause de nullité de mariage³⁸.

Parmi les partisans de cette manière de voir, il en est cependant qui prétendent que, si l'un des époux était manifestement impuissant, l'autre époux pourrait, le cas échéant, demander, pour cause d'erreur, et en vertu de l'art. 180, l'annulation du mariage³⁹. En envisageant la question sous ce nouveau point de vue, nous n'en persistons pas moins dans la solution que nous avons donnée⁴⁰. L'erreur dans laquelle serait, en pareil cas, tombé l'un des époux,

³⁷ Merlin (*Rép.*, v^o Impuissance, n^o 2) fait remarquer, avec raison, que l'impuissance accidentelle, celle, par exemple, qui résulte d'une amputation, est très-facile à prouver, qu'il en est de même de l'impuissance naturelle, lorsqu'elle résulte d'un vice apparent de conformation. Il en conclut que l'impuissance peut, lorsqu'elle est manifeste, servir de fondement à une demande en nullité de mariage. Cette conclusion n'est point exacte. Pour interpréter sainement la loi, il faut se mettre au point de vue où le législateur s'est lui-même placé; et fût-il tombé dans une erreur évidente, on n'en doit pas moins admettre fictivement comme vraies, les raisons sur lesquelles il s'est fondé.

³⁸ Voy. en ce sens : Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 44, n^{os} 1 et 2; Favard, *Rép.*, III, p. 457, n^o 7; Vazeille, I, 90; Magnin, *Des minorités*, I, p. 96, à la note; Marcadé, II, p. 55, n^o 7; Demolombe, III, 12; Gênes, 7 mars 1841, Sir., 11, 2, 193; Riom, 30 juin 1828, Sir., 28, 2, 226; Besançon, 28 août 1840, Sir., 40, 2, 444. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 206 et 207; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 319, note 1; Trèves, 27 janvier et 1^{er} juillet 1808, Sir., 8, 2, 214 et 11, 2, 401.

³⁹ Voy. en ce sens : Merlin *Rép.*, v^o Impuissance, n^o 2; Toullier I, 526; Duranton II, 67 à 71; Vazeille I, 93; Marcadé *loc. cit.*; Demolombe III, 254. Il existe cependant entre ces auteurs quelques dissidences. D'après Toullier et M. Duranton, l'impuissance accidentelle, celle dont s'occupe l'art. 312, pourrait seule donner lieu à une demande en nullité de mariage. Suivant Merlin, Vazeille, Marcadé et M. Demolombe, il n'y aurait pas de distinction à faire, à cet égard, entre l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, pourvu que celle-ci fût manifeste et résultât d'un vice apparent de conformation. En rejetant une distinction qui n'est pas fondée sur la nature des choses, ces derniers auteurs sont conséquents sans doute, mais ils se privent de l'argument que les premiers tirent de l'art. 312. C'est à tort, du reste, que Marcadé présente comme conformes à son opinion, les deux arrêts de Trèves cités à la note 38 *supra*. Ces arrêts, qui décident contrairement à notre manière de voir et à celle de Marcadé, que l'impuissance forme par elle-même un empêchement dirimant de mariage, n'ont pas examiné la question au point de vue de l'art. 180.

⁴⁰ Voy. dans ce sens : Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 44 et 42, n^o 3; Favard, *op. et loc. cit.*; Taulier, I, p. 251 à 253; ainsi que les arrêts de Gênes et de Riom cités à la note 38 *supra*.

ne porterait en effet que sur les qualités physiques de l'autre, et nous avons vu⁴¹ qu'une pareille erreur ne peut jamais fonder une demande en nullité de mariage⁴².

7^o De la différence de couleur.

Suivant différents actes législatifs⁴³, le mariage était autrefois défendu entre les blancs et les personnes de sang mêlé. Cette défense, dont l'effet s'étendait non-seulement aux colonies, mais à la métropole elle-même, ne constituait qu'un empêchement prohibitif⁴⁴.

Elle fut implicitement abrogée, pour le territoire continental de la France, par les lois des 28 septembre - 16 octobre 1791 et 30 ventôse an XII. Cependant, par une circulaire du 18 nivôse an XI⁴⁵, le ministre de la justice invita les préfets à faire connaître aux officiers de l'état civil, que l'intention du gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses. Mais une circulaire ministérielle n'est pas obligatoire pour les tribunaux⁴⁶. Celle dont nous nous occupons, a d'ailleurs été révoquée. C'est du moins ce qui a été déclaré en 1819, au sein de la chambre des députés, à l'occasion d'une pétition qui avait pour objet de faire rapporter cette circulaire⁴⁷.

D'un autre côté, la prohibition dont s'agit, paraît avoir été levée, même pour les colonies, par l'ordonnance du 24 février 1831 et par la loi du 24 avril 1833⁴⁸.

⁴¹ Cpr. § 462, texte, notes 7 et 10.

⁴² Mais, dit Merlin (*loc. cit.*), si les personnes dont l'union a été prononcée par l'officier de l'état civil, sont de même sexe, il faudra bien, ou annuler ce mariage pour cause d'erreur, ou pousser le paradoxe jusqu'à soutenir qu'il est valable. Pour réfuter ce dilemme, il suffit de faire remarquer que l'union célébrée entre deux personnes du même sexe, ne constitue pas un mariage, et qu'il ne peut être question de faire prononcer la nullité d'un mariage qui n'a jamais existé. Cpr. § 451, texte n° 2, notes 3 et 5.

⁴³ Voy. entre autres : Édit de mars 1724, connu sous le nom de *Code noir*; Arrêt du conseil, du 5 avril 1778.

⁴⁴ Demolombe, III, 133. Req. rej., 27 juin 1838, Sir., 38, 1, 497. Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 39, 1, 492.

⁴⁵ Elle est rapportée par Locré (*Lég.*, IV, p. 615), qui paraît la considérer comme obligatoire. Cpr. aussi en ce sens : Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050.

⁴⁶ Cpr. § 5, texte *in fine* et note 20; Dalloz, *Jur. gén.*, X, p. 59, n° 3.

⁴⁷ *Moniteur* du 18 février 1819, p. 202. Dupin, *Lois civiles*, I, p. 303. Demolombe, *loc. cit.*

⁴⁸ Demolombe, *loc. cit.*

2. *Des formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage.*

§ 465.

a. *Des publications.*

Le mariage doit être précédé de publications officielles, destinées à faire connaître la résolution prise par les futurs époux de contracter mariage. Art. 63.

Les officiers de l'état civil sont chargés de faire les publications, qui doivent avoir lieu dans les communes où chacun des futurs époux a son domicile (général). Si l'établissement de ce domicile n'a pas encore été suivi d'une résidence continue de plus de six mois dans la commune où il a été fixé, ou si les futurs époux résident depuis six mois dans une commune distincte de celle où ils ont leur domicile, les publications seront faites en outre, savoir, au premier cas, dans le lieu du dernier domicile, et au second, dans celui de la résidence actuelle. Art. 166 et 167¹. Enfin, si les futurs époux, ou l'un d'eux, sont encore dans un âge où ils ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants ou du conseil de famille², les publications doivent égale-

¹ Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière d'entendre ces articles. La difficulté provient de ce que le mot *domicile* y est employé pour désigner, tantôt le domicile général, tantôt le domicile spécial dont parle l'art. 74. L'interprétation donnée au texte nous paraît la plus conforme à l'esprit de la loi et à la discussion au Conseil d'état. Voy. Loqué, *Lég.*, IV, p. 342 et suiv., nos 5 et 6; Merlin, *Rép.*, v^o Domicile, § 9; Delvincourt, I, p. 132; Loqué, II, p. 134; Toullier, I, 561; Duranton, II, 230; Vazeille, I, 154; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 60, nos 2 et 3; Valette, sur Proudhon, I, p. 387; Demolombe, III, 189, 196 à 203. Cpr. § 466, texte et note 1.

² C'est ainsi qu'il faut entendre les expressions de l'art. 168, *Si les parties, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui*. Les dispositions de cet article ne sont donc plus applicables, lorsque les futurs époux ont tous deux atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, et ce, quand même ils auraient encore des ascendants vivants, dont ils seraient tenus de demander le conseil. Maleville, I, p. 182. Toullier, I, 562. Delvincourt, I, p. 133. Vazeille, I, 155. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 60, nos 4 et 5. Demolombe, III, 190. Voy. en sens contraire: Marcadé, sur l'art. 168, n^o 2. — Proudhon (I, p. 377) enseigne que le mineur de vingt et un ans n'est pas obligé, lorsqu'il n'a plus d'ascendants, de faire publier son mariage au lieu où

ment être faites, soit au domicile de ces ascendants³, soit au lieu où l'époux mineur avait son domicile lorsque la tutelle s'est ouverte⁴. Art. 168.

L'officier de l'état civil n'est tenu de faire les publications, et n'est autorisé à y procéder, que sur la réquisition de l'un et de l'autre des futurs époux. Ces derniers doivent lui remettre, à cet effet, les notes nécessaires pour le mettre à même de remplir les formalités ci-après indiquées, sans cependant être obligés de produire, dès ce moment, les pièces constatant l'exactitude de ces notes⁵.

Les publications, et l'acte qui en sera dressé par l'officier de l'état civil, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leurs qualités de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. L'acte destiné à constater les publications, indiquera en outre les jours, lieux et heures où elles auront été faites. Art. 63.

Les publications doivent être au nombre de deux, à moins que les futurs époux n'aient, pour des causes graves, par exemple, pour un pressant voyage⁶, obtenu, du procureur impérial de l'arrondissement dans lequel ils se proposent de contracter mariage, dispense de la seconde publication. Art. 169⁷.

Les publications doivent être faites deux dimanches consécutifs, à une heure convenable⁸, devant la porte de la maison commune, et à défaut de maison commune, devant l'habitation de l'officier de l'état civil⁹. Un extrait de l'acte de publication doit être placardé à la porte de la maison commune, et y rester affiché pen-

doit se tenir le conseil de famille. Mais cette opinion, contraire à la généralité des termes de l'art. 168, est repoussée par la plupart des auteurs. Delvincourt, Toullier, Dalloz et Demolombe, *loc. cit.* Duranton, II, 230. Valette, sur Proudhon, I, p. 377, note a.

³ Peu importe que ces ascendants soient domiciliés en France ou à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

⁴ C'est en effet dans ce lieu que doivent être convoqués tous les conseils de famille dont la réunion peut être nécessaire pendant la durée de la tutelle. Cpr. § 92 bis; Toullier, Duranton et Dalloz, *loc. cit.*

⁵ Avis du Conseil d'état des 19 - 30 mars 1808, Delvincourt, I, p. 134. Voy. cependant Demolombe, III, 181.

⁶ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, IV, p. 344 et suiv., nos 11 et 12).

⁷ Cpr. Arrêté du 20 prairial an XI.

⁸ Ordinairement elles ont lieu à la suite du service divin. Maleville, sur l'art. 63.

⁹ Loché, I, p. 417.

dant les huit jours d'intervalle de l'une des publications à l'autre. Art. 64.

L'acte de publication sera inscrit sur un registre spécial, tenu dans la forme ordinaire¹⁰, mais en simple original. Ce registre doit, à la fin de chaque année, être joint aux doubles des registres de l'état civil, qui se déposent au greffe du tribunal de première instance. Art. 63.

La célébration du mariage ne peut avoir lieu avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication, ou, en cas de dispense, avant le troisième jour depuis et non compris celui de la première et unique publication¹¹. Art. 64. Si le mariage n'a pas eu lieu dans l'année, à compter du jour auquel il eût été permis de le contracter¹², il ne pourra plus être célébré qu'après de nouvelles publications, auxquelles il doit être procédé comme s'il n'en avait point encore été fait. Art. 65.

§ 466.

b. De la célébration.

Le mariage peut être célébré, soit par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un ou l'autre des futurs époux a son domicile général, soit par celui de la commune dans laquelle l'un ou l'autre aurait acquis, par six mois d'habitation continue, le domicile spécial indiqué en l'art. 74¹. Tout autre officier de l'état

¹⁰ Cpr. art. 41 et suiv.; § 57.

¹¹ Ainsi, les publications devant toujours se faire un dimanche, le mariage ne peut être célébré, au plus tôt, que le mercredi suivant. Toullier, I, 566. Vazeille, I, 157. Duranton, II, 229. Demolombe, I, 186.

¹² C'est ainsi que doivent être entendues les expressions de l'art. 65, à compter de l'expiration du délai des publications, qui ne désignent pas le jour auquel a eu lieu la dernière publication, mais le troisième jour suivant. Du reste, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*, ce troisième jour ne doit pas être compris dans l'année dont parle l'art. 64. Delvincourt, sur l'art. 64. Toullier, I, 567, à la note. Duranton, II, 229. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 187.

¹ Voy. en ce sens : Locré II, p. 132; Merlin *Rép.*, v^o Domicile, § 9, n^o 2; Toullier I, 571; Vazeille I, 179; Dalloz *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 71 et 72, n^o 3; Valette, sur Proudhon, I, p. 383 à 388; Demolombe III, 196 à 203. — Maleville (I, p. 181), Delvincourt (I, p. 132), Marcadé (sur l'art. 74, n^o 1) et M. Duranton (II, 220 à 224), enseignent, au contraire, que le mariage ne peut être célébré que par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une ou l'autre des parties a acquis le domicile spécial indiqué par l'art. 74.

civil est incompétent pour procéder à la célébration du mariage². Art. 165.

L'officier de l'état civil doit, avant de célébrer le mariage, se faire remettre les pièces suivantes :

1° Les certificats des publications auxquelles il a dû être procédé dans d'autres communes que celles où le mariage se célèbre. Art. 76, n° 6.

2° Les mainlevées des oppositions qui pourraient avoir été formées, et, s'il n'y en a point eu, les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des communes où il a été fait des publications, constatant qu'il n'existe point d'oppositions. Art. 67 et 69.

3° Les actes de naissance de chacun des futurs époux. Celui des deux époux qui serait, pour quelque cause que ce soit³, dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, peut y suppléer en rapportant un acte de notoriété reçu, conformément aux dispositions de l'art. 71, par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile, sur la déclaration de sept témoins, et homologué par le tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage⁴. Art. 70 à 72.

4° Un acte authentique, rédigé dans la forme indiquée par l'art. 73⁵, constatant que ceux des ascendants des futurs époux

Cette opinion, qui paraît, au premier abord, conforme au texte de cet article, n'en doit pas moins être rejetée, parce qu'elle est contraire à son esprit. En disant *que le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune*, le législateur a voulu donner aux futurs époux la faculté de se marier dans le lieu de leur résidence, mais non leur enlever le droit de contracter mariage dans le lieu de leur domicile général. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 342 et suiv., nos 5 et 6). C'est au surplus en ce sens que l'art. 2, sect. II, de la loi du 25 septembre 1792, dont l'art. 74 du Code Napoléon reproduit la disposition, a été interprété par un décret du 22 germinal an II.

² Les militaires qui se trouvent sur le territoire français sont à cet égard soumis aux dispositions du Droit commun. Avis du Conseil d'état des 2^e - 4^e jours complémentaires an XIII. Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9, n° 3.

³ C'est-à-dire, non-seulement pour l'une des causes indiquées en l'art. 46, mais encore par suite d'une circonstance quelconque, par exemple, à raison d'une guerre, ou d'une révolution politique. Vazeille, I, 182.

⁴ Si ce tribunal refuse l'homologation, appel de son jugement peut être interjeté à la Cour impériale. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, III, p. 86, n° 20).

⁵ Quoique cet article n'exige pas que l'acte portant de la part des ascendants consentement au mariage, contienne le nom de la personne avec laquelle leur descendant se propose de se marier, MM. Delvincourt (I, p. 134), Duranton (II,

dont la loi requiert le consentement, consentent effectivement au mariage, à la célébration duquel ils ne comptent pas assister⁶, sauf aux futurs époux qui auraient atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, à remplacer cette pièce, au moyen de la production des actes respectueux exigés par les art. 151 et suiv., sauf aussi à suppléer au consentement des ascendants et aux actes respectueux destinés à le remplacer, en administrant, de la manière indiquée aux §§ 462 et 463, la preuve du décès de ces ascendants, ou de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté⁷. Art. 76, n^{os} 4 et 5.

5^o La délibération du conseil de famille portant consentement au mariage, ou l'acte authentique contenant pareil consentement du tuteur *ad hoc*, dans les cas prévus par les art. 160 et 159.

91), Vazeille (I, 116); Dalloz (*Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 27, n^o 17), Richelot (I, p. 243, n. 7), Marcadé (sur l'art. 73) et Demolombe (III, 53) enseignent, par argument de l'art. 1388, qu'un consentement donné d'une manière indéfinie, ne remplirait pas le vœu de la loi, parce qu'il constituerait une sorte de renonciation aux droits de la puissance paternelle. Ce raisonnement repose sur une pétition de principe, puisque la loi, en donnant aux ascendants le droit de consentir au mariage de leurs descendants, ne dit pas de quelle manière ils devront exercer ce droit. Les dangers que signalent les auteurs dont nous combattons l'opinion, ne paraissent pas bien sérieux, quand on considère que les ascendants seront toujours, au moyen des publications, instruits du nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté, qu'ils pourront, jusqu'au moment de la célébration, révoquer le consentement qu'ils ont accordé (cpr. § 462, texte et note 38), et au besoin, former opposition au mariage. Aussi, pensons-nous que l'officier de l'état civil ne pourrait refuser de procéder à la célébration, sous prétexte que l'acte portant consentement de la part des ascendants, et réunissant d'ailleurs les conditions exigées par l'art. 73, ne contiendrait pas le nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté. Nous pensons, à plus forte raison, que l'omission du nom de cette personne, dans l'acte de consentement, ne saurait à elle seule motiver une demande en nullité de mariage. Voy. en ce sens : Coin-Delisle, sur l'art. 73, n^o 4; Chardon, *Puissance paternelle*, n^o 204; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v^o Consentement à mariage, n^o 24. Mais si cet acte avait été surpris par des manœuvres frauduleuses, si, par exemple, un fils avait indiqué, comme sa future épouse, une autre femme que celle avec laquelle il se proposait de se marier, le père, dont le consentement aurait été obtenu à l'aide de dol, pourrait, selon les circonstances, demander pour ce motif la nullité du mariage. Cpr. § 462, texte et note 40.

⁶ Ainsi, la production de l'acte indiqué en l'art. 73, n'est pas exigée, lorsque les ascendants, dont le consentement est requis, assistent à la célébration du mariage. Delvincourt, I, p. 134. Toullier, I, 570. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. IV, § 1, art. 2, n^o 3.

⁷ Cpr. art. 155; Avis du Conseil d'état, des 27 messidor - 4 thermidor an XIII; § 462, texte, et notes 24 à 28; § 463, notes 15 et 16.



6° La permission de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer.

7° Une expédition authentique des dispenses, s'il en a été accordé.

Du reste, lorsqu'il se rencontre dans les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil, des noms mal orthographiés, ou quelque omission de prénoms, il n'est pas nécessaire de se pourvoir, dans les formes prescrites par les art. 99 à 101, en rectification de ces actes; il suffit que l'identité des personnes dont les noms ont été mal orthographiés, ou dont quelques prénoms ont été omis, soit attestée à l'officier de l'état civil, de la manière indiquée par l'avis du Conseil d'état des 19 - 30 mars 1808.

La célébration du mariage doit se faire publiquement. Art. 165. On y procède de la manière suivante : Les futurs époux se présentent en personne⁸, au jour qu'ils auront désigné, à la maison commune⁹, devant l'officier de l'état civil. Cet officier, en présence

⁸ *En personne.* C'est du moins, quoique la loi ne le dise pas expressément, ce qui résulte de l'art. 75 du Code Napoléon, et de l'esprit qui a présidé à sa rédaction. La lecture prescrite par cet article serait absolument sans objet, si les futurs époux pouvaient se faire représenter par des mandataires. D'ailleurs, toute la discussion qui a eu lieu au Conseil d'état, à l'occasion des art. 146 et 180, prouve qu'il a été dans l'intention du législateur d'exiger la comparution personnelle des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Dans la séance du 24 frimaire an X notamment, le premier Consul énonça, sans aucune contradiction, que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 446. Enfin, si la présence des parties est exigée pour la prononciation du divorce par consentement mutuel, elle doit l'être également, et même à plus forte raison, pour la célébration du mariage. Cpr. art. 294. Nous pensons donc que l'officier de l'état civil devrait refuser son ministère aux personnes qui voudraient se marier par mandataire. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 137; Locré, II, p. 156; Duranton, I, 87; Vazeille, I, 184; Favard, *Rép.*, v° Actes de l'état civil, sur l'art. 36, nos 5 et suiv.; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 32; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 72, note 5; Marcadé, sur l'art. 36; Richelot, I, 175; Demolombe, III, 210. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1^{er}, quest. 4; Coin-Delisle, sur l'art. 36, nos 5 à 7. — Cpr. sur la question de savoir si le mariage qui de fait aurait été contracté par mandataire, est ou non frappé de nullité : § 467, note 23.

⁹ Telle est la disposition de l'art. 75. Il existait dans le projet du Code, au titre *Des actes de l'état civil*, un article d'après lequel le sous-préfet pouvait autoriser l'officier de l'état civil à se transporter, en cas d'empêchement, au domicile des parties, pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. Cpr. Locré, *Lég.*, III, p. 50, art. 36. Mais cet article fut provisoirement retranché dans la

de quatre témoins, parents ou non parents des parties, réunissant les qualités exigées par l'art. 37, fait lecture aux futurs époux des pièces ci-dessus mentionnées, et du chap. VI du titre *Du mariage, sur les droits et devoirs respectifs des époux*. Il reçoit ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage. Art. 75. Enfin, l'officier de l'état civil dresse sur-le-champ, de tout ce qui précède, un acte qu'il inscrit, en la forme ordinaire, sur les registres de l'état civil, et dans lequel il insère toutes les énonciations prescrites par l'art. 76. Art. 75 et 194.

La loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage, impose à l'officier de l'état civil une nouvelle obligation, destinée à faire connaître au public le régime matrimonial des époux, obligation dont l'accomplissement doit être mentionné dans l'acte de célébration. Les dispositions de cette loi seront expliquées au § 503.

§ 467.

c. Des conséquences qu'entraîne l'inobservation des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents.

Au nombre des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents, il en est dont l'accomplissement est indispensable à l'existence même du mariage. Elles ont déjà été développées au § 452.

Actuellement, il s'agit d'examiner : quelles sont, parmi ces

séance du 14 fructidor an IX, et la discussion à laquelle il avait donné lieu, fut renvoyée au titre *Du mariage*. Locré, *Lég.*, III, p. 87 et suiv., n° 23. Dans la suite, la discussion, soit par oubli, soit par toute autre cause, ne fut plus reprise sur ce point ; et Portalis, exposant au Corps législatif les motifs du titre *Du mariage*, déclara, en commentant les dispositions de l'art. 165, que la célébration du mariage devait être faite dans la maison commune. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 498, n° 28. Il est bien évident, d'après cela, que les parties ne pourraient pas forcer l'officier de l'état civil à se transporter hors de la maison commune pour y célébrer le mariage. Cependant, comme l'art. 165 n'exige pas expressément que le mariage soit célébré à la maison commune, et que, d'un autre côté, Portalis a lui-même admis, dans l'*Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 507, n° 40), la validité des mariages *in extremis*, nous croyons que l'officier de l'état civil, loin de contrevenir à ses devoirs, entrerait dans le véritable esprit de ses fonctions, si, pour des motifs graves, par exemple en cas de maladie de l'une des parties, il consentait à célébrer le mariage dans une maison particulière. Demolombe, III, 206. — Cpr. sur la validité des mariages célébrés hors la maison commune, § 467, texte et note 8.

formalités, celles dont l'omission entraîne la nullité du mariage; quelles sont les personnes admises à proposer cette nullité; et quelles sont les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à leur action.

1^o Aux termes de l'art. 191, le mariage peut être argué de nullité, soit pour n'avoir pas été contracté publiquement, soit pour n'avoir pas été célébré devant l'officier public compétent¹.

1) La loi prescrit plusieurs formalités, qui toutes ont pour but d'assurer la publicité du mariage. Ces formalités sont : les publications², la célébration dans la maison commune³, l'admission du public à cette célébration⁴, et la présence de quatre témoins⁵. Mais l'inobservation de telle ou telle de ces formalités ne suffit pas pour entacher le mariage du vice de clandestinité, si d'ailleurs l'accomplissement des autres en a amené la publicité.

Ainsi, d'un côté, la clandestinité du mariage ne peut jamais résulter de la simple omission des publications, omission à raison de laquelle la loi se borne à prononcer une amende, tant contre l'officier de l'état civil, que contre les parties contractantes ou les personnes sous l'autorité desquelles elles ont agi⁶.

¹ Lors de la discussion qui eut lieu sur l'art. 191, au Conseil d'état, on substitua, dans la rédaction définitive de cet article, la particule conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, qui se trouvait dans le projet. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 418, n^o 17). Mais il est évident qu'en opérant cette substitution, on n'a pas entendu subordonner l'action en nullité au concours simultané des deux vices de clandestinité et d'incompétence de l'officier de l'état civil : autrement un mariage célébré devant l'officier public compétent, ne pourrait jamais être attaqué pour défaut de publicité, ce qui est inadmissible. Nous reconnaissons bien que la compétence de l'officier de l'état civil forme un élément important de publicité, et que son incompétence peut aggraver le vice de clandestinité. Mais il ne faut pas conclure de là, comme le fait Marcadé (sur l'art. 191, n^o 1), que l'incompétence ne constitue une cause de nullité qu'en raison de la clandestinité qu'elle imprimerait au mariage, et qu'ainsi l'art. 191 n'établit qu'une seule et même cause de nullité. Au surplus, au point de vue pratique, la question ne présente guère d'intérêt, puisque les auteurs qui admettent avec nous l'existence de deux actions en nullité distinctes, n'en sont pas moins d'accord pour appliquer à l'une et à l'autre les dispositions de l'art. 193. Cpr. texte, notes 12 et 18 *infra*.

² Cpr. *Discussion au Conseil d'état* et *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 419, n^o 18, p. 506 et 507, n^o 39, p. 515, n^o 51); note 6 *infra*.

³ Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, III, p. 87 et 88, n^o 23); *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 498, n^o 28); note 8 *infra*.

⁴ Cpr. *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. cit.*); note 9 *infra*.

⁵ Toullier, I, 642. Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225. Cpr. note 10 *infra*.

⁶ L'absence de publications ne suffit jamais, à elle seule, pour entacher de

Ainsi, d'un autre côté, la nullité du mariage ne résulte, du moins en thèse générale⁷, ni du fait isolé de la célébration hors de la maison commune⁸, ni de la circonstance unique que le public

clandestinité un mariage qui, d'ailleurs, aurait été célébré publiquement. Les tribunaux ne pourraient, sans contrevenir à la loi, et sans encourir la censure de la Cour de cassation, l'annuler pour cet unique motif. En effet, les publications ne font pas partie intégrante de la célébration. On ne peut donc appliquer à l'inobservation de cette formalité les dispositions des art. 165 et 191. D'un autre côté, la combinaison des art. 192 et 193 prouve jusqu'à l'évidence, qu'en ouvrant, dans l'art. 191, une action en nullité contre le mariage qui n'aurait point été célébré publiquement, ainsi que l'exige l'art. 165, le législateur ne s'est occupé que de la sanction des formalités qui accompagnent la célébration du mariage, et non de celle des publications qui la précèdent. Enfin, la rédaction primitive de l'art. 192, la discussion dont elle a été l'objet au Conseil d'état, et les explications données par le Tribunat, d'après les observations duquel cette rédaction a été changée, ne peuvent laisser aucun doute sur la justesse de l'opinion que nous avons émise. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 409, art. 13 et 14; p. 419, nos 18 et 19; p. 457, nos 20 et 21; p. 465, art. 43 et 44. Voy. en ce sens : Locré, III, p. 287; Maleville, I, p. 207; Delvincourt, I, part. I, p. 69; Merlin, *Rép.*, v^o Bans de mariage, n^o 2; Toullier, I, 569; Duranton, II, 334; Vazeille, I, 253; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 96, n^o 2; Valette, sur Proudhon, I, p. 409, note a; Demolombe, III, 295; Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103; Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 320. L'opinion contraire est cependant défendue par Proudhon (I, p. 408), qui se fonde sur un passage de l'*Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 506 et 507, n^o 39), où Portalis, après avoir dit qu'on range, entre autres, parmi les mariages clandestins, ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ajoute : « la nullité des mariages clandestins est évidente. » Mais, en énonçant cette dernière proposition d'une manière générale, l'intention de l'orateur du gouvernement n'était pas de l'appliquer spécialement aux mariages qui n'auraient point été précédés des publications requises. Ce qui le prouve, c'est que, dans un passage postérieur du même *Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 515, n^o 51). Portalis dit : « L'omission de ces publications, et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, peuvent opérer la nullité du mariage en certains cas. » Elles ne l'opèrent donc pas dans tous les cas; elles ne l'opèrent pas notamment, lorsque les autres formalités prescrites pour assurer la publicité du mariage, ont été accomplies.

⁷ C'est-à-dire, sauf l'appréciation laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Sous ce rapport, il importe essentiellement de distinguer l'omission des publications, et l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités intégrantes de la célébration. Cpr. note 6 *supra*, et notes 12 et 13 *infra*.

⁸ Locré, I, p. 97. Proudhon, I, p. 409 et 410. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 1; et sect. V, § 2, n^o 6. Toullier, I, 642. Duranton, II, 335 à 337. Vazeille, I, 250. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Bruxelles, 18 février 1809; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 100, à la note. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 23 février 1815, Dalloz, *op.*, v^o et loc. cit. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360. Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29,

n'aurait pas été admis à cette célébration⁹, ni de la seule absence du nombre de témoins exigés par la loi¹⁰. Elle ne se trouve pas même attachée, d'une manière nécessaire et absolue, à l'inobservation de plusieurs de ces formalités¹¹. La clandestinité étant un vice dont les caractères plus ou moins prononcés dépendent de circonstances qui peuvent varier à l'infini, le législateur n'a pas cru devoir la définir; il a sagement abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, le soin d'apprécier si le mariage, dont on demande l'annulation à raison de l'inobservation de l'une ou de plusieurs des formalités qui doivent accompagner la célébration, a reçu ou n'a pas reçu une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi¹². Art. 193. Leur décision sur ce point échappe donc à la censure de la Cour de cassation¹³.

2, 320. Cpr. § 466, note 9. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, I, p. 97; Delvincourt, I, p. 136. — *Quid*, si l'acte de mariage n'énonce pas le lieu où il a été célébré? Cpr. Merlin, *op. et v^o citt.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 2; Dalloz, *op. et v^o citt.*, p. 103, n^o 9; Liège, 4 février 1819, Dalloz, *op. v^o et loc. citt.*, à la note; Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225; Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357; Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 297.

⁹ Cpr. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. IV, § 3; et sect. V, § 2, n^o 6. Toullier, I, 643. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 27 février 1817, Dalloz, *op. et v^o citt.*, p. 104, note 4. Voy. cep. Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225. Cpr. Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357.

¹¹ Cpr. les autorités citées aux notes 8 à 10 *supra*.

¹² Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 6; et sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191 Duranton, II, 336. Vazeille, I, 250. Demolombe, III, 294. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357. Paris, 13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. Lyon, 10 avril 1856, Sir., 56, 2, 706. Agen, 28 février 1857, Sir., 57, 2, 215. — Toullier (I, 642) reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire encore plus étendu que celui que nous leur attribuons. Il prétend que le juge peut, dans le cas qui nous occupe, annuler ou maintenir le mariage attaqué, selon que l'intérêt public et celui des familles paraissent l'exiger, abstraction faite de toute autre considération. M. Dalloz (*op. et v^o citt.*, p. 96 et 97, n^o 6) semble partager cette manière de voir, à l'appui de laquelle il invoque un passage du *Discours* de Bouteville, orateur du Tribunat. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n^o 22. Cette citation porte évidemment à faux, puisque, dans le passage dont s'agit, Bouteville ne parle pas du pouvoir discrétionnaire que l'art. 193 laisse au juge, en ce qui concerne l'appréciation de la demande en nullité portée devant lui, mais de la faculté que l'art. 191 donne au ministère public, d'attaquer ou de ne pas attaquer, selon qu'il le juge convenable *dans l'intérêt des mœurs et des familles*, le mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et celui qui ne l'a pas été devant l'officier de l'état civil compétent.

¹³ D'après M. Dalloz (*op. et v^o citt.*, p. 97 et 98, n^o 7), les juges appelés à pro-

Du reste, il faut bien se garder de confondre les mariages clandestins et les mariages appelés secrets, c'est-à-dire les mariages qui, quoique célébrés avec toutes les formalités requises par la loi, ont été cachés de manière à en concentrer la connaissance parmi le petit nombre de témoins nécessaires à leur célébration. Ces mariages, que l'ancienne législation privait des effets civils¹⁴, sont aujourd'hui civilement efficaces¹⁵. Toutefois, un mariage que les époux ont tenu secret, ne peut être opposé aux tiers qui auraient traité avec eux dans l'ignorance de ce mariage¹⁶.

2) L'officier de l'état civil est incompétent, lorsqu'il procède à la célébration du mariage de deux individus, dont aucun n'a, dans la commune où il exerce ses fonctions, ni son domicile général, ni le domicile spécial indiqué en l'art. 74¹⁷. Toutefois, cette incompétence n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage. La loi remet encore à l'arbitrage du juge l'appréciation de la question de savoir si la violation des règles de compétence, commise dans la célébration du mariage, est ou non assez grave pour en faire prononcer l'annulation¹⁸. Art. 193 cbn. 165 et 191.

L'officier de l'état civil n'est point incompétent, dans le sens de l'art. 191, par cela seul qu'il célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il avait, sous le rapport des per-

noncer sur la demande en nullité d'un mariage auquel on ne reprocherait d'autre vice que celui d'avoir été célébré hors de la maison commune, ne pourrait pas, sans encourir la censure de la Cour de cassation, prononcer l'annulation de ce mariage. Nous ne saurions admettre cette manière de voir, qui n'est fondée que sur une confusion évidente entre un mal jugé et une violation de loi. Quel serait le texte violé par l'arrêt qui, après avoir jugé en fait qu'un mariage célébré hors de la maison commune ne l'a pas été publiquement, appliquerait ensuite à ce mariage les dispositions des art. 165 et 191 ?

¹⁴ Déclarations du 26 novembre 1639, art. 5. Cpr. § 449, note 2.

¹⁵ Les explications données par l'orateur du gouvernement et par celui du Tribunat ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Locré, *Lég.*, IV, p. 503 et suiv., n° 38, p. 556, n° 12. Toullier, I, 649. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IX, n° 2. Demolombe, III, 297. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Clandestinité, sect. II, § 2; Civ. cass., 15 pluviôse an XIII, Sir., 5, 1, 81.

¹⁶ Vazeille, II, 313. Req. rej., 30 août 1808, Sir., 9, 1, 43. Agen, 8 novembre 1832, Sir., 32, 2, 563.

¹⁷ Cpr. § 466, texte et note 1.

¹⁸ Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191. Toullier, I, 644. Vazeille, I, 251. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 406, n° 41. Valette, sur Proudhon, I, p. 410, obs. I. Marcadé, sur l'art. 191, n° 2. Demolombe, III, 298. Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103. Paris, 15 janvier 1852, Sir., 52, 2, 14. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Cpr. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Voy. cep. Duranton, II, 338 et suiv.

sonnes, le droit de procéder¹⁹. Cette circonstance peut seulement aggraver, suivant les cas, l'infraction résultant de la célébration hors de la maison commune, et entacher ainsi le mariage du vice de clandestinité²⁰.

Les règles relatives à la publicité de la célébration et à la compétence de l'officier de l'état civil, sont les seules dont la violation soit de nature à entraîner la nullité du mariage²¹. Ainsi, on ne pourrait en demander l'annulation, ni pour cause d'omission de la lecture des pièces indiquées en l'art. 75, et du chapitre VI du titre *Du mariage*²², ni à raison de la circonstance que les parties se seraient fait représenter par des mandataires, lors de la célébration du mariage²³, ni enfin par le motif que l'un des époux aurait,

¹⁹ *Quid* du cas où l'officier de l'état civil célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il n'avait pas, sous le rapport des personnes, le droit de procéder? Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 108, n^o 12.

²⁰ L'art. 191 se réfère à l'art. 165, qui ne règle que la compétence personnelle. Il n'existe donc aucune disposition qui prononce, pour incompétence territoriale, la nullité du mariage que l'officier de l'état civil aurait célébré hors du territoire de sa commune. On ne saurait d'ailleurs invoquer ici la maxime *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (L. 20, *D. de jurisd.* 2, 1), qui ne s'applique qu'à la juridiction contentieuse. Cpr. L. 2, *D. de offic. proc.* (1, 16); L. 36, § 1. *D. de adop.* (1, 7); L. 17, *D. de manum. vind.* (40, 2). On ne peut davantage se prévaloir, ni des art. 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ni de l'art. 1317 du Code Napoléon, qui sont entièrement étrangers à notre matière. Locré, III, p. 401. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 3. Vazeille, I, 251. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 105, n^o 6. Voy. cep. Liège, 10 mars 1824, Dalloz, *op. et loc. cit.* à la note; Bourges, 23 mai 1822, et Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 22, 2, 315, et 24, 1, 360. Ces arrêts semblent admettre que l'art. 191 s'applique aussi bien à l'incompétence territoriale, qu'à l'incompétence personnelle, sauf au juge à faire usage, dans l'un comme dans l'autre cas, du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 193. Cette manière de voir est également partagée par MM. Duranton (II, 340 à 343), Richelot (I, p. 249, note 13) et Demolombe (I, 307).

²¹ Il a été formellement reconnu au Conseil d'état (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 326 et 327, n^o 17) que les diverses formalités de la célébration n'étaient pas toutes assez importantes pour que l'inobservation de chacune d'elles dût entraîner la nullité du mariage, qu'ainsi le législateur devait spécifier celles à l'omission desquelles il entendait attacher la peine de nullité. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 191, qui détermine les seuls cas auxquels le mariage peut être attaqué pour vices de forme. Cpr. § 458, note 2. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 96, nos 3, 4 et 5. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. V, § 2, n^o 6. Douai, Sir., 51, 1, 202.

²² Merlin, *op. v^o et loc. cit.* Toullier, I, 574. Demolombe, III, 296.

²³ Merlin (*Rép.*, v^o Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4) admet également

après son concours à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par l'art. 75, refusé de signer l'acte de célébration²⁴.

2° La nullité résultant soit de la clandestinité du mariage, soit de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendants, à quelque degré qu'ils se trouvent, par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuellement ouvert à faire annuler le mariage, et par le ministère public²⁵. Art. 191.

3° Aux termes de l'art. 196²⁶, les époux sont respectivement non recevables à provoquer l'annulation du mariage, à raison de vices de forme dont la célébration de leur union serait entachée, lorsque, d'une part, l'acte de célébration inscrit sur les registres de

la validité du mariage contracté par l'intermédiaire d'un mandataire, et il la fonde sur ce qu'il est encore permis aujourd'hui, comme il l'était autrefois, de se marier par procureur. Nous pensons, au contraire, que le mariage par mandataire est également contraire à l'esprit et à la lettre de nos lois nouvelles. Cpr. § 466, note 8. Mais, comme il n'existe pas de disposition textuelle qui le prohibe à peine de nullité, il n'appartient pas au juge d'en prononcer l'annulation. Demolombe, III, 210. Voy. en sens contraire : Bastia, 2 avril 1849, Sir., 49, 2, 238. — Il est à remarquer que, si le mandat avait été révoqué avant la célébration, le mariage devrait être considéré comme non venu, par défaut de consentement, quoique la révocation fût restée ignorée du mandataire et de la personne avec laquelle il a contracté. La volonté de se marier doit exister de fait au moment de la célébration : on ne saurait appliquer à la matière du mariage les dispositions exceptionnelles des art. 2005 et 2008. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 367. Merlin, *op. v° et loc. cit.*

²⁴ Duranton, II, 241, note 2. Coin-Delisle, sur l'art. 76, nos 1 à 3. Demolombe, III, 213. Montpellier, 4 février 1840, Sir., 40, 2, 160.

²⁵ Cpr. § 461, texte n° 2.

²⁶ Nous avons déjà vu (§ 452 *bis*, notes 10 et 11) que cet article établit une fin de non-recevoir contre la demande ou l'exception de nullité, au moyen de laquelle les époux voudraient respectivement combattre la force probante de l'acte de célébration, à raison des irrégularités dont il se trouverait entaché comme acte instrumentaire. A s'en tenir rigoureusement à la lettre de cet article, il n'aurait même d'autre portée que celle qui vient d'être indiquée. Mais il faut reconnaître qu'il existe une intime connexité entre la célébration du mariage et l'acte instrumentaire ayant pour objet de la constater. Cet acte, formant en principe la seule preuve légale de la célébration, le sort du mariage est, d'une manière plus ou moins absolue, attaché à son existence et à sa validité. On comprend dès lors, qu'au point de vue des nullités, les rédacteurs du Code aient pu, dans certaines dispositions, confondre la célébration elle-même et l'acte instrumentaire destiné à en fournir la preuve, et que, tout en ne mentionnant expressément que cet acte, leur pensée se soit également étendue à la célébration. Or, c'est précisément ce qui nous paraît avoir eu lieu lors de la rédaction de l'art. 196. Il

l'état civil est représenté²⁷, et que, d'autre part, ils se trouvent en possession de l'état d'époux légitimes, c'est-à-dire, lorsqu'ils ont cohabité publiquement, et qu'ils ont été constamment reconnus, soit dans leurs familles, soit dans la société, comme des personnes unies en légitime mariage²⁸.

Cette fin de non-recevoir s'applique au cas où le mariage a été célébré par un officier de l'état civil incompétent, comme à celui où il n'a pas été contracté publiquement²⁹. Mais elle ne peut être opposée qu'à la demande en nullité formée par l'un des époux

importe, en effet, de remarquer que c'est au chapitre *Des demandes en nullité de mariage*, que cet article se trouve placé; et il serait difficile de supposer que le législateur, qui ne s'est occupé dans aucune autre disposition de la demande en nullité dirigée contre l'acte de célébration, ait entendu, en établissant la fin de non-recevoir dont parle l'art. 196, la restreindre à une pareille demande. Notre interprétation, qui a été consacrée par la jurisprudence, même en ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger (cpr. § 468, texte et note 19), est également admise par la majorité des auteurs. Voy. Maleville, sur l'art. 196; Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196; Toullier, I, 598 et 646; Proudhon et Valette, I, p. 442 et 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 342 à 344; Demolombe, III, 328. Voy. cep. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 139; Duranton, II, 250 et 252; Marcadé, sur l'art. 196, n^o 1; Taulier, I, p. 323 et 324.

²⁷ Un acte de célébration inscrit sur une simple feuille volante ne remplirait pas le vœu de la loi. C'est ce qui nous paraît évidemment ressortir du rapprochement des art. 194, 195 et 196. Voy. les autorités citées à la note 10 du § 452 bis. Cpr. aussi § 64, texte et note 15.

²⁸ Arg. art. 197 et 321. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. I, § 2, quest. 5; v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 196. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315.

²⁹ On s'est prévalu, en sens contraire, de la rédaction de l'art. 196: en se servant des termes *l'officier de l'état civil*, et non des mots *un officier de l'état civil*, cet article, a-t-on dit, suppose que l'officier qui a célébré le mariage, était compétent pour y procéder. Mais cette induction est tout au moins hasardée, et l'on peut répondre que, si telle avait été la pensée du législateur, il n'aurait pas manqué de l'exprimer d'une manière formelle, en disant *devant l'officier de l'état civil compétent*, au lieu de dire simplement *devant l'officier de l'état civil*. A notre avis, ces dernières expressions, qui figurent également dans l'art. 195, n'ont, dans l'art. 196, d'autre but que d'écarter comme insuffisant, un acte de célébration passé devant une personne non revêtue du caractère d'officier de l'état civil. Dès que l'on étend la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 aux demandes en nullité dirigées contre la célébration elle-même, nous ne voyons plus en effet de motifs concluants pour distinguer entre le cas d'incompétence et celui de clandestinité. Maleville, I, p. 208. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196. Valette, sur Proudhon, I, p. 443, note a. Demolombe, III, 328. Voy. en sens contraire: Zachariæ, § 456, texte et note 7; Proudhon, I, p. 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 343.

contre l'autre, et non à celle qui serait intentée par un tiers³⁰.

Du reste, la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 est complètement étrangère à la demande en nullité qui serait dirigée contre le mariage à raison de l'existence d'un empêchement dirimant.

Sauf l'effet de cette fin de non-recevoir, la nullité du mariage entaché de clandestinité, ou célébré devant un officier de l'état civil incompétent, ne se couvre, même entre les époux, ni par la confirmation, ni par la prescription trentenaire³¹. Mais la demande en nullité formée à raison de l'un ou de l'autre de ces vices, par une personne qui n'agit qu'en vertu d'un intérêt purement pécuniaire, peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée, soit de la renonciation aux droits que cette action avait pour objet de faire valoir, soit de la prescription de ces droits³².

APPENDICE AUX PARAGRAPHES QUI TRAITENT DES CONDITIONS DE L'EXISTENCE ET DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

§ 468.

Des mariages contractés par des Français en pays étranger.

1^o Des mariages contractés par des militaires qui se trouvent sous les drapeaux en pays étranger¹.

En règle générale, ces mariages doivent être célébrés par les autorités militaires françaises auxquelles l'art. 89² confie les fonctions d'officiers de l'état civil, et ce, dans les formes qui vont être

³⁰ Toullier, I, 646. Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3, sur l'art. 196. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 109, n^o 13. Marcadé, sur l'art. 196, n^o 2. Demolombe, III, 327. — Toutefois, si la possession d'état ne fait pas absolument disparaître le vice dont le mariage se trouve entaché, elle en diminue du moins la gravité; et le juge peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'art. 193, la prendre en considération pour rejeter, comme mal fondée, la demande en nullité formée par une tierce personne.

³¹ *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 515, n^o 52). Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2, sur l'art. 196. Cpr. § 458, texte et note 10.

³² Cpr. § 458, texte, notes 11 et 12.

¹ Cpr. § 466, note 2. — Sous l'expression *militaires*, nous comprenons non-seulement les militaires proprement dits, mais encore les personnes employées à la suite des armées, qui leur sont assimilées. Cpr. § 66, texte et note 8; § 25, texte et note 3.

² Les inspecteurs aux revues dont parle cet article sont aujourd'hui remplacés par les intendants militaires. Ordonnance du 29 juillet 1817, art. 9.

indiquées sous ce numéro³. Art. 88. Toutefois, lorsque l'un des futurs époux est sujet du pays étranger où il se propose de se marier avec un militaire français, le mariage peut aussi être célébré par les autorités de ce pays, et dans les formes qui y sont usitées⁴, conformément aux dispositions de l'art. 170, qui seront expliquées sous le n° 2 ci-après.

Les publications prescrites par l'art. 63 du Code Napoléon, doivent être faites, de la manière indiquée au § 465, tant aux domiciles respectifs des futurs époux, qu'aux domiciles des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés quant au mariage, lorsqu'ils n'ont point encore atteint l'âge compétent pour y consentir par eux-mêmes. Art. 94. Arg. art. 88 cbn. 168. Si l'un des époux est étranger, les publications à faire dans le pays auquel il appartient, peuvent être faites et constatées suivant les formes usitées dans ce pays⁵. Les publications doivent en outre être mises, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupe et pour les employés qui en font partie. Art. 94.

La compétence de l'autorité militaire appelée à remplir les fonctions d'officier de l'état civil, se détermine uniquement d'après la position que le militaire occupe, sous les drapeaux, au moment de son mariage; elle est indépendante de tout stage de résidence de sa part⁶. Art. 89.

La célébration du mariage doit avoir lieu dans un endroit public, et dans les formes expliquées au § 466.

L'autorité militaire qui y a procédé, est tenue d'envoyer, immédiatement après l'inscription de l'acte de célébration sur les registres, une expédition de cet acte à l'officier de l'état civil du domicile du mari, ainsi qu'à l'officier de l'état civil du domicile de la femme, si cette dernière était déjà Française avant son mariage. Art. 95.

³ Cpr. § 66, texte et notes 8 à 10.

⁴ Cette exception, introduite par la jurisprudence (cpr. les arrêts cités à la note 12 du § 66), n'est peut-être pas entièrement conforme à la rigueur des principes. Cpr. § 66, texte et note 11.

⁵ *Locus regit actum*. Cpr. § 31, n° 5. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

⁶ L'art. 74 ne s'applique qu'aux militaires qui se trouvent sur le territoire français (cpr. § 466, note 2), et non à ceux qui sont sous les drapeaux en pays étranger. Vazeille, I, 192. Demolombe, III, 219.

L'inobservation des formalités spéciales prescrites par les art. 94 et 95 n'entraîne pas la nullité du mariage.

Sous tous les autres rapports, l'existence et la validité des mariages contractés en pays étranger par des militaires français, doivent être appréciées d'après les principes qui régissent les mariages célébrés en France, soit entre Français, soit entre Français et étrangers.

2° *Des mariages contractés en pays étranger par des Français non militaires, ou par des militaires français qui ne se trouvent pas sous les drapeaux*⁷.

Lorsque les futurs époux sont tous deux Français, les mariages dont il est actuellement question, peuvent être indifféremment célébrés, soit par les agents diplomatiques et consuls français⁸, d'après les formes prescrites par les lois françaises, soit par les autorités du pays où il est contracté⁹, d'après les formes usitées dans ce pays. Si, au contraire, l'un des futurs époux est étranger, les autorités du pays où le mariage doit être célébré, ont, à l'exclusion des consuls et agents diplomatiques français, seuls qualité pour procéder à la célébration de ce mariage¹⁰. Du reste, la compétence, soit des consuls et agents diplomatiques français, soit des autorités étrangères, est indépendante de tout stage de résidence de la part des Français qui veulent se marier en pays étranger avec des étrangers, ou même entre eux¹¹.

L'existence et la validité des mariages contractés, en pays

⁷ Tels sont, par exemple, les militaires en congé, ou les prisonniers de guerre. Cpr. § 58, texte et note 2.

⁸ *Non obstat* art. 170. Cet article, en effet, n'a nullement pour objet de déroger à l'art. 48. Cpr. Ordonnance du 23 octobre 1833, art. 15. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2. Duranton, II, 234. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 87. Marcadé, sur l'art. 170, n° 1. Demolombe, I, 312. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 2.

⁹ Arg. art. 48 cbn. 170. Cpr. § 66, texte et note 3. Duranton, II, 234. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2, n° 9 *in fine*. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 77, n° 5.

¹⁰ Arg. *a contrario*, art. 48 cbn. 170. Merlin, *Rép.*, v° État civil (actes de l'), § 2, sur les art. 47 et 48, nos 2 et 3. Duranton, II, 235. Rieff, *op. cit.*, n° 88. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, *loc. cit.* Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, 1, 452. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 452.

¹¹ La seconde partie de l'art. 170 qui, pour ce dernier cas, exigeait six mois de résidence en pays étranger de la part de l'une des parties contractantes, a été retranchée sur la proposition du premier consul. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 341, art. 8, p. 352, n° 22. Marcadé, sur l'art. 170, n° 3. Demolombe, III, 219.

étranger, devant les autorités du lieu, soit entre Français et étrangers, soit entre Français, doivent, en ce qui concerne les formalités de la célébration, être exclusivement appréciées d'après les lois en vigueur dans le pays où le mariage a été célébré. Art. 170.

Ces mêmes lois régissent également tout ce qui est relatif à la preuve de l'union. Il suffit donc que les actes invoqués pour établir la célébration de mariages contractés en pays étranger, soient conformes aux lois du pays où ils ont été célébrés¹². D'un autre côté, quand l'union a été contractée dans un pays où il n'est pas d'usage de constater par écrit la célébration des mariages, la preuve peut s'en faire par témoins¹³. Enfin, il n'est pas même nécessaire de prouver le fait de la célébration, lorsque le mariage a eu lieu dans un pays où, pour établir l'existence d'une union légitime, il suffit de justifier de la cohabitation et de la réputation¹⁴.

En permettant aux Français qui se trouvent en pays étranger, d'y contracter mariage suivant les formes qui y sont usitées, le Code soumet l'usage de cette faculté à l'obligation de faire procéder en France, dans les municipalités indiquées par les art. 166 et 168, aux publications prescrites par l'art. 63¹⁵, et à la condition de ne pas contrevenir aux dispositions du chapitre I, du titre *Du mariage*. Art. 170.

L'omission seule de publications en France, n'entraîne pas la nullité du mariage célébré à l'étranger¹⁶. Mais un pareil mariage

¹² Cpr. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261.

¹³ Merlin, *Quest.*, v^o Mariage, § 7, nos 1 et 2; *Rép.*, eod. v^o, sect. V, § 2, n^o 9. Metz, 25 février 1808, et Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 323 et 329. Req. rej., 8 juin 1809, Sir., 9, 1, 375; Req. rej., 7 septembre 1809, Sir., 7, 2, 927. Metz, 2 juin 1814, Sir., 19, 2, 314.

¹⁴ Req. rej., 20 décembre 1841, Sir., 42, 1, 321. Bordeaux, 14 mars 1849, Sir., 52, 2, 407. Req. rej., 13 janvier 1857, Sir., 57, 1, 81.

¹⁵ Il résulte de la *Discussion au Conseil d'état* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 351, n^o 49) qu'un Français qui se trouve, depuis de longues années, établi en pays étranger, sans avoir conservé d'habitation en France, est dispensé d'y faire publier son mariage. Mais il devrait toujours, dans le cas prévu par l'art. 168, faire procéder aux publications exigées par cet article. Cpr. Delvincourt, I, p. 138; Duranton, II, 277; Toullier, I, 578; Demolombe, III, 321.

¹⁶ *Non obstat* art. 170. Dire qu'un mariage sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées en pays étranger, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent, ce n'est pas dire qu'un mariage célébré en pays étranger sera nul, par cela seul qu'il n'aura pas été précédé des publications prescrites par cet article. Ce ne serait tout au plus que par un argu-

devrait être annulé, s'il avait été contracté en fraude de la loi française, par exemple, si les époux, en omettant les publications en France et en se rendant en pays étranger pour y faire célébrer leur union, avaient eu en vue de la rendre clandestine aux yeux de la société française, ou d'échapper à la nécessité de la signification des actes respectueux requis par les art. 151 et suivants¹⁷.

ment *a contrario*, que l'on pourrait tirer de l'art. 170 la conséquence, que l'omission de publications en France entraîne la nullité du mariage célébré à l'étranger. Or, cet argument n'est ici, ni admissible, ni concluant, et cela par deux raisons également péremptoires : 1^o En exigeant que le mariage célébré à l'étranger soit précédé de publications en France, lors même que ces publications ne seraient pas prescrites par les lois du pays où le mariage est contracté, l'art. 170 apporte une modification à la règle de Droit commun *Locus regit actum*, et ce n'est point par un argument *a contrario*, que l'on peut ajouter à la rigueur de la disposition exceptionnelle qu'il contient. 2^o Attribuer aux expressions *pourvu que*, l'effet d'une disposition irritante, c'est donner à l'art. 170 une portée trop étendue. En effet, si la clause était irritante quant à la première des conditions indiquées dans cet article, elle le serait aussi quant à la seconde, et il en résulterait ainsi qu'un mariage célébré à l'étranger, quoique précédé de publications régulières en France, devrait être annulé par cela seul qu'il n'aurait pas été signifié d'actes respectueux, ce qui ne paraît pas admissible. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v^o Bans de mariage, n^o 2, et *Quest.*, v^o Publications de mariage, § 1 ; Favard, *Rép.*, v^o Mariage, p. 475 *in fine* ; Toullier, I, 578 ; Duranton, II, 237 et 238 ; Vazeille, I, 158 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 78, n^o 7 ; Sirey, *Observations*, Sir., 31, 1, 144 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 288 ; Paris, 8 juillet 1820, Sir., 20, 2, 307 ; Colmar, 25 janvier 1823, Sir., 24, 2, 156 ; Nancy, 30 mai 1826, Sir., 26, 2, 251 ; Req. rej., 10 mai 1841, Sir., 41, 1, 302 ; Req. rej., 18 août 1841, Sir., 41, 1, 872 ; Req. rej., 9 novembre 1846, Sir., 47, 1, 55 ; Bordeaux, 14 mars 1850, Sir., 52, 2, 561 ; Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 2, 566 ; Bordeaux, 14 janvier 1852, Sir., 52, 2, 300. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 179 ; Zachariæ, § 455, texte et note 7 ; Taulier, I, p. 288 et 289 ; Marcadé, II, sur l'art. 170, n^o 2 ; Paris, 10 décembre 1827 et 4 juillet 1829, Sir., 29, 2, 179 et 180 ; Montpellier, 15 janvier 1839, Sir., 39, 2, 246. Cpr. aussi Paris, 30 mai 1829, et Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., 29, 2, 178, et 31, 1, 144 ; Civ. cass., 6 mars 1837, Sir., 37, 1, 177 ; Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Il est à remarquer que dans les espèces sur lesquelles ont statué ces derniers arrêts, il y avait tout à la fois omission de publications en France, et absence d'actes respectueux.

¹⁷ Cette proposition se justifie par les explications que nous avons données au § 31, texte n^o 5 *in fine*, sur la maxime *Locus regit actum*. Cette maxime, en effet, ne protège que les actes faits de bonne foi, et ne peut être invoquée pour le maintien d'actes que des Français seraient allés passer à l'étranger dans le but de s'affranchir des formalités et des conditions prescrites par la loi de leur patrie. Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., 31, 1, 142. Grenoble, 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401. Req. rej., 28 mars 1854, Sir., 54, 1, 295. — D'après MM. Valette (sur Proudhon, I, p. 412, obs. 2) et Demolombe (III, 222 à 225), il faudrait étendre à l'hypothèse que prévoit l'art. 170, la dis-

Il est, du reste, bien entendu que si le mariage contracté à l'étranger, l'avait été au mépris d'un empêchement dirimant établi par la loi française, il serait susceptible d'être attaqué conformément à cette loi.

La nullité dont un mariage célébré à l'étranger se trouverait frappée pour clandestinité aux yeux de la société française, peut être proposée par toutes personnes intéressées, et notamment par les collatéraux¹⁸. Les époux cependant ne sont plus recevables à la faire valoir dans le cas prévu par l'art. 196¹⁹.

La nullité qu'entraîne le défaut de publications en France, lorsque les époux se sont mariés en pays étranger pour se soustraire à l'obligation de faire signifier les actes respectueux prescrits par la loi, peut être proposée par les ascendants dont le conseil devait être requis, ainsi que par l'époux qui se trouvait soumis à l'obligation de le requérir. Mais elle se couvre, par rapport aux uns comme à l'égard de l'autre, par les causes indiquées en l'art. 183²⁰.

Indépendamment des conditions exigées par l'art. 170, la loi impose au Français qui s'est marié à l'étranger, l'obligation de

position de l'art. 193, qui reconnaît implicitement aux tribunaux le pouvoir d'annuler ou de maintenir, suivant les circonstances, les mariages entachés de clandestinité. Mais ce principe de solution, dont les applications pratiques concordent jusqu'à un certain point avec celles de la doctrine exposée au texte, ne nous paraît pas admissible en théorie.

¹⁸ On cite ordinairement en sens contraire les arrêts suivants : Req. rej., 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822 ; Req. rej., 18 août 1841, Sir., 41, 1, 872 ; Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Mais il est à remarquer que ces arrêts ont été rendus dans des espèces où le mariage célébré à l'étranger était attaqué pour simple omission de publications en France, et non pour clandestinité dans le sens de l'art. 191. Cette distinction, qui ressort d'une manière précise des motifs du premier de ces arrêts, prouve qu'ils laissent complètement intacte notre question, qui doit se résoudre par ce principe incontestable que le vice de clandestinité engendre une nullité absolue et d'ordre public.

¹⁹ Civ. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108. Paris, 23 janvier 1832, Sir., 32, 2, 384. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 297. Req. rej., 25 février 1839, Sir., 39, 1, 187. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Req. rej., 10 mars 1841, Sir., 41, 1, 302. Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Grenoble, 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Req. rej., 8 novembre 1853, Sir., 53, 1, 17.

²⁰ Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Req. rej., 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401.

faire transcrire l'acte de célébration sur les registres de l'état civil du lieu de son domicile, dans les trois mois de son retour en France. Art. 171.

Ce délai n'est pas fatal; la formalité dont il s'agit peut être utilement accomplie à toute époque, et même postérieurement au décès des deux époux²¹. Néanmoins, après l'expiration des trois mois, l'officier de l'état civil ne doit effectuer la transcription qu'en vertu d'un jugement de rectification²².

L'omission de la formalité prescrite par l'art. 171, qui peut, suivant les circonstances, constituer un élément de preuve de la clandestinité, pour la société française, de l'union célébrée en pays étranger, n'entraîne pas par elle-même la nullité de cette union²³, et ne prive les époux ou leurs enfants d'aucun des effets civils du mariage, pas même de ceux qui en supposent la publicité légale²⁴.

²¹ Toullier, I, 579. Duranton, II, 239 et 240. Vazeille, I, 189. Merlin, *Quest.*, v^o Mariage, § 14. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 78, n^o 9. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206. Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261.

²² Une transcription à faire hors des délais indiqués par l'art. 171, constitue une rectification des actes de l'état civil, et ne peut dès lors avoir lieu qu'après autorisation de justice. *Lettre du grand juge*, du 5 germinal an XII, rapportée par Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. III, § 1, n^o 3, p. 579 et 580.

²³ Ce premier point est généralement admis. Outre les autorités citées à la note 21 *supra*, voy. encore : Marcadé, sur l'art. 471 ; Taulier, I, p. 289 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290 ; Demolombe, III, 229 ; Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195 ; Bordeaux, 14 mars 1850, Sir., 52, 2, 561.

²⁴ D'accord avec la jurisprudence, nous avons, dans nos premières éditions, émis l'opinion que les époux, et la femme en particulier, n'étaient admis à invoquer les effets civils attachés à la publicité légale du mariage qu'à partir de la transcription de l'acte de célébration, lorsque cette formalité n'avait pas été accomplie dans le délai fixé par l'art. 171. Les considérations suivantes nous portent à abandonner cette manière de voir : 1^o L'art. 171 ne prononce aucune déchéance, et il ressort des travaux préparatoires du Code qu'on n'a jamais eu l'idée d'attacher à cet article d'autre sanction que celle de peines pécuniaires. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n^o 23. Si le retranchement des dispositions insérées à cet effet dans le projet du Code, a laissé de fait cet article sans sanction, ce n'est pas une raison pour y suppléer par une déchéance que la loi n'a pas établie. 2^o Le système contraire ferait retomber sur la femme les conséquences de l'omission d'une formalité que son état de dépendance vis-à-vis de son mari ne lui permettrait pas toujours de remplir, et dont ce dernier pourrait même avoir intérêt à empêcher l'accomplissement, ce qui est en opposition avec l'esprit général de notre législation touchant les garanties accordées aux femmes mariées pour la conservation de leur patrimoine, et plus spécialement avec les motifs sur lesquels repose la dispense d'inscription de leur hypothèque légale. 3^o Il serait peu rationnel, après avoir admis, comme on est obligé de faire, qu'un mariage célébré en pays étranger produit en France tous les effets civils, indépendam-

Ainsi, les enfants jouissent, malgré le défaut de transcription, du bénéfice de la légitimité, et sont aptes à recueillir, comme enfants légitimes, les successions de leurs parents en ligne directe ou collatérale²⁵.

Ainsi encore, l'absence de transcription ne prive pas la femme du droit de faire valoir son hypothèque légale à partir des époques fixées par l'art. 2135²⁶, et ne lui enlève pas la faculté de demander la nullité des engagements qu'elle aurait contractés sans l'autorisation de son mari²⁷. Toutefois, si les époux avaient tenu leur mariage secret, ils ne pourraient s'en prévaloir vis-à-vis des tiers qui auraient traité avec l'un d'eux dans l'ignorance de leur union²⁸.

Il est, du reste, évident que le défaut de transcription ne pourrait être invoqué, ni par les deux époux, pour repousser l'action en nullité dirigée contre leur mariage²⁹, ni par l'un d'eux ou par son nouveau conjoint, pour faire maintenir une seconde union qu'il aurait formée avant la dissolution de la première³⁰.

ment de la transcription de l'acte de célébration, tant que les époux continuent de résider à l'étranger, de subordonner, quand ils sont de retour en France, quelques-uns de ces effets à l'accomplissement de cette formalité. 4° Enfin, il n'est pas inutile de remarquer que la disposition de l'art. 171 resterait sans application possible, si le mariage avait été contracté dans un pays où il n'est pas d'usage de constater la célébration par un acte instrumentaire. Voy. en ce sens : Mourlon, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 885 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290 ; Demolombe, III, 229. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 240 ; Toullier, I, 589 ; Marcadé, II, sur l'art. 171. Cpr. aussi pour et contre les autorités citées à la note 26 *infra*.

²⁵ Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

²⁶ Mourlon, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Demolombe, *loc. cit.* Trop-Long, *Des hypothèques*, II, 513 *bis*. Civ. rej., 23 novembre 1840, Sir., 40, 1, 929. Voy. en sens contraire : Duranton et Marcadé, *loc. cit.* ; Montpellier, 15 janvier 1823, Sir., 23, 2, 301 ; Req. rej., 6 janvier 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, p. 144 ; Montpellier, 3 juin 1830, Sir., 31, 1, 151.

²⁷ Voy. pour et contre cette proposition, les autorités indiquées à la note 24 *supra*.

²⁸ Cpr. § 467, texte et note 16. Demolombe, *loc. cit.*

²⁹ Vazeille, I, 190. Civ. cass., 8 novembre 1824, Sir., 24, 1, 428.

³⁰ Duranton, II, 240. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

§ 469.

Des mariages contractés en France par des étrangers.

Les étrangers peuvent valablement se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français¹.

Ces mariages sont, quant aux solennités extrinsèques et à la manière d'en constater l'accomplissement, entièrement régis par les lois françaises².

La capacité personnelle des étrangers qui veulent se marier, soit avec des Français, soit entre eux, se règle par les lois de leur pays³.

Les étrangers, incapables de se marier d'après ces lois, ne peuvent, pour justifier de leur capacité, se prévaloir des lois françaises. Ainsi, un étranger qui n'aurait point encore atteint l'âge auquel sa loi nationale permet le mariage, ne serait pas admis à se marier en France, bien qu'il eût dépassé l'âge fixé par l'art. 144⁴. C'est par ce motif que l'officier de l'état civil, appelé à procéder à la célébration du mariage d'un étranger, peut et doit exiger de lui un certificat, délivré par les autorités de son pays, constatant qu'il est habile à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser⁵. Toutefois, l'incapacité résultant de proscriptions

¹ Avis du Conseil d'état, des 2^e-4^e jour complémentaire an XIII (Locré, *Lég.*, II, p. 362). Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 21).

² Ainsi, les étrangers qui n'ont pas six mois de résidence en France, sont tenus de faire publier leur mariage à leur dernier domicile à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice, du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342. Demolombe, III, 231.

³ Dans le cours de la *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 21), le premier consul ayant demandé pourquoi le projet ne parlait pas des mariages contractés en France par des étrangers, Réal expliqua ce silence, en disant qu'un article déjà adopté par le conseil soumettait, en général, aux lois françaises, les étrangers résidants en France. Cette remarque était inexacte, puisque l'alin. 1^{er} de l'art. 3 du Code Napoléon, seule disposition à laquelle Réal ait pu faire allusion, ne soumet les étrangers habitant le territoire français qu'aux lois de police et de sûreté. Or, cette disposition, loin de condamner notre opinion, nous fournit un argument *a contrario* d'autant plus puissant, qu'il se trouve corroboré par un argument d'analogie tiré de l'al. 3 du même article. Cpr. § 31, texte et note 22. Duranton, II, 233. Vazeille, I, 187.

⁴ Voy. aussi sur l'incapacité dont se trouvent frappés les moines étrangers : § 31, texte et note 26.

⁵ Cpr. la circulaire du ministre de la justice, citée à la note 2.

politiques ou de condamnations pénales prononcées en pays étranger, n'empêche pas l'étranger qui s'en trouverait frappé, de contracter en France un mariage valable aux yeux de la loi française⁶.

Réciproquement, on ne peut opposer aux étrangers, capables de se marier d'après les lois de leur pays, les incapacités établies par la loi française. Ainsi, l'étranger qui est parvenu à l'âge auquel il est permis de se marier suivant la loi de son pays, doit être admis à contracter mariage en France, bien qu'il n'ait point encore l'âge requis par l'art. 144.

Les tribunaux français, qui seraient incidemment saisis d'une demande en nullité dirigée contre un mariage contracté, même en France, entre étrangers, doivent apprécier, d'après les lois étrangères, non-seulement la capacité personnelle des époux, mais encore le point de savoir s'il existait ou non un empêchement dirimant de nature à entraîner l'annulation du mariage. Ainsi, le juge français devrait maintenir le mariage célébré entre un beau-frère et une belle-sœur par un officier de l'état civil français, si la loi nationale des époux autorisait un pareil mariage.

Il ne faut pas, toutefois, conclure de la proposition précédente qu'il y ait, pour les officiers de l'état civil en France, obligation ou faculté de procéder à une union entre étrangers, par cela seul que le mariage, si de fait il avait été célébré, ne serait pas susceptible d'être annulé. Bien loin de là, ces officiers peuvent, et doivent même, refuser de prêter leur ministère à toute union qui, quoique permise par la loi nationale des époux, serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, d'après les idées de la société française. C'est ainsi, par exemple, que l'officier de l'état civil pourrait et devrait se refuser à procéder au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs étrangers, qui n'auraient point au préalable obtenu des dispenses du gouvernement français⁷. La même solution semble devoir s'appliquer au cas où un étranger, dont le divorce aurait été légalement prononcé dans son pays, voudrait se marier en France, même avec une étrangère⁸.

⁶ Cpr. § 31, texte et notes 38 à 40.

⁷ Cpr. § 31, texte II et III, n° 2, c. Circulaire ministérielle du 10 mai 1824, Sir., 29, 2, 285.

⁸ On ne saurait contester que l'abolition du divorce a eu pour objet de faire cesser le désaccord qui existait, quant à la question de l'indissolubilité du mariage, entre la loi civile et les croyances religieuses de la majorité des Français; et il serait contraire à l'esprit de cette loi de permettre en France la célébration d'une

La capacité personnelle des Français qui veulent se marier avec des étrangers, se détermine exclusivement par les lois françaises. Ainsi, par exemple, un Français ne peut se marier avec une étrangère qui lui est parente ou alliée au degré prohibé par les art. 161 à 165, quand même cette dernière aurait, d'après les lois de son pays, la faculté de l'épouser⁹.

D'un autre côté, un Français ne peut jamais se prévaloir des dispositions d'une loi étrangère qui autoriserait le mariage qu'il se propose de contracter, pour se soustraire à une prohibition d'ordre public établie par la loi française, et qui, d'après son objet, s'applique non-seulement aux mariages entre Français, mais encore aux mariages entre Français et étrangers. C'est ainsi qu'une Française ne peut valablement contracter mariage avec un mahométan qui serait déjà engagé dans les liens d'une première union.

La prohibition établie par l'art. 144 n'ayant point le caractère qui vient d'être indiqué, rien n'empêche qu'un Français ne contracte valablement mariage avec une étrangère qui n'a point encore atteint l'âge fixé par cet article, pourvu qu'elle soit pubère d'après les lois de son pays.

La loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce, ne contenant aucune disposition qui défende le mariage avec des personnes devenues libres de tout lien matrimonial antérieur par l'effet d'un divorce légalement prononcé, il en résulte que le mariage contracté entre une Française et un étranger divorcé, ne pourrait être annulé par le motif que le premier conjoint de celui-ci se trouvait encore en vie au moment de la célébration de la nouvelle union¹⁰.

union de nature à froisser les sentiments religieux de la société française. En vain objecterait-on que cette union, une fois célébrée, ne pourrait cependant pas être annulée. Cette objection, qui s'appliquerait également au mariage que voudraient contracter en France un beau-frère et une belle-sœur, l'un et l'autre étrangers, n'est en droit d'aucune portée, puisqu'il existe beaucoup d'empêchements qui sont simplement prohibitifs. Cpr. les deux arrêts de la cour de Paris cités à la note 10 *infra*.

⁹ Duranton, II, 164 et 165.

¹⁰ En vain opposerait-on, en sens contraire, l'art. 147 du Code Napoléon combiné avec la loi du 8 mai 1816. Il nous paraît en effet évident, que la question de savoir si un premier mariage contracté par un étranger subsiste encore ou se trouve dissous, ne peut se décider que d'après la loi nationale de cet étranger. Bien qu'un mariage contracté par une Française avec un mahométan, déjà engagé dans les liens d'une première union, constitue par lui-même une violation formelle de la défense prononcée par l'art. 147, il n'en est pas de même

Il est, du reste, bien entendu que si le divorce prononcé en pays étranger, l'avait été en fraude de la loi française, à la demande d'un Français qui s'y serait fait naturaliser dans ce but, un pareil divorce serait à considérer en France comme non avenu, et que par conséquent le second mariage que ce Français aurait contracté, fût-ce même en pays étranger, serait frappé de nullité aux yeux de la loi française ¹¹.

L'union contractée entre un Français et une étrangère, produit en France, tous les effets civils que la loi française attache au mariage ¹².

Au contraire, l'union contractée, même en France, entre deux étrangers, ou entre un étranger et une Française, n'y produit point, en faveur des époux et de leurs enfants, les effets civils qui, d'après les principes exposés au § 78, doivent être considérés comme particuliers aux Français ¹³.

du mariage qu'une Française aurait contracté avec un étranger légalement divorcé, puisque, en pareil cas, c'est bien moins le mariage lui-même, qui est contraire à la loi française, que le maintien du divorce par la loi étrangère. Pour prononcer l'annulation d'une pareille union, il faudrait un texte formel, et ce texte n'existe pas. Demolombe, I, 401. Cpr. Nancy, 30 mai 1826, Sir., 26, 2, 251. — Voy. aussi Paris, 30 août 1824, Sir., 25, 2, 203; Paris, 28 mars 1843, Sir., 43, 2, 566. Ces deux arrêts, qui ont rejeté des demandes formées contre l'officier de l'état civil aux fins de le faire condamner à procéder au mariage d'un étranger divorcé avec une Française, ne sont pas contraires à notre proposition, et confirment la solution que nous avons donnée texte et note 8 *supra*.

¹¹ Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Req. rej., 16 décembre 1845, Sir., 46, 1, 100.

¹² La raison en est que l'étrangère qui épouse un Français, devient Française par son mariage. Art. 12. Cpr. § 73.

¹³ La femme française qui épouse un étranger, devient étrangère par son mariage. Art. 19, al. 1. Elle ne peut donc, pas plus que son mari, réclamer en France la jouissance des droits civils qui sont exclusivement attachés à la qualité de Français. Cpr. § 74, texte n° 5. Avis du Conseil d'état des 2^e-4^e jour complémentaires an XIII, Locré, *Lég.*, II, p. 362. Il ne lui compète, par exemple, aucune hypothèque sur les immeubles que son mari possède en France. Cpr. § 78, texte et notes 60 à 62. — Voy. cep. en ce qui concerne la légitimation des enfants issus du commerce d'un étranger et d'une Française : Civ. cass., 23 novembre 1857, Sir., 58, 1, 293. Cet arrêt, rendu dans des circonstances exceptionnelles, ne contredit pas le principe posé au § 78, texte et note 26.

IV. DES EFFETS DU MARIAGE EN CE QUI CONCERNE LES DROITS ET LES DEVOIRS
RESPECTIFS DES ÉPOUX ¹.

§ 470.

1. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

Chacun des époux doit à son conjoint la fidélité conjugale².
Art. 212.

Les époux se doivent mutuellement l'assistance personnelle qu'ils sont en position de se prêter, et des secours pécuniaires proportionnés à leurs facultés. Art. 212³.

§ 471.

2. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

Le mari doit protection à sa femme, la femme, obéissance à son mari. Art. 213.

Du principe que la femme doit obéissance à son mari, il résulte qu'elle est obligée d'habiter avec lui⁴, et de le suivre partout où il juge à propos de résider, même en pays étranger². Art. 214. Le mari est autorisé à dénier tout secours pécuniaire à sa femme, lorsqu'elle se refuse à l'accomplissement de cette obligation³. Si ce moyen est insuffisant pour vaincre sa résistance, les tribunaux

¹ Il ne peut être ici question des effets du mariage, en ce qui concerne les biens des époux : ils seront exposés au second chapitre de cette section.

² Ce principe est cependant sanctionné d'une manière plus rigoureuse quant à la femme, que relativement au mari. Cpr. art. 229 et 230 cbn. 306 ; Code pénal, art. 336 à 339 ; Vazeille, II, 287.

³ Cpr. art. 1448, 1537 et 1575 ; Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627 ; Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215.

⁴ Cpr. art. 108.

² *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 393, art. 2 ; p. 395 et 396, n° 32). Delvincourt, I, p. 156. Proudhon, I, p. 452. Toullier, II, 616. Duranton, II, 435. Vazeille, II, 290. Marcadé, sur l'art. 214, n° 2. Demolombe, IV, 90. — Il en serait cependant autrement, dans le cas où le mari voudrait émigrer en pays étranger, contrairement aux prohibitions d'une loi politique. Proudhon, Vazeille, et Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 91.

³ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 376, n° 32). Delvincourt, I, p. 155. Duranton, II, 438. Demolombe, IV, 104. Voy. cependant Montpellier, 23 décembre 1830, Sir., 31, 2, 331. Cet arrêt, rendu dans des circonstances toutes particulières, peut-être équitable ; mais il ne nous semble pas juridique.

peuvent, en la condamnant à rentrer au domicile conjugal, permettre au mari de l'y contraindre⁴, soit au moyen de la saisie de ses revenus⁵, s'il y a lieu⁶, soit au moyen de l'emploi de la force publique⁷ (*manu militari*). Les tribunaux sont même tenus d'ordonner cette dernière voie de contrainte, quand elle est requise à défaut d'autre moyen d'exécution, ou à raison de l'inefficacité de ceux qui ont été jusqu'alors employés⁸.

⁴ Le choix à faire entre les deux moyens de contrainte indiqués au texte, paraît, à raison du silence de la loi, et d'après la *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 396, n° 32), abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge. Mais ces deux moyens de contrainte semblent les seuls que les tribunaux soient légalement autorisés à ordonner. Ainsi, il ne leur serait pas, à notre avis, permis, comme le pensent MM. Duranton (II, 439) et Demolombe (IV, 106), de prononcer des condamnations en dommages-intérêts contre la femme qui refuserait de rejoindre son mari. D'une part, en effet, il ne s'agit point ici d'une obligation corrélatrice à un droit de créance, mais d'un devoir correspondant à un droit de puissance, et qui, par cela même, ne se résout pas en dommages-intérêts. D'autre part, les dommages-intérêts, qui sont uniquement destinés à indemniser celui auquel ils sont attribués, du préjudice qu'il a souffert et du gain dont il a été privé, par suite de l'inexécution d'une obligation, ne peuvent être adjugés comme moyen de contraindre la partie qui y est condamnée, à l'accomplissement de cette obligation. Cpr. art. 1149; § 299; note 3; Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127.

⁵ Delvincourt, I, p. 155. Vazeille, II, 291. Demolombe, IV, 105. Marcadé, *loc. cit.* Pau, 22 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 15. Riom, 13 août 1810, Sir., 13, 2, 239. Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249. Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. Paris, 14 mars 1834, Sir., 34, 2, 159. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 438 et 439.

⁶ C'est-à-dire, si la femme touche elle-même tout ou partie de ses revenus. Cpr. art. 1448, 1449, 1534, 1536, 1537, 1575 et 1576.

⁷ Vazeille, II, 291. Toullier, XIII, 109. Valette, sur Proudhon, I, p. 453, note a. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 107. Paris, 29 mai 1808, Sir., 8, 2, 199. Pau, 12 avril 1810, Sir., 10, 2, 241. Turin, 17 juillet 1810, Sir., 12, 2, 414. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123. Nancy, 11 avril 1826, Sir., 26, 2, 200. Req. rej., 9 août 1826, Sir., 27, 1, 88. Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Dijon, 25 juillet 1840, Sir., 40, 2, 291. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 155; Duranton, II, 440; Duvergier, sur Toullier, I, 616, note 1; Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. C'est en confondant le moyen de coercition dont il est question au texte avec la contrainte par corps, et en méconnaissant les véritables caractères des droits et des devoirs que le mariage engendre, que ces auteurs et ces arrêts ont admis une opinion contraire à la nôtre.

⁸ Le jugement qui, dans les circonstances indiquées au texte, refuserait au mari le droit de vaincre, par l'emploi de la force publique, la résistance de sa femme, paralyserait l'exercice d'un droit reconnu par la loi, et encourrait la censure de la cour de cassation.

Le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari⁹. Il peut seulement, tout en la condamnant à l'accomplissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position¹⁰. Le mari qui exige de sa femme le retour au domicile conjugal, doit aussi lui fournir les moyens de quitter, d'une manière honnête, son habitation actuelle, et de venir le rejoindre¹¹.

Si la femme est tenue d'habiter avec son mari, ce dernier, de son côté, est tenu de la recevoir chez lui, de la traiter maritalement¹², et de lui fournir tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Art. 214. Lorsque le mari se refuse à l'accomplissement de ce devoir, les tribunaux doivent autoriser la femme à recourir à l'emploi de la force publique pour se procurer l'entrée du logement occupé par le mari¹³. Mais ils ne pourraient personnellement contraindre ce dernier à rejoindre sa femme, soit dans une habitation qu'elle se serait choisie, soit même dans le domicile conjugal¹⁴. Il est, du reste, bien entendu, que le mari qui refuse de recevoir sa femme, peut et doit être

⁹ Pothier, n° 383. Vazeille, II, 393 à 395. Bruxelles, 13 août 1806, Sir., 7, 2, 28. La seule modification dont ce principe soit, à notre avis, susceptible, est celle que nous y avons nous-mêmes apportée. Nous croyons donc devoir rejeter tous les autres tempéraments proposés par M. Duranton (II, 437). La femme ne peut se soustraire au devoir de la cohabitation qu'en faisant prononcer sa séparation de corps. Cpr. Nancy, 21 janvier 1858, Sir., 58, 2, 75.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Mari, § 2, n° 1. Vazeille, II, 296 à 299. Duranton, II, 437. Demolombe, IV, 95. Bruxelles, 11 mars 1807, Sir., 7, 2, 262. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 7, 2, 1196. Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Paris, 19 avril 1817, Sir., 18, 2, 63. Civ. rej., 9 janvier 1826, Sir., 26, 1, 264. La jurisprudence n'a pas toujours rigoureusement observé la distinction que nous avons établie au texte. Parmi les arrêts que nous avons cités, il en est qui ont déclaré le mari purement et simplement non recevable dans sa demande.

¹¹ Le mari est-il tenu de payer les dettes que, pendant la séparation, la femme a été forcée de contracter pour satisfaire à ses besoins? Cette question ne nous paraît pas susceptible d'une solution absolue et doit être décidée d'après les circonstances particulières à chaque espèce. Cpr. § 509, texte n° 7, notes 40 et 41; Demolombe, IV, 94; Grenoble, 20 juillet 1824, Dalloz, 1825, 2, 106; Bordeaux, 8 juin 1839, Sir., 39, 2, 416; Req. rej., 13 février 1844, Sir., 44, 1, 662.

¹² Cpr. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., 30, 1, 99.

¹³ Toullier, XIII, 110. Demolombe, IV, 110. Civ. cass., 20 janvier 1830, Dalloz, 1830, 1, 60.

¹⁴ Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215.

condamné à lui payer, s'il y a lieu, une pension proportionnée à ses besoins et à ses propres facultés¹⁵.

§ 472.

Continuation. — De l'autorisation maritale¹.

1° La femme mariée ne peut, en son nom personnel et pour ses propres affaires², ni ester en justice, ni faire, en général, des actes juridiques quelconques, sans l'autorisation de son mari. Art. 215 et 217. Cette autorisation est requise, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés. Elle devient nécessaire, à partir de la célébration du mariage³, et ne cesse de l'être qu'après sa dissolution⁴.

Sanctionner pour tous les actes de la vie civile le devoir d'obéissance imposé à la femme, et garantir son patrimoine, en tant qu'il

¹⁵ Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Bruxelles, 30 août 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 115; Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145; Lyon, 30 novembre 1811, Sir., 12, 2, 63; Req. rej., 28 décembre 1830, Sir., 31, 1, 11. — La femme d'un pensionnaire de l'État, envers laquelle son mari ne remplit pas les obligations qui lui sont imposées par l'art. 214, peut saisir, et même faire retenir administrativement, le tiers de la pension militaire ou civile de ce dernier. Avis du Conseil d'état des 22 décembre 1807 - 11 janvier 1808. Loi du 11 avril 1831, art. 28. Loi du 18 avril 1831, art. 30, cbn. Loi du 19 mai 1834, art. 20. Loi du 9 juin 1853, art. 26.

¹ Cpr. sur cette matière : Pothier, *De la puissance du mari*; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. I; Koenigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français*, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 393; Masson, *Recherches historiques sur l'origine de l'autorité maritale en France*, *Journal de l'institut historique*, 1845, V, p. 163 et 241.

² La validité de l'acte juridique fait par un mandataire, n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de ce dernier. Cpr. § 411, texte et note 7. La femme peut donc, sans l'autorisation de son mari, valablement agir au nom d'un tiers, en exécution d'un mandat conventionnel. Elle peut également, en vertu du pouvoir que lui donne à cet effet l'art. 935, accepter une donation faite à son enfant mineur. Cpr. § 652, note 2. — Quant à l'obligation qu'engendre pour la femme l'acceptation d'un mandat qui lui aurait été conféré, sa validité est soumise à la condition de l'autorisation maritale. Cpr. § 411. — *Quid* du mandat conféré à la femme par son mari? Cpr. texte n° 4, et note 44 *infra*.

³ Les coutumes qui l'exigeaient à partir des fiançailles, ont été abrogées par le Code. Cpr. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, III, 171; Pothier, *op. cit.*, n° 7; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 2; Vazeille, II, 302.

⁴ Elle est donc encore nécessaire malgré la séparation de corps. Cpr. § 494, texte et note 6

est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est le double but que le législateur a eu en vue en établissant le principe de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt personnel de la femme elle-même, que dans celui du mari considéré comme chef de l'union conjugale et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent⁵.

2° L'autorisation maritale, dont la femme doit être pourvue pour ester en justice, est exigée quel que soit le régime matrimonial sous lequel elle se trouve placée. Art. 215.

Elle est nécessaire devant toute juridiction, et à tous les degrés d'instance⁶. La femme en a même besoin pour comparaître au bureau de paix⁷.

L'autorisation maritale est requise en toute espèce d'instances judiciaires, quels que soient l'objet et la nature de la contestation, et alors même que le litige porterait sur des actes que la femme était capable, soit comme marchande publique, soit en vertu de ses conventions matrimoniales, de passer sans autorisation.

Enfin, la femme a besoin de l'autorisation maritale pour dé-

⁵ L'incapacité de la femme mariée est bien différente de celle du mineur. Cpr. art. 1124 et 1125. Celle-ci est établie *propter imperitiam ætatis*, et par conséquent dans l'intérêt du mineur. Celle-là, au contraire, n'est point établie *propter fragilitatem sexus*. Ce qui le prouve évidemment, c'est que les filles majeures et les veuves jouissent, en général, de la même capacité que les hommes. Cpr. § 86, texte n° 1. L'incapacité de la femme mariée est une conséquence du mariage et de la puissance maritale. Cette puissance, qui confère au mari des droits si importants, lui impose aussi des devoirs, et notamment l'obligation de veiller à la garde de tous les intérêts qui se rattachent à l'union conjugale. Il faut en conclure que, quoique l'autorisation maritale ne soit pas requise comme garantie des intérêts individuels de la femme, elle n'est cependant pas uniquement exigée en faveur du mari, mais encore et surtout pour la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont il est le représentant. Ainsi s'explique parfaitement l'art. 225, qui paraît, au premier abord, contraire au principe sur lequel est, à notre avis, fondée l'autorisation maritale. Si la femme est admise à faire valoir la nullité résultant du défaut d'autorisation, c'est moins en vertu d'un droit établi à son profit particulier, qu'en vertu d'un droit qu'elle puise dans sa participation aux intérêts collectifs qui, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés, naissent du fait même du mariage. Les auteurs, soit anciens, soit modernes, sont loin d'être d'accord sur le fondement de l'autorisation maritale. Cpr. Lebrun, *op. cit.*, sect. I, n° 1; Pothier, *op. cit.*, n° 4; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. II; Proudhon, I, p. 454. Notre manière de voir sur ce point a été adoptée par M. Demolombe (IV, 413 à 417).

⁶ Demolombe, IV, 428 et 430.

⁷ Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Duranton, II, 452. Demolombe, IV, 429. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir., 8, 1, 310.

fendre à une demande formée contre elle, aussi bien que pour introduire une action, et quelle que soit d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, sa partie adverse.

Il résulte entre autres de ces diverses propositions, que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour figurer dans une procédure d'ordre⁸, pour défendre à une demande en interdiction dirigée contre elle⁹, et même pour intenter contre son mari une demande en nullité de mariage¹⁰.

La nécessité de l'autorisation maritale s'applique même au cas où il s'agirait d'un procès lié antérieurement au mariage, en ce sens que si la cause n'est point encore en état au moment du mariage, la femme ne peut plus ultérieurement procéder sans être autorisée¹¹.

Par exception au principe posé dans l'art. 215, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire à la femme pour défendre, soit à l'action du ministère public qui la poursuit¹² à raison d'un délit de Droit criminel¹³, soit à la demande en dommages-intérêts que la partie lésée par suite d'un délit de cette espèce, a formée accessoirement à la poursuite du ministère public¹⁴. Art. 216 et arg. de cet article.

⁸ Demolombe, IV, 124. Civ. cass., 21 avril 1828, Sir., 28, 1, 275. Toulouse, 19 mars 1833, Sir., 33, 2, 246. Grenoble, 10 mars 1848, Sir., 48, 2, 749.

⁹ Merlin, *op. et v° cit.*, § 7, n° 18 bis. Duranton, II, 456. Demolombe, IV, 125. Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., 22, 1, 156.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2. Demolombe, IV, 127. Civ. cass., 21 janvier 1845, Sir., 45, 1, 366. Req. rej., 10 février 1851, Sir., 51, 1, 202. Cpr. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360.

¹¹ Cpr. Code de procédure, art. 342 et suiv. Maleville, sur l'art. 215. Toullier, II, 620. Duranton, II, 437. Vazeille, II, 302. Demolombe, IV, 139. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Cpr. cep. Req. rej., 17 août 1831, Sir., 31, 1, 319.

¹² Il en est autrement, lorsque la femme est poursuivante. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII, n° 18. Duranton, II, 454. Demolombe, IV, 140. Crim. cass., 1^{er} juillet 1808, Sir., 8, 1, 528. — D'un autre côté, la femme qui, sur la poursuite dirigée contre elle par le ministère public, oppose une exception préjudicielle, a besoin d'autorisation pour faire statuer sur cette exception par les tribunaux civils. Civ. cass., 20 mai 1846, Sir., 46, 1, 550.

¹³ Ce mot, employé ici dans son acception étendue, comprend les contraventions, les délits proprement dits, et les crimes. Cpr. Code pénal, art. 1. Crim. cass., 24 février 1809, Sir., 10, 1, 192. Crim. cass., 20 janvier 1825, Dalloz, 1825, 1, 169.

¹⁴ Cette proposition se justifie par les termes mêmes de l'art. 216, et par le principe que le juge valablement saisi, quant au délinquant, de l'action publique, est aussi valablement saisi à son égard de l'action civile. La femme n'a donc pas

En vertu d'une seconde exception, la femme est admise à présenter, sans autorisation, la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens qu'elle se propose de former¹⁵. Cette exception semble devoir s'appliquer également à la requête présentée par la femme aux fins d'interdiction de son mari¹⁶.

3° L'autorisation maritale dont la femme doit être pourvue en matière extrajudiciaire, est exigée pour toute espèce d'actes juridiques, peu importe qu'il s'agisse d'actes d'aliénation ou d'acquisi-

plus besoin d'autorisation pour la seconde que pour la première : *Accessorium sequitur principale*. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 472, texte et note 10. Mais, lorsque la femme est directement poursuivie par la partie lésée, soit devant un tribunal civil, soit même devant un tribunal de justice répressive, elle doit être pourvue de l'autorisation maritale : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. La distinction que nous établissons ainsi entre cette dernière hypothèse et celle qui est indiquée au texte, nous paraît être une conséquence de la faculté accordée à la partie lésée, de former sa demande en dommages-intérêts à l'audience même où se trouve portée l'action publique, et jusqu'au jugement de cette action. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 4 à 3, et 359. Cette faculté, en effet, se trouverait restreinte, et pourrait même devenir complètement illusoire, si, pour l'exercer, il était nécessaire d'assigner le mari aux fins d'autorisation. Tandis que, quand l'action civile est formée d'une manière principale, rien n'empêche la partie lésée d'assigner le mari en même temps que la femme. Cette distinction, que nous avons proposée dans nos premières éditions, a été adoptée par Marcadé (sur l'art. 246, n° 1). Quant à M. Demolombe (IV, 143), il pense que l'autorisation n'est pas même nécessaire dans le cas où la partie lésée saisit directement un tribunal de justice répressive de sa demande en dommages-intérêts. Mais cette manière de voir nous semble suffisamment réfutée par les considérations que nous venons de présenter, et par les motifs déjà déduits à la note 8 du § 109. Nous ajouterons que le mari peut avoir le plus grand intérêt, pour éviter un scandale judiciaire, à prendre des arrangements avec la partie qui se prétend lésée par un délit qu'elle impute à la femme, ce qui est assurément une considération grave pour justifier la nécessité de l'autorisation maritale dans l'hypothèse dont il s'agit. Cpr. au surplus sur cette question : Pothier, *op. cit.*, n° 60; *Exposé de motifs*, par Portalis (*Lég.*, IV, p. 523, n° 64); Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, sect. VII, n° 18; Vazeille, II, 311; Crim. rej., 31 mai 1816, Sir., 16, 1, 271.

¹⁵ Arg. Code de procédure, art. 865, 875 et 878. Toullier, II, 766. Duranton, II, 585. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 2. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 902, n° 1. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345. Demolombe, IV, 135. Req. rej., 13 brumaire an XIV, Sir., 6, 1, 111. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190. — L'exception indiquée au texte s'applique même à l'hypothèse où la femme est mineure. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 8. Toullier, II, 767. Duranton, Favard et Dalloz, *loc. cit.* Bordeaux, 1^{er} juillet 1806, Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 903, note 2.

¹⁶ Toulouse, 8 février 1823, Sir., 23, 2, 130. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 322; Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII, n° 16; Demolombe, IV, 126.

tion, de disposition ou d'administration, d'actes à titre onéreux par lesquels la femme s'obligerait envers des tiers, ou d'actes à titre gratuit faits en sa faveur et qui ne contiendraient aucune obligation de sa part¹⁷. Art. 217¹⁸. Ainsi, par exemple, la femme ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, à titre onéreux ou gratuit, ses biens meubles ou immeubles, constituer sur ses héritages des servitudes ou des hypothèques, faire une renonciation quelconque¹⁹, effectuer ou recevoir un paiement, accepter une donation, un legs, ou une succession. Art. 776, 905 et 934.

Cette règle est étrangère aux obligations dont la validité n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de l'obligé²⁰. Ainsi, la femme peut, indépendamment de l'autorisation du mari, se trouver valablement engagée, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui procède directement de la loi²¹, ou d'une obligation qui prend sa source, soit dans le fait d'un tiers²², soit

¹⁷ *Ne uxor turpem quæstum faciat. Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 397 et suiv., n° 35).

¹⁸ La règle que pose cet article ne doit pas être restreinte aux actes juridiques qui s'y trouvent nominativement indiqués, plutôt par forme d'exemple que dans une intention restrictive. La combinaison de l'art. 217 avec les art 220 à 224 et 226, ne peut laisser aucun doute à cet égard. Les exceptions consignées dans ces derniers articles témoignent hautement de la généralité de la règle établie par le premier. Demolombe, IV, 179.

¹⁹ Vazeille, II, 304. Demolombe, IV, 281. Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 356.

²⁰ C'est sans doute pour qu'on ne pût tirer de l'art. 217 une conséquence contraire à la proposition énoncée au texte, que le Conseil d'état ne crut pas devoir obtempérer au vœu du Tribunat, qui demandait l'insertion dans cet article d'une disposition par laquelle on déclarât la femme incapable de s'obliger sans l'autorisation de son mari. *Observations du Tribunat*, (Locré, *Lég.*, IV, p. 458, n° 24).

²¹ Telle est l'obligation de gérer une tutelle à laquelle la femme a été appelée, et de répondre, soit du défaut de gestion, soit de la mauvaise administration de cette tutelle. Cpr. art. 1370. Demolombe, IV, 176. — D'après M. Duranton (II, 500), qui fait encore dériver d'un quasi-contrat l'obligation dont nous nous occupons, la femme mariée ne se trouverait obligée comme tutrice, qu'autant qu'elle aurait accepté, avec l'autorisation de son mari, la tutelle qui lui a été déferée. M. Duranton a oublié que les obligations imposées par la délation d'une tutelle découlent de la loi seule, et qu'elles existent indépendamment de l'acceptation de la tutelle. Cpr. § 440, texte *in fine*, et § 441, note 3.

²² La femme dont les affaires ont été utilement gérées par un tiers est, en l'absence même d'autorisation maritale, soumise à toutes les obligations qu'impose le quasi-contrat de gestion d'affaires; elle n'est pas seulement engagée jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de la gestion, ainsi que l'enseignent à tort Delvincourt (I, p. 163) et M. Duranton (II, 497), qui confondent l'action ne-

dans la *versio in rem*²³, soit enfin dans un délit ou un quasi-délit²⁴.

D'un autre côté, la règle ci-dessus posée est soumise à certaines exceptions. Ainsi, la femme peut, sans l'autorisation de son mari :

Prendre les mesures qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de ses droits²⁵ ;

Faire un testament ou le révoquer (art. 226, 905, al. 2, et arg. art. 1096, al. 2) ;

Révoquer une donation entre-vifs qu'elle a faite à son mari pendant le mariage (art. 1096) ;

Reconnaître les enfants naturels qu'elle a procréés avant son mariage, soit avec son mari, soit avec tout autre²⁶ ;

Exercer, sur la personne des enfants légitimes ou naturels qu'elle a eus d'un autre que son mari, tous les droits de la puissance paternelle, par exemple, donner son consentement à leur mariage, ou les émanciper²⁷.

gotiorum gestorum contraria, et l'action *de in rem verso*. Pothier, *op. cit.*, n° 50. Toullier, XI, 39. Demolombe, IV, 177. — La femme qui, sans autorisation de son mari, s'est immiscée dans les affaires d'autrui, ou a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, est-elle tenue des obligations qui résultent des quasi-contrats de gestion d'affaires ou de réception du paiement de l'indu? Nous ne le pensons pas. Arg. art. 1990 et 1241. Demolombe, IV, 181 et 182. Cpr. § 441, note 1 ; § 442, texte n° 2 *in fine*.

²³ Art. 1238, 1241, 1312 et arg. de ces articles. Pothier, n° 51. Delvincourt et Duranton, *loc. cit.* Toullier, II, 627 et 628. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 1, 332. Civ. cass., 27 décembre 1843, Sir., 44, 1, 332. Req. rej., 12 mars 1844, Sir., 45, 1, 47. Bordeaux, 16 mars 1854, Sir., 54, 2, 694. Req. rej., 24 janvier 1855, Sir., 56, 1, 56.

²⁴ Cpr. art. 1310. Delvincourt, I, p. 162. Duranton, II, 493. Demolombe, IV, 178.

²⁵ Ainsi, la femme n'a pas besoin d'autorisation pour requérir, soit les transcriptions prescrites par les art. 171 et 939, soit l'inscription de son hypothèque légale. Cpr. art. 940, 2139 et 2194. — Si cependant il s'agissait d'un acte conservatoire qui exigeât l'introduction d'une demande en justice, ou qui imposât quelque obligation à la femme, la règle générale reprendrait son empire. La femme a donc besoin de l'autorisation de son mari pour exercer une surenchère sur les biens d'un tiers. Toullier, XIII, 197. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 951 et 952. Demolombe, IV, 133. Civ. rej., 14 juin 1824, Sir., 24, 1, 321. Voy. sur les conséquences qu'entraîne en pareil cas le défaut d'autorisation, texte n° 11, et note 93 *infra*. — Cpr. aussi, quant à la surenchère exercée par la femme séparée de biens sur les immeubles de son mari, texte et note 71 *infra*.

²⁶ Cpr. § 568, texte n° 2 et note 10.

²⁷ Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 588. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1031.

Enfin, la femme mariée sous le régime dotal, ou séparée de biens, soit conventionnellement, soit judiciairement, peut, sans l'autorisation de son mari, passer, relativement aux biens dont elle a la jouissance, tous les actes qui sont une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît. Il en est de même de la femme qui, en se mariant sous le régime de la communauté ou sous le régime simplement exclusif de communauté, s'est réservée la jouissance et l'administration d'une partie de sa fortune²⁸.

4° Le mari est libre d'accorder ou de refuser son autorisation. Mais la femme est admise à réclamer contre son refus.

Elle doit, à cet effet, se pourvoir, dans les formes indiquées par l'art. 861 du Code de procédure civile²⁹, devant le tribunal du domicile conjugal. Art. 219. Ce tribunal peut, le mari entendu ou dûment appelé, donner, s'il l'estime convenable, l'autorisation demandée par la femme. Code de procédure, art. 862. Le jugement qui accorde ou refuse l'autorisation, est susceptible d'appel.

Ces règles de compétence et ces formes de procéder s'appliquent non-seulement en matière extrajudiciaire, mais encore en matière judiciaire, alors du moins que la femme est demanderesse. Celle-ci ne pourrait donc pas demander, par voie incidente, au tribunal saisi de la contestation, l'autorisation dont elle a besoin³⁰. Il en est ainsi en instance d'appel, ou devant la Cour de cassation, comme en première instance³¹.

Au contraire, lorsque la femme est défenderesse, les règles de compétence et les formes de procéder tracées par les art. 219 du Code Napoléon, 861 et 862 du Code de procédure, ne sont plus applicables. C'est au demandeur qu'incombe, en pareil cas, l'obligation de faire autoriser la femme. Il lui suffit, à cet effet, en

²⁸ Cpr. art. 1449, 1534, 1536 et suiv.

²⁹ Les dispositions de cet article ont dérogé à celles de l'art. 219 du Code Napoléon, en ce que la femme ne peut pas directement assigner son mari. Elle doit, après lui avoir fait une sommation destinée à constater son refus, obtenir du président du tribunal la permission de le faire citer à la chambre du conseil.

³⁰ *Exposé de motifs*, par Berlier (Loché, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Proudhon, I, p. 469. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 2. Carré, *Lois de la procédure*, III, quest. 2909. Demolombe, IV, 250. Paris, 24 avril 1843, Sir., 43, 2, 264.

³¹ Civ. rej., 27 mars 1846, Sir., 46, 1, 747. Lyon, 7 janvier 1848, Sir., 50, 2, 464. Bordeaux, 4 avril 1849, Sir., 50, 2, 463. Bordeaux, 3 mars, 24 mai et 11 août 1851, Sir., 51, 2, 424, 707 et 757. Voy. en sens contraire : Demolombe, IV, 262 et 263 ; Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 211 ; Rouen, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 134. Cpr. aussi Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247.

assignant celle-ci, d'assigner en même temps le mari aux fins d'autorisation, devant le tribunal auquel la contestation doit être soumise. Si ce dernier fait défaut ou refuse l'autorisation, elle s'accorde, sur les conclusions du demandeur, par le jugement qui statue sur la demande principale³². Art. 218.

5° En thèse générale, l'autorisation doit émaner du mari, et ce n'est que sur le refus de ce dernier, que la justice peut donner à la femme l'autorisation qui lui est nécessaire³³.

Mais il est des cas exceptionnels dans lesquels la justice est appelée à exercer, en place du mari, le droit d'autorisation.

Il en est ainsi, en premier lieu, lorsque, par suite de l'absence du mari, la femme se trouve dans l'impossibilité de requérir son autorisation³⁴. Art. 222.

Il en est ainsi, en second lieu, dans le cas où, pour cause d'incapacité personnelle, le mari se trouve privé du droit d'autorisation. Le mari est incapable d'autoriser sa femme, en quelque matière, et pour quelque acte que ce soit, lorsqu'il est interdit, ou lorsque, sans être interdit, il est retenu dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838³⁵.

³² *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. cit.*). Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VIII, n° 7. Demolombe, IV, 266 à 269. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 17 août 1813, Sir., 13, 1, 444. Req. rej., 16 janvier 1838, Sir., 38, 1, 225. Civ. cass., 5 avril 1840, Sir., 40, 1, 768. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247.

³³ Demolombe, IV, 212. Toulouse, 18 août 1827, Sir., 29, 2, 237.

³⁴ D'après la discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, IV, p. 399 et 400, n° 40), le mot *absent* dont se sert l'art. 222, s'appliquerait au non-présent, comme à l'absent proprement dit. C'est aussi ce qu'enseignent la plupart des auteurs. Cpr. Maleville, I, p. 232; Toullier, II, 651; Duranton, II, 506; Demolombe, IV, 214. Voy. encore : Agen, 31 juillet 1806, Sir., 7, 2, 790. Toutefois, il a été jugé (Colmar, 31 juillet 1810, Sir., 11, 2, 206; Req. rej., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 547), et avec raison selon nous, que si le mari est simplement éloigné de son domicile, sans que son existence soit incertaine, la femme ne peut se pourvoir aux fins d'autorisation judiciaire dans les formes indiquées par l'art. 863 du Code de procédure, mais qu'elle doit suivre, comme au cas de refus, les formes tracées par les art. 861 et 862 du même Code. En effet, quelle que soit l'acception que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu attribuer au mot *absent*, dans l'art. 222, on est forcé de reconnaître, d'après la rédaction restrictive de l'art. 863 du Code de procédure, qu'en traçant les formes à suivre pour obtenir l'autorisation du juge, les rédacteurs de ce dernier Code n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile, à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression. Cpr. de Moly, *Traité des absents*, nos 738 à 746; Marcadé, sur l'art. 222.

³⁵ Suivant l'économie générale de cette loi, les personnes retenues dans un

Art. 222³⁶. Le mari condamné, contradictoirement ou par contumace, à une peine afflictive ou à la peine infamante du bannissement, est, pendant la durée de sa peine ou durant l'état de contumace, frappé de la même incapacité³⁷. Art. 221. Le mineur est incapable d'autoriser sa femme, si ce n'est relativement aux affaires de la nature de celles qu'à raison de son émancipation, il peut traiter par lui-même, et sans l'assistance de son curateur³⁸. Art. 224³⁹. Enfin, celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut autoriser sa femme quant aux actes qui rentrent dans la catégorie de ceux pour la validité desquels il doit être assisté de son conseil⁴⁰. Arg. art. 222 et 224.

établissement d'aliénés, sont placées dans une position, sinon identique, du moins analogue à celle des interdits. Cpr. § 127 *bis*, texte n° 2 et note 31.

³⁶ Cpr. sur la procédure à suivre par la femme qui veut, en pareil cas, se faire autoriser par justice : Code de procédure, art. 864 ; Poitiers, 17 juin 1846, Sir., 47, 2, 16. — La marche tracée par cet article doit, par voie d'analogie, être également adoptée, lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou à la peine infamante du bannissement.

³⁷ Cpr. Code pénal, art. 7 et 8. — Après l'expiration de sa peine, le mari est relevé de cette incapacité, indépendamment de toute réhabilitation. L'opinion contraire, enseignée par Delvincourt (I, p. 164), est formellement condamnée par le texte de l'art. 221, et par l'art. 34 du Code pénal, duquel il résulte, par arg. *a contrario*, que la dégradation civique n'entraîne pas, par elle-même, déchéance des droits qui découlent de la puissance maritale. Duranton, II, 507. Vazeille, I, 347. Valette, sur Proudhon, I, p. 470, note *a*. Demolombe, IV, 216.

³⁸ Cette exception, que l'art. 224 ne rappelle pas expressément, résulte du principe même sur lequel repose la disposition de cet article. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n° 68). Delvincourt, I, p. 183. Toullier, II, 653. Au surplus, la question n'est pas aussi importante qu'on pourrait le croire, puisque la capacité du mineur émancipé est, en général, restreinte aux actes d'administration, et que, pour la passation de ces actes, la femme qui jouit de l'administration de ses biens, n'a besoin d'aucune autorisation. Cpr. Duranton, II, 504 et 505 ; Vazeille, II, 349 ; Demolombe, IV, 221.

³⁹ C'est encore dans les formes indiquées par l'art. 864 du Code de procédure que la femme doit, en pareil cas, se pourvoir aux fins d'autorisation judiciaire. Carré, *Lois de la procédure civile*, III, quest. 2925. Cependant, le juge fera bien de ne statuer sur la demande de la femme, que le mari entendu ou dûment appelé. Toullier, II, 653. Vazeille, II, 348. Carré, *op. et loc. cit.* Demolombe, IV, 253.

⁴⁰ Cpr. art. 499 et 513 ; § 139. Comment, en effet, le mari pourrait-il autoriser sa femme à passer un acte qu'il est lui-même incapable de faire ? *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n° 68). Demolombe, IV, 226. Civ. cass., 11 août 1840, Sir., 40, 1, 858. Rennes, 7 décembre 1840, Sir., 41, 2, 423. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, II, 506. — D'après M. Magnin (*Des minorités*, I, 909), dont l'opinion a été adoptée par un arrêt de la cour de Paris,

Du reste, rien n'empêche que le mari n'autorise valablement sa femme, soit à passer avec des tiers des actes à la conclusion desquels il serait personnellement intéressé⁴¹, soit à traiter avec lui-même des affaires dans lesquelles les deux époux figureraient seuls comme parties⁴². Le mari peut donc autoriser sa femme à conclure avec lui un contrat de vente dans les cas indiqués par l'art. 1595⁴³, et à accepter un mandat qu'il lui confère⁴⁴.

en date du 27 août 1833 (Sir., 33, 2, 562), le mari pourvu d'un conseil judiciaire ne serait pas absolument incapable d'autoriser sa femme, mais il ne pourrait le faire qu'avec l'assistance de son conseil. Cette opinion intermédiaire nous paraît contraire à l'esprit général de notre législation, qui veut que la femme soit autorisée par la justice, lorsque son mari est incapable de l'autoriser lui-même.

⁴¹ Cpr. art. 1449 et 1434, et la note suivante. Duranton, II, 471. Vazeille, II, 360. Demolombe, IV, 232. Gênes, 30 août 1841, Sir., 42, 2, 181. Civ. cass., 13 octobre 1842, Sir., 43, 1, 143. — Il en est ainsi, même dans les cas prévus par l'art. 1427 : cet article n'exige l'autorisation de justice qu'à défaut de celle du mari. Duranton, II, 472. Civ. rej., 8 novembre 1844, Sir., 45, 1, 113.

⁴² Le législateur n'a pas, dans la matière qui nous occupe, pris en considération les intérêts individuels de la femme. Si les droits du mari ont été respectés, si les intérêts matrimoniaux ont été garantis, le but de la loi est atteint. Cpr. note 5 *supra*. La maxime *Nemo potest esse auctor in rem suam*, est donc inapplicable à l'autorisation maritale. Pothier, *op. cit.*, n° 42. Delvincourt, I, p. 159. Marcadé, sur l'art. 224, n° 2. Demolombe, IV, 234 à 236. Nîmes, 9 février 1842, Sir., 46, 1, 604. Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627. Cpr. cep. Req. rej., 14 février 1840, Sir., 40, 1, 189. D'après M. Duranton (II, 471 à 473), il faudrait, en distinguant les affaires qui se traitent uniquement entre les deux époux, des actes que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt de son mari, appliquer aux premières la maxime ci-dessus citée. Mais cette distinction, que le savant auteur paraît avoir puisée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1842, rappelé à la note précédente, est complètement arbitraire, puisqu'elle ne résulte, ni de la lettre, ni de l'esprit de la loi, et que le motif même sur lequel on paraît l'appuyer, n'est rien moins que concluant. La femme court tout autant de danger, lorsqu'elle traite avec des tiers dans l'intérêt de son mari, que quand elle contracte avec ce dernier personnellement. Si donc l'autorisation maritale était requise en faveur de la femme, le mari devrait, tout aussi bien dans le premier cas que dans le second, être privé du droit de la donner. Cpr. le décret du 17 mai 1809, qui permet à la femme de constituer un majorat en faveur de son mari avec l'autorisation de ce dernier; et la note suivante.

⁴³ M. Duranton (II, 473) adopte, par exception au principe général qu'il pose, notre manière de voir sur ce point. En admettant arbitrairement cette exception, cet auteur se réfute lui-même.

⁴⁴ Si la femme mariée sous le régime de la communauté n'est pas tenue envers son mari qui lui a confié l'administration de ses affaires personnelles ou la gestion de celles de la communauté, de toutes les obligations que l'acceptation d'un

6° L'autorisation doit être spéciale⁴⁵, en d'autres termes, elle doit être donnée séparément pour chaque instance judiciaire, pour chaque acte juridique, que la femme se propose de soutenir ou de passer. Arg. art. 215, 217, 220, 223 et 1538.

Il résulte de cette règle que l'autorisation de faire des actes juridiques déterminés seulement par leur nature, sans que les objets ou les sommes sur lesquels ils devront porter, soient spécifiés ou limités, ne serait pas suffisamment spéciale⁴⁶.

Il s'ensuit également que, si la femme avait donné à son mari le mandat de passer des actes juridiques, sans spécification des objets ou sans limitation des sommes sur lesquels ils devront porter, l'autorisation tacite résultant de l'acceptation de ce mandat par le mari, ne serait point valable, faute de spécialité suffisante⁴⁷.

Au surplus, rien n'empêche que, par un même acte instrumentaire, le mari n'autorise sa femme à faire plusieurs actes juridiques spécialement désignés.

mandat impose au mandataire, ce n'est point en vertu de la règle *Nemo potest esse auctor in rem suam*, c'est parce que le mari ne peut se soustraire aux conséquences qu'entraîne pour lui, sa qualité de chef de la communauté, et que la femme ne peut renoncer aux garanties que la loi lui accorde à ce sujet. Cpr. § 509, texte n° 4.

⁴⁵ Une autorisation générale constituerait une renonciation implicite aux droits de la puissance maritale, renonciation qui ne peut avoir lieu même par contrat de mariage. Art. 1388.

⁴⁶ C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si la femme avait été autorisée d'une manière indéterminée ou illimitée, soit à aliéner ou à hypothéquer ses immeubles, soit à contracter des emprunts. Metz, 31 janvier 1850, Sir., 52, 2, 399. Caen, 27 janvier 1851, Sir., 51, 2, 428. — Suivant M. Demolombe (IV, 207), il faudrait aller plus loin encore, et ne reconnaître comme suffisamment spéciale, que l'autorisation qui aurait été donnée en vue d'un acte à passer à une époque déterminée, et après examen des principales conditions de cet acte. Mais en émettant cette opinion, notre savant collègue nous paraît exagérer les exigences de la loi, et dépasser le but qu'elle a voulu atteindre en proscrivant l'autorisation générale.

⁴⁷ En vain dirait-on qu'un pareil mandat est un mandat spécial dans le sens de l'art. 1987. Cela est vrai : mais autre chose est la spécialité du mandat, autre chose la spécialité de l'autorisation nécessaire à la femme pour conférer un mandat. Le caractère de spécialité doit s'apprécier *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire selon l'esprit des dispositions législatives qu'il s'agit d'appliquer. Demolombe, IV, 210. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201. Req. rej., 19 mai 1841, Sir., 41, 1, 60. Civ. cass., 18 juin 1844, Sir., 44, 1, 492. Bordeaux, 9 décembre 1847, Sir., 48, 2, 537. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Quelques-uns de ces arrêts sont principalement fondés sur l'art. 1987 et les règles du mandat. Mais, à notre avis, ce sont bien moins ces règles, que celles de l'autorisation maritale, qui doivent servir de solution à la question.

La spécialité de l'autorisation est indispensable dans le cas même où la femme a conservé, soit d'après les dispositions de la loi, relatives au régime sous lequel elle s'est mariée, soit en vertu d'une clause de son contrat de mariage, la jouissance et l'administration de tout ou partie de sa fortune. Bien qu'elle n'ait pas, en pareil cas, besoin de l'autorisation de son mari quant aux actes qui sont une conséquence de son droit d'administration, elle n'en doit pas moins, en ce qui concerne tous autres actes, être autorisée pour chacun d'eux en particulier, sans que, par une stipulation contraire insérée au contrat de mariage, elle puisse relativement à tel ou tel de ces actes, se soustraire à la nécessité d'une autorisation spéciale⁴⁸. Art. 223 cbn. 1538.

Par exception à la règle ci-dessus posée, la femme qui exerce, du consentement de son mari⁴⁹, la profession de marchande pu-

⁴⁸ Cette manière d'entendre l'art. 223 nous paraît ressortir de sa combinaison avec les art. 1428, 1429, 1531, 1534, 1536, 1576, et surtout avec l'art. 1538. Lorsque le mari est, en vertu du régime sous lequel les époux se trouvent placés, chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et qu'il donne à celle-ci le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette administration, ce pouvoir constitue un mandat et non une autorisation (*hoc sensu*). Dès lors l'art. 223 est étranger à cette hypothèse, qui se trouve régie par les principes du mandat. Toullier, II, 644. Duranton, II, 448. D'un autre côté, la femme qui, en vertu de son contrat de mariage, ou par suite d'une séparation de biens judiciaire, a conservé ou repris l'administration de tout ou partie de ses biens, jouit, *ipso jure*, du droit de faire, sans l'autorisation de son mari, tous les actes rentrant dans la classe de ceux qui, d'après les art. 1449, 1534, 1536 et 1576, sont une conséquence de son droit d'administration. Ainsi, il ne peut, en pareil cas, être question d'autorisation, soit générale, soit spéciale : la loi n'en exige aucune. Quelle est donc, en définitive, l'hypothèse à laquelle s'applique l'art. 223, et quel est le but de cet article ? Il suppose que la femme se trouve valablement investie du droit d'administrer tout ou partie de ses biens ; et il a pour objet de proscrire, même dans cette hypothèse, toute convention matrimoniale par laquelle le mari donnerait à la femme l'autorisation générale de passer des actes qu'elle n'aurait pas le pouvoir de faire en vertu de son droit d'administration. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. — *Quid* si le contrat de mariage renfermait autorisation pour la femme de vendre un immeuble déterminé ? Voy. Req. rej., 14 décembre 1840, Sir., 40, 1, 954.

⁴⁹ La justice peut-elle, au refus du mari, autoriser la femme à faire le commerce ? Le peut-elle, en cas d'absence ou d'incapacité du mari ? Ces deux questions nous paraissent devoir être résolues négativement, tant d'après la combinaison des art. 4 et 5 du Code de commerce avec les art. 218, 219, 220, 222 et 224 du Code Napoléon, que d'après l'ensemble de la discussion à laquelle a donné lieu au Conseil d'état le principe posé dans le premier de ces articles. Cpr. Loqué, *Lég.*, XVII, p. 132 et suiv., nos 2 à 4 ; p. 151 et suiv., n° 4 ; p. 158 et suiv., nos 2 et 3. Pardessus, *Droit commercial*, I, 63. Bravard, *Manuel de*

blique⁵⁰, peut, sans autorisation spéciale, faire tous les actes relatifs à son commerce⁵¹, et même hypothéquer ou aliéner, pour ses affaires commerciales⁵², tous ses immeubles, autres que ceux qui ont été constitués en dot sous le régime dotal. Art. 220 cbn. Code de commerce, art. 4, 5 et 7. Mais, conformément à la règle

Droit commercial, p. 18 à 20. Demolombe, IV, 248. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 478; Marcadé, sur l'art. 220, n° 1. Cpr. aussi Paris, 24 octobre 1844, Sir., 44, 2, 581. Si cependant on voulait admettre que le juge peut, du moins en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce, on serait toujours forcé de reconnaître que la femme, ainsi autorisée, n'engagerait ni les biens du mari, ni même ceux de la communauté. Arg. art. 220; Code de commerce, art. 5. Duranton, II, 477. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 609. Marcadé, sur l'art. 220, n° 2. Demolombe, IV, 320. — Le mari peut-il révoquer l'autorisation qu'il a une fois accordée? L'affirmative, conforme aux principes généraux, a été proclamée au sein du Conseil d'état. Cpr. texte n° 9 *infra*. Toutefois, il y a été également reconnu que les tribunaux seraient autorisés à déclarer sans effet une révocation arbitraire ou faite à contre-temps. Cpr. Locré, *Lég.*, XVII, p. 151 et suiv., n° 4; Toullier, XII, 257 à 259; Demolombe, IV, 323.

⁵⁰ Il n'est pas nécessaire, pour qu'une femme soit marchande publique, qu'elle tienne boutique ouverte; il suffit qu'elle fasse habituellement des actes de commerce. Code de commerce, art. 1. — Mais la femme n'est pas marchande publique lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Art. 220, al. 2. Code de commerce, art. 5, al. 2. Elle n'est, en pareil cas, que mandataire de ce dernier. Ce n'est donc pas, d'après les principes de l'autorisation maritale, mais d'après ceux du mandat, que se déterminent l'étendue de ses pouvoirs et les effets de ses actes.

⁵¹ Cpr. Code de commerce, art. 632, 633 et 638, al. 2; Toullier, XII, 248 à 250; Vazeille, II, 332; Demolombe, IV, 295 à 299.

⁵² Et non pour ses autres affaires. L'art. 7 du Code de commerce n'est qu'une conséquence du principe posé par l'art. 5 du même Code. La capacité que le premier de ces articles confère à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, doit donc être restreinte dans les limites indiquées par le second. Toullier, XII, 251. Duranton, *Traité des contrats*, I, 237. Cpr. req. rej., 8 septembre 1814, Sir., 15, 1, 39. — Est-ce au créancier ou à l'acquéreur qui défend la validité de la constitution hypothécaire ou de la vente, à justifier qu'elle a eu lieu pour le commerce de la femme, ou bien est-ce à la personne qui attaque le contrat à établir le contraire? La dernière opinion nous paraît préférable : la présomption est, en effet, que le commerçant qui hypothèque ou qui aliène ses immeubles, cherche à se procurer par ces moyens les fonds dont il a besoin pour son commerce. Code de commerce, art. 632, al. 7, cbn. 638, al. 2, et arg. de cet article. Mais cette présomption peut être combattue par toute espèce de preuves contraires. Cpr. en sens divers sur cette question : Duranton, *op. cit.*, I, 238; Toullier, XII, 249-252; Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 263; Delvincourt, I, p. 167; Duranton, II, 483; Marcadé, sur l'art. 220, n° 3; Valette, sur Proudhon, I, p. 460, note a II; Demolombe, IV, 300 et 302.

générale, la femme marchande publique ne peut, sans autorisation spéciale, ester en justice, même dans les contestations relatives à son commerce. Art. 215.

7° L'autorisation maritale n'est pas requise comme une condition de forme nécessaire à la validité des actes de procédure ou des autres actes juridiques dans lesquels la femme est partie. Elle n'est exigée que comme manifestation de l'approbation donnée par le mari aux affaires que la femme ne peut traiter à elle seule, à raison de l'incapacité dont elle se trouve frappée⁵³. La validité de l'autorisation maritale n'est donc subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général; et, par suite, cette autorisation peut être donnée, soit expressément, soit tacitement⁵⁴. Art. 217 et arg. de cet article.

L'autorisation expresse peut, elle-même, être écrite ou verbale⁵⁵. Mais, en général, la preuve testimoniale n'est pas admis-

⁵³ Suivant la jurisprudence admise dans la plupart des pays coutumiers, l'autorisation maritale devait être expresse en matière extra-judiciaire : elle était requise *ad formam negotii*, et s'appréciait, assez ordinairement, d'après l'analogie des dispositions qui régissent, en Droit romain, l'autorisation tutélaire. Cpr. § 2, *Inst. de auct. tut.* (1, 21); Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI; *Jurisprudence du Code civil*, I, 353. Les rédacteurs du Code Napoléon sont partis d'un tout autre point de vue. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que par l'art. 217, ils ont admis comme suffisante, l'autorisation tacite résultant du concours du mari dans l'acte juridique passé par la femme, et que d'ailleurs, ils se sont indifféremment servis des expressions *autorisation* et *consentement*, pour désigner l'approbation donnée par le mari aux affaires traitées par la femme. Voy. art. 217, 934, 1426, 1449, 1535 et 1538 cbn. art. 215 à 226, 776 et 1576; Code de commerce, art. 4 cbn. art. 5. Cpr. Toullier, II, 618; Demolombe, IV, 190; Req. rej., 14 novembre 1820, Sir, 21, 1, 312. C'est donc à tort que quelques commentateurs se sont, dans l'interprétation des dispositions du Code sur l'autorisation maritale, attachés aux idées reçues sur cette matière dans le Droit coutumier. Cpr. note 103 *infra*.

⁵⁴ Toullier, II, 663. Proudhon, II, p. 466. Demolombe, IV, 192.

⁵⁵ Nous fondons cette proposition d'une part, sur ce que le consentement du mari à l'acte passé par la femme vaut autorisation, et, d'autre part, sur ce que le consentement n'est, en général, soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque. Les expressions finales de l'art. 217 ne contrarient pas notre manière de voir, car elles sont plutôt explicatives que restrictives, au point de vue qui nous occupe en ce moment. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite, mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est principalement dans le but de déroger aux dispositions de ces coutumes, que les rédacteurs du Code ont inséré, dans l'art. 217, les mots *sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit*, voulant surtout exprimer par là que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite, équivaut à son consentement par

sible pour établir l'existence d'une autorisation verbale, lors même qu'on prétendrait qu'elle est intervenue à l'occasion d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 150 fr. ⁵⁶

Du reste, l'autorisation peut être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte juridique que la femme se proposerait de passer, devrait, pour sa validité, être constaté par un acte authentique ⁵⁷.

L'autorisation tacite est, d'après une présomption légale qui n'admet point de preuve contraire, attachée au concours du mari dans l'acte passé par la femme, peu importe que les intérêts des époux soient identiques ou opposés ⁵⁸. Art. 217. Mais le concours d'un mandataire du mari n'équivaut pas au concours personnel de celui-ci, lorsque la procuration ne renferme, ni autorisation directe, ni pouvoir au mandataire d'autoriser la femme ⁵⁹.

L'autorisation tacite n'est pas nécessairement subordonnée à la condition que le mari ait figuré dans l'acte passé par la femme. Une pareille autorisation pourrait suffisamment résulter de faits qui établiraient, d'une manière non équivoque, la participation du mari à cet acte, et sa volonté de l'approuver ⁶⁰.

écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse. Enfin, l'on ne concevrait pas que, tout en admettant l'autorisation tacite, le législateur eût voulu rejeter l'autorisation expresse qui n'aurait pas été donnée par écrit. Cpr. Paris, 28 juin 1851, Sir., 51, 2, 337.

⁵⁶ Si le législateur, en demandant, dans l'art. 217, *un consentement par écrit*, n'a point eu pour but d'exiger l'écriture comme une condition de forme nécessaire à la validité de l'autorisation, il paraît du moins avoir voulu proscrire, quelle que fût l'importance de l'acte juridique passé par la femme, la preuve testimoniale d'une autorisation qu'on prétendrait avoir été donnée verbalement. Demolombe, IV, 193.

⁵⁷ Duranton, II, 446. Demolombe, IV, 194. Voy. en sens contraire : Req. rej., 1^{er} décembre 1846, Sir., 47, 1, 289. Cet arrêt juge que l'autorisation nécessaire à la femme pour faire une donation entre-vifs, doit être donnée par acte authentique, sur le fondement que cette autorisation constitue un des éléments de la donation. Mais ce motif ne nous paraît pas concluant : l'autorisation maritale, nécessaire pour compléter la capacité de la femme, est sans doute une des conditions intrinsèques de la validité de la donation ; mais, à notre avis, on ne peut la considérer comme un des éléments de la forme de cette dernière. D'ailleurs, l'art. 217, qui s'occupe spécialement des donations à faire par la femme, se contente pour ces actes, comme pour les actes à titre onéreux, du consentement par écrit du mari. Voy. aussi art. 934 c. civ. 933.

⁵⁸ *Lex non distinguit*. Cpr. texte n° 5 et notes 41 à 44 *supra*. Demolombe, IV, 196. Voy. cep. Douai, 3 août 1846, Sir., 46, 2, 512.

⁵⁹ Civ. rej. 19 avril 1843, Sir., 43, 1, 393.

⁶⁰ L'art. 217 ne doit pas plus, en ce qui concerne l'autorisation tacite, que

Ainsi, par exemple, le mari qui tire une lettre de change sur sa femme, l'autorise, par cela même, à l'accepter⁶¹. Ainsi encore, la femme est tacitement autorisée à ester en justice, lorsque le mari intente une action contre elle⁶², ou lorsque, sur l'action introduite, soit par les deux époux, soit contre eux, le mari figure, conjointement avec sa femme, dans les actes de la procédure⁶³.

D'un autre côté, la femme qui se livre au commerce au vu et au su de son mari, sans opposition de la part de ce dernier, est, par cela même, tacitement autorisée à exercer la profession de marchande publique⁶⁴.

Le seul fait que la femme aurait donné une déclaration de cautionnement au bas d'un billet souscrit par son mari, ne prouverait

relativement à l'autorisation expresse, être interprété d'une manière restrictive. Si le concours du mari emporte nécessairement autorisation, il ne s'ensuit pas que l'autorisation ne puisse résulter d'autres faits également concluants, dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1830, Sir., 30, 2, 305; Bourges, 9 juillet 1831, Sir., 32, 2, 447; Paris, 14 mai 1846, Sir., 46, 2, 299; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145; Paris, 23 août 1851, Sir., 51, 2, 517; Paris, 9 juin 1857, Sir., 57, 2, 755. Voy. cep. Marcadé, II, sur l'art. 217, n° 4; Demolombe, IV, 197; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 39, 1, 878. — Nous ferons remarquer que M. Demolombe, en rejetant toute autorisation tacite qui ne résulterait pas du concours du mari dans l'acte, admet cependant l'existence d'une pareille autorisation pour des cas où il est impossible de reconnaître le concours du mari dans l'acte passé par la femme, et où on ne rencontre de sa part qu'une simple participation à cet acte. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque le mari tire une lettre de change sur sa femme, ou intente une action contre elle. On ne peut dire, en effet, que le mari concoure *dans* l'acte d'acceptation de la femme, ou *dans* les actes de procédure faits à sa requête.

⁶¹ Duranton, II, 518, note 2. Demolombe, IV, 196. Caen, 2 août 1814, Sir., 14, 2, 399. Paris, 2 février 1830, Sir., 30, 2, 173.

⁶² *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII, n° 16. Demolombe, *loc. cit.* Nancy, 24 avril 1811, Sir., 12, 2, 443. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190.

⁶³ Pothier, *op. cit.*, n° 75. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 1. Demolombe, *loc. cit.* Turin, 20 messidor an XIII, Sir. 7, 2, 790. Req. rej., 10 juillet 1811, Sir., 11, 1, 344. Montpellier, 2 janvier 1811, Sir., 14, 2, 211. Civ. cass., 22 avril 1828, Sir., 28, 1, 208. Grenoble, 21 février 1832, Sir., 33, 2, 28. Req. rej., 3 juin 1835, Sir., 35, 1, 880.

⁶⁴ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XVII, p. 151 et suiv., n° 4, p. 158 et suiv., nos 2 à 5). Toullier, XII, 241. Duranton, II, 475. Demolombe, IV, 197 et 198. Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., 21, 1, 312. Req. rej., 1^{er} mars 1826, Sir., 26, 1, 323. Req. rej., 27 mars 1832, Sir., 32, 1, 366. Paris, 5 mars 1835, Sir., 35, 2, 137. Req. rej., 27 avril 1841, Sir., 41, 1, 385.

pas, d'une manière suffisante, le concours ou la participation du mari à cet engagement ⁶⁵.

Du reste, lorsque la femme a été réellement autorisée, il n'est pas nécessaire qu'elle déclare agir en vertu de l'autorisation qui lui a été donnée ⁶⁶.

8° L'étendue de l'autorisation accordée à la femme, soit par son mari, soit par la justice, s'apprécie par les termes dans lesquels elle a été donnée, expliqués, en cas d'obscurité ou d'ambiguïté, suivant les règles ordinaires de l'interprétation.

Toutefois, l'autorisation ne doit pas être strictement renfermée dans les limites que semblent lui assigner les termes dans lesquels elle est conçue. Elle s'étend virtuellement aux antécédents et aux suites nécessaires de l'affaire pour laquelle elle a été accordée ⁶⁷.

Ainsi, la femme autorisée à former une demande en justice, est par cela même suffisamment autorisée à tenter la conciliation préalable à l'introduction de la demande ⁶⁸.

Ainsi encore, la femme à laquelle a été donnée l'autorisation de plaider, est censée avoir reçu celle de faire exécuter le jugement rendu à son profit ⁶⁹. Spécialement, la femme autorisée à demander la séparation de biens, est virtuellement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement qui l'a prononcée ⁷⁰, et même à former dans ce but une surenchère sur les biens vendus par le mari ou expropriés sur lui ⁷¹.

Mais la femme autorisée, soit à former une action, soit à dé-

⁶⁵ Riom, 2 février 1810, Sir., 14, 2, 99. Cpr. Civ. cass., 2 avril 1829, Sir., 29, 1, 439.

⁶⁶ Toullier, qui enseigne l'opinion contraire (II, 647), en se fondant sur l'autorité de Pothier (*op. cit.*, n° 74) et de Lebrun (*op. et loc. cit.*, sect. IV, n° 17), a perdu de vue que l'autorisation maritale n'est plus aujourd'hui requise *ad formam negotii*. Demolombe, IV, 195.

⁶⁷ Qui veut la fin veut les moyens. Qui approuve la cause approuve les effets. Demolombe, IV, 291, 292 et 294. Cpr. Poitiers, 28 février 1834, Sir., 34, 2, 167; Civ. rej., 20 juillet 1835, Sir., 35, 1, 610; Civ. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975; Civ. cass., 21 janvier 1854, Sir., 54, 1, 127.

⁶⁸ Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Demolombe, IV, 291. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir. 8, 1, 310.

⁶⁹ Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 4.

⁷⁰ Demolombe, IV, 292. Poitiers, 4 mars 1830, Dalloz, 1830, 2, 282, Nîmes, 12 juillet 1831, Sir., 31, 2, 220. Req. rej., 11 avril 1842, Sir., 42, 1, 315.

⁷¹ Troplong, *Des hypothèques*, IV, 952. Demolombe, *loc. cit.* Orléans, 24 mars 1831, Sir., 31, 2, 155. Bourges, 25 février 1840, Sir., 43, 1, 465. Civ. cass., 29 mars 1853, Sir., 53, 1, 442. Voy. en sens contraire : Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625.

fendre à une demande dirigée contre elle, ne l'est pas, du moins en général, à attaquer ou à soutenir en instance d'appel le jugement rendu en première instance⁷²; et la femme autorisée à ester en instance d'appel, ne l'est pas, par cela seul, à se pourvoir en cassation, ou à défendre au pourvoi formé contre elle⁷³.

9° Le mari a la faculté de révoquer l'autorisation par lui accordée, aussi longtemps que l'affaire à l'occasion de laquelle il l'a donnée, n'est pas entièrement consommée.

Le mari peut même révoquer l'autorisation accordée par la justice à raison de son absence ou de son état d'incapacité, qui depuis aurait cessé⁷⁴. Mais il n'est point admis à révoquer l'autorisation donnée par la justice sur son refus. Il pourrait seulement, le cas échéant, se pourvoir par appel contre le jugement qui a autorisé la femme⁷⁵.

⁷² Delvincourt, I, p. 157. Duranton, II, 459. Chardon, *puissance maritale*, n° 103. Taulier, I, 345. Mimerel, *Revue critique*, 1858, XII, p. 111, n° 3. Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Civ. cass., 5 août 1840, Sir., 40, 1, 768 à 770. Civ. cass., 31 mai 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 18 août 1857, Dalloz, 1857, 1, 333. Voy. en sens contraire : Magnin, *Des minorités*, II, 1401; Poitiers, 21 mars 1827, Sir., 28, 2, 22; Riom, 30 mars 1839, Sir., 39, 2, 513. Cpr. aussi Demolombe, IV, 285 à 287, et 290; Req. rej., 15 mars 1848, Sir., 48, 1, 285. L'auteur cité en dernier lieu soumet la solution à diverses distinctions. Quant à l'arrêt de la cour de cassation du 15 mars 1848, il a jugé que la femme demanderesse dûment autorisée en première instance, n'a pas besoin de nouvelle autorisation, lorsqu'elle est intimée en appel. — Il est, du reste, hors de doute que la femme autorisée à former une demande ou à interjeter un appel, et contre laquelle il est intervenu un jugement ou arrêt par défaut, peut y former opposition sans avoir besoin d'une nouvelle autorisation. Demolombe, IV, 287. Montpellier, 6 mars 1828, Sir., 29, 2, 18.

⁷³ Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 460. Civ. cass., 25 mars 1812, Sir., 12, 1, 317. Civ. rej., 14 juillet 1819, Sir., 19, 2, 407. Cpr. Civ. cass., 2 août 1820, Sir., 21, 1, 35. Voy. cep. Demolombe, IV, 288 et 290.

⁷⁴ La justice ne faisant en pareilles circonstances que remplacer le mari, nous pensons que la révocation peut avoir lieu par un simple acte extrajudiciaire, sauf à la femme à se pourvoir contre la révocation, dans les formes qu'elle aurait eu à suivre si le mari avait refusé l'autorisation. Voy. cep. Demolombe, IV, 325. D'après cet auteur, le mari aurait en ce cas à faire rétracter, dans les formes indiquées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, le jugement qui a autorisé la femme.

⁷⁵ Suivant M. Demolombe (*loc. cit.*), le mari devrait encore, dans ce cas, se pourvoir, suivant les formes tracées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, devant le tribunal qui a autorisé la femme. Mais ce mode de procéder ne nous paraît pas régulier. Le tribunal, en autorisant la femme malgré le refus du mari, a statué sur une véritable contestation, et il serait contraire à tous les principes qu'il pût lui-même rétracter son jugement.

En aucun cas, la révocation ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers, soit avant la révocation, soit même après, lorsqu'ils n'en ont point obtenu connaissance ⁷⁶.

10° Les effets de l'autorisation doivent être envisagés séparément, en ce qui concerne la femme, et en ce qui concerne le mari.

La femme mariée, autorisée, soit par son mari, soit par la justice, est, quant à sa capacité personnelle, à assimiler à une femme non mariée. Elle ne peut donc attaquer un acte juridique, sous prétexte que l'autorisation en vertu de laquelle elle l'a passé, lui a été accordée contrairement à ses intérêts ⁷⁷.

Le mari n'est point, à raison de l'autorisation qu'il a donnée, et encore moins à raison de celle que le juge a accordée, obligé envers les tiers avec lesquels la femme a contracté ou plaidé ⁷⁸.

Cette règle reçoit cependant exception dans les deux hypothèses suivantes :

a. Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle ⁷⁹. Dans cette hypothèse, le mari est personnellement tenu, par le fait même de l'autorisation qu'il a donnée, des obligations que la femme a contractées avec cette autorisation ⁸⁰, à moins qu'il ne s'agisse de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à la femme, ou de la vente de ses immeubles propres ⁸¹.

⁷⁶ Arg. art. 1451 et 2009. Demolombe, IV, 326.

⁷⁷ Pothier, *op. cit.*, n° 76. Demolombe, IV, 275. Mais rien n'empêche qu'elle ne l'attaque pour toute autre cause. Vazeille, II, 355. Toullier, II, 655. Demolombe, *loc. cit.*

⁷⁸ Le mari, en effet, ne devient pas, par son autorisation, partie dans le procès ou dans l'acte juridique soutenu ou passé par la femme. Arg. *a contrario*, art. 220, al. 1, et 1449. *Aliàs est vendere, aliàs est vendenti consentire*. L. 160, *D. de R. J.* (50, 17). *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, IV, p. 399, n° 37). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII *bis*, nos 1 et 5. Vazeille, II, 366 et 375. Duranton, II, 461. Demolombe, IV, 307. Montpellier, 10 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 68. Bordeaux, 30 mai 1816, Sir., 17, 2, 229.

⁷⁹ Vazeille, II, 359. Duranton, II, 480. Demolombe, IV, 310.

⁸⁰ Art. 220, 1409, n° 2, et 1449. Cette exception, qui prend sa source dans la nature même de la communauté, est fondée sur la combinaison des deux principes suivants : 1° la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté avec le consentement de son mari; 2° le mari est, comme chef de la communauté, personnellement tenu de toutes les obligations dont celle-ci est grevée.

⁸¹ Art. 1413 et 1432. Cpr. §§ 509 et 513. Quoique le mari ne soit pas, dans ce dernier cas, personnellement tenu de l'engagement que la femme a contracté avec

b. Lorsque, sous tout autre régime que celui de la communauté, l'acte juridique passé ou le procès soutenu par la femme est de nature à intéresser également le mari, par exemple, à raison de l'usufruit dont il jouirait sur les biens qui font l'objet de cet acte juridique ou de ce procès⁸². Si, dans cette hypothèse, le mari n'est pas, comme dans la précédente, personnellement tenu des engagements que la femme a contractés avec son autorisation, il est du moins obligé d'en souffrir l'exécution, même en ce qu'elle aurait de contraire ou de préjudiciable à ses intérêts⁸³.

Les effets exceptionnels que l'autorisation maritale produit dans les deux hypothèses précédentes, ne sont point attachés à l'autorisation du juge. Cette dernière ne peut, en général, être opposée au mari, comme engendrant à son égard une obligation quelconque⁸⁴. Il importe même peu, sous ce rapport, que l'autorisation du juge ait été accordée au refus du mari, ou qu'elle l'ait été à raison de son absence ou de son incapacité⁸⁵.

Du reste, la règle ci-dessus établie n'empêche pas que l'affaire

son autorisation, il est cependant obligé, conformément à la seconde exception indiquée au texte, de souffrir le préjudice que peut lui causer l'exécution de cet engagement sur les biens de la femme. Voy. les autorités citées à la note 83 *infra*.

⁸² Cpr. art. 1530, 1531, et 1549.

⁸³ Arg. art. 1555. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780. Demolombe, IV, 311. Cpr. cep. Merlin, *op. et vº citt.*, sect. VII *bis*, nº 9.

⁸⁴ Art. 1426, et arg. art. 1413, 1417 et 1555. — L'art. 1427 contient, il est vrai, une exception à la règle énoncée au texte : *Sed exceptio firmat regulam*. Demolombe, IV, 318. Cpr. § 509, texte, nº 5.

⁸⁵ *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. L'art. 1419 ne parlant que des obligations contractées par la femme avec le consentement du mari, de quel droit en étendrait-on la disposition à des obligations qui, quoique contractées avec l'autorisation de justice, à raison de l'incapacité du mari ou d'un empêchement de sa part, ne le sont pas, en définitive, du consentement de ce dernier? Comment surtout pourrait-on justifier une pareille extension, en présence : 1º de l'art. 1426, dont la disposition générale ne comporte aucune distinction tirée de la cause pour laquelle la justice a été appelée à suppléer par son autorisation à celle du mari; 2º de l'art. 1427, dont la disposition exceptionnelle fournit, et par la place qu'il occupe et par l'hypothèse à laquelle il s'applique, un argument *a contrario* si puissant? Il est vrai que les art. 1413 et 1417 ne parlent, dans les hypothèses spéciales dont ils s'occupent, que de l'autorisation accordée par le juge, *au refus du mari*. Mais comme ces articles doivent, en tant qu'ils contiennent des applications de la règle posée par l'art. 1426, être interprétés dans le même sens que le principe dont ils découlent, on est conduit à regarder comme purement énonciatives les expressions *au refus du mari*, qui s'y trouvent employées. Durantou, XIV, 299 et 301. Demolombe, XIV, 319.

traitée par une femme dûment autorisée de justice ou de son mari, ne puisse, abstraction faite de l'autorisation elle-même, devenir, pour ce dernier, l'occasion de certaines obligations qui reposeraient sur quelque autre fondement juridique. Ainsi, par exemple, le mari peut, comme chef de la communauté, être poursuivi, par l'action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence de ce dont se trouve enrichie la communauté, par suite de l'acte juridique que la femme a passé⁸⁶.

11° Les actes juridiques faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice, sont nuls⁸⁷.

La nullité dont ils sont frappés, n'est que relative; elle ne peut être proposée que par le mari, ou par la femme, ainsi que par leurs héritiers⁸⁸, ayants cause ou créanciers⁸⁹. Art. 225 et 1125, al. 2. Le tiers détenteur d'un immeuble que la femme aurait hypothéqué sans autorisation, est autorisé à la faire valoir, soit comme ayant cause, soit comme créancier éventuel de cette dernière⁹⁰.

⁸⁶ Delvincourt, III, p. 36. Cpr. § 508, texte n° 7.

⁸⁷ En cas de contestation sur la validité d'un acte passé par une femme mariée, ce n'est pas à la personne qui attaque cet acte à prouver le défaut d'autorisation, c'est à la personne qui le défend à établir l'existence de l'autorisation. Demolombe, IV, 336. Paris, 2 janvier 1808, Sir., 7, 2, 791.

⁸⁸ C'est-à-dire par les héritiers de la femme et même par ceux du mari, en tant qu'ils auraient intérêt à faire valoir la nullité. Duranton, II, 515. Valette, sur Proudhon, I, p. 467, note a. Marcadé, sur l'art. 225, n° 4. Demolombe, IV, 341.

⁸⁹ Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n° 5. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2347. Vazeille, II, 384. Marcadé, sur l'art. 225, n° 4. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Cpr. aussi les autorités citées à la note 36 du § 312. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 766; Angers, 1^{er} août 1810, Sir., 14, 2, 144; Grenoble, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 186. — M. Demolombe (IV, 342), tout en admettant les créanciers de la femme à proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, refuse ce droit aux créanciers du mari, sous le prétexte que l'action en nullité qui compète à ce dernier, n'étant point en général fondée sur un intérêt pécuniaire, constitue un droit exclusivement attaché à sa personne. Mais cette opinion ne repose que sur une confusion entre le fait et le droit. Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer que l'action en nullité présente un intérêt pécuniaire pour le mari; et, dans ce cas, il n'existe aucun motif de refuser à ses créanciers l'exercice de cette action.

⁹⁰ Dès que l'on reconnaît aux ayants cause et aux créanciers de la femme le droit de proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, il ne paraît guère possible de le refuser au tiers détenteur qui, dans l'hypothèse indiquée au texte, réunit dans sa personne la double qualité d'ayant cause et de créancier de la femme. Le système contraire aurait d'ailleurs pour résultat de priver la femme elle-même du bénéfice de son action en nullité. Il est, en effet, évident que si le

Mais elle n'est susceptible d'être invoquée, ni par la partie qui a contracté avec la femme⁹¹, ni par la caution de cette dernière⁹². Elle ne peut pas l'être davantage par l'acquéreur ou l'adjudicataire d'un immeuble, qu'un tiers a donné en hypothèque à la femme, et sur lequel elle aurait, sans autorisation, exercé une surenchère⁹³.

Cette nullité est proposable en tout état de cause. Mais elle ne peut, ni être déclarée d'office par le juge, ni être proposée pour la première fois devant la cour de cassation⁹⁴.

Du principe que la femme ne peut ester en justice sans autorisation, il résulte que les assignations qui, au lieu d'être données conjointement au mari et à la femme, ne l'ont été qu'à cette dernière, sont frappées de nullité⁹⁵.

Les jugements rendus contre une femme non autorisée, peuvent être attaqués, pour ce motif, par le mari, par la femme, et par leurs héritiers, créanciers, ou ayants cause, soit à l'aide des voies ordinaires de recours, soit au moyen du pourvoi en cassation, encore que le défaut d'autorisation n'ait été proposé, ni en première instance, ni en instance d'appel⁹⁶. Ces jugements, au contraire,

tiers détenteur était tenu de payer la dette hypothécaire contractée par la femme sans autorisation, il jouirait contre celle-ci d'un recours qu'elle ne pourrait écarter en se prévalant de la nullité de son obligation. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 472, note 58 ; Demolombe, IV, 350 ; Lyon, 27 mars 1832, Sir., 32, 2, 282.

⁹¹ Il en est cependant autrement de l'auteur d'une donation acceptée par une femme non autorisée ? Cpr. § 652, texte et note 11. Outre les autorités citées dans cette note, voy. encore : Civ. cass., 14 juillet 1856, Sir., 56, 1, 641.

⁹² Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2. Cpr. § 424, texte et note 6.

⁹³ Demolombe, IV, 350, Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226. Civ. rej., 11 juin 1843, Sir., 43, 1, 465. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 403 ; Troplong, *Des hypothèques*, IV, 965 ; Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625.

⁹⁴ Req. rej., 4 avril 1853, Sir., 53, 1, 480. La nullité dont se trouve entaché un acte juridique passé par la femme sans autorisation, n'est pas d'ordre public, comme celle qu'entraîne le défaut d'autorisation en matière judiciaire. Cpr. texte et note 96 *infra*.

⁹⁵ Pothier, *op. cit.*, n° 55. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4. Sect. civ., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Sect. civ., 14 juillet 1819, Sir., 19, 1, 407. Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Nîmes, 16 janvier 1832, Sir., 33, 2, 61. Agen, 5 janvier 1832, Sir., 34, 2, 237. Civ. cass., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 340.

⁹⁶ Le jugement rendu contre une femme non autorisée à ester en justice, constitue par lui-même une violation directe de l'art. 215. Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 16 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 816. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. Civ. cass., 5 août

ne peuvent être attaqués par voie d'action principale en nullité⁹⁷, ni même par voie de requête civile⁹⁸. Mais le mari ou ses ayants cause ont le droit d'en demander la rétractation par voie de tierce opposition⁹⁹.

Les jugements obtenus par une femme non autorisée, ne peuvent être attaqués, pour ce motif, par la partie contre laquelle ils ont été rendus¹⁰⁰. Il y a mieux, le défendeur ou l'intimé assigné en première instance, en appel, ou en cassation, par une femme mariée non autorisée, n'est point admis à demander la nullité de l'exploit d'ajournement, de l'acte d'appel ou de pourvoi en cassation¹⁰¹. Il peut seulement, tant que la contestation n'a pas été définitivement jugée, réclamer, par fin de non procéder, qu'avant tout, la femme soit tenue de rapporter l'autorisation de son mari, ou celle de la justice; et ce ne sera que faute par elle de produire cette autori-

1840, Sir., 40, 1, 768. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 20 mai 1846, Sir., 46, 1, 550. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 11 janvier 1854, Sir., 54, 1, 127. — Mais la femme mariée autorisée à ester en instance d'appel, n'est pas admise à proposer pour la première fois devant la cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas obtenu l'autorisation d'ester en première instance. Req. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975.

⁹⁷ *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements.* Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

⁹⁸ MM. Duranton (II, 468), Vazeille (II, 379) et Demolombe (IV, 355), enseignent, en se fondant sur l'art. 480, n° 2 du Code de procédure, que le jugement rendu contre une femme non autorisée, peut également être attaqué, par voie de requête civile, à raison de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité. Nous ne saurions partager leur opinion : l'autorisation n'est pas requise *ad formam negotii*. D'ailleurs, l'article ci-dessus cité ne s'applique qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes, et abstraction faite de la qualité des parties. — Merlin (*Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4) pense que si la femme avait laissé ignorer au juge son état de femme mariée, il y aurait ouverture, non à cassation, mais à requête civile.

⁹⁹ Merlin, *op. et loc. cit.* Demolombe, IV, 356. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77.

¹⁰⁰ Req. rej., 29 prairial an XII, et 26 août 1808, Merlin, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹ Merlin, *op. et loc. cit.* Demolombe, IV, 351. Sect. civ., 22 octobre 1807, Sir., 8, 1, 127. Bourges, 27 décembre 1829, Sir., 30, 2, 171. Civ. cass., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 401. Civ. cass., 17 décembre 1838, Sir., 38, 1, 638. Civ. cass., 11 août 1840, Sir., 40, 1, 858. Rennes, 7 décembre 1840, Sir., 41, 2, 423. Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Cpr. § 114, texte et notes 9 à 11.

sation dans le délai imparti par le juge, qu'il y aura lieu de la déclarer non recevable dans sa demande, dans son appel, ou dans son pourvoi en cassation¹⁰².

La nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir, soit par la confirmation du mari, soit par celle de la femme. Cpr. art. 1338.

Elle est couverte, d'une manière absolue et à l'égard de tous, par la confirmation du mari, lors même que cette confirmation aurait été donnée sans le concours de la femme¹⁰³, pourvu qu'elle

¹⁰² Bordeaux, 11 août 1851, Sir., 51, 2, 757.

¹⁰³ Cette proposition ne paraît pas avoir été contestée dans les pays dont les coutumes se contentaient du consentement du mari, sans demander son autorisation expresse. Elle avait même fini par passer en jurisprudence dans les pays dont les coutumes requéraient l'autorisation expresse du mari, *ad formam negotii*. Cpr. Charondas, sur l'art. 223 de la coutume de Paris; Leprêtre, cent. II, chap. XVI et XX; Lebrun, *op. et loc. cit.*, sect. V, nos 7 à 9; Pothier, *op. cit.*, n° 74. Comment se fait-il que sous l'empire du Code, qui cependant n'exige que le consentement du mari, cette proposition soit combattue par de très-bons auteurs, et condamnée par la jurisprudence de la cour de cassation? On prétend que le mari ne peut enlever à la femme le bénéfice de l'action en nullité que la loi lui ouvre. Cette objection aurait peut-être quelque poids, si l'autorisation était requise dans l'intérêt individuel de la femme. Encore pourrait-on, dans cette supposition, tirer de l'art. 183 un puissant argument contre cette objection qui, d'ailleurs, pèche par sa base, puisque la supposition sur laquelle elle repose, n'est pas exacte. Cpr. note 5 *supra*. Merlin (*op. et loc. cit.*) tire une autre objection de la suppression d'un second alinéa que contenait, dans le projet du Code, l'art. 217, et qui était ainsi conçu: « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Mais la manière dont cette suppression a été opérée, ne permet pas d'y attacher de l'importance. En effet, après avoir, dans la séance du 4 vendémiaire an X, admis cet alinéa tel qu'il avait été proposé, on ne renvoya l'art. 217 à la section de législation que pour faire introduire dans l'alinéa premier un amendement proposé par Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, et qui tendait à exiger l'autorisation maritale pour toute espèce d'acquisitions faites par la femme à titre onéreux ou gratuit. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 394, art. 4; p. 397 à 399, nos 34 à 36. C'est par suite de ce renvoi, que Réal présenta, dans la séance du 24 frimaire an X, une nouvelle rédaction de l'art. 217, qui différait de la première, notamment en ce que le second alinéa n'y figurait plus, et en ce que les expressions finales de l'alinéa premier, au lieu d'y être placées comme elles l'étaient primitivement dans l'ordre que voici: « sans le consentement par écrit, ou le concours du mari dans l'acte », s'y trouvaient interverties et disposées ainsi qu'il suit: « sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ». Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 54. Or, comme on ne trouve pas dans les travaux préparatoires du Code l'explication des véritables motifs de ces changements, on ne peut pas raisonnablement croire que la section de législation les ait opérés dans l'intention de

ait eu lieu pendant la durée du mariage¹⁰⁴, et avant toute action en nullité régulièrement introduite par cette dernière¹⁰⁵.

La confirmation de la femme n'est efficace à l'égard du mari, qu'autant qu'elle a eu lieu avec son autorisation. Ainsi, on ne peut pas opposer à ce dernier ou à ses ayants cause, la confirmation émanée de la femme après la dissolution du mariage, ni celle qu'elle aurait donnée durant le mariage avec la simple autorisation de justice¹⁰⁶.

repousser une doctrine qu'elle avait elle-même proposée, et qui avait été admise dans l'assemblée générale du Conseil d'état. On doit, au contraire, chercher à les expliquer de manière à les mettre en harmonie avec cette doctrine. Nous pensons que le second alinéa de l'art. 217 a été supprimé, d'une part, comme dangereux, à raison de l'excessive généralité de la règle qu'il énonçait (cpr. les deux notes suivantes), et, d'autre part, comme inutile, en présence des principes généraux sur la confirmation. D'ailleurs, en rejetant à la fin de l'art. 217 les expressions *consentement par écrit*, sans exiger que le consentement soit antérieur à l'acte juridique à l'occasion duquel il est accordé, le rédacteur de cet article a donné implicitement à entendre qu'un consentement postérieur à cet acte peut être suffisant, s'il est donné conformément aux règles reçues en pareille matière. Et pourquoi, en définitive, le mari ne pourrait-il pas couvrir, par sa confirmation, une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part? Voy. en ce sens : Proudhon, I, p. 466 et 467; Delvincourt, I, p. 159; Vazeille, II, 381; Lassaulx, I, 319; Grolmann, II, 490; Taulier, I, p. 350; Duvergier, sur Toullier, II, 648, note 1; Marcadé, sur l'art. 225, n° 1; Riom, 23 janvier 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 11; Colmar, 28 novembre 1816, Sir., 17, 2, 145; Dijon, 1^{er} août 1818, Dev. et Car., *op. cit.*, V, 2, 409. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VI, § 3, n° 2, et § 4; Toullier, II, 648; Duranton, II, 518; Chardon, *Puissance maritale*, n° 143; Benoît, *De la dot*, I, 244; Valette, sur Proudhon, I, p. 467, note 6; Demolombe, IV, 211; Turin, 17 décembre 1810, Sir., 11, 2, 231; Rouen, 18 novembre 1825, Sir., 26, 2, 271; Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 358; Grenoble, 26 juillet 1828, Sir., 29, 2, 28; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 39, 1, 878; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145.

¹⁰⁴ C'est en vertu de la puissance maritale que le mari est appelé, soit à autoriser sa femme, soit à confirmer les actes qu'elle a passés sans son autorisation. Après la dissolution du mariage, la puissance maritale cesse; dès lors le mari n'a plus le pouvoir de couvrir, par rapport à la femme ou à ses ayants cause, la nullité résultant du défaut d'autorisation; il peut seulement renoncer, en ce qui le concerne, à l'action en nullité que la loi lui ouvre. Proudhon et Marcadé, *loc. cit.*

¹⁰⁵ La recevabilité d'une action est, en général, indépendante des événements postérieurs à son introduction. Elle doit s'apprécier d'après l'état dans lequel elle a été intentée. Cpr. § 462, note 54.

¹⁰⁶ La femme ne peut, en effet, par une confirmation même valable à son égard, enlever au mari une action en nullité introduite en faveur de ce dernier et des intérêts dont il est le gardien. Marcadé, *loc. cit.*

Du reste, la confirmation des époux fait aussi disparaître, par rapport à leurs créanciers respectifs, la nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu que la confirmation soit antérieure à la demande en annulation formée par ces derniers, et qu'elle n'ait point eu lieu en fraude de leurs droits¹⁰⁷.

La nullité des actes juridiques faits par la femme sans autorisation, se couvre, soit quant à la femme, soit quant au mari, par la prescription de dix ans¹⁰⁸. Art. 1304, al. 1. Cette prescription ne commence à courir, même contre le mari, qu'à partir de la dissolution du mariage¹⁰⁹. Art. 1304, al. 2.

Quant aux jugements rendus contre une femme non autorisée, ils ne peuvent être efficacement attaqués, soit par la femme, soit par le mari, après l'expiration des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ouvertes contre les jugements en général¹¹⁰.

Lorsqu'un mariage, célébré en France ou à l'étranger, a été tenu secret, les tiers auxquels le mari ou la femme opposerait le défaut d'autorisation, peuvent tirer de cette circonstance une fin de non-recevoir pour repousser l'action ou l'exception de nullité¹¹¹. Mais ils ne seraient pas admis à se prévaloir dans ce but de la simple déclaration de la femme qui se serait qualifiée de fille ou de veuve¹¹². Que si cette dernière avait employé des manœuvres frau-

¹⁰⁷ Req. rej., 17 août 1853, Sir., 55, 1, 811. Cpr. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

¹⁰⁸ Sauf, le cas échéant, l'application de la règle *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Req. rej., 1^{er} décembre 1846, Sir., 47, 1, 289. Cpr. § 339, texte et note 23; § 771, texte et notes 1 à 6.

¹⁰⁹ Delvincourt, I, p. 596. Toullier, VII, 613. Valette, sur Proudhon, I, p. 487, note 6. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77. En vain dirait-on que le mari pouvant, d'après notre système, confirmer pendant le mariage, même en l'absence de la femme, l'acte passé par cette dernière sans autorisation, on ne voit pas pourquoi la prescription de dix ans ne courrait pas contre lui du jour où il a obtenu connaissance de cet acte. Cette objection se réfuterait par la considération que, si le législateur a regardé comme suffisante, pour effacer la nullité par rapport à la femme, une confirmation expresse ou tacite résultant d'un fait positif de la part du mari, ce n'était pas un motif pour attribuer le même effet à son simple silence plus ou moins prolongé durant le mariage. Et comme, d'un autre côté, le législateur est, à notre avis, parti de l'idée que l'action de la femme ne saurait survivre à celle du mari, il n'aurait pu, sans inconséquence, faire courir la prescription contre ce dernier, avant l'époque à partir de laquelle elle court contre la femme.

¹¹⁰ Vazeille, II, 79. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

¹¹¹ Voy. les autorités citées au § 467, note 16, et au § 468, note 28.

¹¹² Arg. art. 1307. Pothier, *op. cit.*, nos 53 et 54. Toullier, II, 622. Duranton,

duleuses pour faire croire à son état de fille ou de veuve, ou si, par sa manière de vivre et par l'ensemble de ses actes, elle avait induit le public en erreur sur sa véritable position, elle ne serait plus elle-même recevable à invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation ¹¹³. Le mari, au contraire, serait, malgré ces circonstances, autorisé à la faire valoir, à supposer d'ailleurs qu'il fût resté étranger à la fraude commise par la femme.

Les femmes étrangères et leurs maris ne peuvent se prévaloir des dispositions de la loi française sur l'autorisation maritale ¹¹⁴.

V. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE, ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 473.

Des causes de dissolution du mariage.

Le mariage qui, d'après l'art. 227 du Code Napoléon, se dissolvait par la mort naturelle de l'un des époux, par le divorce légalement prononcé, et par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile¹, ne se dissout plus

II, 462 et 495. Vazeille, II, 312. Taulier, I, p. 348. Demolombe, IV, 327. Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 225, n° 3.

¹¹³ Arg. art. 1310 et 1382. Pothier, *op. cit.*, nos 28 et 54. Toullier, II, 623 et 624. Duranton, II, 462, 494 et 495. Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.* Demolombe, IV, 328 et 332. Grenoble, 15 juin 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, X, p. 138. Voy. cep. Zachariæ, § 472, texte et note 61; Vazeille, II, 313 et 314; Toullier, I, p. 349.

¹¹⁴ Bruxelles, 23 février 1808, Sir., 10, 2, 489. Bruxelles, 19 août 1811, Sir., 12, 2, 264. Bastia, 16 février 1844, Sir., 44, 2, 663. Cpr. § 78, texte n° 1.

¹ Ces expressions de l'art. 227 avaient donné lieu à quelque difficulté. D'après Delvincourt (I, p. 226), Vazeille (II, 528 et 555) et M. Duranton (II, 521), qui se fondaient sur les art. 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile ne devenait définitive qu'après la prescription de la peine, et par suite le mariage ne se dissolvait qu'après vingt ans à dater de l'arrêt de condamnation. Voy. également dans ce sens : Angers, 21 août 1840, Sir., 40, 2, 372. Nous aimons à rendre hommage aux motifs d'humanité qui ont inspiré cette manière de voir. Mais elle nous paraît en opposition formelle avec le texte et l'esprit de la loi. Pourquoi chercher dans le Code d'instruction criminelle l'interprétation de l'art. 227, lorsqu'on la trouve dans le Code Napoléon lui-même. L'art. 25, al. 8, porte en effet : « Le mariage « qu'il avait contracté précédemment, est dissous quant à tous ses effets civils. »

depuis les lois du 8 mai 1816 et du 31 mai 1854, qui ont aboli le divorce et la mort civile, que par la première de ces causes.

L'absence la plus longue de l'un des époux n'entraîne jamais la dissolution du mariage².

§ 474.

Des seconds mariages.

Après la dissolution du mariage par la mort naturelle de la femme, le mari peut immédiatement convoler à une nouvelle union. La femme devenue veuve ne le peut, au contraire, qu'après l'expiration du délai fixé par l'art. 228¹.

Les mêmes règles s'appliquaient autrefois aux cas de dissolution du mariage par le divorce ou par la mort civile de l'un des conjoints. Les époux dont le mariage a été ainsi dissous, ont conservé,

Viennent ensuite les art. 26 et 27, qui, selon que la condamnation a été prononcée contradictoirement ou par contumace, font courir la mort civile, soit du jour de l'exécution, soit à partir de l'expiration des cinq années qui la suivent. Les expressions ci-dessus citées de l'art. 227 ont donc eu pour but de rappeler cette distinction, et d'indiquer notamment que, quand la condamnation est prononcée par contumace, la mort civile n'est encourue d'une manière définitive et n'entraîne la dissolution du mariage qu'après l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution par effigie. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 401 et 402, nos 1 et 2). Mais il ne pouvait entrer dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon de subordonner l'application de l'art. 227 aux dispositions du Code d'instruction criminelle, qui n'existait pas même en projet lorsque cet article a été discuté. Ce qui prouve d'ailleurs que le Code d'instruction criminelle n'a pas, sur ce point, dérogé au Code Napoléon, c'est la disposition du deuxième alinéa de l'art. 476 du premier de ces Codes, qui maintient pour le passé les effets que la mort civile a produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution en justice, disposition qui n'aurait aucun sens si la mort civile ne produisait pas, à partir de l'expiration de ces cinq années, tous les effets qu'y attache l'art. 25 du Code Napoléon. Voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.*, v^o Mariage, sect. II, § 2, n^o 3 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage, p. 158, n^o 3 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 477, note a ; Marcadé, sur l'art. 227 ; Richelot, I, 114 ; Félix, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 485, n^o 12 ; Demolombe, I, 231 ; Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n^o 375 ; Douai, 3 août 1819, Dalloz ; *Jur. gén.*, v^o Droits civils et politiques, VI, p. 224 ; Rennes, 11 mai 1847, Sir., 47, 2, 344 ; Rennes, 5 juin 1851, Sir., 51, 2, 341 ; Req. rej., 2 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54.

² Cpr. § 159, texte et note 1.

¹ Cpr. sur la nature de cet empêchement : § 463, texte n^o 3.

malgré l'abolition du divorce et de la mort civile, la faculté de se remarier².

Les seconds mariages sont soumis aux mêmes conditions, et produisent en général les mêmes effets qu'une première union³. Cependant, lorsque la personne qui contracte un second ou subséquent mariage, a des enfants d'une union précédente, elle ne jouit pas, relativement aux dispositions à titre gratuit qu'elle se proposerait de faire au profit de son conjoint, d'une aussi grande latitude que la personne qui n'a pas d'enfants d'un précédent mariage⁴. D'un autre côté, l'époux qui convole à une nouvelle union, et plus particulièrement la femme, ne conserve pas, sur les enfants issus d'un mariage précédent, la plénitude des droits qui découlent de la puissance paternelle⁵.

B. DE LA SÉPARATION DE CORPS.

BIBLIOGRAPHIE. — *De la séparation de corps*, par Massol; Paris, 1840
4 vol. in-8°.

§ 489¹.

1. Notion de la séparation de corps.

La séparation de corps est l'état où se trouvent placés deux époux entre lesquels a cessé l'obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait. Cpr. art. 214.

La séparation de corps ne peut résulter que d'un jugement. Ainsi, elle ne peut avoir lieu en vertu du consentement mutuel des deux époux. Art. 307. Le traité par lequel les époux conviendraient de vivre séparés l'un de l'autre, ne serait pas obligatoire pour eux, et à plus forte raison ne pourrait-il être opposé aux tiers.

La séparation de corps est immédiatement attachée au jugement

² Cpr. § 82, texte et note 15; § 83 bis, texte *in fine*, et note 6; § 461, texte et note 2.

³ Le projet du Code contenait un article qui exprimait formellement cette proposition, mais on l'a retranché comme inutile. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 402, n° 2.

⁴ Cpr. art. 1098, 1490 et 1527 cbn. 1094; § 698.

⁵ Cpr. art. 380, 381, 386, 395, 399 et 400; § 99 bis, texte n° 3; § 100; § 549, et § 549 bis, texte n° 4.

¹ Les §§ 475 à 488 du *Manuel* de Zachariæ sont relatifs au divorce. Cpr. § 449, texte *in fine*.

qui accueille la demande formée à cet effet. Elle n'a pas besoin, comme le divorce, d'être prononcée par l'officier de l'état civil².

La séparation de corps ne rompt pas, mais relâche seulement le lien du mariage. En général, elle laisse subsister tous les effets juridiques que le mariage produit, et n'entraîne que la cessation de ceux de ces effets qui sont une conséquence de la vie commune.

§ 490.

2. *Aperçu historique. — Règle d'interprétation.*

1° Avant la révolution, la séparation de corps était, comme les autres parties de la matière du mariage, régie par les dispositions du Droit canon¹.

La loi du 20 - 25 septembre 1792 abolit complètement la séparation de corps, et la remplaça par le divorce.

Lors de la discussion au Conseil d'état, la question de savoir si la séparation de corps devait être rétablie, et surtout celle de savoir dans quelles limites elle serait admise, furent vivement débattues. Les partisans de la séparation de corps réussirent à la faire admettre parallèlement au divorce pour cause déterminée, et concurremment avec lui, de manière à laisser à l'époux plaignant la faculté de demander pour les mêmes raisons, soit le divorce, soit la séparation de corps. Le principal motif qui dicta cette résolution, fut que, l'Église catholique rejetant le divorce, il fallait donner aux époux qui suivent cette religion, la liberté et les moyens de se séparer sans blesser leurs croyances religieuses.

2° Il résulte de ces explications, que la séparation de corps a, jusqu'à certain point, été envisagée comme le divorce des catholiques; et par voie de conséquence, l'on se trouve amené à la règle suivante :

Les dispositions du Code Napoléon sur le divorce peuvent et doivent être consultées pour l'interprétation et le complément du petit nombre de celles que ce Code contient sur la séparation de corps, à moins que leur application à cette dernière matière ne

² Demolombe, IV, 493.

¹ Toutefois, d'après le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les tribunaux séculiers étaient seuls compétents pour statuer, même en premier ressort, sur les demandes en séparation de corps. Merlin, *Rép.*, v^o Séparation de corps, § 3, n^o 2.

soit en opposition avec la nature même de la séparation de corps², avec une disposition expresse ou implicite de la loi³, ou avec les principes généraux du Droit⁴.

Cette règle d'interprétation, qui se fonde tout à la fois sur la lettre de la loi⁵, et sur son esprit, tel qu'il se manifeste par la discussion au Conseil d'état⁶, pourrait encore, au besoin, trouver aujourd'hui un nouvel appui dans la loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce⁷.

§ 491.

3. *Des causes en vertu desquelles il est permis de former une demande en séparation de corps. — Des moyens à l'aide desquels on peut établir la preuve des faits qui lui servent de base.*

1^o Les causes qui peuvent motiver une demande en séparation de corps sont au nombre de trois (art. 306) :

1) L'adultère. Le mari est autorisé à demander la séparation de corps, à raison de tout adultère de la femme. Art. 229.

La femme, au contraire, ne peut se pourvoir en séparation de corps pour cause d'adultère du mari qu'autant que ce dernier a tenu sa concubine dans la maison commune, c'est-à-dire, dans la maison où il avait établi sa demeure, et où il avait, par conséquent, le droit de forcer sa femme à le suivre, et le devoir de la recevoir¹. Art. 230².

² Cpr. art. 295 et 298; § 463, texte n^o 5 et note 11; § 489.

³ Cpr. art. 307 cbn. 234 à 266 et 274; art. 307 cbn. 233.

⁴ Par exemple, avec la maxime *Pœnalia non sunt extendenda*. Cpr. art. 299 et 300.

⁵ Arg. *a pari* art. 306 cbn. 229 à 232. Arg. *a contrario* art. 307 cbn. 234 à 266.

⁶ Cpr. Locré, *Lég.*, V, p. 7 à 10, p. 131 à 142.

⁷ En ordonnant que les demandes et instances en divorce pendantes au moment de la promulgation de la loi du 8 mai 1816, seraient converties en demandes et instances en séparation de corps, l'art. 2 de cette loi a encore rapproché la séparation de corps du divorce.

¹ Cpr. art. 108 et 214; Code pénal, art. 339. — L'expression *maison commune*, comprend donc la maison dans laquelle les époux n'auraient qu'une simple résidence, sans y avoir leur domicile, par exemple, une maison de campagne. Durantou, II, 544. Valette, sur Proudhon, I, p. 531, note a. Marcadé, sur l'art. 306, n^o 2. Massol, p. 51, n^o 8. Demolombe, IV, 374.

² Voy. sur les motifs de la distinction établie entre l'adultère de la femme et celui du mari : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VI; *Discus-*

Il ne suffit pas, pour donner lieu à l'application de l'art. 230, que le mari ait passagèrement reçu sa concubine dans la maison commune³. Mais il n'est pas nécessaire, d'un autre côté, qu'elle y ait été introduite par ce dernier⁴; et il importe même peu à quel titre elle y a été installée ou recue⁵. Il est également indifférent que la femme ait ou non habité cette maison au moment où le mari y a entretenu un commerce adultérin⁶.

Du reste, si les relations adultérines du mari, quoique ne présentant pas les caractères prévus par l'art. 230, avaient donné lieu de sa part à des procédés ou à des manifestations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la dignité de la femme, celle-ci serait autorisée à demander la séparation de corps pour injure grave, en vertu de l'art. 231⁷.

2) Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre forment une seconde cause de séparation de corps.

On entend par excès, les attentats qui sont de nature à mettre en danger la vie de celui envers lequel ils sont exercés⁸, par sé-

sion au Conseil d'état (Loché, *Lég.*, V, p. 96, n° 2; p. 112 et 113, n° 14, p. 159, n° 4); Duranton, II, 542.

³ Code pénal, art. 339. Duranton, II, 547. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 370.

⁴ Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 bis. Duranton, II, 546. Massol, p. 33, note 2. Demolombe, IV, 373. Paris, 11 juillet 1812, Sir., 12, 2, 425. Civ. rej., 26 juillet 1813, Sir., 13, 1, 401. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*

⁵ Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 bis. Demolombe, IV, 372. Civ. rej., 5 juillet 1813, Merlin, *op. et loc. cit.*

⁶ Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 7, nos 2 et 3. Duranton, II, 545. Vazeille, II, 535. Massol, p. 31, n° 8. Demolombe, IV, 375. Poitiers, 28 messidor an XII, Sir., 4, 2, 180. Douai, 24 juillet 1812, Sir., 13, 2, 33. Civ. cass., 21 décembre 1818, Sir., 19, 1, 163. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Agen, 27 janvier 1824, Sir., 25, 2, 7. Toulouse, 12 avril 1825, Sir., 25, 2, 299. Civ. cass., 17 août 1825, Sir., 26, 1, 1. Bruxelles, 14 novembre 1830, Sir., 31, 2, 60. Crim. rej., 12 décembre 1857, Sir., 58, 1, 176.

⁷ Vazeille, II, 546. Marcadé, sur l'art. 306, n° 3. Massol, p. 34, n° 10. Demolombe, IV, 377. Bordeaux, 19 mai 1828, Sir., 28, 2, 265. Limoges, 21 mars 1835, Sir., 35, 2, 470. Req. rej., 14 juin 1836, Sir., 36, 1, 448.

⁸ Le projet du Code contenait un article ainsi conçu : « L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce. » Voy. Loché, *Lég.*, V, p. 103, n° 7, art. 2. Le Tribunal demanda la suppression de cet article, afin de ne pas mettre l'époux demandeur en divorce dans la cruelle nécessité de porter contre son conjoint une accusation qui pourrait le conduire à l'échafaud. Il faisait d'ailleurs remarquer que les plus grands excès, et même les attentats à la vie, se trouveraient, à la rigueur, compris dans le terme *sévices*.

vices, les voies de fait qui n'ont pas ce caractère, et, en général, toute espèce de mauvais traitements⁹.

Les injures sont, ou verbales, ou réelles.

Les injures verbales, qui peuvent avoir lieu de vive voix ou par écrit, comprennent les propos insultants, les termes de mépris, les imputations calomnieuses ou diffamatoires¹⁰. Telle serait une imputation d'adultère calomnieusement adressée par le mari à la femme¹¹. Mais un désaveu de paternité formé dans des circonstances de nature à motiver les soupçons du mari, n'est point, au cas même où il a été rejeté, une cause suffisante de séparation¹².

Les injures réelles comprennent tous les faits qui constituent une insulte, un outrage, ou une marque de mépris¹³. C'est ainsi que le refus obstiné de la femme de rejoindre son mari, ou du mari de recevoir sa femme, peut être considéré comme une injure¹⁴. Il en est de même du refus du mari de consentir à la bénédiction religieuse du mariage¹⁵. Quant à la communication du mal vénérien, elle n'est point par elle-même une injure; mais elle peut le

Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 261 et 263, n° 2. Conformément à la demande du Tribunal, l'article ci-dessus cité fut donc supprimé. Mais pour ne laisser aucune équivoque, et pour distinguer les attentats des simples sévices, on ajouta, dans l'art. 231, le mot *excès*, qui ne s'y trouvait pas primitivement. Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 183, n° 1, art. 3. Cpr. Duranton, II, 550; Toullier, II, 672; Vazeille, II, 541; Demolombe, IV, 384.

⁹ Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 3. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 885, n° 5. Duranton, II, 551 et 552.

¹⁰ Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4; Duranton, II, 553; Vazeille, II, 549 à 551.

¹¹ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, V, p. 54, n° 23). Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Duranton, II, 554. Vazeille, II, 550 et 551. Demolombe, IV, 387. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Paris, 15 juin 1812, Sir., 13, 2, 84. Paris, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 306. Rennes, 21 août 1833, Sir., 34, 2, 285.

¹² Paris, 7 mai 1855, Sir., 55, 2, 770.

¹³ Voy. sur les diverses injures réelles dont l'un des époux peut se rendre coupable envers l'autre : texte et note 7 *supra*; Vazeille, II, 540 et 548; Duranton, II, 556; Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 895, nos 16 et 17; Demolombe, IV, 391 et 392; Rouen, 8 avril 1824, Sir., 24, 2, 113; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413; Caen, 23 février 1857, Sir., 57, 2, 568.

¹⁴ Duranton, II, 436 et 555. Vazeille, II, 547. Massol, p. 47, n° 7. Demolombe, IV, 388. Angers, 8 avril 1829, Sir., 29, 2, 137.

¹⁵ Bressoles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 157. Demolombe, IV, 390. Trèves, 1845, Sir., 47, 2, 420 à la note. Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire : Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III p. 170.

devenir par suite des circonstances dont elle a été accompagnée¹⁶.

Les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de séparation de corps¹⁷. Il en est autrement des sévices et des injures¹⁸. Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu dans l'appréciation du point de savoir si les sévices ou injures dont se plaint l'un des époux, sont assez graves pour fonder une demande en séparation de corps¹⁹. Ils peuvent et doivent, à cet égard, prendre en considération l'âge, la position sociale et l'éducation des parties, les circonstances dans lesquelles les sévices ou injures ont eu lieu²⁰, et les torts que l'époux plaignant aurait à se reprocher²¹. Si la publicité d'une injure en augmente la gravité, et si l'absence de publicité en atténue la portée²², une injure peut cependant être rangée parmi les injures graves, quoiqu'elle n'ait point été accompagnée de publicité²³.

¹⁶ Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 514 ; Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 9 ; Toullier, II, 757 ; Duranton, II, 534 ; Vazeille, II, 551 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 886 et suiv., n° 7 ; Massol, p. 48, n° 8 ; Demolombe, IV, 389 ; Besançon, 1^{er} février 1806, Sir., 6, 2, 401 ; Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179 ; Lyon, 4 avril 1818, Sir., 19, 2, 131 ; Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344 ; Bordeaux, 6 juin 1839, Sir., 39, 2, 391.

¹⁷ Duranton, II, 550. Voy. cependant Vazeille, II, 541 ; Demolombe, IV, 384.

¹⁸ Cpr. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Loché, *Lég.*, V, p. 299, n° 18) ; Besançon, 13 pluviôse et 16 germinal an XIII, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 885 et 886, à la note ; et les notes 19 à 23 *infra*.

¹⁹ Loché, sur l'art. 231. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 885, n° 5. Vazeille, II, 540. Duranton, II, 531. Demolombe, IV, 386. Civ. cass., 11 frimaire an XIV, Sir., 6, 1, 97. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., 37, 1, 640. Cpr. Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179 ; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413.

²⁰ Merlin, *op. et v° cit.*, § 1, n° 3. Duranton, II, 552 et 553. Vazeille, II, 541. Demolombe, IV, 385. Paris, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206.

²¹ Voy. les autorités citées aux notes 21 et 22 du § 492.

²² Cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., 13, 2, 289 ; Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206.

²³ Tronchet avait, dans la séance du 6 nivôse an X (Loché, *Lég.*, V, p. 201 et 202, nos 4 et 5), proposé de substituer, dans l'art. 231, les mots *diffamation publique*, aux termes *injures graves*. Cette proposition, d'abord adoptée, fut ensuite abandonnée. Cette circonstance justifie complètement l'opinion énoncée au texte, à l'appui de laquelle on peut encore invoquer la *Discussion au Conseil*

3) Enfin, en troisième et dernier lieu, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante²⁴, encourue pendant le mariage²⁵ est pour l'autre une cause de séparation de corps, lorsque l'arrêt qui l'a prononcée, n'est plus susceptible d'être réformé²⁶, par aucune voie légale²⁷, au moment où la demande en séparation d

d'état, dans la séance du 14 vendémiaire an X (Loché, *Lég.*, V, p. 54, n° 23) Toullier, II, 762. Duranton, II, 554. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps § 1, n° 4. Dalloz, *Jur.*, *gén.*, v° Séparation de corps, p. 890 et 891, nos 9 et 10 Demolombe, IV, 325. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dalloz, 1830, 1, 398.

²⁴ La disposition de l'art. 232 s'applique donc également aux peines afflictives et infamantes, et aux peines simplement infamantes. Cpr. Code pénal, art. 6 à 8. Mais cette disposition n'est plus applicable au cas où, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, l'un des époux n'a été condamné, même pour un fait qualifié crime, qu'à une simple peine correctionnelle. Demolombe, IV, 396. Paris, 16 juillet 1839, Sir., 40, 2, 107.

²⁵ MM. Duranton (II, 561 et 562), Dalloz (*Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 895, n° 15) et Massol (p. 53, n° 5) prétendent qu'une condamnation antérieure au mariage pourrait être une cause de séparation, si cette condamnation n'avait pas été connue du conjoint du condamné. Cpr. aussi Delvincourt, sur l'art. 232. Mais cette manière de voir nous paraît aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. L'art. 232 ne parle en effet que de la condamnation *de l'un des époux*, termes qui indiquent une condamnation postérieure au mariage. Le législateur n'a pu ni dû supposer qu'une condamnation antérieure au mariage resterait ignorée de la personne avec laquelle un condamné voudrait contracter mariage. D'ailleurs, la nature même des choses s'oppose à ce que la séparation de corps puisse être demandée pour des causes antérieures à l'union conjugale. Enfin, la distinction admise par M. Duranton entre le cas où le conjoint du condamné ignorait l'état de ce dernier et celui où il le connaissait, peut être équitable, mais elle est complètement arbitraire. Comment dès lors serait-il possible d'admettre un système qui ne repose que sur une distinction que la loi proscriit. Voy. dans le sens de notre opinion : Proudhon, I, p. 491; Toullier, II, 673; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 1, n° 5; Marcadé, sur l'art. 386, n° 4; Demolombe, IV, 392.

²⁶ C'est-à-dire, après l'expiration des trois jours accordés pour le pourvoi en cassation, ou après le rejet de ce pourvoi, lorsque la condamnation a été prononcée contradictoirement, et dans l'hypothèse contraire, après l'expiration des vingt années données pour purger la contumace. Code d'instruction criminelle, art. 373 et 374, 476 cbn. 635 et 641. Delvincourt, I, p. 191. Duranton, II, 560. Vazeille, II, 554. Demolombe, IV, 397. Crim., rej., 17 juin 1813, Sir., 13, 1, 293. Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 49. Cpr. *Observations du Tribunal* (Loché, *Lég.*, V, p. 267, n° 9); Loché, I, 229; Toullier, II, 673.

²⁷ La simple éventualité d'une révision future de l'arrêt de condamnation n'en suspend pas l'exécution, à moins que la révélation de circonstances de nature à provoquer cette révision, ne la fasse actuellement présager. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 374 et 443 à 447. Tant que de pareilles circonstances ne se sont point produites, l'arrêt de condamnation doit être considéré comme

corps est jugée. Art. 232 cbn. 261. Il en serait ainsi, quand même le condamné aurait été gracié, ou qu'il aurait subi ou prescrit sa peine avant cette demande²⁸. Mais l'amnistie ou la réhabilitation formerait obstacle à toute action ultérieure fondée sur sa condamnation²⁹.

Les trois causes ci-dessus énumérées sont les seules qui puissent donner ouverture à une demande en séparation de corps³⁰.

Du reste, on est admis à invoquer, à l'appui d'une pareille demande, qui ne serait pas justifiée d'ailleurs, les faits postérieurs à l'introduction de l'instance, et notamment les injures graves qui ont eu lieu dans le cours du procès et à son occasion³¹.

2° Les faits d'adultère, d'excès, de sévices et d'injures graves, allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps, peuvent, en principe général, être établis au moyen des divers genres de preuves que la loi autorise, savoir, par des écrits, par des témoins, et même à l'aide de simples présomptions³².

La question de savoir si des lettres missives émanées de l'époux défendeur peuvent être produites par l'époux demandeur pour prouver des faits allégués à l'appui d'une demande en séparation

n'étant susceptible d'être réformé par aucune voie légale, quoique cet arrêt ne soit point encore à l'abri d'une demande en révision, qui serait à la vérité possible, mais qui n'est pas probable. Vazeille, II, 556. Demolombe, *loc. cit.*

²⁸ La grâce, et l'expiration ou la prescription de la peine n'effacent pas l'infamie attachée à la condamnation. Arg. art. 619 du Code d'instruction criminelle. Duranton, II, 559. Vazeille, II, 557 et 559. Massol, p. 53, n° 3. Chardon, *Puissance maritale*, n° 30. Demolombe, IV, 396. Paris, 19 août 1847, Sir., 47, 2, 524.

²⁹ L'amnistie et la réhabilitation effacent la tache d'infamie que la condamnation avait produite. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 619 et suiv.; § 83, texte et note 1. Or, *cessante causa, cessat effectus*. Vazeille, II, 558. Massol, p. 53, n° 4. Demolombe, *loc. cit.*

³⁰ Duranton, II, 531. Demolombe, IV, 400. — Ainsi, l'un des époux ne peut demander la séparation, parce que l'autre a changé de religion, qu'il est tombé en état de démence ou de fureur, ou qu'il a été infecté d'une maladie contagieuse. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, nos 8, 10 et 11. Duranton, II, 532 et 533. Demolombe, IV, 401. — Voy. quant à la communication du mal vénérien, texte et note 16 *supra*.

³¹ Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Rouen, 13 mars 1816, Sir., 16, 2, 208. Rennes, 21 août 1833, Sir., 34, 2, 285. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Cpr. § 493, texte, notes 6 et 7.

³² Cela s'applique surtout à l'adultère, dont la preuve directe et matérielle est si difficile à fournir. Cpr. Code pénal, art. 338. Locré, sur les art. 229 et 230. Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 19; *Quest., cod. v°*, § 10, nos 1 et 2. Vazeille, II, 533. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., 7, 2, 163.

de corps, doit se décider d'après les règles ordinaires, exposées au § 754. Ainsi, les injures contenues dans une lettre écrite par l'un des conjoints à l'autre, peuvent être prouvées par la production de cette lettre³³, sauf au juge à l'écarter si elle paraissait avoir été concertée entre les époux, pour arriver à faire sanctionner par la justice une séparation volontaire. Quant aux lettres écrites par l'époux défendeur à des tiers, elles ne peuvent, en général, être reçues à titre de preuve qu'avec le consentement de ces derniers, et doivent, malgré ce consentement, être rejetées, quand elles ont un caractère purement confidentiel³⁴. Il semble cependant que, si le mari avait intercepté ou obtenu de toute autre manière des lettres contenant la preuve de relations adultérines entretenues par sa femme, il serait autorisé à en faire usage, peu importe d'ailleurs qu'elles émanassent de la femme elle-même ou de son complice³⁵.

Les règles du Droit commun sur les qualités physiques et légales que doivent posséder les témoins, et sur les causes pour lesquelles il est permis de les reprocher, sont également applicables en matière de séparation de corps³⁶. Toutefois, les parents, autres que

³³ Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Séparation de corps, p. 891, n^o 10. Duranton, II, 602. Massol, p. 41, n^o 5. Demolombe, IV, 393. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dalloz, 1830, 1, 398.

³⁴ Metz, Sir., 4, 2, 101. Limoges, 17 juin 1824, Sir., 26, 2, 177. Aix, 17 décembre 1834, Sir., 35, 2, 172. Voy. cep. Massol, p. 42, n^o 6; Demolombe, IV, 394. Suivant ces auteurs, il n'y aurait pas à distinguer entre les lettres confidentielles et celles qui ne le seraient pas; les unes et les autres pourraient également être produites en justice. Mais cette opinion nous paraît, du moins en général, devoir être repoussée, comme contraire aux sentiments d'honnêteté qui ne permettent pas de divulguer le secret des lettres; et l'art. 456 du Code d'instruction criminelle qu'on invoque à son appui, est loin de fournir un argument concluant. Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère des lettres produites (cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., 13, 2, 289; Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206; Nîmes, 30 avril 1834, Sir., 34, 2, 351), et que l'admission même d'une lettre qui aurait dû être rejetée, comme étant de nature confidentielle, ne peut, en l'absence de texte sur la matière, donner ouverture à cassation. Req. rej., 31 mai 1842, Dalloz, 1842, 1, 329.

³⁵ Arg. art. 338 du Code pénal. Cpr. Req. rej., 31 mai 1842, Dalloz, 1842, 1, 329.

³⁶ Arg. *a contrario*, art. 251. Cpr. Code de procédure, art. 283 à 285. — En jugeant que les causes de reproche indiquées en l'art. 283 du Code de procédure sont toutes inapplicables en matière de divorce ou de séparation de corps, et que les descendants des époux sont, aux termes de l'art. 251 du Code Napoléon, les seuls témoins reprochables en pareil cas, la cour de cassation (Req. rej., 8 juille

les descendants³⁷, et les domestiques ne sont pas reprochables, à raison de leur parenté ou de leur qualité; ils doivent être entendus comme témoins, sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions³⁸.

Par exception au principe général ci-dessus posé, l'aveu du défendeur ne formerait pas, à lui seul, preuve complète de la vérité des faits allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps³⁹. Mais il pourrait et devrait même être pris en considération, s'il était corroboré par d'autres indices ou éléments de conviction⁴⁰.

D'un autre côté, le serment litis-décisore ne pourrait être déferé sur des griefs servant de fondement à une demande en séparation de corps⁴¹; et le juge ne serait pas même autorisé à déferer sur l'un ou l'autre de ces griefs un serment supplétoire⁴².

Lorsque la demande en séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, la preuve de ce fait doit être établie de la manière indiquée par l'art. 261.

1813, Sir., 15, 1, 128) nous semble avoir généralisé, contrairement à la règle *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, les dispositions tout exceptionnelles de ce dernier article. Duranton, II, 607, à la note. Demolombe, IV, 480.

³⁷ Cette exception ne s'applique-t-elle qu'aux descendants communs, ou doit-elle être étendue aux descendants issus d'un précédent mariage? Voy. pour la première opinion : Rennes, 27 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149. Voy. pour la seconde opinion : Douai, 16 août 1853, Sir., 54, 2, 135.

³⁸ Arg. art. 251. *Par est ratio. Non obstant* art. 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure : il ne s'agit pas ici de simples formes d'instruction. Proudhon, I, p. 358. Toullier, II, 769. Duranton, II, 607. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Séparation de corps, p. 906, n^o 5. Massol, p. 116, n^o 19. Demolombe, IV, 479. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Paris, 12 décembre 1809, Sir., 15, 2, 202. Amiens, 5 juillet 1821, Sir., 22, 2, 237. Rennes, 22 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149.

³⁹ Arg. art. 307 et 311 cbn. Code de procédure, art. 870. *Observations du Tribunal* (Loché, *Lég.*, V, p. 280, n^o 32). Loché, sur l'art. 307. Proudhon, I, p. 534 et 535. Duranton, II, 602. Vazeille, II, 564. Favard, *Rép.*, v^o Séparation entre époux, sect. II, § 2, n^o 9. Massol, p. 114, n^o 18. Marcadé, sur l'art. 306, n^o 4. Demolombe, IV, 474. Cpr. Merlin, *Quest.*, v^o Adultère, § 10, n^o 3. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 759.

⁴⁰ Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Séparation de corps, p. 906. Toullier, II, 759. Duranton, Vazeille, Favard et Marcadé, *loc. cit.* Poitiers, 16 décembre 1852, Sir., 53, 2, 472. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708.

⁴¹ Toullier, X, 378. Merlin, *Rép.*, v^o Serment, § 2, art. 2, n^o 6. Favard, *eod.* v^o, sect. III, § 1, n^o 6. Duranton, XIII, 574. Massol, p. 125, n^o 24. Demolombe, IV, 475. Grenoble, 19 juillet 1838, Sir., 39, 2, 415.

⁴² Merlin, *op.*, v^o et *loc. cit.* Massol et Demolombe, *loc. cit.*

§ 492.

4. Des personnes qui ont qualité pour former une demande en séparation de corps. — Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande.

1° Le droit de demander la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne saurait être exercé par leurs créanciers¹.

Ce droit s'éteint par la mort de l'un ou de l'autre des époux. La demande en séparation de corps ne peut être intentée, ni par les héritiers du conjoint prédécédé contre le survivant, ni par ce dernier contre les héritiers du premier². Il y a plus : l'époux survivant ne serait pas recevable à suivre contre les héritiers de son conjoint l'action en séparation de corps qu'il avait formée avant le décès de celui-ci ; et réciproquement, les héritiers de l'époux prédécédé ne seraient pas admis à continuer contre le conjoint survivant l'action en séparation de corps introduite par leur auteur³.

¹ Cpr. § 312, note 22. Demolombe, IV, 427.

² La demande en séparation de corps est une action *vindictam spirans*, qui s'éteint par la remise de l'injure. Or, cette remise doit naturellement se présumer, lorsque la demande en séparation de corps n'a pas été introduite du vivant des deux époux. Cpr. art. 959. Voy. les auteurs cités à la note suivante.

³ L'opinion contraire est enseignée par Zachariæ (§ 492, texte *in fine*, et § 478, texte et note 2) pour le cas où, soit le conjoint survivant, soit les héritiers du prédécédé auraient un intérêt pécuniaire à faire judiciairement déclarer qu'il existait des motifs suffisants de séparation. Cpr. art. 299 et 1518. Voy. également en ce sens : Delvincourt, I, p. 190 ; Duranton, II, 580 ; Vazeille, II, 585. Mais il est à remarquer que, dans le système même qui étend l'application de l'art. 299 à la séparation de corps, la révocation de plein droit des avantages faits à l'époux défendeur, ne pourrait toujours résulter que d'une séparation prononcée, et qu'il ne saurait plus être question de la prononcer, lorsque le mariage a été dissous par la mort de l'un des époux. La même observation s'applique à la privation du préciput de communauté. D'un autre côté, les règles de la procédure s'opposent à ce que l'époux demandeur ou ses héritiers puissent convertir une demande en séparation de corps devenue sans objet, en une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude. Il restera sans doute, dans l'une ou l'autre des hypothèses indiquées au texte, une question de dépens à vider. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour autoriser la continuation de l'instance, et le tribunal devra décider cette question d'après les éléments de la procédure au moment où elle a été interrompue par la mort de l'un des époux, comme il est bien obligé de le faire dans des cas analogues, par exemple, en

Mais rien n'empêche que le tuteur ou, le cas échéant, le subrogé tuteur d'un interdit ne puisse, avec l'autorisation du conseil de famille, former, au nom de son pupille, une demande en séparation de corps⁴.

2° a. Les dispositions que contiennent les art. 272 à 274, sur les fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée, sont également applicables en matière de séparation de corps⁵.

Ainsi, la demande en séparation de corps peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des deux époux, ou de la renonciation expresse ou tacite de l'époux au profit duquel le droit de demander la séparation de corps se trouvait ouvert⁶, à supposer, bien entendu, que les faits dont on prétend faire résulter la réconciliation ou la renonciation se soient passés à une époque où l'époux demandeur avait déjà obtenu connaissance des torts de son conjoint⁷.

matière d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire, quand le défendeur vient à décéder dans le cours de l'instance. Massol, p. 22, n° 4. Marcadé, sur l'art. 307, n° 5. Taulier, I, p. 368. Demolombe, IV, 429 à 431. Paris, 6 juillet 1844, Sir., 45, 2, 272. Req. rej., 5 février 1851, Sir., 51, 1, 81. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 617. Paris, 10 février 1852, Sir., 53, 2, 77. Caen, 24 février 1855, Sir., 57, 2, 393.

⁴ Arg. art. 450. Massol, p. 26, n° 5, Demolombe, IV, 428. Colmar, 16 février 1832, Sir., 32, 2, 612. Paris, 21 juin 1841, Sir., 41, 2, 488. Ce dernier arrêt a même décidé que l'autorisation du conseil de famille n'était pas en pareil cas nécessaire. Mais il nous paraît avoir donné sous ce rapport une trop grande extension aux pouvoirs du tuteur. Cpr. § 114, texte et note 6.

⁵ Arg. art. 306. Les causes de divorce et de séparation de corps étant les mêmes, et le législateur ne s'étant pas spécialement occupé des fins de non-recevoir qui pourraient être opposées à la demande en séparation de corps, il faut en conclure qu'il a été dans son intention d'étendre à cette dernière les fins de non-recevoir admises en matière de divorce. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 1. Toullier, II, 761. Duranton, II, 563 et 564. Vazeille, II, 575. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 895, n° 1. Proudhon et Valette, I, p. 532. Massol, p. 60, n° 1. Demolombe, IV, 402. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93.

⁶ Le Code ne parle, il est vrai, que de la réconciliation; mais ce qu'il en dit doit également s'appliquer à toute espèce de renonciation, lors même qu'elle résulterait de faits qui ne constitueraient pas une réconciliation proprement dite. En effet, la réconciliation elle-même ne forme une fin de non-recevoir dans la matière qui nous occupe, que parce qu'elle emporte nécessairement renonciation à l'action ouverte au profit de l'époux offensé. Toute autre espèce de renonciation doit donc produire les mêmes effets. Cpr. art. 232; texte et note 8 *infra*.

⁷ Massol, p. 67, n° 2. Demolombe, IV, 405. Limoges, 21 juin 1835, Sir., 35, 2, 469.

Cette exception peut être proposée contre toute demande en séparation de corps, quel qu'en soit le fondement : elle est même proposable contre la demande fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante⁸.

La loi n'ayant pas déterminé les circonstances constitutives ou indicatives de la réconciliation, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si les faits dont on prétend la faire résulter, l'établissent ou non d'une manière suffisante. Ils pourraient, en usant de leur pouvoir discrétionnaire, se refuser à voir une preuve complète de réconciliation dans la cohabitation des époux continuée pendant un temps plus ou moins long, dans le retour momentané de la femme au domicile conjugal, et même dans le fait de sa grossesse⁹. A plus forte raison pourraient-ils ne pas s'arrêter au désistement donné par le mari de la plainte en adultère qu'il avait portée contre sa femme¹⁰.

Du reste, il est indifférent que la réconciliation soit antérieure ou postérieure à l'introduction de la demande en séparation, et qu'elle ait duré plus ou moins longtemps¹¹.

La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation ou de la renonciation peut être proposée en tout état de cause, et même en instance d'appel¹².

Les faits de réconciliation ou de renonciation peuvent être établis

⁸ Rien ne s'oppose, ni d'après le texte de la loi, ni d'après la nature de la séparation de corps, à ce que l'un des époux renonce valablement au droit de la demander à raison de la condamnation à une peine infamante qui aurait été prononcée contre l'autre. Duranton, II, 572 et 573. Massol, p. 68, n° 4. Demolombe, IV, 404. Voy. cep. en sens contraire : Locré, sur l'art. 272 ; Delvincourt, I, p. 193 ; Rouen, 8 février 1844, Dalloz, 1844, 2, 192.

⁹ Duranton, II, 571 à 573. Vazeille, II, 576. Marcadé, sur l'art. 307, n° 3. Demolombe, IV, 410 à 413. Besançon, 1^{er} février 1806, Sir., 6, 2, 401. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Turin, 14 février 1810, et Grenoble, 23 août 1822, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 896, notes 2 et 3. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Paris, 21 novembre 1840, Sir., 41, 2, 68. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573.

¹⁰ Rouen, 18 novembre 1847, Sir., 48, 2, 83.

¹¹ Les jugements qui, après avoir admis l'existence de la renonciation, rejetteraient la fin de non-recevoir qui en résulte, sous prétexte du peu de durée de la réconciliation, encourraient la censure de la cour de cassation. Demolombe, IV, 406. Crim. cass., 8 décembre 1832, Sir., 33, 1, 528.

¹² Arg. art. 2224, et Code de procédure, art. 464. En jugeant le contraire, par arg. de l'art. 256 du Code de procédure, la cour d'Aix (21 décembre 1831, Sir., 33, 2, 518) nous paraît avoir fait une fausse application de cet article. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 421.

au moyen des différents genres de preuve que la loi autorise. Art. 274. L'aveu de l'époux auquel on oppose la fin de non-recevoir qui en résulte, suffit même pour qu'ils soient réputés constants¹³. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que l'époux défendeur ne défère au demandeur le serment litis-décisoire sur le fait de la réconciliation¹⁴.

Lorsqu'une demande en séparation de corps a été écartée au moyen de la fin de non-recevoir dont s'agit, et que postérieurement il survient de nouvelles causes de séparation, l'époux dont la première demande a été rejetée, est non-seulement autorisé à en former une seconde à raison de ces nouvelles causes, mais encore à invoquer, à l'appui de sa demande actuelle, les faits antérieurs à la réconciliation ou à la renonciation¹⁵. Il importe peu, à cet égard, que ces faits aient été articulés ou non dans la première demande¹⁶; et qu'ils soient ou non de même nature que ceux à raison desquels la seconde demande a été formée¹⁷. Art. 273.

A plus forte raison, l'époux qui intente pour la première fois une demande en séparation de corps, est-il autorisé à repousser l'exception de réconciliation ou de renonciation qu'on oppose à quelques-uns des faits invoqués à l'appui de sa demande, en prouvant qu'il s'est passé, postérieurement à la réconciliation ou à la

¹³ Arg. art. 274. Demolombe, IV, 420.

¹⁴ Arg. art. 274. Trêves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Voy. en sens contraire : Massol, p. 125, n° 24 ; Demolombe, IV, 420. L'opinion de ces auteurs nous semble contraire à l'esprit de la loi, aux yeux de laquelle la réconciliation est éminemment favorable. Si l'aveu du demandeur est suffisant pour établir le fait de la réconciliation, on ne voit pas pourquoi le défendeur ne serait pas, à défaut de preuve, admis à lui déférer le serment sur ce fait. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que le juge qui trouverait dans la procédure des éléments de conviction suffisants pour reconnaître l'existence de la réconciliation, pourrait la déclarer constante sans s'arrêter à la délation du serment.

¹⁵ Il résulte évidemment de là, que la seconde demande devrait être accueillie, quoique les nouveaux faits ne fussent point, par eux-mêmes, assez graves pour motiver la séparation, si, par leur réunion aux anciens faits, ils se trouvaient avoir un degré de gravité suffisant. Autrement entendu, l'art. 273 ne concéderait qu'une faculté complètement illusoire. Duranton, II, 566. Massol, p. 70, n° 5. Demolombe, IV, 423. Trêves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Cpr. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202.

¹⁶ Duranton, II, 567. Demolombe, IV, 425. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128.

¹⁷ Ainsi, des faits de sévices et d'injures peuvent faire revivre des faits d'adultère, et réciproquement. Vazeille, II, 577. Massol, p. 71, n° 6. Demolombe, IV, 424. Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708.

renonciation, de nouveaux faits qui ont fait revivre les anciens ¹⁸. Arg. *a fortiori*, art. 273.

b. Une demande en séparation de corps peut être repoussée par l'exception résultant de la chose jugée, lorsque cette demande est uniquement fondée sur des faits articulés à l'appui d'une demande antérieurement rejetée. Mais le rejet d'une demande précédente ne formerait aucun obstacle à l'introduction d'une demande subséquente fondée sur des faits nouveaux, fussent-ils de même nature que les anciens ¹⁹. On pourrait même, en pareil cas, se prévaloir, sans violer l'autorité de la chose jugée, des anciens faits qui n'auraient été primitivement écartés qu'à raison de leur peu de gravité, ou de l'insuffisance des preuves qu'on avait produites pour les établir ²⁰. Cpr. art. 1351.

c. L'exception résultant de la prescription trentenaire ²¹ est également, le cas échéant ²², proposable contre une demande en séparation de corps uniquement fondée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans, et que n'auraient pas fait revivre des faits plus récents ²³.

d. La demande en séparation de corps n'est pas recevable, lorsque le demandeur a donné les mains aux faits illicites sur lesquels elle est fondée, par exemple, lorsque le mari a consenti à la prostitution de sa femme ²⁴.

¹⁸ Vazeille, II, 581. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128. Voy. aussi les autorités citées aux trois notes précédentes.

¹⁹ Merlin, *Rép.*, v^o Séparation de corps, § 2, n^o 3. Vazeille, II, 578 et 579.

²⁰ Arg. art. 273. Duranton, II, 568. Vazeille, II, 579. Demolombe, IV, 425. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 22, 2, 93.

²¹ L'art. 277 n'est point applicable à la séparation de corps, puisqu'il ne l'était pas même au divorce pour cause déterminée. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20.

²² C'est-à-dire, s'il n'y a pas eu, avant le terme de la prescription, de réconciliation entre les époux, ou si, en cas de réconciliation, l'époux défendeur préfère invoquer la prescription, pour ne pas être obligé de rapporter la preuve des faits de réconciliation.

²³ Art. 2262. Merlin, *Quest.*, v^o Adultère, § 9, n^o 2, p. 177, note 2. Voy. en sens contraire : Massol, p. 72, à la note ; Demolombe, IV, 409. En invoquant à l'appui de leur opinion l'art. 2253, ces auteurs n'ont pas remarqué que cet article est nécessairement étranger à l'action en séparation de corps, puisque, d'une part, cette action ne peut être intentée que pendant le mariage, et que, d'autre part, le principal motif sur lequel repose la suspension de prescription, admise entre époux dans le but d'écarter tout ce qui pourrait troubler la paix du ménage, disparaît ici complètement.

²⁴ Vazeille, II, 584. Demolombe, IV, 415. Cpr. Merlin, *Quest.*, v^o Adultère, § 9, n^o 2, p. 177, note 3 ; Paris, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14.

Si les deux époux se sont réciproquement rendus coupables des mêmes faits, l'un à l'égard de l'autre, ou si les fautes de l'un ont provoqué de la part de l'autre des fautes d'une nature différente, il ne résulte pas de là une exception de compensation, à l'aide de laquelle le défendeur puisse faire rejeter, comme non recevable, la demande, en séparation de corps intentée contre lui²⁵. Mais les tribunaux sont autorisés à prendre en considération cette réciprocité de torts, soit pour apprécier le plus ou moins de gravité des griefs dont se plaint le demandeur en séparation, et pour rejeter, le cas échéant, la demande, comme n'étant pas suffisamment motivée²⁶, soit pour décider les questions relatives à la garde des enfants²⁷. D'un autre côté, l'époux défendeur serait, en pareil cas, admis à former une demande reconventionnelle en séparation de corps²⁸.

La demande en séparation de biens, qu'elle ait été admise ou rejetée, ne forme point par elle-même obstacle à la demande en séparation de corps que la femme intenterait ultérieurement²⁹.

§ 493.

5. De la procédure à suivre sur la demande en séparation de corps.

— Des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu.

1^o La procédure particulière que tracent, pour la demande en

²⁵ Merlin, *Quest.*, v^o Adultère, § 8, n^o 2; et § 10, n^o 2. Toullier, II, 764. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Séparation de corps, p. 896 et 897, n^o 2. Marcadé, sur l'art. 307, n^o 4. Demolombe, IV, 415 et 416. Orléans, 16 août 1820, Sir., 21, 2, 134. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 574 à 576; Vazeille, II, 536; Valette, sur Proudhon, I, p. 522, note a; Massol, p. 39, n^o 4, et p. 85, n^o 13.

²⁶ Merlin, *Rép.*, v^o Divorce, sect. IV, § 12. Favard, *Rép.*, v^o Séparation entre époux, sect. II, § 2, n^o 6. Req. rej., 14 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 908. Metz, 7 mai 1807, Sir., 7, 2, 649. Toulouse, 9 janvier 1824, Sir., 24, 2, 170. Douai, 19 novembre 1846, Sir., 48, 2, 521. Montpellier, 7 juin 1853, Sir., 55, 2, 573. Req. rej., 4 décembre 1855, Sir., 56, 1, 814. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente.

²⁷ Cpr. § 494, texte et notes 10 à 12.

²⁸ Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 416. Cpr. § 493, texte n^o 1 et note 4.

²⁹ Toullier, II, 763. Duranton, II, 579. Vazeille, II, 583. Massol, p. 81, n^o 11. Demolombe, IV, 418. Req. rej., 23 août 1809, Sir., 9, 1, 434. Limoges, 3 juillet 1839, Dalloz, 1840, 2, 55. Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 48. — On jugeait autrefois le contraire. Merlin, *Rép.*, v^o Séparation de corps, § 2, n^o 2.

divorce, les art. 234 et suivants du Code Napoléon, ne s'applique point à la demande en séparation de corps, qui doit, en général et sauf les règles spéciales indiquées aux art. 875 et suivants du Code de procédure, être intentée, instruite, et jugée de la même manière que toute autre action civile. Art. 307. Il en est ainsi, lors même que la demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. La procédure sommaire introduite pour ce cas par l'art. 261 ne peut être étendue de la matière du divorce à celle de la séparation de corps¹.

La demande en séparation de corps se porte au tribunal du domicile du mari; et ce tribunal resterait compétent pour en connaître, quand même ce dernier viendrait à changer de domicile après l'essai de conciliation dont il va être parlé, et avant l'assignation².

La demande en séparation de corps doit être précédée d'un essai de conciliation, auquel il est procédé d'après le mode spécial indiqué aux art. 875 à 878 du Code de procédure, et ce, à peine de nullité de toute procédure ultérieure³. Cependant, ce préliminaire devient sans objet et n'est plus exigé, lorsqu'il s'agit d'une demande formée reconventionnellement par l'époux défendeur à l'action principale⁴, comme aussi dans

¹ L'art. 307 est trop absolu pour qu'on puisse se permettre une extension qui serait en opposition manifeste avec le texte de cet article. On le peut d'autant moins qu'en suivant la procédure sommaire introduite par l'art. 261 contrairement au Droit commun, on placerait le condamné dans la nécessité d'attaquer par opposition le jugement sur requête qui aurait admis la demande en séparation de corps contre laquelle il avait des exceptions à faire valoir : *Quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias*. Toullier, II, 771. Favard, *Rép.*, v^o Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n^o 14. Chauveau, sur Carré, quest. 2968. Marcadé, sur l'art. 307, n^o 1. Demolombe, IV, 435. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 193; Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 552; Carré, *Lois de la procédure civile*, III, quest. 2968; Duranton, II, 568; Valette, sur Proudhon, I, p. 356, note a; Massol, p. 106, n^o 12; Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 49; Colmar, 15 juillet 1846, Sir., 47, 2, 196. Paris, 19 août 1847, Sir., 47, 2, 524; Paris, 3 février 1852, Sir., 52, 2, 60.

² Code de procédure, art. 875 cbn. Code Napoléon, art. 108. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2965. Proudhon, I, p. 535. Vazeille, II, 562. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345, note a. Demolombe, IV, 447. Req. régl., 27 juillet 1825, Sir., 25, 1, 264. Paris, 7 août 1835, Sir., 35, 2, 493. — Une étrangère, dont le mari n'a point été admis à établir son domicile en France, peut-elle porter devant les tribunaux français une demande en séparation de corps? Voy. pour la négative : § 748 bis, texte n^o 3, et note 21.

³ Paris, 3 juin 1854, Sir., 54, 2, 647.

⁴ Arg. Code de procédure, art. 48 et 49. Demolombe, IV, 436. Bourges,

le cas où la demande est introduite par le tuteur d'un époux interdit⁵.

En cas de non-conciliation, le président n'est pas autorisé à soumettre à un sursis l'introduction de la demande; il doit renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal, sauf, s'il le juge convenable, à prolonger l'épreuve de conciliation, en leur ordonnant de se représenter de nouveau devant lui à un jour rapproché⁶.

Du reste, il n'est pas nécessaire de renouveler au bureau de paix la tentative de conciliation⁷. D'un autre côté, la demande n'a pas besoin d'être affichée et publiée, ainsi que cela doit avoir lieu en matière de séparation de biens⁸.

La demande en séparation de corps s'instruit dans les mêmes formes que les autres demandes. Art. 307. Code de procédure, art. 879. Les enquêtes doivent avoir lieu comme en matière ordinaire; elles ne peuvent être faites sommairement et à l'audience⁹.

Le demandeur est recevable à proposer, à l'appui de sa demande,

24 mars 1840, Sir., 40, 2, 503. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Voy. en sens contraire : Massol, p. 96, n° 3.

— M. Demolombe (IV, 437) pense même qu'une demande reconventionnelle en séparation de corps pourrait être formée pour la première fois en instance d'appel. Mais cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Il ne saurait dépendre de l'un des époux de priver l'autre du bénéfice des deux degrés de juridiction. En vain opposerait-on l'art. 464 du Code de procédure : une demande en séparation de corps produite sous forme de reconvention ne peut tendre à compensation, et ne constitue pas une simple défense à la demande principale. Angers, 8 avril 1840, Sir., 40, 2, 411.

⁵ Massol, p. 107, n° 13. Demolombe, IV, 438.

⁶ Massol, p. 110, n° 15. Demolombe, IV, 441 et 442. Cpr. Paris, 20 mai et 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563 et 565.

⁷ La dernière partie de l'art. 878 du Code de procédure est, dans l'édition officielle, ponctuée ainsi qu'il suit : *il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable, au bureau de conciliation*. Mais cette ponctuation est évidemment vicieuse, et le véritable sens de la loi est celui que nous avons indiqué au texte. *Exposé de motifs*, par Berlier (Loché, *Lég.*, XXII, p. 156, n° 17). Carré, *op. cit.*, III, p. 245, quest. 2972. Duranton, II, 594 à la note. Rauter, *op. cit.* § 345, note d. Massol, p. 108, n° 14. Demolombe, IV, 444. Req. rej., 17 janvier 1822, Sir., 22, 1, 196.

⁸ *Non obstat*, art. 311 : Arg. *a contrario* Code de procédure, art. 880 cbn. 866 à 868 et 872. Voy. aussi art. 307 cbn. Code de procédure, art. 879. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 10. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2973. Duranton, II, 598 à la note. Massol, p. 135, n° 29. Demolombe, IV, 448. Voy. en sens contraire : Pigeau, *op. cit.*, II, p. 527.

⁹ Carré, *op. cit.* III, quest. 2982. Duranton, II, 606. Demolombe, IV, 478. Colmar, 22 avril 1807, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 906.

des faits qui n'auraient pas été indiqués dans sa requête introductive¹⁰. Le tribunal pourrait même, après le jugement qui a ordonné l'enquête, l'autoriser, selon les circonstances, à faire preuve de faits non encore allégués, qu'ils fussent antérieurs ou postérieurs à l'introduction de la demande¹¹. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que le demandeur fasse valoir en instance d'appel des faits qu'il n'aurait pas articulés en première instance¹².

La demande en séparation de corps se juge de la même manière que toute autre demande, et sur les conclusions du ministère public. Art. 307. Code de procédure, art. 879.

Le jugement qui statue sur une demande en séparation de corps est toujours susceptible d'appel. Mais l'époux contre lequel il a été rendu, peut valablement y acquiescer, ou se désister de l'appel qu'il en aurait interjeté¹³. L'appel se juge en audience ordinaire¹⁴.

¹⁰ L'art. 875 du Code de procédure n'attache à cette omission aucune déchéance; et il est d'autant moins permis d'en créer une, que cet article n'exige qu'une indication sommaire des faits. Duranton, II, 600. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2966. Vazeille, II, 582. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 482. Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Metz, 8 juillet 1824, Sir., 25, 2, 331.

¹¹ Demolombe, *loc. cit.* Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*; Bruxelles, 27 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 259. Cpr. aussi Poitiers, 21 janvier 1808, Sir., 13, 2, 300.

¹² Vazeille, Massol et Demolombe, *loc. cit.* Poitiers, 18 février 1825, Sir., 27, 2, 261. Bruxelles, 14 octobre 1830, Sir., 31, 2, 60. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 602; Carré, *op. cit.*, III, quest. 2967; Paris, 23 avril 1806, Sir., 6, 2, 248. Cpr. aussi Rouen, 12 janvier 1842, Sir., 42, 2, 373.

¹³ Cette proposition n'est pas contestée en ce qui concerne l'époux demandeur, qui a succombé en première instance. Demolombe, IV, 489. Mais elle est vivement controversée relativement à l'époux défendeur contre lequel la séparation de corps a été prononcée. En sens contraire de l'opinion que nous avons émise, on invoque la disposition de l'art. 307, qui prohibe toute séparation volontaire, et le motif d'ordre public sur lequel cette disposition repose. Mais il nous semble que du moment où la séparation a été prononcée par un jugement, on ne peut plus dire qu'elle soit le résultat du consentement mutuel des époux, et que l'intérêt public se trouve suffisamment garanti par l'examen auquel s'est livré le juge de première instance. Voy. dans le sens de notre opinion : Aix, 14 décembre 1837, Sir., 38, 2, 290; Civ. rej., 21 août 1838, Sir., 38, 1, 688; Poitiers, 16 janvier 1849, Sir., 51, 2, 35; Pau, 7 janvier 1851, Sir., 51, 2, 36; Civ. rej., 11 mai 1853, Sir., 53, 1, 574; Orléans, 5 novembre 1853, Sir., 54, 2, 241; Colmar, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 506. Cpr. cep. Req. rej., 2 janvier 1823, Sir., 23, 1, 88. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 760; Duranton, II, 608; Demolombe, IV, 488; Caen, 15 décembre 1826, Sir., 27, 2, 190; Douai, 31 juillet 1847, Sir., 48, 2, 39; Caen, 28 mars 1849, Sir., 50, 2, 503.

¹⁴ D'après l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, les contestations intéressant

Le juge n'est pas, comme au cas de divorce, autorisé à surseoir pendant une année au jugement définitif d'une demande en séparation de corps qui aurait été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves¹⁵. Le pourvoi en cassation n'est pas non plus suspensif comme en matière de divorce¹⁶.

Le jugement qui prononce la séparation de corps, doit être publié et affiché dans les formes prescrites par l'art. 872 du Code de procédure. Art. 880 de ce Code. Code de commerce, art. 66.

Les créanciers du mari ne sont pas admis à intervenir dans l'instance en séparation de corps; ils ont seulement la faculté de surveiller la liquidation des droits de la femme pour empêcher qu'elle ne soit faite à leur préjudice¹⁷.

2° Les dispositions des art. 267 à 271, sur les mesures provisoires ou conservatoires auxquelles pouvait donner lieu une demande en divorce, sont, sous les modifications qui résultent de l'art. 307 du Code Napoléon et de l'art. 878 du Code de procédure, généralement applicables en matière de séparation de corps¹⁸.

L'état civil des citoyens doivent être jugées sur appel en audience solennelle. La cour d'Angers avait, par arrêt du 9 décembre 1808 (Sir., 15, 2, 201), appliqué cette disposition aux demandes en séparation de corps. Mais l'opinion contraire, consacrée par la cour de cassation, avait généralement prévalu. Cpr. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2979; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 907, n° 8; Rouen, 9 mars 1808, Sir., 15, 2, 201; Req. rej., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 339; Req. rej., 28 mai 1828, Sir., 28, 1, 234. En 1835, la cour de cassation revint sur sa première jurisprudence, et consacra, par différents arrêts de cassation, l'opinion qu'avait émise la cour d'Angers. Cpr. Sir., 35, 1, 166. Dans cet état des choses, il fut rendu, sous la date du 16 mai 1835, sur le rapport du garde des sceaux (Sir., 35, 2, 275), une ordonnance qui, en déclarant modifier en ce point l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, statua que les affaires de séparation de corps seraient jugées sur appel en audience ordinaire. Depuis, on a contesté, mais sans succès, la légalité de cette ordonnance. Voy. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., 37, 1, 640; Req. rej., 26 mars 1838, Sir., 38, 1, 545; Req. rej., 19 juillet 1852, Sir., 52, 1, 812.

¹⁵ Cpr. art. 259. Duranton, II, 610. Demolombe, IV, 486. Montpellier, 1^{er} prairial an XIII, Sir., 13, 2, 300. Bastia, 2 août 1824, Dalloz, 1825, 2, 214. Rennes, 21 février 1826, Sir., 28, 2, 167. Voy. en sens contraire : Carré, *op. cit.*, III, quest. 2985; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 10; Massol, p. 132, n° 27.

¹⁶ Cpr. art. 263. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2987. Duranton, II, 605 et 609. Demolombe, IV, 492.

¹⁷ Carré, *op. cit.*, III, quest. 2980. Rauter, *op. et loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.*

¹⁸ Cpr. § 490. Delvincourt, I, part. I, p. 84 et 85. Duranton, II, 612 à 616. Vazeille, II, 567 à 574. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 907, n° 9. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 180. Lassaulx, II, 150.

Ce principe d'assimilation conduit aux conséquences suivantes :

a. Le père peut être privé, pendant l'instance en séparation de corps, de la garde des enfants issus du mariage¹⁹. Art. 267.

b. La femme, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, peut se faire autoriser à quitter pendant l'instance le domicile marital ; et lorsqu'elle use de cette faculté, elle a également le droit de réclamer la remise des effets à son usage journalier. Code de procédure, art. 878.

Le président, que la loi charge de statuer sur ces demandes²⁰, ne peut refuser d'y faire droit²¹. Mais il lui appartient d'indiquer le lieu où la femme devra se retirer, quand les parties n'en sont pas convenues entre elles. Code de procédure, art. 878. Il pourrait même, suivant les circonstances, autoriser la femme à demeurer au domicile conjugal, et enjoindre au mari de le quitter²². Les ordonnances qu'il rend en pareille matière sont susceptibles d'appel²³.

Grolmann, III, 467. Demolombe, IV, 449. Bruxelles, 31 août 1808, *Jurisprudence du Code civil*, XII, 68.

¹⁹ Duranton, II, 646. Vazeille, II, 572. Massol, p. 454, n° 1. Demolombe, IV, 450. Rennes, 31 juillet 1814, Sir., 13, 2, 401. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Cpr. Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 447.

²⁰ La compétence du président s'étend aussi bien au cas où la femme est défenderesse qu'à celui où elle est demanderesse. *Lex non distinguit*. Duranton, IV, 596. Demolombe, IV, 455. Req. rej., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 339. Caen, 25 août 1840, Sir., 41, 2, 569. Voy. cep. Vazeille, II, 569.

²¹ Nancy, 17 août 1854, Sir., 54, 2771.

²² Demolombe, IV, 457. Paris, 2 août 1841, Sir., 41, 2, 473. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Douai, 6 avril 1853, Sir., 55, 2, 714. Paris, 13 décembre 1856, Sir., 57, 2, 259. Paris, 27 janvier 1857, Sir., 57, 2, 259. Caen, 1^{er} avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2, 654 et 655.

²³ Pau, 18 janvier 1830, Sir., 30, 2, 483. Paris, 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 363. Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2, 654 et 655. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Caen, 1^{er} avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Voy. en sens contraire : Paris, 2 août 1841, Sir., 43, 2, 473 ; Rouen, 3 mai 1847, Sir., 48, 2, 654 ; Rennes, 14 août 1851, Sir., 51, 2, 352 ; Dijon, 12 août 1856, Sir., 57, 2, 529. La plupart de ces derniers arrêts semblent partir de l'idée, que la décision du président est essentiellement provisoire, et ne doit avoir d'effet légalement obligatoire que jusqu'au moment où le tribunal se trouvera saisi de la demande en séparation de corps, de telle sorte que l'appel serait non recevable, comme étant sans objet, sauf aux parties à demander, par voie d'incident, la modification des mesures ordonnées par le président. Ce point de vue nous paraît inexact : la décision du président est provisoire sans doute ; mais sauf rétractation, son effet doit durer jusqu'au jugement qui statue sur la demande en séparation, et l'appel d'une pareille décision est recevable par cela même que la loi ne l'a pas interdit.

La femme, autorisée à vivre provisoirement séparée de son mari, peut, d'un autre côté, réclamer de celui-ci une provision alimentaire proportionnée à ses facultés, à supposer que les biens dont elle a conservé la jouissance ne lui fournissent pas des ressources suffisantes pour son entretien²⁴. Art. 269. Cette demande, qui n'est plus de la compétence du président seul, doit être portée à l'audience. Art. 268 cbn. Code de procédure, art. 878.

Enfin, la femme peut demander au tribunal saisi de la contestation l'allocation d'une provision destinée à subvenir aux frais du procès, si ses moyens personnels sont insuffisants pour y faire face²⁵.

Lorsque la femme abandonne sans autorisation le domicile conjugal, ou quitte la résidence qui lui a été assignée, le mari est autorisé à refuser le paiement de la provision alimentaire auquel il a été condamné. Art. 269. Mais il n'est pas, à raison de cette circonstance, admis à s'opposer à la continuation des poursuites dirigées contre lui aux fins de séparation²⁶.

c. La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, est, à partir de l'ordonnance dont parle l'art. 878 du Code de procédure, et sans permission préalable du juge²⁷, autorisée à requérir, pour la conservation de ses droits,

²⁴ Cpr. Duranton, II, 595 à 597; Demolombe, IV, 458; Aix, 29 frimaire an XIII, Sir., 5, 2, 34; Amiens, 4 prairial an XII, et 5 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 137 et 223; Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 117.

²⁵ Duranton, II, 595. Demolombe, *loc. cit.* Bruxelles, 12 floréal an XII, *Jurisprudence du Code civil*, II, 141.

²⁶ *Non obstat*, art. 269 : L'exception que cet article accordait au mari défendeur en divorce, n'était point une exception péremptoire, mais une simple fin de non-procéder. Civ. cass., 16 janvier 1815, Sir., 16, 1, 321. La disposition de cet article ne constituait donc qu'une règle de procédure qui, d'après la combinaison des art. 307 du Code Napoléon et 878 du Code de procédure, ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps. Duranton, II, 578. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Taulier, I, p. 366. Bordeaux, 21 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 69. Trèves, 8 janvier 1808, Sir., 8, 2, 15. Turin, 12 février 1811, Sir., 11, 2, 436. Bruxelles, 26 décembre 1811, Sir., 12, 2, 250. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Bordeaux, 6 janvier 1835, Sir., 35, 2, 347. Poitiers, 15 août 1836, Sir., 36, 2, 461. Cpr. req. rej., 23 novembre 1841, Sir., 42, 1, 73. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, I, p. 537; Massol, p. 87, n° 14; Demolombe, IV, 414; Agen, 17 mars 1842, Sir., 42, 2, 315; Metz, 17 janvier 1855, Sir., 55, 2, 241.

²⁷ Vazeille, II, 573. Massol, p. 163, n° 14. Demolombe, IV, 470. Lyon, 1^{er} avril 1854, Sir., 54, 2, 587. Voy. cep. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 346, note a.

l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté²⁸. Art. 270. Comme conséquence de cette faculté, elle peut également provoquer la levée des scellés avec inventaire²⁹, et demander que les deniers communs soient déposés à la caisse des consignations³⁰. Elle peut même, mais avec l'autorisation du juge, saisir-arrêter, par mesure conservatoire, jusqu'à concurrence du montant approximatif de ses droits comme commune et de ses reprises, les sommes dues par des tiers à la communauté³¹.

Le pouvoir qui appartient au tribunal d'autoriser les mesures conservatoires destinées à garantir les intérêts de la femme commune, n'emporte pas pour lui la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme, dans le but d'assurer le paiement de ses droits et reprises³². Il pourrait seulement, suivant les cas, charger un tiers de percevoir les revenus de ces biens, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le paiement des provisions alimentaires ou *ad litem* allouées à la femme³³.

En vertu de l'art. 869 du Code de procédure, la femme, même non commune en biens, peut aussi prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, et notamment former des oppositions entre les mains de ses débiteurs personnels, ou pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de ceux de son mari³⁴.

Bien que la loi n'autorise expressément qu'en faveur de la femme les mesures provisoires et conservatoires qui viennent d'être

²⁸ Carré, *op. cit.* III, quest. 2976. Proudhon, I, p. 357. Duranton, II, 613. Massol, p. 160, n° 13. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Demolombe, IV, 461. Bruxelles, 11 août 1808, Sir., 9, 2, 87.

²⁹ Code de procédure, art. 930 et 941. Angers, 16 avril 1853, Sir., 53, 2, 295.

³⁰ Massol, p. 163 et 164, nos 14 et 16. Demolombe, IV, 465. Metz, 23 juin 1819, Sir., 19, 2, 276.

³¹ Arg. art. 869 du Code de procédure. Massol, p. 169, n° 18. Demolombe, IV, 465. Caen, 16 mars 1825, Dalloz, 1827, 2, 1. Req. rej., 14 mars 1855, Sir., 56, 1, 655. Voy. en sens contraire : Paris, 4 mars 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 70; Caen, 29 mars 1849, Sir., 49, 2, 692; Bordeaux, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 336.

³² L'art. 1961 est évidemment étranger à cette hypothèse, puisqu'il n'existe entre les parties aucun litige sur les biens. Cpr. § 409, note 2. Amiens, 4 prairial an XII, Sir., 5, 2, 137. Liège, 13 février 1809, Sir., 9, 2, 293. Angers, 27 août 1817, Sir., 18, 2, 131. Voy. en sens contraire : Massol, p. 165, n° 17; Demolombe, IV, 465.

³³ Douai, 6 avril, 1853, Sir., 55, 2, 714.

³⁴ Demolombe, IV, 466.

indiquées, il faut cependant admettre que le mari est aussi, selon les circonstances, recevable à les provoquer. C'est ainsi qu'il peut demander que la femme soit tenue de quitter le domicile conjugal et d'aller résider ailleurs³⁵. C'est ainsi encore que le mari, qui n'a pas de ressources personnelles, peut réclamer contre la femme qui aurait conservé la jouissance de tous ses biens, une provision, soit alimentaire, soit *ad litem*³⁶. C'est ainsi, enfin, qu'il peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers qui se trouveraient en la possession de la femme, ou qui feraient partie d'un commerce séparé dont elle aurait la gestion³⁷.

§ 494.

6. *Des effets de la séparation de corps.*

1° La séparation de corps dégage les époux de l'obligation de vivre l'un avec l'autre, et anéantit virtuellement toutes les conséquences de cette obligation. Ainsi, la femme peut, après la séparation de corps, fixer son habitation et son domicile par tout où elle le juge convenable¹, en emmenant avec elle les enfants dont la garde lui a été confiée². Ainsi encore, les époux séparés de corps ne sont plus soumis à l'obligation civile de se prêter personnellement assistance³, et la femme cesse d'être tenue, dans les hypothèses prévues par les art. 1448, 1537 et 1575, de contribuer aux frais d'un ménage qui n'existe plus.

Sauf ces exceptions, la séparation de corps laisse subsister tous les droits et devoirs qui sont une conséquence du mariage envisagé au point de vue des rapports personnels des époux.

Ces derniers sont donc toujours tenus à la fidélité conjugale, et la femme qui se rendrait coupable d'adultère, encourrait la peine prononcée par l'art. 337 du Code pénal⁴. L'époux qui se trouve

³⁵ Duranton, II, 597. Vazeille, II, 570. Demolombe, IV, 467. Caen, 25 août 1840, Sir., 41, 2, 569.

³⁶ Massol, p. 160, n° 12. Demolombe, IV, 468. Dijon, 10 mars 1841. Sir., 41, 2, 355.

³⁷ Vazeille, II, 573. Massol, p. 170, n° 19. Demolombe, IV, 469. Angers, 16 décembre 1847, Dalloz, *Jur. gén.*, XI, p. 908, n° 7. Voy. en sens contraire : Paris, 9 janvier 1823, Dalloz, *op. cit.*, XI, p. 909, n° 8.

¹ Cpr. § 143, texte, notes 5 et 6.

² Cpr. Massol, p. 195, nos 7 et 8 ; Demolombe, IV, 498 ; Angers, 6 mai 1841, Sir., 41, 1, 218 ; Req. rej., 28 février 1842, Sir., 42, 1, 210.

³ Massol, p. 194, n° 6. Cpr. Demolombe, IV, 502. Voy. en sens contraire : Demante, *Programme*, I, 282.

⁴ Caen, 13 janvier 1842, Sir., 42, 2, 176.

dans le besoin, conserve le droit de réclamer de l'autre des secours pécuniaires, quand même la séparation de corps aurait été prononcée contre lui⁵.

D'un autre côté, la femme reste, en règle générale, soumise à la nécessité de recourir à l'autorisation du mari, pour tous les actes de la vie civile qui ne sont point une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît⁶.

D'après les dispositions du Code Napoléon, la séparation de corps n'avait pas non plus pour effet d'affaiblir la présomption de paternité attachée au mariage; mais la force de cette présomption a été singulièrement amoindrie par la loi du 6 décembre 1850, qui la fait fléchir, entre époux séparés de corps, devant le simple désaveu du mari.

Lorsque la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère de la femme, cette dernière doit être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus⁷. Le mari peut empêcher ou faire cesser les effets de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. Art. 308 cbn. Code pénal, art. 337. Si c'est la femme, au contraire, qui a obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère du mari, le tribunal civil qui a admis sa demande, n'est point autorisé à condamner ce dernier à la peine établie par l'art. 339 du Code pénal. Cette condamnation ne peut être prononcée que par le tribunal de police correctionnelle, et sur la plainte de la femme⁸.

⁵ *Non obstat* art. 301. Cet article ne peut pas être étendu à la séparation de corps. Toullier, II, 780. Duranton, II, 633. Vazeille, II, 588. Massol, p. 194, n° 6. Demolombe, IV, 501. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Lyon, 16 mars et 16 juillet 1835, Sir., 36, 2, 239. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 61. — Cpr. sur les mesures que les tribunaux sont autorisés à prendre pour assurer le service de la pension alimentaire accordée à l'un ou à l'autre des époux : Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 29, 1, 279.

⁶ Cpr. art. 311 cbn. 1449. Duranton, II, 623 et 624. Vazeille, II, 587. Massol, p. 230, n° 20. Demolombe, IV, 449. Civ. cass., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 334. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45.

⁷ Si le ministère public avait omis de requérir la condamnation à cette peine, en concluant sur la demande en séparation, ou si le tribunal saisi de cette demande avait omis de la prononcer dans le jugement par lequel il l'a admise, cette condamnation ne pourrait plus être requise devant ce tribunal, ni prononcée par lui. Demolombe, IV, 381. Rouen, 14 mai 1829, Sir., 31, 2, 76.

⁸ Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 2. Massol, p. 190, n° 3. Demolombe, *loc. cit.*

2° La séparation de corps ne porte, en général, aucune atteinte aux droits que la puissance paternelle confère à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfants. C'est ainsi, en particulier, que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'en conserve pas moins tous ses droits à l'usufruit légal des biens de ses enfants⁹.

Toutefois, les tribunaux sont autorisés au cas où la séparation de corps a été prononcée contre le père, à priver ce dernier de la garde des enfants, et à la confier, soit à la mère, soit à une tierce personne, si leur intérêt paraît exiger cette mesure, et surtout si les faits révélés par la demande en séparation en ont démontré la nécessité¹⁰. Le père auquel la garde des enfants a été enlevée, n'est pas pour cela privé de son droit de surveillance sur leur éducation; et il peut, en vertu de ce droit, recourir à l'intervention de la justice dans le cas où la mère ferait un usage abusif de la mission qui lui a été confiée¹¹. Quelles que soient d'ailleurs les décisions rendues au sujet de la garde et de l'éducation

⁹ *Non obstat* art. 386 : *Pœnaliam non sunt extendenda*. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 142. Duranton, II, 634. Duvergier, sur Toullier, I, 1064, note 2. Massol, p. 334, n° 7. Demolombe, IV, 510.

¹⁰ Arg. art. 302. *Non obstant* art. 373 et 374 : Cpr. art. 303. La règle posée au texte nous paraît d'autant moins sujette à difficulté, qu'elle n'est pas une reproduction exacte des dispositions de l'art. 302, dispositions qui ne sauraient, à raison des art. 373 et 374, être appliquées d'une manière absolue, en matière de séparation de corps. Ainsi, le père qui a obtenu la séparation de corps, ne peut jamais, à notre avis, être privé de la garde de ses enfants, et le père, contre lequel la séparation a été prononcée, peut être maintenu dans cette garde, sans que le ministère public ou la famille le demande; tandis que, sous ces deux points de vue, l'art. 302 contient, pour le cas de divorce, des décisions contraires. Nous ajouterons qu'il a été reconnu par les meilleurs auteurs et par une jurisprudence constante, que l'art. 302 est susceptible d'extension au cas de séparation de corps. Le seul point qui ne soit pas encore bien fixé, est celui de savoir si l'application de cet article doit, en pareil cas, avoir lieu d'une manière absolue, ou sous les restrictions que nous avons indiquées. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Éducation, § 1, n° 3; Toullier, I, 777; Magnin, *Des minorités*, I, 192; Vazeille, II, 591; Duranton, II, 637; Marcadé, sur l'art. 311, n° 3; Massol, p. 319, n° 4; Demolombe, IV, 511; Montpellier, 1^{er} prairial an XIII, Sir., 6, 2, 7; Caen, 19 juin 1807, Sir., 7, 2, 177; Bruxelles, 28 mars 1810, Caen, 4 août 1810, et Paris, 12 juillet 1808, Sir., 10, 2, 362, 485 et 488; Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380; Req. rej., 24 mai 1821, Sir., 21, 1, 333; Paris, 11 décembre 1821, Sir., 22, 2, 161; Rennes, 21 février 1826, Sir., 28, 2, 167; Bordeaux, 9 juin 1832, Sir., 33, 2, 446; Montpellier, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 288.

¹¹ Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590.

des enfants, elles sont toujours susceptibles d'être rapportées ou modifiées à raison de circonstances nouvelles ¹².

3° La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens. Art. 311. Elle dissout donc la communauté conjugale; et si les époux sont mariés sous un autre régime que celui de la communauté, elle emporte pour le mari l'obligation de restituer à la femme ceux de ses biens dont il avait la jouissance et l'administration. Art. 1441, n° 5, 1531 et 1563.

La séparation de biens qui résulte de la séparation de corps remonte, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour même de la demande, comme cela a lieu lorsque la séparation de biens est prononcée par suite d'une action principale introduite à cet effet ¹³. Quant aux tiers, la séparation de biens dont s'agit

¹² Paris, 5 juillet 1853, Sir., 53, 2, 454. Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590.

¹³ Arg. art. 1445, al. 2. L'argument d'analogie que fournit la disposition de cet article est parfaitement concluant, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, puisque, d'une part, cette disposition, qui n'est à ce point de vue qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel; et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce que doit être une suite nécessaire de la demande. Il y a mieux, la vie commune, en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial, pouvant légalement cesser, dès avant même l'introduction de la demande en séparation de corps, par l'usage de la faculté que leur accorde l'art. 878 du Code de procédure, on comprendrait difficilement que ce régime restât cependant en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients. Nous ferons d'ailleurs remarquer que d'ordinaire le demandeur en séparation de corps conclut accessoirement, et par voie de conséquence, à la séparation de biens; et si, en pareil cas, il ne paraît guère possible de refuser effet rétroactif, en ce qui concerne les droits respectifs des parties, au jugement qui prononcera tout à la fois la séparation de corps et la séparation de biens, nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans l'hypothèse où le demandeur se serait borné à provoquer la séparation de corps, puisque l'action ainsi formée implique nécessairement demande en séparation de biens. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 4; Toullier et Duvergier, I, 776; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 192; Massol, p. 203, n° 13; Taulier, V, p. 129; Troplong, *Du contrat de mariage*, II, 1386 à 1388; Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 283; Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362; Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 2, 61; Req. rej., 20 mars 1855, Sir., 55, 1, 401. Cpr. aussi Rennes, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 548. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 42 et 43; Valette, sur Proudhon, I, p. 541, note a; Duranton, II, 622; Marcadé, sur l'art. 311, n° 4; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 869; Demolombe, IV, 514; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 18 à 31.

ne peut leur être opposée qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps, peu importe que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à ce jugement¹⁴.

Toutefois, les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté, et les aliénations par lui faites des objets qui en dépendent¹⁵, postérieurement à l'ordonnance dont il est parlé en l'art. 878 du Code de procédure, doivent être annulées, lorsqu'elles ont été contractées ou faites en fraude des droits de la femme, et que les tiers avec lesquels le mari a traité ont été complices de la fraude¹⁶. Que si ces derniers avaient été de bonne foi, la femme n'en serait pas moins fondée à demander que son mari l'indemnise jusqu'à concurrence de la moitié des valeurs communes dont il a voulu la frustrer¹⁷. Art. 271.

Il est, du reste, bien entendu que la femme peut, s'il y a lieu, former une demande en séparation de biens parallèlement à son action en séparation de corps; et, dans ce cas, les effets du jugement qui prononcera la séparation de biens remonteront, même à l'égard des tiers, au jour de la demande, pourvu que les formalités et conditions requises en matière de séparation de biens aient été dûment observées¹⁸.

La disposition de l'art. 1444 n'est pas applicable à la séparation de biens qu'entraîne la séparation de corps¹⁹.

¹⁴ Duranton, II, 611. Demolombe, IV, 494. Req. rej., 14 mars 1837, Sir., 37, 1, 318. Voy. en sens contraire : Paris, 18 juin 1855, Sir., 56, 2, 169.

¹⁵ L'art. 271 ne parle que des aliénations immobilières; mais il ne nous paraît pas douteux que la disposition de cet article ne doive également s'appliquer à des aliénations frauduleuses de valeurs mobilières : *Par est ratio*.

¹⁶ L'action qui, sous ce rapport, compète à la femme, offre certaines analogies avec l'action paulienne; mais les règles qui régissent cette dernière, n'y sont cependant pas indistinctement applicables, comme on paraît généralement le penser. C'est ainsi que, dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués. En effet, les donations immobilières faites par le mari ne sont pas simplement révocables par application de l'art. 1167, mais annulables comme excédant les limites de ses pouvoirs; quant aux donations d'objets mobiliers au contraire, elles ne peuvent être révoquées en raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses, et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude. Cpr. art. 1422.

¹⁷ Cpr. sur ces propositions : § 509, texte n° 1, et note 3.

¹⁸ Marcadé, sur l'art. 311, n° 4. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, 870. Demolombe, IV, 515.

¹⁹ Rauter, *Cours de procédure*, § 346. Massol, p. 146, n° 35. Demolombe, IV, 516. Bordeaux, 4 février 1844, Sir., 44, 2, 163.

L'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve ses droits au préciput de communauté, sauf à ne les exercer qu'en cas de survie, et lors de la mort de son conjoint. Art. 1518²⁰. L'époux, au contraire, contre lequel la séparation a été prononcée, ne peut plus réclamer le bénéfice de ce préciput²¹.

Les mêmes règles s'appliquent aux autres droits de survie sur la communauté, tels, par exemple, que l'attribution au survivant, soit d'une part plus forte dans la masse commune, soit même de cette masse tout entière²².

Les deux époux conservent respectivement, malgré la séparation de corps, le droit de succession que l'art. 767 établit au profit du conjoint survivant sur l'hérédité de l'autre²³.

²⁰ Si on considère la continuation de la communauté jusqu'au décès de l'un des époux, comme une condition inhérente à l'exercice du préciput, d'après la nature même de ce droit, l'art. 1518 constituera une disposition de faveur pour l'époux qui a obtenu la séparation de corps; et la rédaction de cet article, ainsi que les explications données par Duveyrier dans son rapport au Tribunat, semblent indiquer que c'est à ce point de vue que le législateur s'est placé. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 372 et 373, n° 45. Que si, au contraire, on admet que la dissolution de la communauté avant le décès de l'un des époux ne forme pas par elle-même obstacle à l'exercice ultérieur du préciput, la disposition de l'art. 1518, en tant qu'elle prive implicitement de la jouissance de ce droit l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, présentera le caractère d'une pénalité civile infligée à cet époux, pour avoir amené par son fait la dissolution anticipée de la communauté, et pour avoir ainsi privé son conjoint de l'avantage qu'aurait pu lui procurer la continuation de cette dernière jusqu'à la dissolution du mariage. Quelle que soit la manière de voir qu'on adopte à cet égard, toujours paraît-il certain que si l'époux défendeur perd son droit éventuel au préciput, ce n'est point, comme l'enseignent MM. Rodière et Pont (*Du contrat de mariage*, II, 299), par suite d'une révocation fondée sur son ingratitude. Cette cause de révocation, propre aux dispositions à titre gratuit, est en effet inapplicable au préciput qui, pour le fond comme pour la forme, ne constitue pas une libéralité, mais une simple convention de mariage ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale.

²¹ Arg. *a contrario* art. 1518. Duranton, II, 626. Massol, p. 282, n° 45. Demolombe, IV, 520. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5, p. 64, note 2; Toullier, II, 781, note 1.

²² Cette proposition, qui nous semble incontestable, diminue, dans une certaine mesure, l'importance de la question de savoir si l'art. 299 peut-être étendu du divorce à la séparation de corps.

²³ L'opinion contraire avait d'abord prévalu au Conseil d'état, et l'art. 767 avait été renvoyé à la section de législation pour être rédigé dans le sens de cette opinion. Toutefois, la nouvelle rédaction, telle qu'elle a passé dans le Code, ne prive pas du droit de succession les époux simplement séparés de corps; et ce silence ne peut s'expliquer qu'en admettant que le Conseil d'état est revenu sur sa ma-

D'un autre côté, la séparation de corps n'entraîne pas, comme le divorce, la révocation de plein droit des dispositions entre-vifs que l'époux au profit duquel elle a été prononcée, peut avoir faites en faveur de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage²⁴. A plus forte raison la séparation de corps

nière de voir. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être permis de suppléer une déchéance qui ne se trouve pas dans la loi. Voy. Locré, *Lég.*, X, p. 99, art. 54, n° 2, p. 148 et 149, art. 50. Maleville, II, p. 246. Delvincourt, II, p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, n° 4. Duranton, II, 636, et VI, 343. Massol, p. 313, n° 54. Demolombe, IV, 519. Cpr. Vazeille, II, 589.

²⁴ Peu de questions ont été aussi controversées que celle de savoir si les dispositions de l'art. 299 sont ou non applicables à la séparation de corps, et si par conséquent les donations faites au profit de l'époux contre lequel cette séparation a été admise, sont ou non révoquées de plein droit par suite du jugement qui l'a prononcée. A notre avis, la difficulté provient, en grande partie, de ce que l'on ne s'est pas assez pénétré de l'idée que l'office du juge n'est pas de corriger la loi, mais de l'appliquer, quelque défectueuse qu'elle puisse être. Nous apprécions toute la force des motifs que l'on pourrait faire valoir en faveur de la révocation, s'il était question de discuter, devant une assemblée législative, les effets que doit produire la séparation de corps. Encore ces motifs se trouveraient-ils balancés par des raisons non moins puissantes tirées, soit de la connexité qui existe entre l'indissolubilité du lien conjugal et l'irrévocabilité des donations faites en faveur de mariage, soit de la nécessité de favoriser, autant qu'il est possible, la réconciliation des époux. Mais tel n'est pas l'objet de la discussion, qui doit se restreindre dans l'interprétation et l'application de la législation existante. Or, à cet égard nous ferons remarquer, en premier lieu, qu'il n'est pas permis de conclure de la parité des causes de divorce et des causes de séparation de corps, à l'identité des effets de l'un et de l'autre; et cela, par la raison décisive que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps en relâche seulement le lien. Aussi est-il généralement reconnu que les rédacteurs du Code n'ont pu avoir l'intention d'étendre à la séparation de corps toutes les dispositions contenues au titre *Du divorce*, dans le chapitre qui traite *Des effets du divorce*. Nous allons plus loin, et nous soutenons qu'ils n'ont pas même regardé comme étant, de plein droit, applicables en matière de séparation de corps, celles de ces dispositions qui n'ont d'ailleurs rien d'incompatible avec la nature de cette séparation, puisqu'ils ont jugé nécessaire de reproduire, dans l'art. 308, la pénalité de l'art. 298, ce qui, dans la supposition contraire, eût été complètement inutile. D'ailleurs, la combinaison des art. 1518, 386 et 767 démontre que si, comme le divorce, la séparation de corps entraîne pour l'époux contre lequel elle a été prononcée, la perte du préciput de communauté, elle ne le prive cependant pas, à l'instar du divorce, ni de l'usufruit légal, ni du droit de succession établi au profit du conjoint survivant. Cpr. notes 9 et 23 *supra*. Mais par cela même que le législateur n'a assimilé que dans le premier cas, et non dans les deux autres, la séparation de corps au divorce, il a clairement manifesté l'intention de repousser, en thèse générale, toute assimilation entre l'époux défendeur en séparation et l'époux défendeur en divorce, en ce qui con-

n'entraîne-t-elle pas, *ipso facto*, la révocation des dispositions

cerne la perte des avantages pécuniaires dont ce dernier se trouve frappé. En second lieu, nous maintenons que, cette assimilation eût-elle été dans la pensée du législateur, le juge devrait cependant la rejeter au cas qui nous occupe, conformément à la règle *Pœnaliam non sunt extendenda*. En effet, en prononçant la révocation des avantages stipulés au profit de l'époux contre lequel le divorce a été admis, tout en maintenant les avantages faits en faveur de l'époux qui l'a obtenu, le législateur a établi contre le premier une peine d'autant plus grave, qu'elle est contraire à la condition de réciprocité sur laquelle reposent presque toujours les conventions matrimoniales. Du reste, l'argument que les partisans de l'opinion contraire ont voulu puiser dans l'art. 310, nous paraît absolument sans valeur, car nous ne pensons pas qu'on puisse sérieusement prétendre que l'époux contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée, et qui aurait ensuite demandé le divorce en vertu de l'art. 310, eût été admis à invoquer les dispositions de l'art. 299. L'opinion que nous venons de développer avait été consacrée par de nombreux arrêts de la cour de cassation, dont le dernier est en date du 21 novembre 1843. Mais en 1845, la cour suprême, appelée à statuer sur la question, chambres réunies, abandonna la jurisprudence dans laquelle elle avait persévéré jusqu'alors, et se prononça pour l'extension de l'art. 299 à la séparation de corps. Cette dernière opinion a depuis lors été adoptée par la plupart des cours d'appel et par la grande majorité des auteurs. Malgré ces importantes autorités, nous croyons devoir persister dans notre manière de voir. Les considérations tirées de l'ancienne jurisprudence, que la cour de cassation invoque à l'appui de son système, nous paraissent manquer de solidité. Il est constant que si, autrefois, l'époux au profit duquel la séparation de corps était prononcée, pouvait demander la révocation des donations par lui faites à son conjoint, cette révocation n'avait jamais lieu de plein droit. L'art. 299 ne s'est donc pas borné à appliquer au divorce les principes admis par l'ancienne jurisprudence en matière de séparation de corps; il a, par une disposition nouvelle, décrété une déchéance légale, attachée de plein droit à la prononciation du divorce; et la question est toujours de savoir si cette disposition nouvelle est susceptible d'être étendue à la séparation de corps. Tout ce qu'il est permis d'inférer des précédents historiques, c'est que l'époux qui a provoqué la séparation de corps, doit pouvoir encore aujourd'hui, comme il le pouvait anciennement, demander la révocation des donations qu'il a faites à son conjoint; et c'est ce que nous admettons nous-mêmes. Quant à l'argument tiré de l'art. 1518, il est complètement fautif, puisque, comme nous l'avons établi à la note 20 *supra*, on ne saurait voir dans la disposition de cet article, qui prive implicitement l'époux défendeur en séparation de corps de son droit éventuel au préciput de communauté, une déchéance fondée sur l'ingratitude de cet époux. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Merlin, *Rép.*, v^o Séparation de corps, § 4, n^o 5, et *Quest.*, *eod.* v^o, § 1, n^o 2; Grenier, *Des donations*, II, p. 405; Toullier, II, 781; Duranton, II, 629; Favard, *Rép.*, v^o Séparation entre époux, sect. II, § 3, n^o 8; Poujol, sur l'art. 959, n^o 8; Coin-Delisle, sur le même article, nos 4 et 9. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 415; Civ. rej., 13 juillet 1813, Sir., 15, 1, 115; Civ. cass., 17 juin 1822, Sir., 22, 1, 359; Civ. cass., 19 août 1823, Sir., 24, 1, 30; Agen, 28 avril 1824, Sir., 24, 2, 356; Civ. cass., 13 février 1826, Sir., 26, 1,

testamentaires²⁵. L'époux demandeur ou ses héritiers peuvent seulement provoquer, le cas échéant, la révocation pour cause d'ingratitude de celles de ces dispositions qui ne sont pas révoquées *ad nutum*²⁶.

§§ 495 et 496¹.

7. De la cessation de la séparation de corps.

La séparation de corps ne dure qu'autant que le veulent les deux époux². Elle est révocable à leur gré, et cesse même par le seul fait de leur réunion volontaire, sans qu'il soit besoin, ni de l'intervention du juge, ni de l'accomplissement d'aucune formalité³.

La séparation de corps ne peut, en général, être révoquée que

265; Douai, 15 janvier 1828, Sir., 28, 2, 140; Civ. cass., 30 mars 1836, Sir., 36, 1, 728; Caen, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 164; Rouen, 28 janvier 1837, Sir., 37, 2, 166; Riom, 19 août 1839, Sir., 40, 2, 59; Civ. cass., 21 décembre 1842, Sir., 43, 1, 728; Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235; Riom, 4 décembre 1843, Sir., 44, 2, 78; Douai, 10 mai 1847, Sir., 48, 2, 194. Voy. en sens contraire : Proudhon, I, p. 543 et suiv.; Delvincourt, I, p. 497; Pigeau, II, p. 571; Pont, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 339, et *Revue de législation*, 1845, III, p. 90; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 296; Vazeille, II, 589; Massol, p. 297 et suiv., n° 52; Marcadé, sur l'art. 311, nos 1 et 2; Taulier, I, p. 369 et suiv.; Demolombe, IV, 521 et suiv.; Troplong, *Des donations*, III, 1348 à 1360; Rennes, 21 mai 1808, Sir., 8, 2, 299; Caen, 22 avril 1812, Sir., 13, 2, 69; Angers, 22 mars 1820, 2, 246; Colmar, 26 juin 1817, Sir., 21, 2, 325; Agen, 1^{er} mai 1821, Sir., 21, 2, 326; Paris, 8 mars 1823, Sir., 23, 2, 234; Rouen, 25 juillet 1829, Sir., 31, 2, 72; Bordeaux, 31 mai 1838, Sir., 39, 2, 14; Rouen, 15 novembre 1838, Sir., 39, 2, 15; Chamb. réun. cass., 23 mai 1845, Sir., 45, 1, 321; Caen, 1^{er} juillet 1845, Sir., 45, 2, 551; Civ. rej., 17 juin 1845, Sir., 46, 1, 52; Civ. cass., 28 avril 1846, Sir., 46, 1, 383; Paris, 5 février 1847, Sir., 47, 2, 91; Colmar, 15 juillet 1846, Sir., 47, 2, 196; Riom, 5 novembre 1846, Sir., 48, 2, 199; Civ. cass., 25 avril 1849, Sir., 49, 1, 505; Civ. cass., 18 juin 1849, Sir., 50, 1, 225; Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 495.

²⁵ Cpr. § 724, texte *in fine* et note 6.

²⁶ Cpr. § 708, texte, notes 10 et 11.

¹ Nous avons supprimé le § 496, qui, traitant des rapports de la demande en séparation de corps et de la demande en divorce, est aujourd'hui sans intérêt pratique. Le même motif nous dispense de nous occuper des dispositions de l'art. 310. Cpr. § 449, texte *in fine*.

² Cpr. art. 309, 310 et 1451. Locré, sur l'art. 311. Pigeau, II, p. 574. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 4. Vazeille, II, 592. Massol, p. 347, n° 1.

³ Vazeille, II, 593. Massol, p. 349 et 350, n° 2. Demolombe, IV, 534 et 535. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661.

du consentement réciproque des époux. Celui des conjoints qui a obtenu la séparation de corps, n'a donc pas le droit d'exiger le rétablissement de la vie commune, si celui contre lequel elle a été prononcée ne veut pas y consentir⁴. La réhabilitation de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'en opère pas non plus la révocation⁵. Mais si, par suite de la révision de son procès, cet époux avait été acquitté, absous, ou condamné à une peine non infamante, le jugement de séparation de corps se trouverait de plein droit anéanti⁶.

La cessation de l'état de séparation de corps rend au mariage et à ses effets leur force primitive quant à la personne des époux.

La séparation de biens que la séparation de corps avait produite, ne cesse pas, de plein droit, par suite du rétablissement de la vie commune. Mais les époux ont la faculté de se replacer sous le régime matrimonial qu'ils avaient originairement adopté, en se conformant aux dispositions de l'art. 1451⁷. Cette faculté peut être

⁴ Le jugement de séparation est obligatoire pour les deux époux. Tout jugement est, en effet, le produit d'un contrat judiciaire auquel on doit, comme à tout autre contrat, appliquer la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1134 : *Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, §§ 59 et 145. — Cependant MM. Locré (*loc. cit.*), Vazeille (II, 595), Duranton (II, 525 et 618), Favard de Langlade (*Rép.*, v^o Séparation entre époux, sect. II, § 4), Dalloz (*Jur. gén.*, v^o Séparation de corps, p. 913, n^o 4) et Zachariæ (§ 495, texte et note 2) enseignent, en se fondant sur l'art. 309, une opinion contraire à celle que nous avons émise. Nous répondrons que, d'un côté, la disposition de l'art. 309 est spéciale au cas où la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère de la femme; qu'ainsi on ne peut, contrairement aux règles du Droit commun indiquées au commencement de la note, en étendre la disposition à d'autres hypothèses; et que, d'un autre côté, l'art. 309 ne confère pas au mari le droit de reprendre sa femme contre la volonté de celle-ci, mais lui accorde seulement le pouvoir d'arrêter ou de faire cesser les effets de la condamnation prononcée contre elle, dans la supposition que cette dernière consente à la réunion. De hautes considérations d'équité et de moralité viennent d'ailleurs à l'appui de notre système. Villemartin, *Études du Droit français*, III, p. 102. Marcadé, sur l'art. 311, n^o 5. Massol, p. 350, n^o 3. Demolombe, IV, 532. Angers, 19 avril 1839, Sir., 39, 2, 243. Req. rej., 3 février 1844, Sir., 44, 1, 97.

⁵ Vazeille, I, 558. Demolombe, IV, 538. Cpr. § 491, texte et note 29.

⁶ Le second jugement anéantit virtuellement tous les effets du premier. Vazeille, I, 557. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. § 491, texte et note 27.

⁷ Quoique l'art. 1451 ne parle que du rétablissement de la communauté, il n'est pas douteux que la disposition de cet article ne doive être appliquée à tout autre régime matrimonial. Massol, p. 352, n^o 4. Demolombe, IV, 544. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 922.

exercée, même par des époux mineurs, sans l'assistance des personnes dont le concours leur serait nécessaire pour la passation d'un contrat de mariage⁸.

Le régime matrimonial sous lequel les époux se sont mariés ne pouvant être rétabli que dans son intégrité, et tel qu'il avait été stipulé par le contrat de mariage, la simple déclaration des époux qu'ils entendent le remettre en vigueur, suffit pour faire revivre également tous les avantages qui s'y rattachent directement par leur objet même, ou qui sont à considérer comme ayant formé des conditions de son adoption. Une pareille déclaration, au contraire, n'aurait pas pour effet de faire revivre les donations, même contenues au contrat de mariage, mais entièrement indépendantes du régime y stipulé, qui auraient été révoquées au préjudice de l'un des conjoints⁹. Les époux ont sans doute la faculté de les rétablir dans la forme déterminée par l'art. 1451¹⁰, et ce, avec leur caractère originaire d'irrévocabilité¹¹. Mais il faut qu'ils en expriment formellement la volonté, ou que tout au moins ils déclarent que leur intention est de restaurer l'ensemble des dispositions du contrat de mariage.

Le rétablissement des conventions matrimoniales en vertu de l'art. 1451, a pour conséquence de faire cesser rétroactivement les effets de la séparation de biens, sauf cependant les droits des tiers, et le maintien des actes passés par la femme en conformité de l'art. 1449.

L'époux qui, après avoir obtenu la séparation de corps, s'est réuni à son conjoint, est, malgré cette réconciliation, recevable à former, pour des causes nouvelles, une seconde demande en séparation de corps. Il peut même, en pareil cas, faire valoir à l'appui de cette seconde demande, les faits qui avaient motivé l'admission de la première¹². Arg. art. 273.

⁸ Massol, p. 355, n° 8. Demolombe, IV, 547.

⁹ Cpr. Demolombe, IV, 544. Voy. cep. Proudhon, I, 554 et 555; Massol, p. 354, n° 6.

¹⁰ Proudhon et Valette, I, p. 553. Massol, *loc. cit.* Demolombe, IV, 546.

¹¹ Massol, *loc. cit.* Demolombe, IV, 545. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 200.

¹² Demolombe, IV, 548. Paris, 19 juin 1839, Sir., 39, 2, 370.

CHAPITRE SECOND.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 1387 à 1581. — BIBLIOGRAPHIE. — 1^o Ouvrages sur l'ensemble de la matière : *Commentaire sur la loi du 20 pluviôse an XII, du contrat de mariage*, par Bernardi; Paris, an XIII, 1 vol. in-8^o. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par Carrier; Paris, 1819, 1 vol. in-8^o. *Du contrat de mariage*, par Bellot des Minières, Paris et Poitiers, 1825, 4 vol. in-8^o. *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, par Ginoulhiac; Paris, 1843, 1 vol. in-8^o. *Traité du contrat de mariage*, par Rodière et Pont; Paris, 1847, 2 vol. in-8^o. *Traité du contrat de mariage*, par Odier; Paris et Genève, 1847, 3 vol. in-8^o. *Du contrat de mariage*, par Troplong; Paris, 1850, 4 vol. in-8^o. — 2^o Ouvrages sur la communauté de biens entre époux. *Traité de la communauté*, par Lebrun; Paris, 1755, 1 vol. in-fol. *Traité de la communauté*, par Pothier. C'est ce traité que les rédacteurs du Code Napoléon ont principalement pris pour guide. *Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, par J. M. Neuss; Düsseldorf, 1809, in-8^o. *Systematische Darstellung der Lehre von der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, nach Anleitung des Napoleonischen Gesetzbuchs*, par R. F. Terlinden; Munster et Leipsick, 1810, in-8^o. *Traité de la communauté de biens entre époux*, par Battur; Paris, 1829, 2 vol. in-8^o. *Die eheliche Errungenschaft nach den Volksrechten und Rechtsbüchern des Mittelalters, verglichen mit einigen nordischen Rechtsquellen*, par J. Held; Munich, 1839, 1 vol. in-8^o. — 3^o Ouvrages sur le régime dotal. *Traité sur la dot*, par Tessier; Paris et Bordeaux, 1835, 2 vol. in-8^o. *Traité du régime dotal*, par Seriziat; Paris, 1843, 1 vol. in-8^o. *Traité de la dot*, par Benoit; Paris, 1846, 2 vol. in-8^o. *Traité des biens paraphernaux*, par Benoit; Paris, 1846, 1 vol. in-8^o. *Régime dotal et communauté d'acquets*, par Bellot des Minières; Paris, 1851 à 1854, 4 vol. in-8^o. *Questions sur la dot*, par Tessier; Paris, 1852, 1 vol. in-8^o.

INTRODUCTION.

§ 497.

Aperçu historique.

Les pays coutumiers avaient adopté, pour le règlement des droits respectifs des époux quant à leurs biens, un système qui s'écartait, et par son point de départ, et par ses principales combinaisons, de celui des pays de Droit écrit.

Dans ces derniers on suivait, en général, la législation romaine,

qui n'admettait pas, à moins de convention spéciale, de société de biens entre époux. Les biens de la femme s'y divisaient en deux masses distinctes : la dot, dont le mari avait le domaine civil, et les paraphernaux, dont la femme conservait la jouissance et la libre administration.

Dans les pays de coutume, au contraire, et à quelques rares exceptions près¹, il se formait entre les époux, par le seul fait du mariage, une communauté ou société de biens, dont l'étendue et les effets variaient cependant suivant les lieux.

Les premiers linéaments de cette communauté se rencontrent dans les anciennes coutumes germaniques. Ces coutumes plaçaient la femme sous la garde ou tutelle (*mundium*) du mari, auquel elles conféraient, avec la saisine (*gewere*) et l'administration de toute la fortune de cette dernière, la libre disposition de ses meubles, à la charge du paiement des dettes. Ces coutumes, d'un autre côté, donnaient à la femme survivante le droit de réclamer, outre le prélèvement de ses apports, une certaine portion des acquêts². Il serait difficile de préciser les causes diverses sous l'influence desquelles ces premiers éléments se sont développés et transformés, pour aboutir, dans certains pays, à l'admission d'une véritable société de biens entre les époux. En France, ce fut pendant la période féodale, et sous l'action des statuts municipaux auxquels donnèrent naissance les chartes d'affranchissement de communes, que le régime de la communauté reçut ses développements les plus importants et sa forme définitive³.

D'après la coutume de Paris, la communauté comprenait, d'une

¹ Au nombre des coutumes qui n'admettaient pas de plein droit la communauté de biens entre époux, nous citerons principalement la coutume de Rennes et celle de Metz. Quant à la coutume de Normandie, elle avait cela de particulier et de tout exceptionnel, que non-seulement elle ne reconnaissait pas de communauté légale, mais qu'elle défendait même la stipulation d'une communauté conventionnelle. Cpr. Lebrun, chap. 1; Troplong, *Préface*, p. 142 et suiv.

² Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, I, § 62 b. Valter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, §§ 460 à 463. Zoëpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 84.

³ L'origine et les développements de la communauté de biens forment encore aujourd'hui un des points d'histoire les plus controversés. Cpr. Ginoulhiac, p. 159 et suiv.; Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, IV, p. 180 et suiv.; Pardessus, *De la loi salique*, p. 675; Klimrath, *Travaux sur l'histoire du Droit français*, I, 180, et II, 277; Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 137 et suiv.; Troplong, *Préface*, p. 116 et suiv.; Rodière et Pont, I, p. 15 et suiv.; Odier, I, 28 et suiv.; Koenigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français*, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 393.

part, toute la fortune mobilière que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient dans la suite, à quelque titre que ce fût, et, d'autre part, les conquêts immeubles, c'est-à-dire les immeubles acquis pendant le mariage, soit du fonds commun et à titre onéreux, soit même à titre de donation ou de legs, à moins que la disposition n'eût eu lieu en ligne directe. Tous les autres immeubles restaient en dehors de la communauté, et formaient des propres pour celui des époux auquel ils appartenaient.

Du reste, la plupart des coutumes, et notamment celle de Paris, ne soumettaient les époux à la communauté coutumière, qu'à défaut de conventions contraires de leur part. Elles leur laissaient une entière liberté pour modifier ce régime selon leurs conventions, ou même pour s'y soustraire entièrement.

Les conventions qui avaient pour objet de rejeter toute communauté de biens, étaient la clause d'exclusion de communauté, et celle de séparation de biens.

Le régime que fondait la première de ces clauses concordait, en général, avec celui qui, d'après le Droit romain, existait entre les époux, lorsque tous les biens de la femme étaient dotaux. Il n'y avait entre ces deux régimes d'autre différence essentielle, si ce n'est que les immeubles de la femme mariée avec exclusion de communauté n'étaient pas frappés d'inaliénabilité, comme les fonds dotaux de la femme mariée sous le régime dotal.

La clause de séparation de biens créait une situation semblable à celle où se trouvaient des époux mariés en pays de Droit écrit, lorsque, à défaut de constitution de dot, tous les biens de la femme restaient paraphernaux.

Les deux systèmes opposés dont nous venons de retracer les principaux traits, se partageaient encore la France au moment où se préparait le Code Napoléon. La commission de rédaction, dans la vue de faire disparaître cet antagonisme de législation, avait proposé d'ériger la communauté de biens en régime de Droit commun, c'est-à-dire de faire de la communauté, en l'absence de conventions matrimoniales expresses, la règle des intérêts pécuniaires des époux. L'art. 14 de son projet portait : « A défaut de conventions entre les époux, il y a communauté de biens. » Cette proposition, attaquée sous divers points de vue au sein du Conseil d'état, ne fut définitivement adoptée qu'après de longs débats⁴.

⁴ Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 127, 146 et suiv., p. 202 et suiv.

Le parti auquel on s'est arrêté, se justifie au point de vue moral ou philosophique, comme à celui de l'utilité sociale et de la pratique. Il respecte la liberté des conventions, et laisse les époux parfaitement maîtres de choisir le régime dotal ou tout autre, de préférence à celui de la communauté. Au fond, la communauté de biens, qui unit et confond les intérêts pécuniaires des époux, est plus conforme que le régime dotal, qui tend à diviser et à séparer leurs intérêts matériels, à l'institution du mariage, et à la nature des rapports que, dans les idées chrétiennes, cette institution est destinée à établir entre les époux. Le système de la communauté est aussi plus favorable au crédit, et d'une application plus simple et plus facile que le système dotal, qui fait naître, à chaque instant, les complications les plus sérieuses.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'il ne s'agissait pas, à vrai dire, d'une préférence à donner à l'un des systèmes sur l'autre : le débat ne pouvait, en réalité, porter que sur le point de savoir si, en l'absence de contrat de mariage, les époux seraient considérés comme ayant tacitement établi une communauté de biens plus ou moins étendue, ou si, au contraire, ils seraient présumés avoir voulu maintenir, même pendant le mariage, une séparation complète de leurs biens et de leurs intérêts ; et la question réduite à ces termes n'était plus susceptible d'une sérieuse controverse.

Ce point réglé, il restait à s'entendre sur l'étendue de la communauté légale quant aux biens qui, pour la propriété même, entreraient dans la formation de la masse commune, ou qui en demeureraient exclus. Les rédacteurs du Code crurent devoir, à l'exemple de la coutume de Paris, restreindre la communauté légale au mobilier des époux et aux immeubles conquêts, alors cependant que leur point de départ les conduisait naturellement à faire entrer dans la communauté tous les biens des époux sans distinction. La communauté universelle répond seule, d'une manière complète, à l'idée de l'union des époux par le mariage ; et l'on devait d'autant moins hésiter à ériger cette communauté en régime de Droit commun, que l'exclusion des immeubles et leur réserve au profit de chacun des époux, n'a plus, dans notre législation actuelle, de raison d'être, et se trouve en désaccord avec les conditions économiques de la société moderne⁵. Dans l'ancien

⁵ Une proposition en ce sens avait été faite au sein du Conseil d'état ; mais elle fut écartée par la considération qu'il importait de ne pas rompre des habitudes

Droit, cette réserve était logique : elle se rattachait au système des propres de succession, et rentrait dans cet ensemble de règles et d'institutions qui, toutes, tendaient à la conservation des biens dans les familles; mais notre législation nouvelle, on le sait, a rompu avec ces tendances et ces traditions. Il y a plus, en présence de l'accroissement prodigieux de la richesse mobilière, et alors que la fortune de beaucoup de familles consiste uniquement en valeurs de cette nature, le système qui, tout en excluant de la communauté les immeubles des époux, y fait tomber leur mobilier, même futur, conduit souvent à d'injustes inégalités, et à des résultats que ni les époux ni leurs familles respectives n'eussent d'avance acceptés, s'ils les avaient prévus.

§ 498.

De l'ordre suivi dans la rédaction du titre du contrat de mariage.

Le projet du titre *Du contrat de mariage*, présenté par la Commission de rédaction, se composait de trois chapitres : le premier, contenant quelques dispositions générales; le second, portant règlement de la communauté légale; et le troisième, traitant des conventions qui peuvent modifier cette communauté, ou l'exclure complètement. Le troisième chapitre se divisait en deux sections : l'une, consacrée aux conventions ayant pour objet d'exclure la communauté; l'autre, aux stipulations tendant simplement à la modifier. La première de ces sections s'occupait : de la clause portant que tous les biens de la femme seront dotaux; de la stipulation qu'ils seront tous paraphernaux; de la déclaration que les époux se marient sans communauté; de la clause de séparation de biens; enfin, de la stipulation mixte suivant laquelle les biens de la femme sont pour partie dotaux et pour partie paraphernaux. Les deux régimes résultant, soit de la déclaration de non communauté, soit de la clause de séparation de biens, étaient, d'une manière absolue, assimilés à ceux de la dotalité ou de la paraphernalité de tous les biens de la femme. L'art. 123 du projet permettait d'ailleurs, quelle que fut la combinaison adoptée par les époux, de stipuler que les biens dotaux de la femme seraient inaliénables.

établies. Locré, *Lég.*, XIII, p. 184 et suiv. — MM. Rodière et Pont (I, 305), et M. Troplong (I, 341) se prononcent, d'après des considérations qui ne nous paraissent pas décisives, en faveur du système adopté par le Code Napoléon.

Cette distribution des matières était rationnelle, et en quelque sorte commandée par l'indication de la communauté de biens comme régime de Droit commun. Le cadre, d'ailleurs, était complet, et dans l'ordre d'idées où elle était entrée, la Commission de rédaction n'avait point à s'occuper séparément du régime dotal, comme parallèle à celui de la communauté. Enfin, les dispositions du projet, en évitant des redites, présentaient cet avantage qu'elles soumettaient à des règles uniformes, des situations qui, en réalité, ne diffèrent point entre elles.

L'apparition du travail de la Commission souleva de vives attaques de la part des partisans du régime dotal, qui crurent y voir l'intention d'anéantir ce régime, en le sacrifiant entièrement à celui de la communauté. Afin de calmer les esprits, en donnant, dans une certaine mesure, satisfaction aux réclamations qui s'élevaient, la section de législation du Conseil d'état prit le parti de déclarer formellement que les deux régimes étaient maintenus (art. 1391), et d'organiser le régime dotal dans un chapitre particulier. Cet expédient était prudent, sans doute; mais en s'y arrêtant, on s'exposait au double inconvénient de se condamner à de fréquentes répétitions, et de poser des règles distinctes pour des situations qui, au fond, offrent une complète analogie.

§ 499.

De l'interprétation du titre du contrat de mariage.

Les explications données aux deux paragraphes qui précèdent, conduisent à adopter, pour l'interprétation du titre *Du contrat de mariage*, les règles suivantes :

1° Les dispositions relatives à la communauté de biens doivent être interprétées d'après le Droit coutumier, et plus particulièrement dans le sens de la coutume de Paris. Celles qui concernent le régime dotal, doivent l'être d'après le Droit romain, en tenant compte, toutefois, des modifications apportées à cette législation par notre ancienne jurisprudence.

2° Il n'y a pas lieu de combiner entre elles, pour les interpréter et les compléter les unes par les autres, les règles que tracent les art. 1530 à 1534 sur l'administration, la jouissance, la disposition et la restitution des biens de la femme mariée sans communauté, et les dispositions des art. 1549 à 1573, qui statuent sur les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal¹.

¹ Nous prenons ici le contre-pied de l'opinion de Zachariæ, qui enseigne (§ 499,

L'application de ces dernières dispositions doit être restreinte au régime dotal, à l'exception seulement de celles qui ne renfermeraient, comme, par exemple, les art. 1562, 1566, al. 1^{er}, 1567 et 1568, que de simples applications des principes sur l'usufruit et l'administration de la fortune d'autrui. C'est ainsi, en particulier, que l'al. 2 de l'art. 1549, l'al. 3 de l'art. 1565, l'al. 2 de l'art. 1570, les art. 1571 et 1573, ne peuvent être étendus au cas de simple exclusion de la communauté².

texte et note 2) que les dispositions des art. 1530 à 1535, et celles des art. 1549 à 1573, peuvent et doivent, en général, être complétées les unes par les autres. Cette opinion, que nous avons reproduite sans observation dans nos premières éditions, et qui est également professée par MM. Rodière et Pont (II, 770 et suiv.), nous paraît, après mûr examen, aussi erronée à son point de départ, que fautive dans les applications particulières auxquelles elle conduit. La position respective d'époux mariés sans communauté présente, il est vrai, sauf l'aliénabilité des biens de la femme, une analogie parfaite avec celle dans laquelle se trouvent des époux mariés sous le régime dotal, quand tous les biens de la femme sont constitués en dot. Dans l'une et l'autre hypothèse, en effet, le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. Mais cette analogie qui, nous le reconnaissons, existe au fond des choses, ne suffit point, pour justifier la règle d'interprétation proposée par Zachariæ. C'est la règle contraire qui découle logiquement et forcément des prémisses posées aux §§ 497 et 498. Le régime simplement exclusif de communauté a toujours été distingué du régime dotal : pratiqué dans les pays de Droit coutumier, il y avait ses règles propres, et c'est sous cette forme particulière qu'il a passé dans le Code Napoléon. Vouloir étendre à ce régime, sous prétexte de compléter les dispositions législatives qui le règlent, les principes particuliers au régime dotal, c'est, à notre avis, se mettre en opposition tout à la fois avec la tradition historique et avec l'ensemble des faits relatifs à la rédaction du titre *Du contrat de mariage*. La pensée de la commission de rédaction avait été, sinon de proscrire le régime dotal, du moins de le considérer simplement comme le résultat d'une clause exclusive de communauté; et il est digne de remarque que les art. 114 et 115 du projet, qui s'en occupaient à ce point de vue, et qui depuis sont devenus les art. 1530 à 1534 du Code Napoléon, n'avaient reproduit aucun des principes particuliers à la dot, que les rédacteurs des art. 1549, 1565, 1570, 1571 et 1573 ont plus tard empruntés au Droit écrit. Si la pensée de la commission de rédaction avait été maintenue, personne n'eût pu songer à étendre au régime simplement exclusif de communauté, telle ou telle règle établie pour le régime dotal. Qu'importe après cela que le Conseil d'état ait jugé convenable d'ajouter au projet un chapitre particulier consacré au régime dotal? Cette résolution n'autorise en aucune façon l'alliage des principes du Droit écrit avec les règles coutumières reproduites dans les art. 1530 à 1534. Loin de là, elle repousse ce procédé, puisqu'elle a eu précisément pour objet de conserver le régime dotal avec son existence propre et ses règles particulières. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, 453, IV, 480; Troplong, III, 2234.

² Cpr. § 531, texte n° 2.

3° Les clauses d'un contrat de mariage par lequel les époux établissent une communauté de biens, ne dérogent aux règles de la communauté légale qu'autant que les parties ont clairement manifesté l'intention de s'en écarter, ou que la dérogation résulte des effets attribués par la loi aux conventions qu'elles ont arrêtées. Art. 1528.

4° Une quatrième règle d'interprétation, mais qui ne découle plus des explications données aux §§ 497 et 498, concerne spécialement les art. 1536 à 1539, rapprochés des art. 1448 à 1450. Les dispositions contenues dans ces deux séries d'articles sur la séparation de biens conventionnelle et la séparation judiciaire, peuvent, en général, être réciproquement interprétées et complétées les unes par les autres.

Du reste, il n'est ici question que de l'interprétation et de l'application de la loi même. S'il s'agissait de rechercher le sens des clauses d'un contrat de mariage, on devrait, avant tout, s'attacher à la commune intention des parties, d'autant plus que la loi laisse aux futurs époux la plus grande liberté pour régler, comme ils l'entendent, leurs intérêts pécuniaires.

§ 500.

De la dot.

1° La dot, dans le sens propre de ce mot, est le bien que la femme apporte au mari, soit en propriété, soit en jouissance seulement, pour lui aider à supporter les charges du mariage. Art. 1540. Les biens dont la femme conserve et la propriété et la jouissance, se nomment paraphernaux, quand les époux sont mariés sous le régime dotal. Art. 1574. Il n'existe pas de terme spécial pour les désigner, lorsque les époux sont communs en biens, ou que, sans se soumettre au régime dotal, ils ont exclu la communauté¹.

La clause de séparation de biens et la déclaration de paraphernalité de tous les biens de la femme sont, de leur nature, exclusives de toute idée de dot.

¹ Les termes *biens personnels* de la femme, qu'on lit aux art. 1413 et 1417, y sont employés pour désigner les biens dont la femme conserve la propriété, mais qui tombent dans la communauté pour la jouissance, et qui constituent par conséquent des biens dotaux quant à l'usufruit.

Sous le régime de la communauté, et sauf stipulation contraire, tous les biens de la femme sont dotaux, soit quant à la propriété, soit au moins quant à la jouissance². Tous les biens de la femme sont également dotaux, mais quant à la jouissance seulement, lorsque les époux ont exclu la communauté, sans toutefois se séparer de biens. Art. 1530. Enfin, sous le régime dotal, la dot se compose exclusivement des biens que la femme s'est constitués, ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage : ses autres biens demeurent paraphernaux. Art. 1541.

Quoique la dot soit, sous ces divers régimes, soumise à des règles différentes, elle présente toujours le caractère fondamental indiqué par l'art. 1540. Cpr. art. 1409, n° 5, et 1530.

Dans un sens plus étendu, le terme *dot* s'applique également aux biens donnés au futur époux, en vue de son établissement par mariage. Les règles qui vont être développées sous les numéros suivants, sont, en général, communes à la dot du mari et à celle de la femme³.

2° La dot est le plus souvent constituée par les parents des époux ou par des étrangers ; mais rien n'empêche que la femme ne se constitue une dot sur ses biens personnels.

La promesse d'une dot déterminée⁴, quoique faite par un acte sous seing privé ou par une simple lettre missive, est, en général, civilement obligatoire, alors du moins qu'elle émane des pères et mères des futurs époux⁵.

Le père et la mère ne sont pas civilement obligés de fournir une dot à leurs enfants. Art. 204. Mais ils sont, à cet égard, soumis à

² La dot de la femme commune en biens est plus spécialement appelée *apport*, quand on la considère comme mise sociale, et qu'il s'agit de savoir si la femme peut la reprendre et de quelle manière elle peut en exercer la reprise. Cpr. art. 1501, 1502, 1511 et 1514. — Le terme *apport* s'applique également aux biens du mari dans le sens qui vient d'être indiqué.

³ Cpr. Toullier, XII, 316 ; Duranton, VIII, 528, et XIV, 296 ; Rodière et Pont, I, 89 et 104.

⁴ Nous disons *déterminée*, car la promesse de fournir une dot non déterminée, eût-elle même été faite par contrat de mariage, serait à considérer comme non avenue. Art. 1129. Cpr. L. 1, C. de dot. prom. (5, 11) ; L. 69, § 4, D. de jur. dot. (23, 3).

⁵ La proposition émise au texte ne peut faire difficulté, puisqu'une promesse de dot émanée du père ou de la mère de l'un des futurs époux a une cause civilement suffisante dans l'obligation naturelle qui leur incombe de doter leurs enfants. Voy. la note suivante. Cpr. cep. Req. rej. 10 décembre 1842, Sir., 43, 1, 335.

une obligation naturelle⁶. En promettant une dot, ils sont censés l'avoir fait en exécution de cette obligation, qui pèse également sur l'un et sur l'autre. De là résultent les conséquences suivantes :

a. La dot promise par les père et mère ou par l'un d'eux, doit, à moins de stipulation contraire, être prise sur leurs patrimoines respectifs, encore que l'enfant doté possède des biens personnels. Art. 1546 et arg. de cet article⁷.

b. Les père et mère qui ont constitué conjointement une dot, sans déterminer la part pour laquelle ils entendaient y contribuer, en sont tenus chacun pour moitié, sous quelque régime qu'ils soient mariés, et encore que la dot ait été promise en effets propres à l'un d'eux. Art. 1438 et 1544, al. 1. Si la dot constituée conjointement par le père et la mère, est fournie en biens propres à l'un d'eux, celui-ci devient créancier de l'autre pour la moitié de la valeur de ces biens⁸.

c. La dot promise conjointement par les père et mère communs en biens doit, bien qu'elle ait été fournie en effets de communauté, être rapportée, non à la communauté, mais pour moitié à chacune des deux successions⁹.

d. La femme mariée sous le régime de la communauté, qui a doté un enfant commun conjointement avec son mari, sans exprimer que la dot serait exclusivement prise sur les biens communs,

⁶ Arg. art. 204. En se bornant à dénier à l'enfant toute action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement, c'est-à-dire à lui refuser sous ce rapport la sanction complète du Droit positif, l'art. 204 indique virtuellement, par cela même, que ces derniers sont soumis à cet égard à une obligation naturelle. Toullier, XII, 325. Troplong, II, 1208 et 1210; IV, 3067. Req. rej., 14 juin 1827, Sir., 27, 1, 474.

⁷ Quoique l'art. 1546 soit placé sous le chapitre qui traite du régime dotal, il doit cependant, à raison de la généralité du motif sur lequel est fondée sa disposition, être appliqué sans distinction du régime sous lequel sont mariés les père et mère qui ont constitué la dot. La même observation s'applique à l'art. 1545 et au second alinéa de l'art. 1544. Duranton, X, 368. Rodière et Pont, I, 89.

⁸ Rodière et Pont, I, 93. Troplong, II, 1233 et suiv. Bordeaux, 6 décembre 1833, Sir., 34, 2, 243.

⁹ Comme l'obligation naturelle de doter est personnelle au père et à la mère, et ne constitue point une dette de communauté, ils sont censés, lors même que la dot a été fournie en effets de la communauté, avoir doté *de suo*. Par suite, la moitié de la dot est rapportable à la succession de chacun d'eux. La cour de cassation (civ. cass., 31 mars 1846, Sir., 46, 1, 337) a fait une application fort remarquable de cette règle dans une espèce qui présentait de grandes singularités.

ou qu'elle n'entendait s'obliger qu'en qualité de commune en biens, est tenue personnellement au paiement de la moitié de la dot. Elle ne peut s'affranchir de cette obligation envers l'enfant doté, en renonçant à la communauté; et quand la dot a été fournie par la communauté, la femme qui renonce, doit indemnité au mari ou à ses héritiers pour la moitié de la dot ¹⁰.

La constitution de dot faite par le père seul n'engage pas la mère, lors même qu'il a déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, et que la mère a été présente au contrat. En pareil cas, la dot demeure en entier à la charge du père. Art. 1544, al. 2, et arg. de cet article. Toutefois, si les père et mère étaient communs en biens, la mère serait, en cas d'acceptation de la communauté, tenue de supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'eût déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout, ou ce qui reviendrait au même, qu'il ne l'eût promise en biens personnels, ou en avancement d'hoirie sur sa propre succession ¹¹. Art. 1439. Réciproquement, la constitution de dot faite par la mère seule, même avec l'autorisation du père, n'engage pas ce dernier, à moins qu'ils ne soient mariés sous le régime de la communauté, auquel cas le père est tenu, comme chef de la communauté, du paiement de la dot, sauf son recours tel que de droit ¹².

Lorsque le survivant des père et mère a constitué une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prend d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et pour le surplus, sur les biens du constituant. Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre le cas où la part de l'enfant dans la succession du père ou de la mère prédécédé, dépasserait la moitié de la dot, et le cas où elle serait inférieure à cette moitié. Art. 1545.

Que si le survivant avait constitué la dot sur les biens du prédécédé seulement, ou si, en la constituant pour biens paternels et maternels, il avait fixé les portions contributives de ces deux classes de biens, et que la succession du prédécédé fut insuffisante pour le paiement de la dot ou de la portion constituée sur

¹⁰ Pothier, n° 655. Duranton, XIV, 285. Rodière et Pont, I, 93. Troplong, II, 1220 et suiv. Paris, 6 juillet 1813, Sir., 14, 2, 116. Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Cpr. cep. Bordeaux, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 513.

¹¹ Toullier, XIII, 320. Rodière et Pont, I, 97. Douai, 6 juillet 1853, Sir., 55, 2, 117.

¹² Art. 1409, n° 2, 1419 et 1469. Cpr. § 509, texte n° 6 et note 36. Rouen, 27 mai 1854, Sir., 55, 2, 17. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 846 et 1231.

cette succession, le constituant serait tenu personnellement du complément de la dot en principal et intérêts ¹³.

La clause par laquelle le père et la mère, en dotant conjointement leur enfant, stipulent que la dot est, en totalité, constituée par avancement d'hoirie sur la succession du premier mourant d'entre eux, ou, ce qui revient au même, qu'elle sera pour le tout imputable sur cette succession, est parfaitement licite, et lie l'enfant doté, aussi bien que les constituants l'un à l'égard de l'autre. Elle a pour effet de faire considérer le survivant des père et mère comme étant resté étranger à la constitution dotale, et de résoudre tout engagement de sa part ¹⁴. De ces propositions découlent les conséquences suivantes :

a. Si le père ou la mère vient à décéder avant que la dot ait été délivrée, l'enfant n'a d'action que contre la succession de celui de ses parents qui est décédé le premier ¹⁵.

b. Que si la dot a été délivrée du vivant des père et mère, l'enfant est obligé de la rapporter en totalité à la succession du premier mourant ¹⁶, à moins qu'il ne renonce à cette succession, auquel cas il peut la retenir, mais seulement jusqu'à concurrence de la portion disponible ¹⁷.

¹³ On présume que le survivant des père et mère qui, mieux que les futurs époux, devait connaître la fortune du prédécédé, a entendu accomplir son obligation naturelle de doter, dans la mesure de ce qu'il aurait à fournir pour compléter la dot par lui fixée et constituée. Tessier, I, p. 133. Benoit, I, 57. Rodière et Pont, I, 92.

¹⁴ Toullier, XII, 336. Duranton, XV, 366. Rodière et Pont, I, 99. Voy. aussi l'arrêt de cassation cité à la note 17 *infra*.

¹⁵ Toullier, *loc. cit.* Tessier, I, 140. Rodière et Pont, *loc. cit.*

¹⁶ La cour de Paris (10 août 1843, Sir., 43, 2, 544) a décidé que la clause portant que *la dot serait imputée en totalité sur la succession du prémourant*, est à considérer comme ayant été uniquement stipulée dans l'intérêt de l'époux survivant, et que dès lors, étrangère à l'enfant doté, elle ne pouvait avoir pour effet de l'astreindre à rapporter la totalité de la dot à la succession du prémourant. Cette interprétation, qui tendrait à établir de profondes différences entre la clause congue dans les termes qui viennent d'être rappelés, et la stipulation portant que *la dot est pour le tout constituée en avancement sur l'hoirie du prémourant*, ne nous paraît pas devoir être admise. Nous ne comprenons pas trop comment, vis-à-vis du survivant, la succession du prémourant pourrait avoir à fournir ou à supporter la dot en totalité, sans que cette dot fût aussi pour la totalité rapportable à cette succession, ou imputable sur la quotité de biens dont le prémourant a pu disposer, et le cas échéant, réductible à cette quotité. Cpr. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 146.

¹⁷ Civ. cass., 11 juillet 1814, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 1, 592.

c. Quelle que soit la perte que l'enfant puisse éprouver dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, il n'a aucun recours à exercer contre le survivant de ses père et mère.

D'un autre côté, le survivant a droit à une indemnité sur la succession du prédécédé, lorsque la dot a été fournie, soit en biens à lui propres, soit en effets ou valeurs de la communauté.

Du reste, la clause dont il s'agit n'empêche pas que le père et la mère ne soient tenus actuellement, quoique sous éventualité de résolution, et chacun pour sa part, au paiement de la dot. L'enfant est donc en droit, tant qu'ils vivent tous les deux, d'exiger de l'un et de l'autre le paiement de la moitié de la dot¹⁸. Il y a mieux, si l'un des constituants a fourni sur ses biens personnels la totalité de la dot, il peut, au cas de séparation de biens, en demander dans la liquidation, la bonification pour moitié, sauf report ultérieur de la totalité sur la succession de celui des deux qui viendra à mourir le premier¹⁹. Par la même raison, si la dot avait été fournie en valeurs de la communauté, le mari pourrait, au cas de séparation de biens et de renonciation de la femme à la communauté, réclamer dans la liquidation une indemnité pour la moitié de la dot, sauf encore règlement définitif au décès de l'un d'eux.

Le régime sous lequel s'est marié l'enfant qui a reçu une dot, est sans influence sur l'application des règles qui viennent d'être développées.

3° A moins de convention contraire, soit expresse, soit implicite, les sommes d'argent promises en dot portent de plein droit intérêt du jour du mariage, encore que les parties aient stipulé des termes de paiement. Les fruits naturels ou civils d'autres objets constitués en dot, sont également dus de plein droit à partir de ce jour. Art. 1440, 1548 et arg. de ces articles.

La circonstance qu'une créance improductive d'intérêts et non encore exigible a été indiquée, même dans le contrat de mariage, comme devant servir au paiement d'une dot promise en argent, n'a pas, en général et à elle seule, pour effet de dispenser les constituants de l'obligation de servir les intérêts de la dot²⁰. Mais la règle qui fait courir les intérêts de plein de toute somme d'argent promise en dot, serait sans application au cas où

¹⁸ Rodière et Pont, I, 99. Orléans, 21 mai 1848, Sir., 50, 2, 146.

¹⁹ Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Paris, 6 novembre 1854, Sir., 55, 2, 607.

²⁰ Cpr. Civ. rej., 7 juillet 1835, Sir., 35, 1, 914.

une créance non productive d'intérêts aurait fait comme telle l'objet direct et principal d'une constitution dotale²¹.

Lorsque la dot comprend des objets qui ne produisent ni fruits naturels ou industriels, ni fruits civils, le retard apporté à la délivrance de ces objets, ne peut donner lieu contre les constituants qu'à une demande en dommages-intérêts dans les termes du Droit commun²².

4° Toute personne qui a constitué une dot, est de plein droit tenue à garantie pour l'éviction des biens corporels ou incorporels qui en forment l'objet. Art. 1440 et 1547²³. Cette obligation pèse sur la femme elle-même lorsque, en se mariant sous le régime dotal, elle s'est constitué certains objets individuellement déterminés²⁴.

La garantie de la dot constituée à la femme, soit par ses parents, soit même par un tiers, est due à la femme elle-même, aussi bien qu'au mari²⁵. Mais l'objet et l'étendue de la garantie ne sont pas toujours les mêmes pour les deux époux : ils se déterminent d'après les droits que les conventions matrimoniales attribuent à chacun des conjoints sur l'objet dont ils se trouvent évincés.

L'action en garantie peut être exercée non-seulement pendant le mariage, mais encore après sa dissolution, soit qu'il existe des enfants, soit qu'il n'en existe pas²⁶. Elle n'est pas exclusivement attachée à la personne des époux, et passe à leurs héritiers, même collatéraux²⁷.

²¹ Delvincourt, III, p. 403. Bellot des Minières, IV, p. 53. Tessier, I, 167. Benoit, I, 158. Rodière et Pont, I, 116. Troplong, II, 1255. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 97.

²² Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 1256.

²³ La garantie de la dot qui, en principe, n'aurait pas lieu de plein droit, si l'on ne considérait la constitution dotale que dans la personne du constituant (cpr. § 310), a été admise en faveur du mariage, et à raison des charges qui doivent en résulter pour les futurs époux.

²⁴ Il ne pourrait être question de garantie de la dot de la part de la femme, si la dot portait sur l'universalité ou sur une quote-part de ses biens.

²⁵ Duranton, XV, 375. Bellot des Minières, I, p. 568. Benoit, I, 80. Tessier, I, p. 193. Rodière et Pont, I, 104. Odier, III, 1145. Troplong, II, 1250. Civ. rej., 22 nivôse an X, Sir., 2, 1, 200.

²⁶ Voy. les autorités citées à la note précédente. Cpr. cependant : Delvincourt, III, p. 102 ; Seriziat, n° 52.

²⁷ Troplong, II, 1251. — MM. Rodière et Pont (I, 102) n'accordent l'action en garantie qu'aux descendants des époux, et la refusent à leurs héritiers collatéraux. Ils se fondent sur ce que la loi n'a pu consacrer la garantie que dans l'intérêt des époux et de leur descendance ; mais ce n'est là qu'une pétition de prin-

Les dispositions qui règlent les effets de l'obligation de garantie en matière de vente ou de cession, s'appliquent par analogie à la garantie de la dot, toutefois avec les modifications qui résultent forcément de la circonstance que l'époux reçoit la dot sans payer de prix et sans fournir aucune contre-valeur. Lorsqu'il s'agit de l'éviction d'une chose corporelle, la valeur à bonifier aux époux est celle que la chose avait au moment de l'éviction, et non celle qu'elle peut avoir eue au moment de la célébration du mariage²⁸. Quant aux créances déclarées nulles ou non existantes, l'indemnité à payer aux époux est de la somme que, dans la supposition d'une créance réelle, et eu égard à la position de fortune du débiteur, ils eussent pu recouvrer sur lui²⁹.

5° Les dispositions que renferme le contrat de mariage ou la loi sur la consistance de la dot, ne peuvent, pendant le mariage, être modifiées, ni directement ni indirectement, par les époux eux-mêmes. Art. 1395. La question de savoir si des tiers peuvent, en faisant une donation aux époux ou à l'un d'eux, y apposer des conditions qui s'écarteraient de ces dispositions, doit être résolue diversement selon le régime sous lequel les époux sont mariés. Cpr. art. 1401, n° 4, et 1543.

§ 501.

Du contrat de mariage. — 1. Généralités.

Le contrat de mariage est la convention par laquelle deux personnes qui veulent s'unir par mariage, règlent, quant à leurs biens, les droits dont elles jouiront comme époux, l'une à l'égard de l'autre.

L'acte qui constate cette convention peut renfermer en même temps, et c'est ce qui arrive communément, des donations faites,

cipe. En l'absence de disposition contraire, on doit s'en tenir à la règle de la transmission de tous les droits et actions du défunt à ses héritiers quels qu'ils soient.

²⁸ La disposition de l'art. 1631 est sans application possible à la constitution de dot. L'époux évincé a droit à la réparation de la perte que l'éviction lui a fait éprouver, et ne peut rien réclamer au delà : or, cette perte se détermine par la valeur de la chose au moment de l'éviction. Rodière et Pont, I, 409.

²⁹ Rodière et Pont, I, 409. — C'est évidemment à tort que M. Seriziat (n° 51), enseigne que le constituant doit garantir la solvabilité actuelle et future du débiteur de la créance constituée en dot.

soit par l'un des futurs époux à l'autre, soit par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux ¹.

Quoique ces donations soient régies par des règles spéciales, et qu'elles doivent, à tous égards, être considérées comme des clauses du contrat de mariage, nous n'avons pas cru devoir en traiter au présent chapitre : nous nous réservons, à l'exemple du Code Napoléon, de développer dans la théorie des dispositions à titre gratuit, les principes qui les concernent.

La loi n'impose pas aux futurs époux l'obligation de régler leurs conventions matrimoniales par un contrat de mariage. En l'absence d'un pareil contrat, et à supposer que la loi française soit applicable à leur association², ils sont censés avoir voulu adopter, pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, les dispositions du Code Napoléon sur le régime de la communauté légale; et les droits que ce régime attribue à chacun d'eux, leur sont acquis d'une manière aussi irrévocable que s'ils les avaient établis par une convention expresse³. Art. 1387 et 1393.

Les droits respectifs des époux mariés avant la promulgation du titre du Code Napoléon, relatif au contrat de mariage, restent, même en ce qui concerne les biens qui n'ont pris naissance ou qui n'ont été acquis que depuis cette époque, exclusivement régis par leur contrat de mariage, ou en l'absence de contrat, par la loi ou la coutume sous l'empire de laquelle ils se sont mariés⁴. De plus, s'il a été passé un contrat de mariage, les effets des stipulations y contenues doivent être déterminés, quant à la nature et à la distinction des biens, par la loi ou la coutume en vigueur au moment de la passation de ce contrat. Ainsi, lorsque les époux, en se mariant sous l'empire d'une coutume qui réputait immeubles les rentes constituées, ont, par une clause de leur contrat de mariage, attribué les meubles au survivant, celui-ci n'a pas de droit exclusif aux rentes de cette espèce, alors même qu'elles n'auraient été constituées que depuis la promulgation du Code Napoléon⁵.

Toutes conventions matrimoniales et toutes donations par con-

¹ Rien n'empêche même que le contrat de mariage ne contienne, à côté de donations, des conventions à titre onéreux, telles qu'une vente, un bail, etc., passées entre les époux ou avec des tiers.

² Cpr. § 504 *bis*, sur la question de savoir quelle est la loi à laquelle, en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

³ Cpr. § 30, texte II, n° 3, notes 42 et 43.

⁴ Civ. rej., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 257.

⁵ Civ. cass., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 260.

trat de mariage sont censées faites sous la condition qu'elles seront suivies d'un mariage valable. Si le mariage en vue duquel de pareilles conventions ou donations ont été consenties, ne se réalise pas, ou qu'il vienne à être annulé, elles sont à considérer comme non avenues⁶. Toutefois, cette règle reçoit exception dans le cas où le mariage annulé doit, à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, produire les effets d'un mariage putatif⁷.

Lorsque la nullité dont le mariage était dans le principe entaché, se trouve couverte, le contrat de mariage, d'ailleurs valable en lui-même, ne peut plus être attaqué à raison de cette nullité seule⁸.

Mais quand le contrat de mariage se trouve entaché d'un vice qui lui est propre, ce vice fût-il de même nature que celui qui affecterait le mariage même, l'action en nullité de ce contrat est recevable malgré la confirmation du mariage et les fins de non-recevoir qui mettraient ce dernier à l'abri de toute attaque. C'est ainsi, par exemple, que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage, n'est pas confirmé par la circonstance que la nullité du mariage également célébré sans ce consentement, se trouverait couverte aux termes de l'art. 183⁹.

⁶ Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609.

⁷ Art. 201 et 204. Cpr. § 460.

⁸ La célébration d'un mariage valable ne constitue qu'une condition extrinsèque de l'efficacité du contrat de mariage, et non une condition intrinsèque de la validité de ce contrat. Cette condition se trouvera accomplie, que le mariage soit valable dès le moment de sa conclusion, ou qu'il ne soit validé que dans la suite. Aussi la proposition énoncée au texte ne fait-elle pas difficulté.

⁹ Duranton, XIV, 10. Rodière et Pont, I, 162. Odier, II, 610. Civ. rej., 13 juillet 1857, Sir., 57, 1, 801. Voy. aussi § 502, texte et notes 19, 27 et 28. — Marcadé (sur l'art. 1398, n° 2) et M. Troplong (I, 98), enseignent, au contraire, que le mineur, en gardant le silence pendant l'année que l'art. 183 lui donne pour réclamer contre son mariage, ratifie aussi bien le contrat de mariage, que le mariage même. Mais en se prononçant dans ce sens, ils ne tiennent pas compte du principe que les nullités d'un contrat de mariage ne sont susceptibles de se couvrir pendant le mariage, ni expressément, ni tacitement; principe que M. Troplong (I, 288) n'hésite cependant pas à appliquer aux nullités résultant d'un défaut de capacité. D'ailleurs, de ce que dans des vues d'ordre public, la loi a fait du silence des parties pendant un certain délai, une fin de non-recevoir contre telle action en nullité du mariage, il ne s'ensuit nullement que ce silence doive couvrir également la nullité des conventions matrimoniales. Le maintien de ces conventions n'intéresse que fort indirectement la société, ou du moins ne l'intéresse pas au même degré que le maintien du mariage même. Ajoutons que

C'est ainsi encore que le contrat de mariage passé, même avec l'assistance des personnes désignées en l'art. 1398, par un mineur qui n'avait pas atteint l'âge requis pour se marier, reste sujet à annulation, encore que le mariage, célébré également avant cet âge, soit devenu inattaquable par suite de l'une des circonstances indiquées dans l'art. 185¹⁰.

§ 502.

2. Des personnes qui doivent figurer au contrat de mariage. — De la capacité requise pour ce contrat.

1° Les futurs époux doivent, comme parties principalement intéressées, figurer au contrat de mariage, soit en personne, soit par un mandataire porteur d'une procuration spéciale et authentique¹. Le contrat de mariage passé en l'absence de l'un des époux, pour lequel aurait stipulé un tiers dépourvu de mandat régulier, serait à considérer comme non venu. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'époux non présent au contrat étant encore mineur, son père et sa mère auraient stipulé en son nom et en se portant fort pour lui².

L'opinion de Marcadé et de M. Troplong conduirait à un résultat assez singulier. Un mineur a passé un contrat de mariage sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire pour le mariage; s'il se marie avec le consentement de ces personnes, son contrat de mariage restera nul, et ne sera susceptible d'aucune confirmation, ni de sa part, ni de celle de ses parents; si, au contraire, allant plus loin dans la voie des irrégularités, il contracte aussi mariage sans le consentement de ces derniers, le contrat de mariage se trouvera validé par le seul effet de leur silence et de celui du mineur devenu majeur. N'y aurait-il pas dans ces résultats opposés une inconséquence dont la raison s'accommoderait difficilement?

¹⁰ Duranton, XIV, 9. Odier, II, 605. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 96 et 97. Cpr. aussi : Marcadé, *loc. cit.* Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le contrat de mariage est entaché d'un vice propre, en ce que le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage, est, même avec l'assistance de ses parents, tout aussi inhabile à faire un contrat de mariage, qu'il est incapable de se marier. L'art. 1398 suppose un mineur capable de contracter mariage, et à défaut de cette condition, sa disposition tout exceptionnelle et de faveur ne peut plus trouver d'application.

¹ Cpr. § 411, texte et note 6. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

² Par suite d'une pratique vicieuse, suivie surtout dans certaines contrées du Midi, beaucoup de contrats de mariage s'y dressaient hors la présence des époux,

La non-existence d'un contrat de mariage dressé en l'absence de l'un des futurs conjoints, peut être invoquée par l'époux qui a personnellement concouru au contrat, comme par celui qui n'y a pas figuré. Elle peut même être opposée par les tiers qui auraient intérêt à faire écarter les dispositions ou conventions contenues au contrat de mariage³.

En pareil cas, les époux sont à considérer, quelles que soient d'ailleurs les conventions établies au contrat, comme ayant adopté le régime de la communauté légale⁴. La constitution dotale faite en faveur de l'époux absent reste inefficace, et ne vaut même pas comme donation ordinaire, à moins que, portant sur des biens présents, elle n'ait été ultérieurement acceptée par ce dernier⁵. Les valeurs mobilières comprises dans la constitution dotale, et qui auraient été de fait délivrées aux époux, tombent dans la communauté, alors même qu'elles devaient, d'après le régime que l'on avait entendu établir, demeurer propres à l'époux donataire⁶.

au nom desquels stipulaient leurs parents respectifs. On voulut pendant quelque temps essayer de défendre la validité de pareils actes, surtout dans le cas où les parents s'étaient portés fort pour leurs enfants; mais cette thèse n'était pas soutenable. Par cela même que le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage, et qu'il ne peut, après cette époque, y être apporté aucun changement, il est d'absolue nécessité que le consentement des époux soit, dès avant le mariage, constaté d'une manière certaine et authentique. Aussi la jurisprudence s'est-elle, sans hésitation, prononcée contre la validité des contrats faits dans la forme indiquée au texte; et il n'y a plus divergence d'opinions que sur les conséquences que doit entraîner en pareil cas l'absence des futurs époux ou de l'un d'eux.

³ Nîmes, 8 janvier 1850, Sir., 50, 2, 91. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

⁴ Arg. art. 1393. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Nîmes, 6 août 1851, Sir., 51, 2, 616. Toulouse, 19 janvier 1853, Sir., 54, 2, 33. Pau, 1^{er} mars 1853, Sir., 54, 2, 34. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 35. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

⁵ La non-existence du contrat de mariage comme tel, a pour conséquence nécessaire de replacer les parties sous l'empire du Droit commun, en ce qui concerne les donations contenues dans ce contrat. Voy. les autorités citées à la note suivante.

⁶ En vain objecterait-t-on qu'un pareil résultat contrarierait l'intention de l'auteur de la disposition, intention qui ressort d'une manière non équivoque du choix même du régime sous lequel on avait entendu marier les époux. Cette objection serait sans valeur : Comme c'est sans leur volonté, et par la seule force de la loi, que les époux sont, dans l'hypothèse qui nous occupe, soumis au régime de la communauté légale, c'est uniquement aussi dans les dispositions de la loi sur ce régime, qu'il convient de chercher la règle de leurs intérêts. Rien ne

Le contrat de mariage dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux peut être ratifié avant le mariage dans la forme déterminée par les art. 1396 et 1397⁷. Mais le fait seul de la célébration n'emporte pas ratification de ce contrat⁸; et les époux ne peuvent, durant le mariage, l'approuver par aucun fait ni par aucun acte⁹. Du reste, rien n'empêche qu'après la dissolution du mariage, les héritiers du conjoint prédécédé et le survivant ne s'approprient un pareil contrat, soit par une déclaration expresse de ratification, soit tacitement en réglant leurs droits respectifs conformément aux dispositions qu'il renferme¹⁰.

2° Toute personne habile à contracter mariage est aussi, en principe, habile à faire un contrat de mariage, ou à se soumettre, par le fait même du mariage, au régime matrimonial qu'en l'absence de contrat exprès les époux sont censés avoir adopté. *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias. Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

Mais cette capacité, conséquence nécessaire de celle de se marier et qui en est inséparable, n'emporte pas de soi, et pour toute personne indistinctement, la faculté d'aliéner ses biens par contrat de mariage, et d'en disposer avec toute la liberté qui appar-

prouve d'ailleurs que, s'il avait été question d'établir le régime de la communauté, l'auteur de la constitution dotale eût, par une clause spéciale, réservé en faveur de l'époux donataire la propriété des valeurs comprises dans la constitution, ni surtout qu'une pareille réserve eût été admise par l'autre époux; et on se mettrait en opposition avec le principe de réciprocité qui sert de base à l'association des époux sous le régime de la communauté, en exigeant que l'un des époux versât ses capitaux dans la communauté, tandis que l'autre en serait dispensé, sans cependant que cette inégalité de position eût été formellement stipulée et acceptée. Pont, *Dissertation, Revue critique*, 1853, III, p. 6 et suiv. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Toulouse, 19 janvier 1853, Pau, 1^{er} mars 1853, et Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 33 à 35. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437. Civ. rej., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. Voy. en sens contraire : Toulouse, 5 mars 1852, Sir., 52, 2, 257; Nîmes, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 641.

⁷ Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49.

⁸ La raison en est que le contrat de mariage est un contrat solennel, qui, par cela même, n'est susceptible d'être ratifié que dans les formes auxquelles il est soumis. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613.

⁹ La ratification serait nulle aux termes de l'art. 1395, puisqu'elle tendrait à écarter ou à modifier le régime de la communauté légale, que les époux sont présumés avoir adopté.

¹⁰ Cpr. Toulouse, 2 juin 1857, Sir., 57, 2, 513.

tient au majeur en possession du plein exercice de ses droits. La faculté d'aliéner ou de disposer reste, alors même qu'il s'agit de conventions matrimoniales, soumise, en principe, aux règles du Droit commun.

Ces propositions conduisent, pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, et pour celles qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité ou de démence, aux applications suivantes :

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire pouvant contracter mariage sans l'assistance de ce conseil, est aussi capable de régler sans cette assistance ses conventions matrimoniales, en ce sens qu'il lui est permis de se soumettre expressément ou tacitement à la communauté légale, ou de stipuler tout autre régime qui n'emporte que dans une mesure plus restreinte aliénation ou disposition de ses biens. C'est ainsi qu'il peut, sans l'assistance de son conseil, soit adopter le régime dotal ou un régime simplement exclusif de communauté, soit restreindre, au moyen d'une clause de réalisation, les effets de la communauté légale. Mais cette assistance lui est indispensable pour passer des conventions matrimoniales dont l'effet serait de conférer à son conjoint des avantages actuels ou éventuels, simples ou réciproques, plus étendus que ceux qui résultent de la communauté légale, telles, par exemple, que la stipulation d'une communauté universelle, et les clauses d'ameublement ou de partage inégal de la communauté¹¹. A plus forte raison aurait-il besoin de la même assistance pour disposer, à titre purement gratuit, au profit de son futur conjoint¹²;

¹¹ Cpr. sur ces propositions : § 140, texte et note 19.

¹² Cpr. § 140, texte et note 10. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Depuis la publication de notre premier volume, la Cour de cassation a rendu un arrêt (civ. cass., 24 décembre 1856, Sir., 57, 1, 246) qui, écartant l'application de l'art. 513, et donnant à la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, un sens absolu, reconnaît au prodigue une capacité pleine et entière pour faire, sans l'assistance de son conseil, au profit de son futur conjoint, toute espèce de donations, soit de biens à venir, soit même de biens présents. Cette décision, conforme à l'opinion de M. Troplong (I, 97), s'appuie sur les motifs suivants. 1^o La liberté de consentement, qui est l'âme du mariage, doit dominer également dans le contrat de mariage, qui en est souvent la condition. 2^o On ne peut diviser le contrat de mariage, et, tout en maintenant le régime que les époux ont adopté, annuler les donations qui s'y trouvent mêlées. 3^o L'art. 513 ne saurait recevoir application au contrat de mariage du prodigue, puisque les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer qu'il établit, feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque de la femme sur les biens du mari, et à d'autres conséquences du régime de la communauté, ce qui est inadmissible. 4^o Enfin,

et à cet égard, il n'y a aucune distinction à établir entre les

en subordonnant la validité du contrat de mariage à l'assistance du conseil, on fait dépendre le mariage même de la volonté d'un tiers. Ces arguments ne nous paraissent, ni concluants, ni même juridiquement exacts. Le premier n'est, nous le croyons, qu'une pétition de principe, masquée sous une équivoque de mots. Le principe du libre consentement des époux, comme condition essentielle du mariage, n'a d'autre signification que celle-ci : la loi ne reconnaît aucun effet, ni à une promesse de mariage, ni à la défense de se marier imposée à une personne, comme condition d'une donation ou d'un legs ; les époux doivent, jusqu'à la célébration du mariage, rester parfaitement libres de s'arrêter ou de passer outre. Or, ce principe n'est aucunement engagé dans la question qui nous occupe. Il s'agit ici de savoir si la faculté dont jouit une personne de se marier sans le consentement d'un tiers, emporte nécessairement pour elle, quelle que soit sa condition civile, capacité pleine et entière de disposer de ses biens par contrat de mariage ; et cette thèse, qui aurait besoin d'être justifiée, la cour de cassation se contente de l'énoncer sous forme d'axiome. Il en est de même de la prétendue indivisibilité des différentes stipulations et dispositions contenues dans un contrat de mariage. L'objet principal de ce contrat consiste dans la détermination du régime que les futurs époux entendent adopter. Le plus souvent, il est vrai, les contrats de mariage contiennent également des donations de biens présents ou à venir faites par des tiers aux futurs conjoints, ou par l'un des futurs époux à l'autre ; mais quelque intime que puisse être le rapport de connexité existant entre ces donations et le régime dont les époux ont fait choix, elles n'en sont cependant pas absolument inséparables : elles peuvent être révoquées ou annulées, sans que, pour cela, le contrat tombe quant à son objet principal. Ainsi, qu'une constitution dotale faite en faveur de l'un des époux soit annulée pour défaut de capacité dans la personne du constituant, ou révoquée pour cause de survenance d'enfants, le régime adopté par les époux n'en subsistera pas moins sans modification. Il y a plus : la cour de cassation reconnaît elle-même qu'une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre, est susceptible d'être annulée par application de l'art. 901, comme émanée d'une personne qui n'était pas saine d'esprit. Or, cela serait-il possible si les diverses conventions et dispositions contenues dans un contrat de mariage, formaient un tout absolument indivisible ? Et si une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre est susceptible d'être annulée en vertu de l'art. 901, nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas l'être aussi en vertu de l'art. 513. La circonstance qu'au dernier cas, il ne s'agirait que d'une incapacité purement civile, tandis qu'au premier, l'incapacité serait morale, ne peut évidemment avoir d'influence sur la solution de la question, qui est toujours de savoir si la nature du contrat de mariage s'oppose à toute division des conventions qu'il renferme. L'argument pris de ce que l'application de l'art. 513 au contrat de mariage du prodigue ferait obstacle à certaines conséquences du régime de la communauté légale, et à l'efficacité de l'hypothèque de la femme, n'est pas plus solide que les deux premiers. Nous croyons l'avoir suffisamment réfuté à la note 19 du § 140, en ce qui concerne les effets qu'entraîne la soumission au régime de la communauté légale ; et en tant que le raisonnement s'applique à l'hypothèque légale de la femme, il porte si évidemment à faux qu'on éprouve quelque étonnement à le trouver dans les con-

donations de biens présents, et les donations de biens à

sidérants d'un arrêt de la cour régulatrice. L'hypothèque de la femme sur les biens du mari est une conséquence légale et nécessaire du mariage; ce n'est pas le mari qui la constitue par un acte de libre volonté; c'est la loi qui l'établit dans des vues d'ordre public, en l'attachant au fait même du mariage, et sans égard à la nature particulière du régime dont les époux ont fait choix. L'établissement de cette hypothèque ne prouve donc absolument rien pour la capacité du prodigue de disposer par contrat de mariage. Reste cette considération que la nécessité du consentement du conseil judiciaire aux conventions matrimoniales du prodigue pourrait, dans certains cas, devenir un empêchement au mariage même. Nous répondrons que, si la personne à laquelle le prodigue veut s'unir, au lieu de se contenter des avantages, peut-être déjà considérables, que lui offrirait l'adoption de la communauté légale, exige des concessions exagérées auxquelles le conseil croit de son devoir de résister, et que si ce refus d'assistance peut ainsi devenir un empêchement à la conclusion du mariage, un tel résultat n'est certes pas, dans les circonstances où il se produit, une raison pour rendre momentanément au prodigue la libre disposition de sa fortune. Que si (ce que l'on ne doit pas facilement supposer) le conseil refusait son consentement à des avantages qui, eu égard à la fortune et à la position du prodigue, ne présenteraient rien d'exagéré et d'abusif, ce refus ne créerait point un obstacle insurmontable: le prodigue serait autorisé à s'adresser aux tribunaux pour faire enjoindre au conseil de lui prêter son assistance, ou pour provoquer son remplacement. Nous ajouterons, comme justification de notre manière de voir, qu'il n'existe aucun texte qui, quant à la passation d'un contrat de mariage, relève complètement le prodigue de l'incapacité d'aliéner ses biens, dont la loi le frappe pour le garantir contre sa propre faiblesse et contre les entraînements de la passion; et tout ce qu'en bonne logique, il est permis de conclure de la faculté qu'il conserve de se marier sans l'assistance de son conseil, c'est qu'il peut aussi sans cette assistance se soumettre, soit par convention expresse, soit tacitement et par le fait même du mariage, aux conséquences du régime de la communauté légale. Restreinte à ces termes, la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, est parfaitement rationnelle, et porte en elle-même sa justification; mais rien n'autorise à dire que le législateur ait entendu la consacrer dans le sens absolu que lui attribuent M. Troplong et la cour de cassation. Les art. 1095 et 1398 qui permettent au mineur de faire, par contrat de mariage, et au profit de son futur conjoint, des donations réciproques ou même simples, subordonnent l'exercice de cette faculté à l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage, et cette condition garantit pleinement ses intérêts et ceux de sa famille. Les dispositions de ces articles, fondées d'ailleurs sur des considérations particulières au mariage des mineurs, loin de pouvoir être invoquées à l'appui d'une doctrine qui laisserait le prodigue sans protection, précisément dans la circonstance où la séduction est le plus à craindre, semblent au contraire la condamner. Cette doctrine prête encore à critique sous un autre point de vue qui paraît avoir échappé à l'attention de la cour de cassation. Si, comme on le prétend, l'art. 513 est inapplicable aux conventions matrimoniales du prodigue, l'art. 499 devra de même, et par des raisons identiques, rester sans application au contrat de mariage de la personne

venir seulement¹³. Art. 499 et 513, et arg. de ces articles.

Les personnes dont l'interdiction a déjà été prononcée, sont civilement incapables de faire un contrat de mariage, comme elles le sont de conclure toute autre convention. Si donc, un interdit s'était marié après avoir passé un pareil contrat, son tuteur ou ses héritiers seraient fondés à en demander la nullité par application de l'art. 502, encore que le mariage même fût valable, comme ayant été célébré pendant un intervalle lucide, ou qu'il se trouvât protégé par des fins de non-recevoir contre toute action en nullité¹⁴.

pourvue d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit. La conséquence serait forcée; et ne suffit-il pas de la signaler pour démontrer l'erreur et les dangers de la doctrine dont elle découle? Que l'on ne dise pas que le faible d'esprit et sa famille trouveront toujours dans l'art. 901, un remède qui leur permettra d'attaquer pour cause d'insanité d'esprit, les dispositions déraisonnables et excessives qu'il aura faites. Ce remède, en effet, pourrait bien faire défaut, alors même qu'il s'agirait de donations ouvertes; et en tout cas, il ne s'appliquerait pas aux autres conventions matrimoniales, par lesquelles cependant le faible d'esprit pourrait avoir inconsidérément engagé ou aliéné sa fortune. En terminant nous ferons remarquer que la Cour d'Agen, appelée à statuer sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassation du 24 décembre 1856, n'a pas hésité à adopter la solution que la Cour suprême avait cru devoir condamner (21 juillet 1857, Sir., 57, 2, 530). La question paraît ainsi destinée à subir l'épreuve d'un débat solennel devant les chambres réunies de la cour de cassation.

¹³ Marcadé, sur l'art. 513, n° 1, et sur l'art. 1398, n° 4. Valette, sur Proudhon, II, p. 568, note a. Demolombe, III, 22, et VIII, 737 et suiv. Amiens, 21 juillet 1852, Sir., 52, 2, 572. Bordeaux, 7 février 1855, et Pau, 31 juillet 1855, Sir., 56, 2, 65 et 68. Voy. en sens contraire: Toullier, II, 1379; Duranton, III, 800, et XIV, 15; Rodière et Pont, I, 45; Odier, II, 613 et 614; Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 270. Cette dernière opinion ne nous paraît pas compatible avec la nature de l'institution contractuelle qui, au point de vue de la capacité des parties, doit, à raison de son irrévocabilité, être plutôt assimilée à une donation entre-vifs qu'à une disposition testamentaire. Cpr. § 739, texte n° 2, notes 14 à 18.

¹⁴ Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., 32, 1, 358. Cpr. aussi les arrêts cités aux deux notes suivantes. Voy. en sens contraire: Troplong, I, 99 et suiv. Cet auteur enseigne que le contrat de mariage doit suivre le sort du mariage, dont il forme, selon lui, un accessoire inséparable, et que les mêmes fins de non-recevoir qui défendent le mariage contre toute attaque, protègent également le contrat de mariage. Les raisons d'équité et de convenance qu'il fait valoir à l'appui de cette thèse, sont pour le moins balancées par des considérations en sens opposé. Si dans certaines circonstances exceptionnellement favorables, l'équité semble réclamer le maintien de conventions matrimoniales au profit du conjoint de l'interdit, cette solution, dans les cas ordinaires, sacrifierait les intérêts légitimes de la famille à de coupables spéculations, et soulèverait les

L'individu qui se trouve dans un état plus ou moins permanent de démence, mais dont l'interdiction n'a pas encore été prononcée, conservant, malgré la faiblesse ou l'altération de ses facultés mentales, la capacité de se marier et de disposer de ses biens dans des intervalles lucides, peut, dans un pareil intervalle, régler avec une entière liberté ses conventions matrimoniales, et même faire, en faveur de son futur conjoint, des dispositions à titre gratuit. Néanmoins, si son interdiction venait à être prononcée plus tard, son tuteur ou ses héritiers seraient admis à demander l'annulation de son contrat de mariage, en offrant de prouver, conformément à l'art. 503, que les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque de la passation de ce contrat¹⁵. D'un autre côté, et dans le cas même où l'interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée, les donations contenues au contrat de mariage, seraient susceptibles d'être attaquées, aux termes de l'art. 904, comme émanées d'une personne qui n'était pas saine d'esprit¹⁶.

protestations de la conscience publique. Mais, quoi qu'il en soit de la question de savoir si le législateur eût bien ou mal fait de consacrer la doctrine de M. Troplong, nous ne pensons pas qu'elle puisse se justifier d'après les dispositions du Code, dans l'interprétation et l'application desquelles il convient de se renfermer. Il n'existe, en effet, aucun texte qui, soit en général, soit pour l'interdit en particulier, ait tellement lié le sort du contrat de mariage au mariage même, que le maintien de l'union des personnes doive nécessairement emporter le maintien de leurs conventions matrimoniales. Les deux actes diffèrent essentiellement en ce que le mariage est une institution morale et d'ordre public qui, à ce double point de vue, est soumise à des règles particulières, tandis que le contrat de mariage ne règle ou ne crée que des intérêts purement civils et pécuniaires; il reste donc, d'après son objet, soumis aux règles ordinaires qui régissent les conventions, et par suite, à celle de l'art. 502. Vainement objecte-t-on que cet article étant étranger au mariage de l'interdit, doit, par analogie de raison, rester également sans application à son contrat de mariage. La réponse à cette objection est bien simple : Le titre *Du mariage* contient un chapitre spécial consacré aux nullités de mariage, et les dispositions de ce chapitre excluent, par leur ensemble et d'après l'esprit dans lequel elles ont été rédigées, l'application de l'art. 502. Cpr. § 464, texte n° 1. Mais rien de pareil ne se trouve au titre *Du contrat de mariage*, et l'on chercherait en vain un texte qui autorise le juge ou l'interprète à soustraire le contrat de mariage de l'interdit à la nullité prononcée par l'article précité.

¹⁵ Dès que l'on admet l'application de l'art. 502 au contrat de mariage de l'interdit, on ne peut, sans inconséquence, refuser d'y appliquer également l'art. 503. Cet article, en effet, ne crée point une nullité particulière, et ne décide qu'une question de preuve. Riom, 17 juillet 1839, Sir., 40, 2, 66.

¹⁶ Civ. rej., 23 décembre 1856, Sir., 57, 1, 244.

3° Le principe d'après lequel la capacité d'aliéner ou de disposer par contrat de mariage reste soumise aux règles du Droit commun, a reçu une importante modification, en ce qui concerne les mineurs. Suivant l'art. 1398, avec lequel il faut combiner les art. 1095 et 1309¹⁷, le mineur habile à contracter mariage peut, sous l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier¹⁸, non-seulement régler en toute liberté ses conventions matrimoniales, mais encore faire, en faveur de son futur conjoint, toute sorte de donations, simples ou réciproques, qu'il serait autorisé à faire s'il était majeur.

Le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage, n'en jouit pas moins de cette capacité exceptionnelle, lorsqu'il a préalablement obtenu une dispense d'âge¹⁹. Mais le contrat de mariage qu'avant l'obtention de cette dispense, il aurait passé même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles il était placé, se trouverait entaché de nullité, et ne serait pas validé par une dispense d'âge obtenue plus tard²⁰.

La capacité que l'art. 1398 confère au mineur, ne s'applique point à la réduction de l'hypothèque légale, réduction que la femme mineure ne peut consentir, même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles elle se trouve placée quant au mariage²¹. Mais, sauf cette restriction toute spéciale, la capacité des mineurs est aussi étendue que celle des majeurs. On doit en conclure que la femme mineure qui se marie sous le régime dotal,

¹⁷ Les dispositions de ces divers articles dérogent, sous un double rapport, aux principes du Droit commun : 1° Elles relèvent le mineur de l'incapacité absolue de donner par acte entre-vifs que prononce l'art. 903. 2° Elles s'écartent de la règle posée par l'art. 450, en ce que le tuteur n'est point appelé à représenter le mineur, qui doit figurer personnellement dans le contrat de mariage sous l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

¹⁸ Le consentement de ces personnes suffit, quand même elles ne gèrent pas la tutelle du mineur. C'est ce qui aurait lieu notamment dans le cas où la mère survivante aurait été, par suite de convol en secondes nocces, privée de la tutelle de ses enfants du premier lit. Duranton, XIV, 13. Odier, II, 606. Rodière et Pont, I, 40. Troplong, I, 281. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

¹⁹ Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

²⁰ Duranton, XIV, 14. Rodière et Pont, I, 38. Odier, II, 604. — La nullité du contrat de mariage serait-elle effacée par la célébration du mariage contracté seulement après que les époux avaient atteint l'âge requis, ou couverte par les fins de non-revevoir qui protégeraient le mariage contracté avant cette époque ? Cpr. notes 28 et 29 *infra*; § 501, texte, notes 9 et 10.

²¹ Art. 2140. Cpr. § 264.

peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier, déclarer aliénables ses immeubles dotaux²², et même conférer à son mari le pouvoir irrévocable de les vendre sans l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs²³.

Les termes de l'art. 1398 « pourvu qu'il ait été *assisté*, dans le « *contrat*, des personnes dont le consentement est nécessaire pour « le mariage, » ne doivent pas se prendre dans le sens de la nécessité d'une présence individuelle et réelle : l'intervention de ces personnes au contrat de mariage peut être valablement suppléée au moyen d'un acte authentique portant en détail les conventions et dispositions auxquelles elles entendent donner leur adhésion²⁴.

²² Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, principe qui, du moins dans certains pays de Droit écrit, était considéré comme disposition d'ordre public, n'a pas le même caractère sous notre législation actuelle. Aujourd'hui, l'inaliénabilité des biens dotaux n'est plus que le résultat d'une convention parfaitement libre de la part des futurs époux, et dont ils sont les maîtres de déterminer ou de modifier les effets comme ils l'entendent. Il n'y aurait pas plus de raison pour dire que la femme mineure ne peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage, déclarer aliénables ses biens dotaux, qu'il n'y en a pour soutenir, qu'elle ne peut modifier les effets ordinaires du régime de la communauté. Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 2, n^o 41. Delvincourt, III, p. 4. Bellot des Minières, I, p. 74. Duranton, XIV, 44. De Fréminville, *De la minorité*, II, 958. Rodière et Pont, I, 39. Troplong, I, 273. Nîmes, 26 janvier 1825, Sir., 25, 2, 312. Req. rej., 7 mai 1826, Sir., 27, 4, 15. Agen, 25 avril 1831, Sir., 31, 2, 154. Riom, 3 novembre 1840, Sir., 41, 2, 19. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 19 novembre 1809, Sir., 14, 2, 79; Agen, 15 janvier 1824, Sir., 24, 2, 73.

²³ Tout en reconnaissant en principe la validité d'un pareil pouvoir donné au mari, on a voulu soutenir qu'il devait, en ce qui concerne la dispense des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs, rester sans effet pendant la minorité de la femme. Mais les arguments par lesquels on a cherché à justifier cette restriction, ne sont que spécieux. La femme dûment assistée agit et contracte comme majeure : elle est habile à consentir toutes les conventions qu'elle serait autorisée à faire si elle était réellement majeure ; et il y aurait contradiction manifeste à lui conférer une majorité anticipée pour le contrat lui-même, et à la traiter de nouveau comme mineure en tant qu'il s'agirait de l'exécution de ce contrat. Le mandat, tel qu'il a été donné au mari, et qu'il a pu l'être, doit sortir son effet, sans égard à la condition personnelle de la femme au moment où le mari en fera usage. Troplong, I, 275 et suiv. Req. rej., 12 janvier 1847, Sir., 47, 1, 241.

²⁴ En combinant l'art. 1398 avec les art. 1095 et 1309 qui emploient cumulativement les termes *consentement et assistance*, on pourrait être porté à penser que le législateur a voulu exiger la présence individuelle au contrat, des personnes

Lorsque le mineur, n'ayant plus d'ascendants, a besoin pour le mariage du consentement du conseil de famille, l'assistance de ce conseil se réalise à l'aide d'une délibération contenant une approbation détaillée des conventions et dispositions projetées, délibération dont une expédition est produite par le tuteur ou par les membres du conseil chargés de concourir à la passation du contrat de mariage ²⁵.

La nullité du contrat de mariage, résultant du défaut de capacité de l'un des époux, est simplement relative, en ce sens du moins que l'époux qui jouissait de la capacité nécessaire, ne peut l'opposer à son conjoint, et que les clauses et stipulations du contrat devront, si celui-ci ou ses héritiers le demandent, servir de base à la liquidation de leurs droits respectifs ²⁶. Il est, du reste, bien

dont le consentement au mariage est nécessaire. Mais cette interprétation entraînerait souvent des difficultés presque insurmontables, surtout s'il s'agissait de l'assistance du conseil de famille. Le mode indiqué au texte paraît complètement satisfaire au vœu de la loi. Duranton, IX, 765. — MM. Rodière et Pont (I, 42) et Rolland de Villargues (*Rép. du notariat*, v° Contrat de mariage, n° 27) pensent même que l'ascendant dont l'assistance est nécessaire pourrait se faire représenter par un mandataire, porteur d'un pouvoir général et illimité, qui lui permettrait d'autoriser le mineur à faire toute espèce de conventions ou de donations. Cette opinion nous paraît contraire à l'esprit de la loi : Il s'agit ici pour les ascendants d'un droit de conseil et de protection, dans l'exercice duquel ils peuvent sans doute se faire représenter par un tiers qui, muni d'instructions précises et détaillées, ne sera que leur organe, mais dont la nature et l'objet résistent à la possibilité d'une délégation absolue. Cpr. la note suivante.

²⁵ Le vœu de la loi ne serait pas suffisamment rempli par une délibération du conseil de famille qui, sans spécifier les conventions et donations que le mineur sera autorisé à faire, se bornerait à désigner le tuteur ou quelques membres du conseil à l'effet de l'assister dans la passation de son contrat de mariage. Civ. rej., 19 mars 1838, Sir., 38, 1, 200.

²⁶ Rodière et Pont, I, 288. Odier, II, 640. Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2. Troplong, I, 288. — La nullité dont il s'agit, ne pourrait-elle pas être invoquée par les tiers, et spécialement par un créancier des époux auquel ces derniers opposeraient le contrat de mariage pour faire tomber des poursuites exercées sur les biens de la femme ? La cour de cassation (civ. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 348) a décidé l'affirmative. Les considérants de son arrêt, dépassant les nécessités de l'espèce, posent même en thèse que la nullité résultant du défaut de l'assistance requise par l'art. 1398, est susceptible d'être proposée par toute personne ayant intérêt à s'en prévaloir. Cette doctrine nous paraîtrait trop absolue, si elle devait s'appliquer même aux rapports des époux entre eux, et à la liquidation de leurs droits respectifs. Nous comprenons que les tiers avec lesquels les époux ont traité, soient fondés à dire que l'époux qui manquait de la capacité requise, se trouvant placé, pendant le mariage, dans l'impuissance de confirmer

entendu que l'époux qui manquait de la capacité requise, ne pourrait scinder le contrat, et devrait ou l'accepter en son entier ou le répudier pour le tout.

L'annulation du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des conjoints, a pour conséquence de faire considérer les époux comme s'étant soumis au régime de la communauté légale²⁷.

La nullité dont il s'agit n'est couverte, ni par le fait de la célébration du mariage en temps de complète capacité, ni par la circonstance que le mariage, qui dans le principe était entaché du même vice que les conventions matrimoniales, serait devenu inattaquable. C'est ainsi que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire, n'est pas validé par cela seul que le mariage même

son contrat de mariage, est par cela même non recevable à leur opposer ce contrat, pour se soustraire aux effets des conventions passées avec eux. Il ne faut pas, d'ailleurs, que la condition des tiers demeure livrée au bon plaisir de l'un des époux qui, après avoir invoqué son contrat de mariage dans une circonstance où il avait intérêt à le faire, n'en resterait pas moins le maître de le répudier plus tard ; et l'on peut admettre qu'en contractant pendant le mariage des engagements d'ailleurs valables, l'époux qui était encore mineur lors de la passation de son contrat de mariage, renonce implicitement au profit des tiers envers lesquels il s'oblige, à se prévaloir de ce contrat, en tant qu'il ferait obstacle au maintien ou à la réalisation de leurs droits. La disposition du second alinéa de l'art. 1125, aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent, pour se soustraire à l'exécution de conventions qu'elles ont passées avec un incapable, se faire une arme de son incapacité, est étrangère aux rapports des deux parties avec leurs créanciers communs ou respectifs, et ne s'oppose, en aucune façon, à la solution que nous venons d'indiquer. Mais nous ne voyons pas de raisons suffisantes pour écarter l'application de cet article, quand il ne s'agit plus que de régler, entre les époux eux-mêmes, le sort et les effets d'un contrat de mariage annulable pour cause d'incapacité de l'un d'eux. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la règle qui veut qu'elles soient passées avant le mariage, ne sont pas engagés dans la question qui nous occupe, et ne reçoivent aucune atteinte de l'application de l'art. 1125. A la vérité, dans le système de la nullité simplement relative du contrat de mariage passé par un mineur seul, l'époux qui jouissait de la capacité requise se trouvera, pendant toute la durée du mariage, dans l'incertitude sur sa position envers son conjoint, et cette incertitude sera sans doute fâcheuse pour lui. Mais les inconvénients d'une pareille situation s'attachent, dans une mesure plus ou moins grande, à tout contrat passé avec un incapable, et cependant ils n'ont pas paru suffisants au législateur pour donner à la partie capable le droit d'en demander la nullité.

²⁷ Troplong, I, 284. Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37.

n'a été célébré qu'après sa majorité²⁸, et bien moins encore par la circonstance que le mariage, célébré également sans le consentement de ces personnes, ne serait plus susceptible d'être attaqué²⁹.

D'un autre côté, la nullité du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des époux, ne peut être effacée pendant le mariage par aucune confirmation expresse ni tacite³⁰. Mais, après la dissolution du mariage, il est loisible à cet époux ou à ses héritiers de renoncer à la faire valoir.

§ 503.

3. De la forme du contrat de mariage. — De la publicité à laquelle il est soumis.

1° Les conventions matrimoniales¹ doivent, à peine de nullité, être consignées dans un acte passé devant notaires². Art. 1394.

On devrait cependant assimiler à un acte notarié, le contrat de mariage sous seing privé qui aurait été déposé en l'étude d'un notaire par toutes les parties, si d'ailleurs le dépôt s'en trouvait constaté par un acte notarié antérieur à la célébration du

²⁸ Duranton, XIV, 14. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 38 ; Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2.

²⁹ Cpr. § 501, texte *in fine*, notes 9 et 10.

³⁰ Rodière et Pont, I, 158. Troplong, I, 288. Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37. Cpr. note 9 *supra*.

¹ Les termes de l'art. 1394, *toutes conventions matrimoniales*, comprennent même les conventions accessoires faites au sujet du contrat de mariage, et notamment celle par laquelle l'un des futurs époux ou un tiers s'engagerait à supporter seul les frais de ce contrat. Un pareil engagement ne serait pas valable, s'il n'était pas constaté dans la forme prescrite par cet article, de telle sorte que le serment litis-décisoire ne pourrait même pas être déféré sur l'existence de la promesse. Civ. cass., 21 juillet 1852, Sir., 52, 1, 696. Cpr. texte et note 7 *infra*.

² Il était autrefois d'usage dans plusieurs provinces, par exemple, en Normandie, en Poitou et en Alsace, de faire les contrats de mariage par acte sous seing privé. Les actes faits dans cette forme avant la promulgation du titre *Du contrat de mariage*, sont restés valables, et ont dû recevoir leur exécution même pour les mariages célébrés seulement après cette époque. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 471, n° 10). Req. rej., 20 juin 1807, Sir., 7, 1, 142. Colmar, 20 août 1814, Sir., 15, 2, 161. Req. rej., 23 août 1832, Sir., 33, 1, 117. Civ. rej., 10 avril 1838, Sir., 38, 1, 289.

mariage, et portant la mention que les parties, après avoir reçu lecture de leurs conventions, ont déclaré y persister³.

La rédaction des contrats de mariage est soumise à l'observation de toutes les règles et formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, pour la validité des actes notariés en général. Ainsi, on ne pourrait prendre pour témoins d'un contrat de mariage, pas plus que de tout autre acte, des parents ou alliés au degré prohibé par les art. 8 et 10 de cette loi⁴. Ainsi encore, les contrats de mariage doivent, comme tous autres actes notariés, être reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins⁵. Mais la présence réelle du notaire en second ou des témoins n'est pas requise à peine de nullité, alors même qu'il s'agit de contrats contenant des donations faites par l'un des futurs époux à l'autre, ou par des tiers aux futurs époux⁶.

Les frais du contrat de mariage constituent, à moins de convention contraire, une dette commune aux deux époux, et dont ils sont tenus l'un et l'autre par égales portions⁷.

La nullité du contrat de mariage, entaché d'un vice de forme, a pour conséquence nécessaire la soumission des époux au régime de la communauté légale. Cette nullité atteint non-seulement les conventions arrêtées entre les époux eux-mêmes, mais encore les constitutions dotales ou autres dispositions faites en leur faveur par des tiers⁸. Elle ne se couvre pas par le fait de la célébration, et n'est, pendant le mariage, susceptible d'être effacée par aucune confirmation⁹.

³ Duranton, XIV, 43. Troplong, I, 185. Rouen, 11 janvier 1836, Sir., 36, 2, 217.

⁴ Toullier, XII, 70. Bellot des Minières, I, p. 27. Battur, I, 54. Colmar, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 5. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20, 2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44, 2, 397. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

⁵ L'art. 1394 dit : par acte devant *notaire*. On a voulu tirer de ce nombre singulier la conséquence que les contrats de mariage pouvaient être reçus par un seul notaire sans l'assistance de témoins. Mais cette conséquence est évidemment erronée. Voy. art. 1081 et 1092 cbn. 931. Toullier, XII, 71. Bellot des Minières, I, p. 32. Duranton, XIV, 47. Odier, II, 644. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20, 2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44, 2, 397. Voy. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

⁶ Cpr. § 755, texte et note 13. Rodière et Pont, I, 130. Marcadé, sur l'art. 1394, n° 1.

⁷ En effet, ce contrat est dressé dans l'intérêt commun des deux époux. Civ. rej., 21 juillet 1852, Sir., 52, 1, 696. Cpr. note 1 *supra*.

⁸ Troplong, I, 187. Pau, 18 juin 1836, Sir., 36, 2, 546.

⁹ Caen, 9 mai 1844, Sir., 45, 2, 76.

2° Tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, doit être publié par extrait, d'après le mode prescrit en l'art. 67 du Code de commerce. Toutefois, l'inobservation de cette formalité n'entraîne pas la nullité des conventions matrimoniales, et n'empêche pas qu'elles ne puissent être opposées aux tiers par les époux, et en particulier par la femme; elle donne seulement lieu contre le notaire, rédacteur de l'acte, à l'application d'une amende et des autres conséquences pénales prononcées par l'art. 68 du Code de commerce. Dans les cas prévus par les art. 69 et 70 de ce Code, la sanction de la loi consiste en ce que l'époux failli peut être condamné comme banqueroutier simple.

Ces dispositions prescrites dans la vue de garantir les tiers contre les dangers de fausses déclarations concernant le régime sous lequel les époux sont placés, ont été élargies et complétées par la loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850. Cette loi, devenue exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1851, a ordonné l'addition aux art. 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon, de plusieurs dispositions portant en substance ce qui suit :

Tout officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage, doit, sous peine de l'amende fixée par l'art. 50 dudit Code, interpellier les époux et les personnes qui les assistent, de déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et d'indiquer, en cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu. Il doit, de plus, insérer dans l'acte de mariage la réponse faite à cette interpellation. Si les époux ont faussement énoncé qu'ils se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du Droit commun, à moins que dans les actes mêmes contenant engagement de sa part, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions :

a. Que l'omission dans l'acte de célébration du mariage, de toute mention relative à l'existence ou à la non-existence d'un contrat de mariage, reste sans influence sur le sort des conventions matrimoniales, et ne compromet en aucune façon les droits de la femme ¹⁰.

b. Que la femme mariée sous le régime dotal ne peut, en général, pour faire annuler des engagements par elle contractés ;

¹⁰ *Rapport à l'Assemblée nationale*, présenté par M. Valette, le 11 juin 1850, 3^e partie, n° 6.

se prévaloir de son incapacité comme femme dotale, si l'acte de célébration du mariage porte qu'elle s'est mariée sans contrat.

c. Que, malgré cette déclaration, le contrat de mariage reste opposable aux tiers sous tous autres rapports, et notamment pour ce qui concerne la propriété et la consistance des apports de la femme, ainsi que les donations faites aux époux par des tiers ou par l'un d'eux à l'autre ⁴¹.

§ 503 bis.

4. De l'époque à laquelle le contrat de mariage peut être fait. — Des conditions auxquelles il est permis d'y apporter des changements.

1^o Le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage. Art. 1394¹. Toutefois, la nullité résultant de l'inobservation de cette prescription, ne frappe que les

⁴¹ La disposition d'après laquelle la femme doit, à l'égard des tiers, être réputée capable de contracter dans les termes du Droit commun, lorsque l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, est la seule sanction civile que contienne la loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850. Refuser à la femme, dans l'hypothèse dont il s'agit, le droit d'opposer aux tiers les clauses ou énonciations de son contrat de mariage, relatives à ses apports ou aux dispositions faites en sa faveur, ce serait étendre la pénalité établie par la loi; et cette extension est d'autant moins permise, que le rapport présenté par M. Valette, et la discussion qui a eu lieu au sein de l'Assemblée législative, prouvent jusqu'à l'évidence que la loi tout entière n'a eu pour objet que de prévenir les fraudes que pourraient commettre les femmes mariées sous le régime dotal, en affirmant qu'elles étaient mariées sans contrat, et en dissimulant ainsi l'incapacité de contracter dont elles se trouvaient frappées, en ce qui concerne la disposition ou l'engagement de leurs biens dotaux.

¹ Le Droit romain permettait de régler et de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage : *Pacisci post nuptias*, dit la loi 1, *præ. D. de pact. dot.* (23, 4), *etiamsi nihil ante convenerit, licet*. La dot, en particulier, pouvait non-seulement être augmentée, mais même être constituée pendant le mariage. Ces principes avaient été, sauf quelques modifications, suivis dans les pays de Droit écrit. Mais nos coutumes ont, d'ancienne date, posé en règle que le contrat de mariage devait précéder la célébration, et par suite défendu d'apporter, pendant le mariage, des changements quelconques aux conventions matrimoniales. On ne peut qu'approuver les rédacteurs du Code Napoléon d'avoir donné la préférence à ce dernier système, qui s'explique et se justifie par des considérations de l'ordre le plus élevé. Cpr. note 6 *infra*. — *Quid* du cas où un Français établi à l'étranger s'y serait marié avec une étrangère sous l'empire d'une loi qui permet de faire un contrat de mariage même après la célébration? Cpr. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699.

conventions matrimoniales mêmes, et ne s'étend pas aux conventions particulières, telles qu'une vente ou une cession, qui se trouveraient consignées dans un contrat de mariage passé seulement après la célébration du mariage².

D'un autre côté, le contrat de mariage, quoique nul comme tel, pour avoir été passé après la célébration du mariage, pourrait, selon les circonstances, être admis comme constatant, d'une manière suffisante, les apports des époux³.

Si le contrat de mariage était du même jour que l'acte de mariage, les personnes intéressées à en faire prononcer la nullité, seraient admises à prouver qu'il n'a été passé qu'après la célébration du mariage; et cette preuve pourrait être faite par témoins et sans inscription de faux, alors même que l'acte contiendrait une clause portant que les parties stipulent en vue du mariage qu'elles se proposent de célébrer⁴.

La nullité résultant de ce que le contrat de mariage a été passé postérieurement à la célébration, ne peut, pendant le mariage, être couverte par aucune confirmation expresse ou tacite. Mais après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose à la confirmation de ce contrat⁵.

2° Les conventions matrimoniales, qui sont jusqu'à la célébration du mariage susceptibles d'être modifiées, ne peuvent après cette époque recevoir aucun changement. Art. 1395⁶. La clause

² Civ. rej., 11 novembre 1828, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 179.

³ Riom, 24 août 1846, Sir., 47, 2, 142. Cpr. § 37, texte et note 20.

⁴ Riom, 11 janvier 1837, Sir., 37, 2, 421. Civ. rej., 18 août 1840, Sir., 40, 1, 785.

⁵ Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., 33, 1, 471.

⁶ La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales pendant le mariage, fait exception au principe général qui permet aux parties contractantes de modifier et même de dissoudre leurs conventions. Inconnue dans les pays de Droit écrit, cette règle avait été admise par nos coutumes comme corollaire et complément de la prohibition des avantages entre époux pendant le mariage. Les rédacteurs du Code Napoléon, tout en autorisant de pareils avantages, qu'ils se sont contentés de déclarer révocables (art. 1096), ont reproduit, en l'étendant même au régime dotal, la défense de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage. Il leur a paru nécessaire de prévenir les débats auxquels le désir d'obtenir des modifications au contrat de mariage pourrait donner lieu dans les familles, de mettre les époux eux-mêmes, leurs enfants ou leurs parents, à l'abri de surprises ou de mécomptes, enfin d'empêcher les fraudes envers les tiers, fraudes contre lesquelles ils n'eussent été garantis que d'une manière incomplète par une disposition qui se serait bornée à prescrire, pour les modifications à apporter aux conventions matrimoniales pendant le ma-

par laquelle les futurs époux se réserveraient la faculté de modifier pendant le mariage leurs conventions matrimoniales, serait à considérer comme non avenue⁷.

La prohibition établie par l'art. 1395 n'a pas seulement pour effet d'imprimer un caractère absolu de révocabilité aux avantages que l'un des époux aurait conférés à l'autre, par le moyen de changements apportés au contrat de mariage; elle emporte la nullité de tout acte contenant de pareils changements⁸. Cette nullité s'attache même aux actes qui, d'après la déclaration des parties, n'auraient eu d'autre objet que de fixer, d'un commun accord ou par forme de transaction, le sens des clauses du contrat de mariage, mais qui, en réalité, auraient modifié ou dénaturé les stipulations de ce contrat⁹.

riage, des conditions analogues à celles que les art. 1396 et 1397 exigent pour les changements convenus avant la célébration du mariage : *Exposé de motifs*, par Berlier, et *Discours au Corps législatif*, par le tribun Siméon (Locré, *Lég.*, XIII, p. 277, n° 8, et p. 453, n° 15).

⁷ La défense de changer les conventions matrimoniales après la célébration du mariage, est fondée sur des raisons d'ordre public, qui ne permettent pas aux époux de s'y soustraire même par une clause du contrat de mariage. Arg. art. 6 et 1388. Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 19. Battur, I, 16.

⁸ Cette nullité n'est pas, il est vrai, expressément prononcée; mais elle résulte virtuellement des motifs mêmes et du caractère de la prohibition. Voy. les deux notes précédentes. Demante, *Thémis*, VIII, p. 161 et 229. Duranton, XIV, 38. Battur, I, 2 et suiv. Taulier, V, p. 24 et 25. Rodière et Pont, I, 133 et 134. Odier, II, 648. Troplong, I, 201. Cpr. aussi les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 25 et suiv. Cet auteur part de la supposition que la défense de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage, et la nullité des conventions nouvelles n'avaient d'autre fondement dans notre ancien Droit que la prohibition de tous avantages entre époux. Il en conclut que les donations entre époux n'étant plus aujourd'hui frappées de nullité, et se trouvant seulement sujettes à révocation, il doit en être de même des avantages que l'un des époux aurait conférés à son conjoint, par l'effet de changements apportés au contrat de mariage. Mais cette argumentation n'est, ni exacte à son point de départ, ni concluante. Si la prohibition des avantages entre époux a, de fait et historiquement, amené la défense de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage, on ne peut point dire pour cela qu'elle en ait été l'unique fondement. Cpr. Louet, lettre M, som. 4; Bouhier, *Sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 157. D'ailleurs, la pensée qui a présidé à la rédaction de l'art. 1395, est trop nettement exprimée dans les travaux préparatoires du Code, pour qu'on puisse se refuser à y voir une disposition d'ordre public, disposition qui, par cela même, entraîne la nullité des actes qui y sont contraires.

⁹ Battur, I, 51. Pau, 9 août 1837, Sir., 39, 2, 339. Dijon, 17 juillet 1846, Sir., 48, 2, 129. Cpr. cep. Bellot des Minières, I, p. 41.

Il y a changement au contrat de mariage, dans le sens de la prohibition, non-seulement lorsqu'une clause ou disposition de ce contrat a été directement et ouvertement modifiée ou écartée, mais toutes les fois que le maintien d'arrangements pris ou d'actes faits pendant le mariage aurait pour résultat indirect d'altérer ou de neutraliser les effets réguliers et légaux que devaient produire les conventions consignées au contrat de mariage ¹⁰.

La défense de changer les conventions matrimoniales après la célébration du mariage, concerne les donations contenues au contrat de mariage, aussi bien que les clauses relatives au régime sous lequel les époux ont entendu se placer, et frappe non-seulement les actes passés entre les époux eux-mêmes, mais encore les conventions faites par les époux ou l'un d'eux avec des tiers qui avaient été parties au contrat.

Ces propositions conduisent entre autres aux applications suivantes ¹¹ :

La convention par laquelle des époux mariés sous un régime exclusif de communauté, établiraient une communauté, fût-ce d'acquêts seulement, serait nulle comme apportant un changement au contrat de mariage ¹². Il en serait de même de tout pacte par lequel des époux communs en biens renonceraient, en faveur l'un de l'autre, aux récompenses ou indemnités qui pourraient leur être respectivement dues, ou conviendraient lors de l'acquisition d'un immeuble, que cet immeuble appartiendrait en totalité au survivant ¹³. La même solution s'appliquerait, sous le régime dotal, à tout pacte ayant pour objet, soit d'imprimer, soit d'enlever à un immeuble le caractère dotal, qui ne lui appartenait pas, ou qui s'y trouvait attaché d'après le contrat de mariage ¹⁴.

On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle, toute renon-

¹⁰ Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533; Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81.

¹¹ Voy. aussi: Req. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 665.

¹² Arg. art. 1581. Troplong, I, 206 et suiv. Duvergier, *De la société*, I, 102. Cpr. Crim. cass., 9 août 1851, Sir., 52, 1, 281. Voy. cep. Duranton, XVII, 347, à la note. Cet auteur pense que des époux séparés de biens par contrat de mariage, pourraient établir entre eux une société même universelle de biens, puisqu'ils n'altéreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales. Mais cette manière de voir est manifestement erronée.

¹³ Lyon, 21 juillet 1849, Sir., 49, 2, 477.

¹⁴ Art. 1543 et arg. de cet article. Cpr. § 534, texte nos 2 et 3.

ciation purement abdicative, faite par l'un des époux au profit de l'autre, à des droits ou avantages que son conjoint lui avait assurés par le contrat de mariage, et en particulier, la renonciation faite par la femme à un gain de survie constitué, soit sur des biens présents, soit sur des biens à venir seulement¹⁵. Une pareille renonciation serait entachée de nullité, non-seulement si elle était contenue dans un acte passé entre les époux, mais encore au cas où, consentie dans le but de faciliter au mari la libre disposition de ses biens, elle aurait été consignée dans un acte de donation par lui passé au profit d'un étranger ou même de l'un des enfants communs, sans qu'il y eût de la part de la femme disposition personnelle et directe en faveur de ces derniers¹⁶.

On doit, enfin, considérer comme nulles, toutes renonciations de la part des époux ou de l'un d'eux au bénéfice de dispositions faites en leur faveur par des tiers, et toutes conventions qui auraient pour résultat de restreindre les effets légaux de pareilles dispositions¹⁷. Cette proposition s'applique notamment à la convention par laquelle le mari dispenserait l'auteur d'une constitution de dot, de l'obligation d'en payer les intérêts à dater du jour de la célébration du mariage¹⁸, et à celle par laquelle l'un des époux, contractuellement institué par son contrat de mariage, renoncerait au bénéfice de cette institution contractuelle, en concourant à un partage anticipé fait par l'instituant entre lui et ses cohéritiers¹⁹.

¹⁵ En pareil cas, la renonciation serait nulle, non-seulement comme déroga-taire aux conventions matrimoniales, mais encore comme contraire aux art. 791 et 1130. Voy. les arrêts cités à la note suivante.

¹⁶ Toulouse, 7 mai 1829, Sir., 30, 2, 240. Civ. rej., 11 et 12 janvier 1853, Sir., 53, 1, 65 et 71. Cpr. note 20 *infra*.

¹⁷ Cpr. Civ. cass., 19 juin 1836, Sir., 36, 1, 518; Bordeaux, 26 juillet 1838, Sir., 39, 2, 51.

¹⁸ Pau, 9 janvier 1838, Sir., 39, 2, 339. Rennes, 1^{er} mars 1849, Sir., 49, 2, 602. Cpr. aussi Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81. — Une convention qui porterait, non sur le capital ou les intérêts de la dot, mais uniquement sur le mode de paiement, comme, par exemple, une *datio in solutum* convenue entre le beau-père et le gendre, ne devrait point, en principe et de sa nature, être considérée comme impliquant changement aux conventions matrimoniales. Req. rej., 4 août 1852, Sir., 52, 1, 631.

¹⁹ Civ. rej., 29 juillet 1818, Sir., 18, 1, 390. Cette proposition n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 739, texte et note 60. Il s'agit ici, en effet, d'une renonciation faite dans l'intérêt de l'instituant et dans celui des cohéritiers de l'institué. Cpr. même paragraphe, texte, notes 58 et 59.

La prohibition de changer les conventions matrimoniales ne fait pas obstacle à ce que les époux disposent, en faveur d'un tiers, des biens qui leur ont été donnés en contrat de mariage, ni même à ce que l'un des époux cède à un tiers par forme de donation, de vente, ou de renonciation translatrice, les droits et avantages matrimoniaux que l'autre époux lui a conférés ²⁰.

Cette prohibition n'enlève pas non plus aux époux la faculté de faire, pour le règlement de leurs intérêts respectifs, telles conventions qu'ils jugent convenables, pourvu qu'elles soient compatibles avec l'entière et complète exécution des clauses du contrat de mariage. C'est ainsi que la femme commune en biens peut, en consentant à l'échange d'un de ses immeubles propres, convenir avec son mari que l'immeuble reçu en contre-échange ne formera point un propre, ou ne revêtira cette qualité que pour une portion déterminée ²¹.

²⁰ Civ. rej., 18 avril 1812, Sir., 13, 1, 137. Toulouse, 12 mai 1848, Sir., 48, 2, 301. Cpr. Req. rej., 16 février 1852, Sir., 53, 1, 18. La distinction entre les renonciations purement abdicatives et les renonciations translatrices est essentielle à maintenir, surtout en ce qui concerne les droits d'usufruit constitués par l'un des futurs époux en faveur de l'autre. Les applications auxquelles elle conduit sous ce rapport, peuvent toutes se ramener à une idée fort simple, et qui se justifie par son énoncé même. L'époux auquel son conjoint a, par contrat de mariage, assuré l'usufruit de certains immeubles, y renonce-t-il avec l'intention de concourir personnellement, et dans la mesure de son droit d'usufruit, à la donation que l'autre époux entend faire de ces immeubles à un tiers, par exemple, à l'un des enfants communs, et d'en compléter ainsi l'abandon ou la transmission, la renonciation aura tous les caractères d'un acte personnel de disposition ou de libéralité qui, impliquant l'usage ou l'exercice complet, quoique anticipé, du droit qui en est l'objet, ne saurait être considéré comme modifiant ou dénaturant la convention d'où ce droit dérivait. Au contraire, la renonciation n'est-elle donnée que dans le but de rendre à l'autre époux le pouvoir absolu de disposer de ses biens, alors elle ne modifiera pas seulement, mais elle mettra réellement au néant la clause du contrat de mariage qui avait constitué l'usufruit. Cpr. texte et note 16 *supra*.

²¹ Troplong, I, 639. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 505. *Nec obstat* art. 1407 : La disposition de cet article ne saurait être considérée, sous le régime de la communauté, que comme simplement réglementaire, et comme établissant, d'après l'intention probable des parties et indépendamment de toute déclaration de emploi, la subrogation de l'immeuble reçu en échange à l'immeuble propre de la femme. Rien ne s'oppose donc à ce que les époux écartent ou modifient d'un commun accord l'effet de cette subrogation. La femme commune en biens pouvant, avec l'autorisation de son mari, aliéner sans condition de emploi, et ses immeubles propres, et les immeubles qui, par suite d'échange, auraient été subrogés à ses propres, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas immédiatement renoncer, à l'occasion de l'échange d'un de ses immeubles, à l'effet de la

Enfin, les époux restent libres, malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, de renoncer par testament et sous forme de legs, en faveur l'un de l'autre ou au profit d'un tiers, aux donations ou autres avantages portés au contrat de mariage. Mais il est bien entendu que l'un des époux ne pourrait, au moyen d'une disposition testamentaire, et en substituant des règles nouvelles à celles qui se trouvent établies dans le contrat de mariage pour la fixation des droits du survivant ou des héritiers du prémourant, priver l'autre époux ou ses héritiers des avantages résultant à leur profit des stipulations de ce contrat ²².

Du reste, les clauses d'un contrat de mariage, et spécialement les reconnaissances de dot ou d'apports, pourraient, sans que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en reçût aucune atteinte, être déclarées purement simulées, ou être annulées pour cause de dol ou de fraude ²³.

3° Les changements apportés aux conventions matrimoniales dans l'intervalle de la passation du contrat de mariage à la célébration de l'union conjugale, ne sont valables, même entre les parties qui les opèrent ou y concourent, que sous les deux conditions suivantes :

Il faut qu'ils soient constatés par un acte fait dans la forme requise pour la validité des contrats de mariage.

Il faut, de plus, que toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage, interviennent dans l'acte destiné à constater ces changements, et y donnent leur consentement simultané. Art. 1396.

On doit considérer comme ayant été *parties* au contrat de mariage, non-seulement les futurs époux eux-mêmes, mais encore ceux dont l'assistance leur était nécessaire, ainsi que les personnes même étrangères qui y sont intervenues pour faire, en faveur des futurs conjoints ou de l'un d'eux et en vue de leur union, une donation, une promesse, ou une renonciation quelconque.

subrogation établie par l'art. 1407. La femme, qui conservera toujours son action en reprise, n'abdiquera par une pareille renonciation aucun des droits que lui assure son contrat de mariage. Sous le régime dotal, la question devrait recevoir une solution contraire : Arg. art. 1554 cbn. 1559.

²² Duranton, XIV, 71. Bruxelles, 25 novembre 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 581. Req. rej., 27 mai 1817, *op. cit.*, V, 1, 323.

²³ Req. rej., 5 janvier 1831, Sir., 31, 1, 8. Req. rej., 31 juillet 1833, Sir., 33, 1, 840. Toulouse, 15 mars 1834, Sir., 34, 2, 537. Req. rej., 2 mars 1852, Sir., 52, 1, 262.

On ne peut, au contraire, regarder comme parties, ni les parents collatéraux qui n'ont assisté au contrat de mariage que *honoris causa*²⁴, ni même les ascendants dont l'assistance n'était pas nécessaire pour compléter la capacité des futurs époux, et qui n'auraient d'ailleurs fait aucune disposition, promesse, ou renonciation en faveur du mariage projeté. Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire entre les ascendants dont les futurs époux n'étaient pas tenus de requérir le conseil, et ceux auxquels ils eussent été obligés, à défaut de consentement de leur part au mariage, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux²⁵.

Il ne suffit pas, pour la validité des conventions modificatives du contrat de mariage, que toutes les personnes qui ont été parties dans ce contrat, aient été appelées à assister à la rédaction des nouvelles conventions; il faut que de fait elles y aient été présentes²⁶, et qu'elles y aient donné leur consentement simultané²⁷. Elles peuvent, du reste, se faire représenter par des mandataires, porteurs de procurations spéciales et authentiques.

Lorsque l'une des personnes dont le concours est nécessaire ne se présente pas, ou refuse son adhésion aux changements projetés, les autres parties doivent, ou renoncer à ces changements, ou faire

²⁴ On est généralement d'accord sur cette proposition et les précédentes. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 172, n° 12). Toullier, XII, 51 et suiv. Bellot des Minières, I, p. 42. Battur, I, 47. Duranton, XIV, 56. Rodière et Pont, I, 141. Troplong, I, 257 et 258.

²⁵ Toullier, XII, 51. Troplong, I, 239. — MM. Duranton (XIV, 57), Rodière et Pont (I, 141), et Odier (II, 660) enseignent que les ascendants auxquels l'un des époux eût été obligé, à défaut de leur consentement au mariage, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux, et qui de fait sont intervenus au contrat de mariage, doivent être considérés comme ayant été parties dans ce contrat, bien qu'ils n'y aient fait aucune donation ni stipulation. Ils donnent pour motif qu'il est possible que les ascendants n'aient consenti au mariage que sur le vu des conventions matrimoniales; de sorte que si le contrat de mariage pouvait être modifié sans leur concours, leur descendant se trouverait privé de leur conseil quant au mariage même. Ces considérations, qui prennent leur point de départ dans une simple supposition, et qui tendent à confondre les conditions de validité du mariage et celles du contrat de mariage, nous paraissent dénuées de valeur.

²⁶ Delvincourt, III, p. 5. Bellot des Minières, I, p. 54. Duranton, XIV, 53. Marcadé, sur l'art. 1396, n° 4. Odier, II, 656. Rodière et Pont, I, 142. Troplong, I, 235. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1396; Toullier, XII, 59; Battur, I, 49.

²⁷ Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, XIV, 52. Marcadé, *loc. cit.* Odier, II, 657. Rodière et Pont, I, 140 et 143. Douai, 1^{er} août 1854, Sir., 54, 2, 666.

un nouveau contrat de mariage, en abandonnant entièrement le premier. Il en est de même, lorsque l'une de ces personnes est venue à décéder, ou a été mise en état d'interdiction. Toutefois, si, dans ce dernier cas, il s'agissait du contrat de mariage d'un enfant de l'interdit, les changements que les autres parties se proposeraient d'y faire, pourraient être autorisés par une délibération du conseil de famille de l'interdit, homologuée en justice. Arg. art. 511.

Les changements arrêtés et constatés dans la forme qui vient d'être indiquée doivent de plus, pour valoir à l'égard des tiers, être rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et par conséquent par le notaire qui a reçu ce contrat ou par son successeur. Art. 1397²⁸.

Le terme *tiers*, dans le sens et l'esprit de cette règle, comprend tous ceux qui, par suite de conventions passées avec les époux ou l'un d'eux, ont à exercer sur les biens de ceux-ci des droits que le maintien des changements apportés à ce contrat aurait pour effet d'anéantir ou de restreindre²⁹. Il en résulte que ceux qui ont acquis du mari seul des immeubles ameublés par la femme, ou des immeubles dotaux qu'une clause spéciale du contrat de mariage l'avait autorisé à aliéner, sont fondés à repousser, pour défaut d'observation de la formalité prescrite par l'art. 1397, les contre-lettres par lesquelles les parties auraient révoqué ou modifié à cet égard des clauses du contrat primitif. La même exception appartiendrait au cessionnaire d'une somme promise en

²⁸ La cour de cassation (civ. cass., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 293) a fait une application notable de la règle posée par l'art. 1397, dans une espèce où cette règle se trouvait en collision avec le principe de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal. Cpr. Troplong, I, 250 et suiv.

²⁹ MM. Rodière et Pont (I, 145) proposent une autre formule, pour la solution de la question de savoir quelles sont les personnes qui peuvent s'attribuer la qualité de tiers quant à l'application de l'art. 1397. Suivant ces auteurs, on ne doit considérer comme tiers que les personnes qui ont traité avec les époux sur la foi des clauses du contrat de mariage auxquelles la contre-lettre a dérogé. Encore faut-il que ces clauses ne rentrent pas dans la catégorie de celles que leur nature rend susceptibles d'être exécutées d'une manière complète durant le mariage, et de devenir ainsi sans objet pour l'avenir. Mais cette formule nous paraît trop étroite dans l'une et l'autre des conditions qu'elle exige : elle conduit à refuser la qualité de tiers à des personnes qui, d'après l'esprit de la loi, doivent être admises à invoquer la disposition de l'art. 1397. Aussi ne sommes-nous pas d'accord avec MM. Rodière et Pont sur plusieurs points de détail. Voy. les deux notes suivantes.

dot, auquel le constituant opposerait une contre-lettre portant réduction de cette somme³⁰. Il y a plus, les créanciers même simplement chirographaires des époux ou du mari, dont les créances sont postérieures à la célébration du mariage, doivent être considérés comme des tiers, lorsque, pour arrêter les poursuites qu'ils exercent sur des biens de la femme, on leur oppose une contre-lettre qui a modifié le régime établi dans le contrat primitif, en substituant, par exemple, le régime dotal à celui de la communauté, ou en réduisant la communauté légale à une communauté d'acquêts³¹.

³⁰ S'agissant ici d'une convention qui a pour objet la transmission d'un droit de créance établi par le contrat de mariage, il nous paraît impossible de dénier la qualité de tiers au cessionnaire dans ses rapports avec la personne qui a promis la dot, et qui, pour en refuser le paiement intégral, lui oppose la contre-lettre par laquelle son obligation a été réduite. MM. Rodière et Pont (*loc. cit.*) enseignent cependant le contraire, en raisonnant de la manière suivante : Le mari, disent-ils, était incontestablement autorisé à toucher la dot pendant le mariage, et si de fait il en avait reçu une partie, le tiers auquel il aurait ultérieurement cédé la totalité de la somme primitivement promise, n'aurait d'action contre le constituant que pour le solde restant dû. Or, comme il ne serait pas autorisé à se prévaloir de l'ignorance d'un fait survenu depuis le mariage, on ne voit pas pourquoi il pourrait opposer avec plus d'avantage l'ignorance d'un fait passé auparavant. Mais cette argumentation n'est rien moins que concluante. Si le paiement constitue, même au regard des tiers, une cause légitime et efficace d'extinction totale ou partielle des obligations, il n'en est pas de même des contre-lettres, qui ne peuvent être invoquées contre eux, encore qu'elles aient acquis date certaine. Art. 1321. A la vérité, l'art. 1397 permet d'opposer aux tiers les changements faits aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage ; mais il ne le permet qu'à la condition de l'accomplissement des formalités qu'il prescrit. A défaut de ces formalités, les parties restent sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 1321.

³¹ Voy. encore en sens contraire : Rodière et Pont, *loc. cit.* Cette question, nous la reconnaissons, est d'une solution plus délicate que la précédente. On peut objecter que les créanciers qui ont traité avec les époux ou l'un d'eux, sans avoir spécialement en vue telle ou telle clause du contrat de mariage, ne peuvent puiser aucun droit dans ce contrat, et sont par cela même non recevables à contester l'efficacité des modifications que les parties y auraient apportées. Mais cette objection n'est que spécieuse : Le contrat de mariage n'a pas seulement pour objet de régler les droits respectifs des époux ; il sert également de régulateur à leurs rapports avec leurs créanciers, en ce sens que suivant le régime qu'ils ont adopté, la loi confère ou refuse à ceux-ci un droit de gage et de poursuite sur telle ou telle catégorie de biens. Quand il s'agit pour les créanciers de faire maintenir les droits de gage qui leur appartiennent d'après les clauses du contrat de mariage, en repoussant une contre-lettre que les époux leur opposent, ils ne sont évidemment plus les ayants cause de ces derniers, mais des tiers ; et on ne pourrait leur refuser le bénéfice de l'art. 1397, sans méconnaître l'esprit

Pour mieux assurer encore les intérêts des tiers, la loi défend au notaire dépositaire de la minute du contrat de mariage, d'en délivrer des grosses ou des expéditions, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Art. 1397. Toutefois, quand le notaire a négligé de se conformer à cette prescription, la contre-lettre n'en est pas moins efficace à l'égard des tiers, sauf seulement leur recours contre le notaire³², qui, selon les circonstances, pourrait de plus être passible de peines disciplinaires³³.

Les règles prescrites par les art. 1396 et 1397 s'appliquent à toutes les conventions ou dispositions nouvelles qui, directement ou indirectement, peuvent avoir pour résultat d'altérer, soit la position et les droits respectifs des époux, soit leurs rapports avec les tiers, tels qu'ils sont déterminés par le contrat de mariage³⁴.

de la loi, qui a voulu garantir contre tout danger de fraude, de surprise, ou de mécompte, les personnes qui traiteront avec les époux. Que l'on ne dise pas que le terme *tiers* doit avoir dans l'art. 1397, la même signification que dans l'art. 1328, et que si, pour l'application de cette dernière disposition, les créanciers simplement chirographaires ne sont pas à considérer comme des tiers, cette qualité ne leur appartient pas davantage quant à l'application de l'art. 1397. Il existe entre les deux situations une différence profonde. Le droit de gage qui, aux termes de l'art. 2092, appartient à tout créancier, même simplement chirographaire, sur le patrimoine du débiteur, n'empêche pas ce dernier de disposer librement de ses biens. Les actes d'aliénation qu'il passe ont sans doute pour résultat de diminuer l'émolument de l'action des créanciers, mais laissent intact en principe leur droit de gage, qui frappe toujours le patrimoine tout entier du débiteur; et c'est pour cela qu'ils doivent être considérés comme représentés par celui-ci dans les actes concernant ses biens. Mais les changements apportés par les époux à leur contrat de mariage peuvent avoir pour leurs créanciers, des effets beaucoup plus préjudiciables et plus absolus, en les privant complètement de toute action sur tels ou tels biens qui, d'après le contrat de mariage primitif, devaient former leur gage. Ici, ce n'est plus seulement l'émolument de l'action des créanciers qui est en question, c'est leur droit même qui peut être atteint dans son principe.

³² Delvincourt, sur l'art. 1397. Duranton, XIV, 69. Rodière et Pont, I, 146. Odier, II, 668. Troplong, I, 248. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XII, 68. — Le terme *parties*, qui se trouve dans le second membre de l'art. 1397, doit s'entendre des *parties lésées*, c'est-à-dire des personnes qui ont éprouvé quelque préjudice, en traitant sur la foi d'une expédition incomplète.

³³ C'est ce qui indiquent les termes de l'art. 1397, *et sous plus grande peine*. Duranton, XIV, 68. — M. Troplong (I, 249) pense que le notaire pourrait être poursuivi pour faux, s'il avait agi par fraude. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise. La fraude est sans doute un des éléments du faux; mais elle ne suffit pas à elle seule pour le constituer.

³⁴ Cpr. texte n° 2, et notes 10 à 19 *supra*.

Elles s'appliquent en particulier aux donations faites et aux ventes passées, par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage³⁵.

§ 504.

5. *Des conventions et stipulations permises dans le contrat de mariage. — De l'interprétation des clauses de ce contrat.*

1° Les conventions matrimoniales ne peuvent avoir pour objet que le règlement des droits respectifs que les époux auront à exercer sur leurs biens, soit pendant la durée du mariage, soit après sa dissolution. Les rapports personnels que le mariage établit entre conjoints, et ceux qui unissent les enfants à leurs parents, ne sauraient devenir la matière d'un règlement contractuel.

Aux termes de l'art. 1388, les futurs époux ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, ni aux droits qui appartiennent au mari en vertu de la puissance maritale et paternelle sur la personne de la femme et des enfants, ou qui lui compètent comme chef de l'association conjugale, 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*.

Ainsi, serait nulle toute clause par laquelle le mari abdiquerait le droit de diriger l'éducation des enfants à naître du mariage, ou par laquelle la femme renoncerait, pour le cas de survie, à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants ou à leur tutelle légale. Il en serait de même de la renonciation que feraient les futurs époux ou l'un d'eux à l'usufruit légal sur les biens de leurs enfants¹. Quant à l'engagement qu'ils prendraient l'un envers

³⁵ Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 44. Battur, I, 45 et suiv. Duranton, XIV, 59 et 60. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., 13, 1, 378. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., 38, 2, 422. — Toullier (XII, 58) enseigne le contraire, en disant que, puisqu'il est aujourd'hui permis aux époux de se faire des donations pendant le mariage, il doit aussi être permis aux futurs époux de s'en faire avant la célébration du mariage. Mais cet argument porte évidemment à faux : les donations faites pendant le mariage sont révocables, tandis que celles qui auraient lieu avant la célébration du mariage seraient irrévocables.

¹ Nous avons, dans nos précédentes éditions, adopté l'opinion contraire, en nous fondant sur ce que l'usufruit légal des père et mère n'est pas compris dans l'énumération des droits auxquels l'art. 1388 défend de renoncer. Bien que ce

l'autre, ou envers un tiers, de faire élever leurs enfants dans les dogmes de telle ou de telle religion, il serait destitué d'efficacité civile².

On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle, toute clause qui dispenserait la femme, d'une manière générale et absolue, de la nécessité de l'autorisation maritale, ou qui enlèverait au mari les droits et pouvoirs dont la loi l'investit comme chef de l'association conjugale, et notamment la clause par laquelle les futurs époux conviendraient, ou que le mari ne sera pas le maître de la communauté, ou même simplement qu'il ne pourra, sans le consentement de la femme, disposer des immeubles communs³.

motif soit exact en lui-même, puisque le texte de cet article ne mentionne ni expressément ni implicitement l'usufruit légal, un nouvel examen de la question nous a fait penser qu'il n'était pas concluant. L'usufruit légal n'est sans doute qu'un droit pécuniaire, et ne constitue pas un attribut essentiel de la puissance paternelle. Toutefois, il serait malgré cela difficile de ne pas reconnaître que ce droit a été conféré aux parents, non pas seulement à titre de rémunération, mais encore par des considérations morales, tenant au bon ordre des familles. Si les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans l'art. 387, admis la validité de la condition par laquelle un donateur ou testateur prive le père ou la mère de la jouissance des biens donnés ou légués à leur enfant, ce n'est pas tant par le motif que l'usufruit légal des père et mère ne constitue qu'un bénéfice personnel et de pur intérêt privé, que dans la crainte de voir des personnes bien disposées en faveur d'enfants mineurs, mais animées de ressentiment contre leurs parents, hésiter à réaliser des intentions généreuses dont ces derniers seraient appelés à profiter. La disposition de l'art. 387 ne touche donc en aucune façon au caractère intrinsèque de celle de l'art. 384, et n'est dès lors pas suffisante pour justifier la validité de la renonciation que les futurs époux feraient, par contrat de mariage, à l'usufruit légal des biens des enfants à naître de leur union. Cette manière de voir a été formellement exprimée dans la *Discussion au Conseil d'état*, par Treilhard et Berlier (Locré, *Lég.*, XII, p. 166 et 169). Voy. en ce sens : Zachariæ, § 504, texte et note 2; Toullier, XII, 15; Bellot des Minières, I, p. 16; Rodière et Pont, I, 68; Odier, II, 628; Marcadé, sur l'art. 1389, n° 6; Demolombe, VI, 490 et 491; Troplong, I, 61.

² Duranton, XIV, 24. Odier, II, 628. Marcadé, sur l'art. 1389, n° 3. Troplong, I, 61. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 57.

³ Les termes de l'art. 1388, *ou qui appartiennent au mari comme chef*, se rapportent aux droits sur les biens, et indiquent plus spécialement les pouvoirs que la loi attribue au mari sur les biens communs. Si les droits de jouissance et d'administration que, sous tel ou tel régime, la loi reconnaît au mari sur les biens personnels de la femme, sont en général susceptibles d'être restreints ou modifiés, il n'en est pas de même, sous le régime de la communauté, de ses droits et attributions quant aux biens communs. La maxime *Le mari est seigneur et maître de la communauté*, est une conséquence des rapports personnels que le mariage établit entre les époux; elle est d'ordre public, et tient à l'essence

Cependant, il est permis à la femme, alors même qu'elle se marie sous le régime de la communauté, et bien que sous ce régime le mari soit de droit l'administrateur de sa fortune personnelle, de se réserver non-seulement la jouissance, mais même l'administration de certains de ses biens, et dans ce cas elle a la faculté de faire, sans l'autorisation du mari, les actes relatifs à cette administration⁴.

2° Les futurs époux jouissent, sous les restrictions qui seront indiquées ci-après, d'une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Ils sont autorisés, en faisant choix de tel ou tel régime, à le modifier au moyen non-seulement d'une ou

même du régime de communauté. Toute restriction des pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens de la communauté, doit être écartée comme contraire à cette maxime. D'un autre côté, s'il pouvait être permis d'enlever au mari, par une clause du contrat de mariage, la faculté d'aliéner seul, et sans le consentement de la femme, les immeubles de la communauté, il devrait également être permis d'exiger le concours de la femme pour les actes de constitution d'hypothèque. Dans ce système, il n'y aurait même plus de raison pour rejeter des clauses qui tendraient à restreindre les droits du mari quant aux actes de simple administration, ce qui est évidemment inadmissible. La question, du reste, doit encore être examinée à un autre point de vue : Quel serait, en présence d'une clause qui interdirait au mari d'aliéner les immeubles de la communauté sans le consentement de la femme, l'effet des engagements qu'il aurait contractés seul ? Ces engagements seraient-ils, malgré cette interdiction, susceptibles d'être poursuivis sur la propriété même des immeubles de la communauté ? En s'attachant au principe que nul ne peut faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement, on est conduit à adopter la négative ; mais cette solution, en opposition formelle avec les règles fondamentales du régime de communauté, aboutirait à ce résultat bizarre que la femme, tout en acceptant la communauté et en retirant la moitié des immeubles communs, ne serait cependant pas tenue sur ces immeubles de la moitié des dettes. Que si l'on se prononçait pour l'affirmative, on reconnaîtrait par là même l'inefficacité de la clause dont il s'agit, puisque le mari resterait le maître d'aliéner indirectement les immeubles de la communauté par des engagements contractés sans le consentement de la femme. Ces diverses considérations nous portent à repousser la clause qui défendrait au mari d'aliéner seul les immeubles communs, et ce, non-seulement en tant qu'elle porterait sur les conquêts, mais même en tant qu'elle s'appliquerait aux immeubles tombés dans la communauté du chef de la femme, par suite d'une convention d'ameublement. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, I, p. 311 et suiv. ; Taulier, V, p. 85 ; Rodière et Pont, I, 61 ; Marcadé, sur l'art. 1389, n° 6 ; Troplong, I, 64 ; Paris, 7 mai 1855, Sir., 56, 2, 497. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 309 ; Battur, II, 549 ; Duranton, XIV, 266. Cpr. aussi, quant aux immeubles ameublis : Zachariæ, § 504, note 1.

⁴Cpr. art. 223, 1538, 1576, 2066, alin. 3 et 4 ; § 472, texte n° 6, et note 48. Pothier, n° 466. Battur, II, 550. Toullier, XII, 380. Rodière et Pont, I, 62. Troplong, I, 66.

de plusieurs des clauses prévues et expliquées par la loi, mais encore de toutes autres stipulations qu'ils jugeraient convenables de faire⁵. Ils sont également autorisés à adopter un régime mixte, en combinant entre-elles des règles propres à divers régimes. Art. 1387, 1497, 1527 et 1581. C'est ainsi qu'ils peuvent, tout en se mariant sous le régime de la communauté, adopter, sous certains rapports et pour partie seulement, telles ou telles règles particulières au régime dotal⁶. Il leur est notamment permis de déclarer inaliénables les immeubles de la femme; et cette clause serait efficace à l'égard des tiers indépendamment de toute déclaration expresse de soumission au régime dotal⁷. Réciproquement, les

⁵ Cpr. sur plusieurs clauses qui étaient autrefois en usage : Merlin, *Rép.*, vis Affrètement, Augment, Bagues et Joyaux, Douaire, Dot, § 5, et *Quest.*, vo Douaire; Delvincourt, III, p. 75.

⁶ Cette proposition est généralement admise. *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 397, n° 80). Merlin, *Quest.*, vo Remploi, § 7. Toullier, XII, 372. Duranton, XIII, 397. Rodière et Pont, I, 78 et 79; II, 785. Odier, II, 673. Marcadé, sur l'art. 1497, n° 3. Troplong, I, 80. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Civ. cass., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 712. Civ. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 580. — Mais certaines clauses ont donné lieu à controverse sur le point de savoir si elles devaient ou non être considérées comme emportant virtuellement soumission partielle au régime dotal. Cpr. à cet égard, § 533.

⁷ Cette clause n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux dispositions prohibitives de la loi. Merlin, Toullier et Odier, *ubi supra*. Rodière et Pont, I, 79. Cpr. Paris, 30 mai 1835, Sir., 35, 2, 558; Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. — Marcadé (sur l'art. 1497, n° 3) et M. Troplong (I, 79 et suiv.) se prononcent en sens opposé, par le double motif que la femme qui se marie sous le régime de la communauté, restant capable d'aliéner ses immeubles avec le consentement du mari, ne peut s'imposer des entraves de nature à supprimer ou à diminuer sa capacité; et que l'indisponibilité des biens, qui est contraire à l'intérêt général, ne peut résulter que du régime dotal auquel la loi l'a spécialement attachée. Ces deux propositions, qui d'ailleurs ont le tort de résoudre la question par la question même, nous paraissent manquer d'exactitude. Le régime dotal n'a, dans l'esprit du Code Napoléon, aucun caractère statutaire : quand les époux s'y soumettent, c'est par un acte de volonté tout spontané qu'ils le font. Les entraves ou restrictions qui en résultent pour la femme, sont le produit d'une détermination libre de sa part; c'est elle qui se les impose par avance; et si elle peut le faire, en choisissant le régime dotal, pourquoi ne le pourrait-elle pas en adoptant le régime de la communauté? Des observations analogues s'appliquent à la proposition relative à l'indisponibilité des biens. Au fond, n'est-il pas évident que la clause qui déclare inaliénables les biens de la femme, leur imprime, du moins sous ce rapport, le caractère de la dotalité, et équivaut, de la part des époux, à une déclaration formelle de soumission relative et partielle au régime dotal?

futurs époux sont libres, en adoptant le régime dotal, de déclarer les immeubles dotaux de la femme aliénables sans aucune condition de emploi, et même sans l'observation des formalités prescrites par l'art. 1557⁸.

Les futurs époux peuvent, d'un autre côté, subordonner leurs conventions matrimoniales, et notamment l'établissement ou l'existence de la communauté, à une condition suspensive ou résolutoire⁹, pourvu que cette condition ne consiste pas dans un fait dont l'accomplissement dépende de leur volonté ou de celle de l'un d'eux¹⁰. Si, en usant de cette faculté, les futurs époux ne

⁸ Cpr. § 502, texte n° 3, notes 22 et 23.

⁹ Ainsi, par exemple, les époux peuvent convenir qu'ils seront ou non communs en biens, selon qu'ils auront ou non des enfants de leur mariage. Nos anciens auteurs ne faisaient aucun doute sur la validité de pareilles stipulations; et leur opinion a été suivie par plusieurs interprètes du Code Napoléon. Voy. Lebrun, liv. I, chap. III, n° 10; Renusson, part. I, chap. IV, n° 8; Pothier, n° 278; Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 4, n° 1; Delvincourt, III, p. 10; Toulhier, XII, 85; Battur, I, 88; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Communauté, n° 29; Duranton, XIV, 97; Odier, II, 674; Colmar, 15 avril 1834, et 28 mars 1854, *Journal des arrêts de la cour de Colmar*, 30, p. 104, 50, p. 17. — M. Bellot des Minières (III, p. 4 et suiv.) est le premier auteur qui ait enseigné l'opinion contraire, en déniant aux époux la faculté de subordonner à une condition l'établissement d'un régime matrimonial quelconque. C'est aussi dans ce sens que se sont prononcés Marcadé (sur l'art. 1399, nos 2 et 3) et M. de Neyremand (*Revue pratique*, 1857, III, p. 121). MM. Rodière et Pont (I, 82 et suiv.), tout en reconnaissant, en général, aux futurs époux la faculté de subordonner à des conditions l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, leur refusent cette faculté quand il s'agit de l'établissement de la communauté; et leur opinion sur ce point particulier a été adoptée par M. Troplong (I, 332), qui ne s'explique pas sur la question générale résolue au texte. Ces auteurs se fondent sur ce que l'art. 1399, qui proscriit toute convention tendant à assigner à la communauté un point de départ autre que la célébration du mariage, repousserait implicitement, et à plus forte raison, toute clause qui rendrait incertaine l'existence même de la communauté. A notre avis, cette conclusion n'est point exacte : Si le législateur a jugé utile d'interdire toute clause qui donnerait à la communauté un point de départ antérieur à la célébration du mariage, ou qui ne la ferait commencer qu'à une époque postérieure à cette célébration, cela n'autorise pas à dire qu'il ait voulu ôter également aux futurs époux la faculté de subordonner à des conditions d'ailleurs licites, l'adoption de tel ou tel régime, et spécialement de celui de la communauté, en le faisant remonter pour le cas d'accomplissement de la condition au jour même de la célébration du mariage. En présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, principe que l'art. 1387 proclame en termes si énergiques, les dispositions légales qui restreignent cette liberté constituent autant d'exceptions, auxquelles il faut appliquer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

¹⁰ La clause par laquelle les époux auraient subordonné leurs conventions ma-

s'expliquent pas sur le régime qu'ils entendent adopter en cas que la condition suspensive vienne à manquer, ou que la condition résolutoire vienne à s'accomplir, ils sont censés avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, à moins que ce ne soit ce régime même dont ils aient subordonné l'adoption à quelque condition. Dans cette dernière hypothèse, ils devraient être considérés comme s'étant mariés sous le régime exclusif de communauté, tel qu'il est établi par les art. 1530 à 1535 ¹¹.

3° La liberté dont les futurs époux jouissent pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, est soumise aux restrictions suivantes :

a. Ils ne peuvent faire aucune convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Art. 6, 1133 et 1387. La clause par laquelle ils auraient renoncé au droit de disposer l'un au profit de l'autre, serait à considérer comme non écrite ¹².

b. Les futurs époux ne peuvent faire aucune stipulation sur des objets qui ne sont pas susceptibles de former la matière d'une convention quelconque, par exemple, sur une succession non encore ouverte. Ainsi, il leur est notamment interdit de renoncer, même en considération de dispositions faites en leur faveur, à des successions qui doivent leur échoir ¹³, ou de changer l'ordre des successions, soit par rapport à eux-mêmes, soit par rapport à leurs enfants entre eux ¹⁴. Art. 1130 et 1389. Ils sont cependant

trimoniales à une condition de cette nature, serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 1395. Duranton, XIV, 97. Battur, II, 251. — Toullier (XII, 86), conséquent à son opinion, enseigne que la clause dont s'agit serait valable, sauf seulement la révocabilité de l'avantage qui en résulterait pour l'un des époux. Mais voy. § 503 *bis*, note 8.

¹¹ Duranton, XIV, 98. Battur, *loc. cit.*

¹² Toullier, XII, 48. Bellot des Minières, I, p. 16. Odier, II, 634. Req. rej., 31 juillet 1809, Sir., 9, 1, 408.

¹³ Art. 791. Cet article consacre une innovation législative. Anciennement, dans les pays de Droit écrit, comme dans les pays de coutume, les filles, même mineures, pouvaient par contrat de mariage, moyennant une dot plus ou moins considérable, et payable comptant ou dans un bref délai, renoncer en faveur des mâles, à la succession de ceux qui leur constituaient la dot. D'après plusieurs coutumes, les mâles puînés pouvaient également, par contrat de mariage, renoncer au profit de leurs aînés à des successions futures. Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 182 et suiv. Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. VIII, sect. I. Merlin, *Rép.*, v° Renonciation à succession future. Troplong, I, 125 à 129.

¹⁴ Cpr. Bruxelles, 16 mars 1824, Sir., 25, 2, 377. — Ainsi, deux personnes ayant des enfants d'un premier lit, ne pourraient plus, par leur contrat de ma-

autorisés à faire, relativement aux biens qu'ils délaisseront à leur décès, des dispositions qui, en général, ne sont pas permises. Art. 1389 cbn. 1093 et 1094.

c. Certaines conventions qui ne seraient pas défendues d'après ce qui précède, sont expressément ou implicitement interdites aux futurs époux par des motifs particuliers tirés de la nature de l'association conjugale, et des rapports personnels que le mariage établit entre le mari et la femme. C'est ainsi que la loi prohibe expressément toute clause par laquelle la femme s'interdirait la faculté de répudier la communauté, ou par laquelle elle renoncerait, d'une manière absolue, à son hypothèque légale sur les biens du mari. Art. 1453 et 2140. Voy. aussi art. 1399 et 1521. D'un autre côté, on doit considérer comme virtuellement prohibées : la clause qui imposerait à la femme l'obligation de contribuer aux dettes de la communauté au-delà de son émolument (art. 1483); celle qui contiendrait de la part de la femme, renonciation à la faculté de provoquer, le cas échéant, la séparation de biens (art. 1443 et 1563); enfin, celles par lesquelles les futurs époux conviendraient, que la communauté établie entre eux continuera à subsister, en cas de séparation de corps¹⁵ (art. 311 et 1441, n° 4), ou que les donations qu'ils se feront pendant le mariage, seront irrévocables. Art. 1096.

d. Si l'un des futurs conjoints a des enfants d'un précédent mariage, il ne peut faire avec son nouvel époux, aucune convention qui tendrait dans ses effets, à conférer à ce dernier des avantages excédant la portion réglée par l'art. 1098. Art. 1527¹⁶.

4° La loi abandonne aux futurs époux le choix des termes ou des formules à employer dans la rédaction du contrat de mariage. Lorsqu'ils veulent adopter l'un des régimes prévus et réglés par le Code Napoléon, ils peuvent, ou reproduire en détail les règles tracées par la loi, ou se borner à indiquer, sans autre explication, le régime auquel ils entendent se soumettre. Art. 1391. Mais il ne leur est plus permis de déclarer, en termes généraux, que leur

riage, faire un affrérissement (*unio prolium*) entre ces enfants et ceux qui naîtront de leur nouveau mariage. Merlin, *Rép.*, v° Affrérissement. — Mais rien n'empêche que les époux, en se soumettant au régime de la communauté, n'excluent les héritiers collatéraux du partage de la communauté. Une pareille stipulation vaudrait comme donation conditionnelle, au profit du survivant des époux, de la part du prémourant dans la communauté. Rodière et Pont, I, 73.

¹⁵ Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362.

¹⁶ Voy. l'explication de cet art. au § 690, texte et notes 14 à 21. Cpr. art. 1496.

association sera régie par telle ou telle coutume, ou qu'ils entendent adopter les dispositions d'un ou de plusieurs articles d'une coutume¹⁷. Toute clause de cette nature serait à considérer comme non avenue. Art. 1390 et arg. de cet article¹⁸. Du reste, rien n'empêche que les époux qui voudraient adopter le régime établi par une ancienne coutume ou s'approprier les dispositions d'un ou de plusieurs de ses articles, ne puissent le faire en reproduisant même littéralement le texte de cette coutume.

5° La nullité d'une ou de plusieurs clauses d'un contrat de mariage, entraîne la nullité des conventions qui ont été consenties en considération de ces clauses, et de celles qui en sont des conséquences. Mais pour le surplus, le contrat de mariage doit recevoir son exécution¹⁹.

6° Les époux sont présumés, lors même qu'ils ont fait un contrat de mariage, avoir voulu adopter le régime de la communauté légale dans tous les points auxquels ils n'ont pas dérogé. Ainsi, dans le doute, soit sur la portée des clauses d'une communauté conventionnelle, soit même, en général, sur le régime auquel les époux ont entendu se soumettre, les conventions matrimoniales

¹⁷ Les futurs époux pourraient ils, pour les effets et l'exécution d'une clause insérée dans leur contrat de mariage, par exemple, pour la fixation d'un douaire assuré à la femme, se référer à un article d'une ancienne coutume? Toullier (XII, 7, à la note) enseigne l'affirmative. Mais son opinion nous paraît contraire à l'esprit de l'art. 1390. En l'adoptant, on retomberait indirectement dans l'inconvénient que cet article a eu pour objet de prévenir. Cpr. la note suivante. Duranton, XIV, 32. Odier, II, 639 et 640. Rodière et Pont, I, 74. Marcadé, sur l'art. 1390, n° 1. Troplong, I, 138. Poitiers, 16 mars 1826, Sir., 26, 2, 274. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., 30, 2, 152. Civ. rej., 28 août 1833, Sir., 33, 1, 744.

¹⁸ Les rédacteurs du Code Napoléon ont pensé que de pareilles clauses seraient de nature à porter atteinte à l'unité de la législation nouvelle, en perpétuant, en quelque sorte, comme lois de l'État, au gré de la volonté des particuliers, cette foule de coutumes et d'usages divers qui couvraient autrefois le territoire français. — La disposition prohibitive de l'art. 1390, est-elle applicable à toute espèce d'actes ou de contrats, et notamment aux testaments? L'affirmative nous semble incontestable, lorsque les contractants ou le testateur s'étant bornés à renvoyer en termes généraux, aux dispositions d'une ancienne coutume, il est impossible de saisir leur volonté sans recourir à cette coutume. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Institution d'héritier, sect. IV, n° 4 bis, et *Quest.*, v° Testament, § 15; Rodière et Pont, I, 75; Marcadé, sur les art. 1390 à 1393, n° 1, note 2; Req. rej., 19 juillet 1810, Sir., 10, 1, 361; Riom, 14 août 1809, Sir., 10, 2, 345; Req. rej., 23 décembre 1828, Sir., 29, 1, 155.

¹⁹ Duranton, XIV, 33.

doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la communauté légale²⁰. Art. 1393 et 1528. Spécialement, les époux ne sont à considérer comme mariés sous le régime dotal, qu'autant qu'ils ont expressément déclaré vouloir se soumettre à ce régime, ou que leur intention à cet égard ressort d'une manière non équivoque des clauses du contrat de mariage. Art. 1392²¹.

§ 504 bis.

De la loi à laquelle en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

Le principe d'après lequel les époux, tous deux Français dès avant leur mariage, sont censés, en l'absence de contrat de mariage, avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, établi par la loi française, s'applique en général même au cas où le mariage a été célébré à l'étranger¹.

Cependant on pourrait dans ce cas admettre, suivant les circonstances, que les époux ont entendu adopter le régime de Droit commun du pays où ils se proposaient de fixer leur domicile matrimonial, c'est-à-dire le siège de leur association conjugale, et où de fait ils se sont établis².

Par une raison analogue, lorsque deux étrangers, appartenant à la même nation, se sont mariés en France, ils n'en doivent pas moins être considérés comme ayant voulu adopter le régime de Droit commun établi par leur loi nationale, à moins que l'intention contraire de se soumettre au régime de la communauté légale selon la loi française, ne puisse s'induire de leur résidence en France dès avant le mariage, et de l'établissement dans ce pays de leur domicile matrimonial³.

Lorsqu'il s'agit de mariages contractés entre français et étran-

²⁰ Bellot des Minières, I, p. 23. Turin, 23 juillet 1808, Sir., 9, 2, 322. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., 27, 2, 15. Req. rej., 28 février 1828, Sir., 28, 1, 175.

²¹ Cpr. pour le développement de cet article, le § 533.

¹ Duranton, XIV, 88. Troplong, I, 33.

² Troplong, *loc. cit.* Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., 37, 1, 437.

³ Toullier, XII, 91. Demolombe, I, 87. Rodière et Pont, I, 33. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage considéré en lui-même*, n° 4. Aix, 27 novembre 1854, Sir., 56, 2, 222. — Cette présomption aurait plus de force encore si, dès avant le mariage, les époux où l'un d'eux avaient été admis, conformément à l'art. 13, à établir leur domicile en France.

gers, on doit présumer que les époux ont entendu adopter le régime formant le Droit commun du pays où ils ont établi leur domicile matrimonial, quel que soit d'ailleurs le lieu où le mariage a été célébré. En l'absence de tout fait indiquant d'une manière certaine l'intention de la part des époux de fixer le siège de leur association conjugale ailleurs qu'au domicile du mari, c'est ce domicile qui est à considérer comme domicile matrimonial⁴.

La même présomption s'applique aux mariages contractés entre étrangers de nationalité différente.

Il en est ainsi dans l'un et l'autre cas, bien que la loi nationale de l'un des conjoints n'admette pas, ou défende même, le régime auquel les époux sont présumés avoir voulu se soumettre, en ce sens du moins que ce régime formera la règle d'après laquelle se détermineront leurs droits respectifs sur les biens situés dans le pays où ils ont établi leur domicile matrimonial⁵.

Du reste, le régime de l'association conjugale, une fois fixé par la loi sous l'empire de laquelle les époux sont présumés s'être

⁴ On convient généralement que la circonstance du lieu où le mariage a été célébré, ne peut avoir d'influence sur la solution de la question de savoir quel est le régime que les époux sont censés avoir adopté. Mais certains auteurs enseignent que c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage qui, en l'absence de contrat, régit l'association conjugale. Voy. en ce sens : Fœlix, *Droit international et privé*, nos 20, 27 et 66 ; Odier, I, 47 à 51. A notre avis, cette manière de voir n'est point exacte. Le domicile du futur époux ne saurait être considéré comme indiquant, par lui-même et nécessairement, de la part de la future épouse, l'intention de se soumettre à la loi de ce domicile. C'est le lieu où les futurs conjoints se proposaient de fixer le siège de leur association conjugale qu'il convient avant tout de prendre en considération, pour déterminer leur commune intention quant au régime auquel ils entendaient se soumettre ; et ce n'est qu'en l'absence de circonstances de nature à indiquer le contraire, qu'ils doivent être présumés avoir voulu établir leur domicile matrimonial au lieu du domicile du mari. Merlin, *Rép.*, v^o Loi, § 6, n^o 2, et v^o Conventions matrimoniales, § 2. Demolombe, *loc. cit.* Coin-Delisle, *Revue critique*, 1855, VI, p. 193. Paris, 3 août 1849, Sir., 49, 2, 420. Paris, 15 décembre 1853, Sir., 54, 2, 105. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699. Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247. La règle telle qu'elle est posée au texte était généralement suivie dans l'ancien Droit, pour les mariages contractés entre personnes domiciliées dans des provinces régies par des coutumes ou des lois différentes. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tit. II, part. II, chap. IV, obs. 38. Lebrun, liv. I, chap. II, n^o 42. Pothier, n^o 14. Chabot, *Questions transitoires*, v^o Communauté conjugale, n^o 3. Civ. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282.

⁵ Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247.

mariés, ne peut être modifié par celle du lieu où ils transportent plus tard leur domicile matrimonial ⁶.

I. DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

A. DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

§ 505.

Notion de la communauté légale.

La communauté légale est une société universelle de biens, qui se forme entre mari et femme par le fait même du mariage, et qui est soumise à des règles particulières, à raison des rapports personnels que le mariage établit entre les époux ¹.

1° La communauté ne constitue point une personne morale distincte des époux ².

2° Bien que le mari soit réputé seigneur et maître de la communauté, la femme n'en est pas moins, même durant le mariage, copropriétaire actuelle de tout ce qui compose le fonds commun ³.

⁶ Civ. rej., 30 janvier 1854, Sir., 54, 1, 268.

¹ A l'exemple du Code Napoléon, nous emploierons le mot *communauté* pour désigner, soit les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens, soit le fonds commun entre eux, soit enfin le fait même de leur association. C'est en prenant cette expression dans la première acception que nous dirons que la communauté peut être créancière ou débitrice des époux, et qu'elle a l'usufruit de leurs biens propres; c'est en la prenant dans la seconde, que nous parlerons de l'actif et du passif de la communauté; et c'est en la prenant dans la troisième, que nous dirons que la communauté commence à telle époque, et qu'elle se dissout par tel ou tel événement.

² Cette proposition n'est qu'une application spéciale de celle que nous avons développée à la note 14 du § 377, à propos des sociétés civiles. Ici, comme en matière de société, il ne faut pas se laisser égarer par les formes du langage juridique. Si la loi parle de récompenses dues par les époux à la communauté, ou par la communauté aux époux, elle n'emploie pas le mot *communauté* pour exprimer l'idée d'un être de raison distinct des époux, mais simplement pour désigner les époux eux-mêmes en tant que communs en biens, et comme ayant en cette qualité des intérêts collectifs opposés aux intérêts individuels de chacun d'eux en particulier. Toullier, XII, 82. Battur, I, 150. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 2835. Duvergier, *Des sociétés*, n° 383. Rodière et Pont, I, 396. Odier, I, 210. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 1. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, I, 279; Troplong, I, 306 et suiv.

³ Battur, I, 64. Duranton, XIV, 96. Rodière et Pont, I, 293 à 295. Odier, I,

3° La communauté constitue une société universelle plus étendue que les sociétés universelles ordinaires. Elle ne comprend cependant pas le patrimoine entier des époux; certains biens en sont de plein droit exclus. Celui des époux qui possède des biens de cette espèce, a donc un patrimoine propre, distinct de sa part dans la communauté. Il peut, à raison de ce patrimoine, avoir des prétentions à former contre la communauté, c'est-à-dire contre son conjoint, en tant que celui-ci est copropriétaire du fonds commun, ou qu'il en deviendra propriétaire exclusif, et réciproquement, se trouver débiteur envers la communauté. Il en est à cet égard de la communauté, comme de toute société civile en général.

4° Quoique la communauté légale s'établisse de plein droit par le mariage, lorsque les époux n'ont pas expressément réglé leurs conventions matrimoniales, elle ne doit cependant pas être considérée comme produite immédiatement par la loi, mais bien comme résultant d'une convention tacite des parties qui, à défaut de stipulation expresse, sont légalement présumées avoir voulu adopter le régime de la communauté légale.

5° Par suite des rapports personnels que le mariage établit entre les époux, leurs droits et leurs obligations, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, sont régis par des règles spéciales, et différentes pour l'un et pour l'autre. C'est par ce caractère surtout, que la communauté se distingue des sociétés ordinaires. Le

206 à 208. Marcadé, sur l'art. 1399, n° 5. Troplong, II, 854 et suiv. — Toullier (XII, 75 à 81) soutient, au contraire, en invoquant l'opinion de Dumoulin (*Com. in consuetudines Parisienses*, § 37, n° 2, *novæ cons.*, et § 109, n° 3, *veteris cons.*) et de Pothier (n° 3), que la femme n'est pas, durant la communauté, copropriétaire du fonds commun, et qu'elle n'a qu'une simple expectative de copropriété, expectative qui s'évanouit ou se réalise selon qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce. Voy. aussi dans ce sens : Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 2835 et 2836. Mais Dumoulin et Pothier, qui paraissent d'ailleurs avoir eu principalement en vue les rapports des époux avec les tiers, sont loin de s'exprimer sur la question d'une manière aussi explicite que le fait Toullier. La thèse que soutient cet auteur est contraire au langage de nos anciennes coutumes, et à celui du Code Napoléon. Aussi s'est-il cru obligé de critiquer comme impropres ces locutions : *la communauté commence au jour du mariage*; *la communauté se compose activement et passivement*, etc.; et surtout celle-ci, *la communauté se dissout*. Si la femme n'était pas, pendant la communauté, copropriétaire actuelle des biens qui en dépendent, on ne comprendrait pas comment les engagements qu'elle contracte seule, avec la simple autorisation du mari, pourraient lier la communauté, même au cas où elle y renoncerait. Cpr. art. 1419; § 509, note 1. Voy. aussi art. 1427.

mari est, durant le mariage, investi d'un mandat qui l'autorise, non-seulement à administrer le fonds commun, mais même à en disposer, sauf certaines restrictions, sans le concours de la femme. Les obligations qu'il contracte envers les tiers, de quelque manière que ce soit, lient la communauté, en ce sens qu'elles peuvent être poursuivies sur les biens qui en dépendent. Celles, au contraire, que contracte la femme, ne lient en général la communauté, qu'autant qu'elle agit avec l'autorisation du mari. Mais aussi, d'un autre côté, la loi accorde à la femme divers bénéfices destinés, sinon à la garantir d'une manière absolue des pertes que peut lui occasionner la mauvaise administration du mari, du moins à restreindre l'étendue de ces pertes. C'est ainsi que la femme jouit de la faculté de s'affranchir de toute contribution aux dettes communes, en renonçant à la communauté, et que, même en l'acceptant, elle n'est tenue de la moitié de ces dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle retire de la communauté, pourvu d'ailleurs qu'elle remplisse les conditions prescrites par la loi.

§ 506.

Des mariages à la suite desquels s'établit la communauté légale. — De l'époque où elle commence.

La communauté légale s'établit à la suite de tout mariage célébré sans contrat préalable, lorsque les conjoints sont censés s'être soumis sous ce rapport à l'application de la loi française¹.

En règle, la communauté légale ne s'établit qu'à la suite de mariages valables. Lors donc qu'un mariage a été annulé, la société de fait à laquelle il a donné lieu se liquide, en ce qui concerne les rapports respectifs des époux, non d'après les dispositions qui régissent la communauté légale, mais suivant les principes ordinaires des sociétés².

Cette règle reçoit toutefois exception, lorsque le mariage annulé a été contracté de bonne foi par les deux époux ou par l'un d'eux³.

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage, même contracté de mauvaise foi par les deux époux, semble ne devoir porter aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis par suite de con-

¹ Voy. pour le développement de cette proposition, le § 504 bis.

² Cpr. Battur, I, 81; Bellot des Minières, II, p. 66; Odier, I, 38 et 39; Troplong, I, 337.

³ Voy. à cet égard, art. 201 et 202, et § 460.

ventions passées avec ces derniers, ou avec le mari comme chef apparent d'une communauté légale.

La communauté commence du jour de la célébration du mariage. Toute stipulation ayant pour objet d'en fixer le commencement à une autre époque est nulle⁴. Art. 1399.

§ 507.

De l'actif de la communauté.

D'après l'art. 1401, la communauté se compose activement, sauf les exceptions qui seront ultérieurement indiquées :

- 1° De tout le mobilier présent et futur des époux;
- 2° Des fruits, revenus, intérêts et arrérages de leurs biens propres ;
- 3° Des conquêts immeubles.

1° Du mobilier présent et futur des époux.

Tous les objets mobiliers, corporels ou incorporels¹, que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, et tous ceux qu'ils acquièrent ou qui leur étoient pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, même par succession ou par donation, font partie de l'actif de la communauté².

⁴ Les futurs conjoints peuvent-ils subordonner l'existence même de la communauté à une condition suspensive ou résolutoire? Voy. § 504, texte n° 2 et note 9.

¹ Voy. pour l'énumération des objets corporels ou incorporels qui rentrent dans la catégorie des meubles, la théorie de la distinction des biens.

² Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas posé cette règle dans des termes aussi explicites. Après avoir dit, art. 1401, n° 1, que la communauté se compose de *tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage*, ils se sont bornés à ajouter, *ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation*. Mais, par cela même qu'ils ont fait entrer dans la communauté les successions et donations mobilières, ils ont manifesté d'une manière non équivoque l'intention d'y comprendre *a fortiori* tout le mobilier que les époux pourraient acquérir à un titre quelconque, notamment par occupation, ou par accession. Il ressort d'ailleurs de la discussion au Conseil d'état, que l'on a entendu reproduire la disposition de la coutume de Paris, d'après laquelle tout le patrimoine mobilier des époux faisait partie de la communauté. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 180 et suiv., n° 5. Pothier, n° 26. Toullier, XII, 93. Duranton, XIV, 103 et 106. Battur, I, 152 et suiv. Bugnet, sur Pothier, n° 26. Rodière et Pont, I, 360. Odier, I, 72. — Les observations précédentes s'appliquent notamment à la moitié du trésor, attribuée *jure inventionis* à l'époux qui l'a découvert, soit dans le fonds d'autrui, soit même dans le sien propre. Cpr. note 25 *infra*.

La communauté comprend donc tous les meubles corporels, de quelque valeur qu'ils soient, et ceux mêmes qui seraient destinés à l'usage particulier de l'un ou de l'autre des époux³.

Elle comprend, d'un autre côté, toutes les créances mobilières, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, et notamment le capital ou le fonds des rentes perpétuelles et viagères⁴, les droits de bail sur des biens pris à ferme, soit avant, soit pendant le mariage⁵, et le prix ou la soulte d'immeubles aliénés ou partagés antérieurement au mariage⁶. Ces créances tombent dans la communauté, alors même qu'elles seraient subordonnées à une condition qui ne viendrait à s'accomplir qu'après la dissolution du mariage⁷.

³ Arg. art. 1492. Ce n'est qu'en vertu d'une exception de faveur que la femme qui renonce à la communauté est admise à retirer les linges et hardes à son usage; et cette exception n'est pas en principe susceptible d'extension. Toutefois, des raisons de convenance ont fait admettre dans la pratique que le survivant des époux est, en cas de partage de la communauté, autorisé à conserver, sans indemnité envers celle-ci, certains objets plus spécialement affectés à son usage personnel. Cpr. Troplong, I, 447 à 450.

⁴ Toullier (XII, 410) et Zachariæ (§ 507, texte et note 13) sont d'avis contraire en ce qui concerne les rentes viagères. Mais leur opinion est en contradiction manifeste avec les art. 529, al. 2, et 1401, n° 1. D'ailleurs, les rentes viagères étant en général cessibles, on ne voit pas pourquoi, en l'absence de stipulation contraire, elles ne tomberaient pas dans la communauté, comme toutes autres créances. Demante, *Thémis*, VIII, p. 177 à 179. Battur, I, 166. Bellot des Minières, I, p. 119. Duranton, XIV, 125. Rodière et Pont, I, 352. Marcadé, sur l'art. 1401, n° 3. Troplong, I, 407.

⁵ Cela ne saurait souffrir difficulté, si on admet, comme nous l'avons établi au § 365, texte *in fine* et note 2, que le droit de jouissance du preneur ne constitue qu'un droit personnel. M. Troplong (I, 440) le reconnaît lui-même; et s'il combat la proposition émise au texte, ce n'est que parce que, selon sa manière de voir, le Code Napoléon aurait imprimé à la jouissance du preneur le caractère de droit réel.

⁶ Toullier, XII, 104. Duranton, XIV, 112. Rodière et Pont, I, 328 et 330. Troplong, I, 363. — Il en serait cependant autrement au cas où un immeuble aurait été vendu dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. L'aliénation d'un immeuble faite dans de pareilles circonstances apporterait un changement notable aux conventions matrimoniales, en altérant les effets qu'elles devaient produire d'après la nature des biens que possédaient les époux. L'espèce d'ameublement qui en résulterait doit donc rester sans effet. Art. 1395, et arg. art. 1404, al. 2. Pothier, n° 603. Delvincourt, sur l'art. 1404. Duranton, XIV, 184. Battur, I, 174. Bellot des Minières, I, p. 170 à 175. Troplong, I, 364. Voy. en sens contraire: Toullier, XII, 171; Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 1; Rodière et Pont, I, 329; Odier, I, 77; Zachariæ, § 507, note 23.

⁷ Rodière et Pont, I, 326. Troplong, I, 365. — Sur les obligations facultatives et alternatives, voy. § 300, texte n° 1, notes 6 et 7.

Enfin, la communauté comprend les droits réels mobiliers, et en particulier : les droits d'usufruit mobilier, constitués avant ou pendant le mariage; la propriété des compositions littéraires ou scientifiques, des œuvres d'art ou des inventions, exécutées ou faites avant ou pendant le mariage⁸; la valeur vénale d'un office dont le mari était titulaire au moment de la célébration, ou dont il a été pourvu depuis, soit moyennant finance, soit gratuitement⁹; la part entière de l'un ou de l'autre des époux dans une succession, une communauté de biens, une société civile, ou une association en participation, lorsque l'actif se compose exclusivement de meubles, et la portion mobilière de cette part, lorsque l'actif se compose tout à la fois de meubles et d'immeubles¹⁰; l'action en-

⁸ Toullier (XII, 116), Battur (I, 188) et Zachariæ (§ 507, texte et note 11) enseignent, au contraire, en se fondant sur l'art. 39 du décret du 5 février 1810, que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique ne tombe pas dans la communauté, sans une stipulation expresse du contrat de mariage. Ils 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, si la cession en a eu lieu avant la dissolution de la communauté; mais ils soutiennent que dans le cas contraire, l'époux, auteur de l'ouvrage, ou ses héritiers en conservent la propriété, à l'exclusion de l'autre époux. La conclusion que ces auteurs tirent de la disposition de l'art. 39 du décret ci-dessus cité, est évidemment erronée. Ce décret, dont l'objet n'a nullement été de régler les droits respectifs des époux relativement aux ouvrages composés par l'un d'eux, laisse indécise la question, qui doit dès lors être décidée d'après le principe général posé par l'art. 1401. Il y a d'ailleurs inconséquence dans le système de Toullier et Battur, en ce que, tout en soutenant que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique n'entre point dans la communauté, ils y font cependant tomber, sans récompense au profit de l'époux auteur de l'ouvrage, le prix pour lequel ce dernier aurait, pendant le mariage, cédé son droit de propriété. Duranton, XIV, 131. Rodière et Pont, I, 363. Marcadé, sur l'art. 1403, n° 5. Odier, I, 82. Troplong, I, 433. — Cpr. loi du 8 avril 1854, *sur le droit de propriété garanti aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes*. Cette loi nous paraît avoir également laissé dans les termes du Droit commun la question que nous venons de résoudre par application de l'art. 1401.

⁹ Toullier, XII, 112. Duranton, XIV, 130. Battur, I, 186. Rodière et Pont, I, 364. Odier, I, 83. Troplong, I, 418 et 419. — Nous disons *la valeur vénale*, car le titre même de l'office ne tombe point dans la communauté. Si donc au moment du décès de la femme, le mari se trouve encore pourvu d'un office, les héritiers de cette dernière ne sont pas en droit de le contraindre à s'en démettre : ils peuvent seulement exiger qu'il leur fasse état de la moitié de la valeur estimative de l'office au moment de la dissolution de la communauté. Marcadé, sur l'art. 1401, n° 5. Rodière et Pont, *loc. cit.* Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Agen, 2 décembre 1836, Sir., 37, 2, 309. Paris, 23 juillet 1840, Sir., 40, 2, 401. Paris, 6 avril 1843, Sir., 43, 2, 172.

¹⁰ La première partie de cette proposition n'a jamais été contestée. La seconde

tière ou l'intérêt intégral de l'un des époux dans une société commerciale, existante déjà au moment de la célébration, ou formée durant le mariage, et ce alors même que l'actif social comprendrait des immeubles¹¹; les bénéfices résultant d'entreprises ou d'opérations formées ou exécutées, soit avant, soit pendant le mariage¹²; enfin, la valeur de l'achalandage ou de la clientèle attachée à un fonds de commerce ou d'industrie¹³.

La règle d'après laquelle le mobilier présent et futur des époux entre dans la communauté, souffre exception en ce qui concerne :

a. Les traitements, dotations, pensions, ou rentes que la loi déclare incessibles et insaisissables, spécialement les traitements de réforme ou pensions de retraite¹⁴, les pensions ou rentes constituées à titre d'aliments, par un tiers, au profit de l'un des

est aussi généralement admise; mais elle soulève dans l'application une grave difficulté, sur la solution de laquelle nous sommes en opposition avec la doctrine et la jurisprudence. A notre avis, ce n'est pas d'après le résultat du partage, mais bien d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles composant l'actif de l'hérédité, de la communauté, ou de la société, que doit se déterminer la portion mobilière de la part afférente à l'époux héritier, communiste ou associé. Voy. sur cette question les développements donnés au § 625, texte et note 21. Aux autorités que nous y avons citées en sens contraire de notre opinion, il faut encore ajouter : Zachariæ, § 507, texte et note 3; Battur, I, 250; Marcadé, sur l'art. 1401, n° 5, et sur l'art. 1408, n° 8, 2°.

¹¹ Art. 529. Cpr. Toullier, XII, 97 à 100; Battur, n° 176; Rodière et Pont, I, 339 à 344; Odier, I, 79. — Toullier (XII, 97) enseigne cependant que si la société venait à se dissoudre pendant le mariage, et que des immeubles échussent en partage à l'époux sociétaire, ces immeubles n'entreraient point en communauté. Mais cette opinion n'est pas admissible : la communauté ayant été substituée à l'époux sociétaire, quant à l'émolument de sa part sociale, c'est avec elle que se fait la liquidation et le partage de la société, et c'est à son profit que se réalise l'expectative de copropriété immobilière qui se trouvait attachée à cette part. Voy. en ce sens : Demante, *Thémis*, VIII, p. 179 à 181; Duranton, IV, 127, et XIV, 122; Rodière et Pont, I, 341. — Zachariæ qui, dans sa troisième édition (§ 171, texte et note 13), avait adopté le sentiment de Toullier, s'est, dans sa quatrième édition (§ 170, texte et note 13), rallié à notre opinion.

¹² Il en est ainsi même des bénéfices réalisés seulement depuis la dissolution de la communauté, lorsqu'ils forment une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant cette dissolution. Arg. art. 1868. Req. rej., 19 novembre 1851, Sir., 51, 1, 32.

¹³ Rodière et Pont, I, 365. Odier, I, 83. Troplong, I, 414. Paris, 22 mars 1834, Sir., 34, 2, 190. Metz, 3 juin 1841, Sir., 42, 1, 899.

¹⁴ Cpr. § 359, texte et note 10. Duranton, XIV, 136. Rodière et Pont, I, 353. Odier, I, 81. Troplong, I, 409 et 410. Civ. cass., 5 février 1830, Sir., 30, 1, 136.

époux ¹⁵, les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse ¹⁶.

b. Les objets mobiliers donnés ou légués à l'un des époux, avant ou pendant le mariage, sous la condition qu'ils n'entreront point en communauté ¹⁷. Art. 1401, n° 1 *in fine* ¹⁸.

¹⁵ L'opinion contraire est professée par MM. Rodière et Pont (I, 353), Odier (I, 88) et Troplong (I, 411), qui se fondent sur ce que les pensions alimentaires, constituées à titre gratuit, bien que déclarées insaisissables par l'art. 581 du Code de procédure, ne sont pas par cela seul incessibles; mais nous croyons avoir suffisamment réfuté cette manière de voir à la note 15 du § 359. Nous nous bornerons à ajouter qu'il serait étrange que l'époux donataire ou légataire d'une pension alimentaire pût, après le décès de son conjoint, être obligé de partager les arrérages ultérieurs de cette pension avec des héritiers peut-être fort éloignés de ce dernier. Un pareil résultat ne serait-il pas évidemment contraire à l'intention de l'auteur de la libéralité et au but dans lequel il l'a faite?

¹⁶ Bien que ces rentes ne soient incessibles et insaisissables que jusqu'à concurrence de 360 fr., elles sont cependant propres pour le tout. Loi des 8 mars, 13 et 18 juin 1850, art. 4, al. 3 et 4, art. 5, al. 3.

¹⁷ Cette condition serait-elle efficace, même quant à la réserve à laquelle l'époux donataire ou légataire aurait droit sur les biens du donateur ou testateur? Toullier (XII, 114), Zachariæ (§ 507, note 12), MM. Duranton (XIV, 35) et Bugnet, (sur Pothier, VII, p. 125, à la note) professent l'affirmative. Mais la négative est enseignée par Delvincourt (III, p. 238); et son opinion a été adoptée par Marcadé (sur l'art. 1408, n° 8, 3), par M. Glandaz (*Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 24), et par MM. Rodière et Pont (I, 437), pour le cas du moins où l'époux réservataire accepte la succession du donateur ou testateur. A notre avis, la condition dont s'agit serait valable, si elle avait été apposée à une donation faite par contrat de mariage. Mais elle devrait rester sans effet, si elle avait été attachée à une donation faite pendant le mariage, et surtout si elle l'avait été à un legs. Un pareil mode de disposer ouvrirait la porte à des fraudes nombreuses, en permettant aux parents de l'un des époux de modifier, au préjudice de l'autre, les résultats éventuels des conventions matrimoniales, sur lesquels ce dernier était autorisé à compter. Cette considération est tellement grave, qu'elle nous porte à penser que la condition resterait inefficace, même au cas de renonciation, jusqu'à concurrence de la part que l'époux donataire ou légataire aurait prise dans la réserve, s'il avait accepté la succession du donateur ou testateur. Cpr. Marcadé, *loc. cit.*

¹⁸ Cette disposition conduit même à reconnaître que le donateur ou le testateur pourrait valablement apposer à sa libéralité la condition que la femme donataire ou légataire touchera sur ses seules quittances, et sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, les revenus des biens donnés ou légués. Toullier, XII, 142. Duranton, XIV, 450. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 283 et suiv. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, p. 23. Bugnet, sur Pothier, VII, p. 256. Odier, I, 268. Rodière et Pont, I, 474. Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 3, à la note. Troplong, I, 68. Paris, 27 janvier et 27 août 1835, Sir., 35, 2, 65 et 518. Nîmes, 18 juin 1840, Sir., 41, 2, 11. Toulouse, 20 août 1840, Sir., 41, 2, 114. Req. rej., 9 mai 1842, Sir., 42, 1, 513. Paris, 5 mars 1846, Sir., 46, 2,

c. Les choses ou valeurs mobilières substituées pendant le mariage aux propres de l'un des conjoints ¹⁹. Dans cette catégorie rentrent notamment : les créances provenant de la vente ou du partage d'immeubles propres, aliénés ou partagés durant le mariage ²⁰ ; le supplément du juste prix offert, sur action en rescision pour cause de lésion, par l'acquéreur d'un immeuble appartenant à l'un des conjoints, peu importe que cet immeuble ait été vendu avant ou pendant le mariage ²¹ ; l'action en restitution du prix au moyen duquel l'un des époux avait, avant le mariage, acheté un immeuble qu'il délaisse durant le mariage, par suite d'une action en rescision pour cause de lésion ²² ; enfin, l'indemnité due par la compagnie d'assurance pour sinistre arrivé à un bâtiment propre à l'un des conjoints ²³.

d. Les objets mobiliers, autres que les fruits, qui, durant le mariage, sont tirés d'un immeuble propre à l'un des époux, ou qui lui sont attribués en sa qualité de propriétaire d'un pareil immeuble. Tels sont, par exemple, les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment, les coupes de bois faites en dehors

149. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 13 ; Bellot des Minières, I, p. 300.

¹⁹ Les exceptions indiquées sous les lettres *c* et *d* sont fondées sur le principe que la communauté ne doit pas être avantagée aux dépens des propres de l'un des conjoints. Art. 1433 et 1493.

²⁰ Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8, 2°. Rodière et Pont, I, 431 à 433, Troplong, I, 444. Voy. encore dans ce sens les nombreuses autorités citées à la note 20 du § 625. — Zachariæ (§ 507, note 14) restreint à tort, pour les soultes de partage, la proposition émise au texte au cas où il s'agit d'une succession ouverte seulement depuis le mariage : c'est la date du partage, et non celle de l'ouverture de la succession, qui doit être prise ici en considération.

²¹ Le supplément de prix que l'acquéreur a la faculté d'offrir pour se dispenser de l'obligation de rendre l'immeuble, dont la restitution forme la fin directe de l'action en rescision, représente réellement une partie proportionnelle de cet immeuble. Pothier, n° 598. Toullier, XII, 186 à 188. Duranton, XIV, 114. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8 *bis*, 2°. Odier, I, 89. Rodière et Pont, I, 433.

²² Toullier, XII, 189. Bugnet, sur Pothier, n° 160. Rodière et Pont, I, 419 et 434. Troplong, I, 445.

²³ Si une pareille indemnité ne revêt pas un caractère immobilier et n'est pas subrogée à l'immeuble incendié, en ce qui concerne les droits respectifs des divers créanciers du propriétaire, et si, d'un autre côté, elle n'est pas sujette au rapport à succession, comme eût pu l'être l'immeuble lui-même, il n'en est pas moins certain que, quant aux relations des époux entre eux, elle est la représentation de cet immeuble. D'ailleurs, le contrat d'assurance n'a pu être passé qu'au nom de l'époux propriétaire de l'immeuble assuré, et dans l'intérêt de la conservation de cet immeuble comme propre. Bordeaux, 19 mars 1857, Sir., 57, 2, 534.

d'un aménagement régulier, les produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage ²⁴, enfin la moitié du trésor attribuée *jure soli* à l'époux propriétaire du fonds dans lequel il a été découvert ²⁵.

Les objets mobiliers qui, d'après ce qui précède, se trouvent exceptionnellement exclus de la communauté, forment en principe, pour l'époux auxquels ils sont réservés, de véritables propres, en ce sens que cet époux en conserve la propriété, et que son droit ne se réduit pas à une simple créance en reprise de leur valeur ²⁶.

²⁴ Voy. sur ces deux points : Art. 1403, al. 1, cbn. 591 et 592 ; art. 1403, al. 3, cbn. 598 ; texte n° 2 et note 34 *infra*.

²⁵ Trois systèmes se sont produits au sujet des droits de la communauté sur le trésor découvert par l'un des époux dans un fonds à lui appartenant. Suivant le premier, la totalité du trésor resterait propre à l'époux inventeur. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 129 ; Bellot des Minières, I, p. 151 ; Battur, I, 161 ; Taulier, V, p. 53. Cette manière de voir ne nous paraît pas admissible, par la raison que la moitié du trésor qui revient à l'époux *jure inventionis*, constitue bien certainement un acquêt mobilier. Cpr. note 2 *supra*. Le second système fait tomber dans la communauté la totalité du trésor. Voy. en ce sens : Merlin, *Rep.*, v° Communauté, § 2, n° 4 ; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 93, note 2 ; Odier, I, 86 ; Rodière et Pont, I, 367 ; Troplong, I, 417 ; Demolombe, XIII, 44 et 45 ; Zachariæ, § 507, texte et note 6. Ces auteurs prétendent que, si le trésor n'est pas un fruit du fonds dans lequel on l'a trouvé, il n'en est pas moins un meuble, et doit par conséquent tomber dans la communauté, comme acquêt mobilier. Ils repoussent toute assimilation du trésor aux produits des coupes extraordinaires ou des mines et carrières ouvertes durant le mariage, en disant que le trésor n'est pas un produit du fonds dans lequel il a été découvert, et que ce fonds ne subit aucune diminution de valeur lorsqu'il en est retiré. Mais ces raisons ne nous semblent pas décisives ; et nous regardons comme préférable le troisième système, qui ne fait tomber dans la communauté que la moitié du trésor, attribuée à l'époux en sa qualité d'inventeur, en lui réservant propre l'autre moitié, à laquelle il a droit comme propriétaire du fonds. En effet, si cette moitié ne forme, matériellement parlant, ni un produit, ni une partie intégrante du fonds dans lequel le trésor a été trouvé, on ne peut cependant méconnaître qu'elle ne constitue un émolument attaché à la propriété. De quelque manière donc qu'on envisage le droit du propriétaire du fonds à la moitié du trésor qui lui est attribuée, il est difficile de ne pas y voir une sorte de droit d'accession ; et la découverte du trésor, qui n'est pas la cause génératrice de ce droit, mais simplement l'occasion de son exercice, ne doit pas, par cela seul qu'elle a lieu pendant le mariage, avoir pour résultat d'en faire perdre le bénéfice à l'époux propriétaire. Voy. en ce sens : Chopin, *Sur la coutume de Paris*, liv. I, tit. I, n° 30 ; Pothier, n° 98 ; Delvincourt, III, p. 12 ; Duranton, XIV, 133 ; Demante, *Thémis*, VIII, p. 181 à 187 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 47 ; Marcadé, sur l'art. 716, n° 2, et sur l'art. 1403, n° 5.

²⁶ Cpr. à ce sujet les développements donnés aux §§ 522 et 523, sur la clause de communauté réduite aux acquêts, et sur la clause de réalisation.

Il en résulte, d'une part, que ces objets demeurent aux risques et périls de l'époux propriétaire, et, d'autre part, que les créanciers de la communauté ne peuvent pas frapper de saisie ceux de ces objets dont la femme est restée propriétaire²⁷.

Le principe qui vient d'être posé reçoit cependant exception quant aux objets mobiliers dont on ne peut faire usage sans les consommer, ou qui de leur nature sont destinés à être vendus, en ce sens que ces objets tombent, pour la propriété, dans la communauté; et ne donnent lieu en faveur de l'époux dont ils proviennent qu'à une action en reprise de leur valeur.

Du reste, tous les objets mobiliers possédés par les époux sont, à moins de preuve contraire, présumés faire partie de la communauté²⁸. Cette preuve est régie, quant aux objets mobiliers donnés ou légués à l'un des époux sous la condition qu'ils lui resteront propres, par les règles relatives aux meubles exclus de la communauté en vertu d'une clause de réalisation, et en ce qui concerne les autres objets mobiliers dont il a été précédemment question, par les principes du Droit commun.

2^o Des fruits des biens propres des époux²⁹.

La communauté comprend tous les fruits naturels ou civils des biens propres des époux³⁰, échus ou perçus pendant le mariage³¹.

²⁷ C'est ainsi qu'ils ne peuvent pas saisir-arrêter le prix encore dû d'immeubles propres à la femme, vendus pendant le mariage. Nancy, 20 août 1827, Sir., 28, 2, 39. Nancy, 7 février 1840, Sir., 40, 2, 484. Besançon, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 446.

²⁸ Art. 1401 et arg. art. 1402. Cpr. Civ. cass., 22 mars 1853, Sir., 53, 1, 467; Paris, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209.

²⁹ La disposition du n° 2 de l'art. 1401, qui fait tomber dans la communauté les fruits des biens propres des époux, peut au premier abord sembler inutile, en présence du n° 1 du même article, qui y fait déjà entrer tout leur mobilier. Mais cette disposition s'explique, quand on se rappelle que la règle qui fait tomber dans la communauté le mobilier présent et futur des époux, souffre précisément exception en ce qui concerne les meubles provenant, durant le mariage, des propres de l'un d'eux. Il était donc nécessaire d'exprimer, d'une manière formelle, l'idée que les fruits des biens propres des époux tombent dans la communauté en cette qualité, et non point par la raison seule qu'ils sont de nature mobilière. Cette disposition spéciale se justifie par la considération que les fruits sont destinés à subvenir aux charges du mariage. Pothier, n° 204. Duranton, XIV, 143. Rodière et Pont, I, 373. Troplong, I, 452.

³⁰ Cpr. sur les diverses espèces de fruits, et sur l'époque à laquelle ils sont réputés perçus : § 195.

³¹ Les explications données à la note 29 *supra* prouvent, jusqu'à l'évidence,

Les droits et les obligations attachés à cette espèce d'usufruit se déterminent, en général, d'après les règles relatives à l'usufruit ordinaire³². Ainsi, la communauté n'a droit aux coupes de bois et aux produits des mines et carrières que sous les mêmes conditions et dans les mêmes limites qu'un usufruitier ordinaire. Si donc des coupes étaient faites en dehors d'un aménagement régulier, ou si des mines et carrières étaient ouvertes pendant le mariage, la communauté, dans l'actif de laquelle les produits en tomberaient comme objets destinés à être vendus, devrait récompense de leur valeur nette à l'époux propriétaire du fonds. Art. 1403, al. 1 et 3; et arg. de cet article.

Les règles générales sur l'usufruit sont modifiées, en ce qui concerne l'usufruit de la communauté, par le principe que les époux personnellement ne doivent pas s'enrichir au préjudice de la communauté.

Il résulte de ce principe que, si la communauté n'avait pas perçu des fruits qu'elle était en droit de percevoir sur un fonds appartenant à l'un des époux, que si, par exemple, des coupes de bois qui auraient pu être faites ne l'avaient point été, l'époux propriétaire du fonds en devrait récompense à la communauté. Art. 1403, al. 2, et arg. de cet article. Il en résulte encore que la communauté a droit à récompense pour les frais de semences et de labours des fonds propres aux époux, lorsqu'à sa dissolution ils les reprennent ensemençés³³. Enfin, il suit de ce principe qu'il est dû

qu'en parlant des fruits échus et perçus pendant le mariage, le législateur n'a pas entendu exclure de la communauté les fruits échus ou perçus antérieurement. Ces fruits tombent dans la communauté en leur qualité de meubles, comme tous autres objets mobiliers qui, dès avant le mariage, auraient été tirés des immeubles des époux ou substitués à ces immeubles. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 6. Rodière et Pont, *loc. cit.*, à la note.

³² Art. 1403, al. 1, art. 1409, n° 4, et arg. de ces articles. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 383.

³³ Sous ce rapport l'art. 585 n'est pas applicable à l'usufruit de la communauté. Toullier, XII, 424. Duranton, XIV, 152. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2685 et 2686. Demante, *Thémis*, VIII, p. 181. Battur, I, 194. Bellot des Minières, I, p. 138 et suiv. Marcadé, *loc. cit.* Odier, I, 95 et 96. Rodière et Pont, I, 384. Troplong, I, 467. Rennes, 30 janvier 1828, Sir., 30, 2, 208. Douai, 20 décembre 1848, Sir., 49, 2, 544. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 14; Bugnet, sur Pothier, n° 213, à la note; Taulier, V, p. 149. — Sous le régime de la communauté légale, la question inverse de savoir si la communauté doit ou non récompense aux époux pour les frais de semences et de labours par eux déboursés antérieurement au mariage, ne peut pas se présenter, puisque ces frais ont été couverts avec des valeurs qui seraient tombées

récompense à la communauté à raison des améliorations faites aux biens propres des époux, et notamment à raison des sommes déboursées pour l'ouverture d'une carrière ou d'une mine sur un fonds appartenant à l'un d'eux, lorsque ce fonds a augmenté de valeur par suite de ces travaux³⁴. Art. 1403, al. 3.

Du reste, les dispositions des art. 600 et 601 sont, par la nature même des choses, étrangères à l'usufruit de la communauté.

3^o Des conquêts immeubles.

a. On doit, en général, et sauf les exceptions qui seront indiquées sous la lettre c ci-après, considérer comme conquêts, d'une part, les immeubles acquis pendant le mariage à titre onéreux, soit par les époux ensemble, soit par l'un d'eux séparément, et, d'autre part, les immeubles donnés ou légués pendant le mariage aux deux époux conjointement³⁵.

dans la communauté. Mais la question offre un intérêt réel sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Cpr. § 522, note 19.

³⁴ Si la communauté avait profité des produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, la récompense qui serait due à l'époux propriétaire et celle que cet époux devrait lui-même à la communauté pour augmentation de la valeur de son fonds se compenseraient jusqu'à due concurrence. Cpr. texte et note 24 *supra*.

³⁵ Toullier, XII, 135. Bellot des Minières, I, p. 177. Odier, I, 125. Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n^o 3. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 19; Battur, I, 282; Duranton, XIV, 189; Glandaz, *op. et v^o citt.*, n^o 103; Bugnet, sur Pothier, n^o 170; Rodière et Pont, I, 471; Taulier, V, p. 59 et 60; Troplong, I, 614; Toulouse, 23 août 1827, Sir., 28, 2, 211. Ces derniers auteurs enseignent que les immeubles donnés, pendant le mariage, aux deux époux conjointement, même par un étranger, ne tombent pas dans la communauté, à moins que le donateur ne l'ait expressément ordonné. Cette opinion est, à notre avis, en opposition formelle avec l'art. 1405. L'argument *a contrario* qui résulte de cet article est parfaitement concluant, puisque la disposition qu'il renferme est exceptionnelle, et qu'il s'agit d'un retour à la règle générale. En effet, aux termes du n^o 3 de l'art. 1401, tous les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, et l'art. 1404, al. 1, ne modifie cette disposition que relativement aux biens qui étoient à l'un des époux par succession, laissant ainsi sous l'empire de la règle générale les biens provenant de donations. A la vérité, les termes de l'art. 1402 ou qu'il lui est échü depuis à titre de donation, paraissent exclure de la communauté tous les immeubles donnés indistinctement. Mais cet article, simplement énonciatif en ce qui touche la désignation des immeubles exclus de la communauté, se réfère nécessairement aux art. 1404 et 1405, dont l'objet est d'indiquer, d'une manière dispositive, quels sont les immeubles qui n'entrent pas en communauté. L'art. 1402 doit donc être entendu dans le sens de ces derniers articles. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que dans l'an-

Il en serait cependant autrement en ce qui concerne les immeubles donnés ou légués, si le donateur ou testateur avait manifesté l'intention que ces immeubles restassent propres, pour une certaine portion, à chacun des époux. Cette intention résulte suffisamment de la circonstance que la donation ou le legs a été fait avec assignation de parts ³⁶. Elle devrait même se présumer dans toute disposition faite par un ascendant au profit de l'un de ses descendants et du conjoint de ce descendant ³⁷.

D'après la règle qui fait tomber dans la communauté les immeubles acquis à titre onéreux, même par l'un des conjoints seulement, on doit, en général, attribuer le caractère de conquêts aux immeubles cédés à l'un des conjoints en paiement de ce qui lui est dû ³⁸.

ancien Droit les donations immobilières étaient, sauf quelques exceptions, considérées comme des titres constitutifs, non de propres, mais de conquêts, alors même qu'elles étaient faites à l'un des conjoints seulement. Pothier, nos 168 et 171. Si les rédacteurs du Code se sont prononcés en sens contraire pour ce qui concerne les donations faites à l'un des époux seulement, cela n'autorise pas à dire qu'ils soient partis de l'idée que les donations immobilières constituent de leur nature, et dans tous les cas, des titres productifs de propres. On doit plutôt penser qu'ils l'ont fait, parce que cette solution leur a paru mieux rentrer dans les intentions probables du donateur, qui, lorsqu'il ne dispose qu'au profit d'un seul des conjoints, doit par cela même être présumé avoir voulu le faire profiter seul de sa libéralité. Mais quand une donation est faite aux deux époux conjointement, il y a tout au moins doute sur la question de savoir si le donateur a entendu disposer au profit des époux en leur qualité de communs en biens, ou si, au contraire, il a voulu gratifier chacun d'eux individuellement. Et en se dépouillant de toute idée préconçue sur ce que le législateur aurait dû statuer quant au caractère des donations envisagées au point de vue qui nous occupe, on ne peut guère se refuser à reconnaître que la disposition restreinte de l'art. 1405 a implicitement résolu en faveur de la communauté le doute qui s'élève sur les intentions du donateur pour le cas de donations faites aux deux époux conjointement.

³⁶ Toullier, XII, 135. Duranton, XIV, 189. Bellot des Minières, I, p. 180. Odier, I, 126.

³⁷ Arg. *a fortiori*, art. 1406. Duranton, *loc. cit.* Cpr. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., 32, 2, 355.

³⁸ *Datio in solutum vicem venditionis obtinet*. L. 4, C. de evict. (8, 44). — L'art. 1406 établit une exception à cette règle pour le cas où la *datio in solutum* émane d'un ascendant. Cpr. sur cet article, texte et note 55 *infra*. — D'un autre côté, si la cession qualifiée de dation en paiement constituait en réalité, et d'après son caractère principal, une véritable libéralité, elle rentrerait sous l'application de l'art. 1405, et serait par conséquent productive de propre, sauf récompense à la communauté pour les valeurs mobilières dont celle-ci se trouverait privée par cette opération.

Quant aux immeubles abandonnés à l'un des conjoints à la charge de payer les dettes du cédant, ils sont à considérer, soit comme des conquêts, soit comme des propres, suivant que l'abandon constitue en réalité un acte à titre onéreux, ou qu'il forme une donation avec charges, sauf, dans ce dernier cas, récompense à la communauté du montant des dettes qu'elle aurait acquittées³⁹.

La règle suivant laquelle tous les immeubles acquis pendant le mariage constituent des conquêts, s'applique au cas où l'usufruit dont étaient grevés au profit d'un tiers des immeubles propres à l'un des époux, aurait été acquis, soit par les deux époux conjointement, soit même séparément par l'époux nu-propriétaire⁴⁰. Si donc le tiers, titulaire primitif de l'usufruit, survivait à la dissolution de la communauté, l'émolument de cet usufruit devrait pour l'avenir, et jusqu'à son extinction, se partager entre les époux ou leurs héritiers.

L'alinéa second de l'art. 1404 assimile aux conquêts les immeubles acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, à moins que l'acquisition n'ait eu lieu en vertu d'une clause de ce contrat qui leur attribue le caractère de propres⁴¹.

³⁹ On ne doit pas conclure, par argument *a contrario* de l'art. 1406, que l'immeuble abandonné à l'un des époux par une personne autre qu'un de ses ascendants, sous la condition de payer les dettes du cédant, constitue toujours un conquêt. Cet argument serait évidemment fautif dans le cas où l'abandon constituerait en réalité une donation avec charges. Art. 1405 cbn. art. 945 et 1412. Cpr. texte et note 55 *infra*. Troplong, I, 631.

⁴⁰ L'opinion contraire était reçue dans notre ancien Droit. Voy. Dumoulin, *Commentarii in vet. cons. paris.*, art. 118; Pothier, n° 639. On a essayé de la reproduire sous l'empire du Code, en se fondant sur les art. 1408 et 1437. Voy. Duranton, XIV, 371; Odier, I, 345; Troplong, I, 504 et 505; Zachariæ, § 511, note 26. Mais ces articles sont complètement étrangers à la question. Il ne s'agit ici, ni de l'acquisition de portion d'un immeuble indivis, ni du rachat de services fonciers, mais de l'acquisition d'un droit immobilier, distinct de la nue-propriété, subsistant par lui-même, et qui ne forme pas une simple charge ou qualité passive de l'immeuble sur lequel il est établi. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2681. Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*, à la note. Rodière et Pont, I, 412. Rouen, 1^{er} juillet 1841, Sir., 41, 2, 490. Civ. rej., 16 juillet 1845, Sir., 45, 1, 721.

⁴¹ L'art. 1404, al. 2, qui statue sur un point controversé dans notre ancienne jurisprudence, a été emprunté aux arrêtés de Lamoignon (tit. XXXII, art. 12). Sa disposition, dérogame au Droit commun, a pour objet de prévenir les surprises que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre, en convertissant en immeubles exclus de la communauté, des valeurs mobilières qui devaient y entrer d'après des conventions matrimoniales antérieurement arrêtées entre les parties.

Cette disposition doit être strictement limitée au cas pour lequel elle est établie. Elle ne peut être étendue aux acquisitions faites, soit avant le mariage, quand les époux se sont mariés sans contrat, soit avant le contrat de mariage, lorsqu'il en a été passé un, quelque rapprochée qu'ait été de la célébration du mariage, ou de la passation du contrat de mariage, l'époque à laquelle elles ont eu lieu⁴². Cette disposition cesse même de recevoir application pour les acquisitions faites entre le contrat de mariage et la célébration du mariage, lorsqu'elles ont eu lieu à titre gratuit ou par voie d'échange immobilier⁴³.

b. Tout immeuble qui ne rentre pas dans l'une ou l'autre des catégories de conquêts ci-dessus indiquées, reste de plein droit en dehors de la communauté. Ainsi, sont exclus de la communauté :

1) Les immeubles sur lesquels l'un des époux avait, dès avant le mariage, un droit de propriété. Art. 1402 et 1404, al. 1.

Il importe peu que l'existence de ce droit de propriété n'ait été reconnue que pendant le mariage, ou qu'il se trouvât subordonné, soit à la condition de la célébration du mariage, soit à quelque autre condition qui ne s'est réalisée que depuis le mariage. Les immeubles dont l'un des époux a obtenu la mise en possession après la célébration du mariage, mais en vertu d'une action immobilière qui lui compétait avant cette époque, lui demeurent donc propres⁴⁴. Il en est de même des immeubles donnés aux

⁴² Toullier, XII, 171. Duranton, XIV, 184. Rodière et Pont, I, 405 et 406.

⁴³ *Cessante legis ratione, cessat lex*. Cpr. note 41 *supra*. Rodière et Pont, I, 408.

⁴⁴ Telles sont, par exemple, les actions en nullité ou en rescision, en résolution ou en révocation d'un titre translatif de propriété immobilière. Delvincourt, III, p. 22. Battur, I, 204. Bellot des Minières, I, p. 158 et suiv. Toullier, XII, 186 et suiv. Duranton, XIV, 172. Odier, I, 104 à 109. Rodière et Pont, I, 418. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 7. Troplong, I, 497 et suiv. Cpr. note 21 *supra*.—Toutefois, en cas de résolution de vente, pour défaut de paiement du prix d'un immeuble aliéné par l'un des époux dès avant le mariage, c'est la communauté qui devient propriétaire de cet immeuble. La raison en est que l'action en résolution, qui ne constitue en pareil cas qu'un moyen de faire valoir la créance résultant du contrat de vente, est entrée dans la communauté comme accessoire de cette créance, et ne peut dès lors être exercée qu'au nom et dans l'intérêt de la communauté. Pothier (nos 189 et 628) enseignait le contraire, mais par des motifs qui ne sont plus exacts aujourd'hui, ni au point de vue du Droit civil, ni à celui du Droit fiscal, et en soumettant d'ailleurs l'époux vendeur, rentrant dans la propriété de l'immeuble vendu, à l'obligation de bonifier à la communauté le montant du prix de vente dont elle se trouvait privée. Sa manière de voir a été suivie par M. Tessier (*Société d'acquêts*, nos 38 et 42), et par M. Troplong (I, 518), qui

futurs époux par contrat de mariage. Ces immeubles restent propres par moitié à chacun des époux, lorsqu'ils leur ont été donnés conjointement, à moins toutefois que l'un d'eux ne fût l'héritier présomptif du donateur, auquel cas ils sont, en général, propres pour le tout à cet époux ⁴⁵.

L'application de la règle ci-dessus énoncée est indépendante de la validité des titres sur lesquels reposent les droits de propriété. Quels que soient les vices dont ces titres se trouvent entachés, leur confirmation, ou la reconnaissance de leur validité par transaction, ne donne point aux immeubles qui en font l'objet, le caractère de conquêts, encore que la confirmation ou la transaction n'ait eu lieu que moyennant un prix qui a été payé des deniers de la communauté ⁴⁶.

n'hésite pas à déclarer insoutenable l'opinion pour laquelle nous nous sommes prononcés avec M. Duranton (XIV, 173), et dans laquelle nous persistons avec une entière conviction. Nous nous bornerons à ajouter, comme considération pratique, à l'appui des raisons juridiques précédemment indiquées, que ce dernier système serait le plus souvent désavantageux à l'époux dans l'intérêt duquel on le propose, puisqu'il ne redeviendrait propriétaire de l'immeuble par lui aliéné, qu'à la charge de faire état à la communauté, non-seulement du prix de cet immeuble, mais encore des frais judiciaires et des droits de mutation auxquels la résolution aura donné lieu, et qu'on l'obligerait ainsi indirectement à garantir une créance qui était tombée dans la communauté sans aucune obligation de garantie de sa part.

⁴⁵ On doit en effet présumer, en pareil cas, que le donateur n'a voulu donner la propriété des biens dont il disposait qu'à son héritier présomptif, et que, s'il a déclaré donner *aux futurs époux*, c'est en considération seulement de la jouissance qui devait leur être commune pendant le mariage. Il faut même admettre que les immeubles donnés, en faveur de mariage, au futur époux, par une personne dont la future épouse était l'héritière présomptive, doivent en général être présumés avoir été donnés à cette dernière, s'il n'est pas dit dans l'acte de donation qu'elle est faite au futur pour lui et les siens. Dumoulin, *Comment. in vet. cons. paris.*, art. 55, nos 100 et 101. Pothier, n° 170. Tessier, *De la dot*, I, p. 146, note 262. Toullier, XII, 13 et suiv. Bugnet, sur Pothier, n° 170, à la note. Rodière et Pont, I, 470. Troplong, I, 600 à 603.

⁴⁶ Pothier, n° 160. Toullier, XII, 184. Duranton, XIV, 181 et 182. Battur, I, 205. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 419. Troplong, I, 511 à 515. — Cpr. sur la transaction en particulier, § 421, texte et notes 13 à 16. — *Quid* de la ratification donnée, pendant le mariage, par le légitime propriétaire, d'une vente qu'un tiers avait, avant le mariage, passée à l'un des époux? Si la vente a eu lieu au nom et pour le compte du propriétaire, l'immeuble qui en est l'objet restera incontestablement propre à l'époux acquéreur, encore que la ratification n'ait eu lieu que moyennant un certain prix. Au contraire, lorsque la vente a été faite par le tiers en son propre nom, il faut examiner si, en déclarant la ratifier, le propriétaire a simplement consenti à son exécution, ou si c'est en réa-

On doit considérer, comme ayant appartenu à l'un des époux antérieurement au mariage, tout immeuble dont il avait, dès avant cette époque, une possession propre à servir de fondement à l'usucapion⁴⁷, bien que le temps requis pour l'usucapion, ou même pour la saisine possessoire, ne se soit accompli que pendant le mariage⁴⁸, ou ne le soit pas encore lors de sa dissolution⁴⁹. Art. 1402.

2) Les immeubles échus par succession à l'un des époux pendant le mariage. Art. 1404, al. 1.

Si l'un des époux était appelé à une succession tout à la fois mobilière et immobilière, les immeubles compris dans son lot ne lui seraient propres que proportionnellement à la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires⁵⁰.

Les immeubles dévolus à l'un des époux à titre de retour légal lui sont propres, comme ceux qui lui échoient par voie de succession ordinaire. Il en serait ainsi, dans le cas même où les immeubles qu'il est appelé à recueillir à ce titre, constituaient primitivement des conquêts de communauté⁵¹. Si donc des immeubles de cette nature avaient été donnés conjointement par les époux pour doter

lité une vente nouvelle qu'il a passée. Au premier cas, l'immeuble formera également un propre; au second, il deviendra un conquêt, lors même que l'époux acquéreur en aurait été en possession dès avant le mariage. Pothier, nos 162 et 163. Duranton, XIV, 181. Rodière et Pont, *loc. cit.* Cpr. Troplong, I, 516. Voy. en sens contraire, sur la dernière hypothèse : Toullier, XII, 177; Battur, I, 205.

⁴⁷ C'est une possession de cette nature que les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans l'art. 1402, entendu désigner par les termes *possession légale*. Delvincourt, III, p. 16. Rodière et Pont, I, 420. Odier, I, 114. Troplong, I, 529. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 7.

⁴⁸ Duranton, XIV, 178. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 421 à 424. Odier, I, 115. — La règle énoncée au texte est une conséquence de la présomption de propriété qui se trouve attachée à toute possession non viciieuse, dès le moment où elle commence. — C'est à tort que Toullier (XII, 173) prétend qu'en appliquant cette règle à la matière qui nous occupe, l'art. 1402 a introduit un droit nouveau. Pothier, nos 111, 157, 162, 163 et 203. Rodière et Pont, I, 425. Odier, I, 116. Marcadé, *loc. cit.*

⁴⁹ Marcadé, *loc. cit.*

⁵⁰ Cpr. texte et note 10 *supra*.

⁵¹ Cette solution est généralement admise. Voy. Bellot des Minières, I, p. 162 et suiv.; Duranton, XIV, 187; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 100; Rodière et Pont, I, 461; Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 2; Troplong, I, 587 et suiv. Elle n'est contestée que par Delvincourt (III, p. 18), qui part de l'idée que le droit de retour légal s'exerce plutôt à titre de réversion ou de résolution de la donation, qu'à titre de succession. Mais ce point de vue est évidemment inexact. Cpr. § 608, texte et note 2.

un enfant commun, et que cet enfant vint à prédécéder sans postérité, ces immeubles seraient propres pour moitié à chacun des époux.

On doit assimiler aux immeubles échus directement par succession à l'un des époux, ceux qu'il peut avoir acquis en exerçant le retrait successoral admis par l'art. 841⁵².

3) Les immeubles donnés ou légués à l'un des époux. Art. 1405. Ils sont exclus de la communauté, à moins que le donateur ou le testateur n'ait expressément déclaré qu'il entendait les y faire entrer.

Cette règle s'applique aux donations faites sous des charges plus ou moins onéreuses, aussi bien qu'aux donations pures, sauf le cas échéant, récompense à la communauté pour le montant des charges⁵³. Elle s'étend même aux donations déguisées sous l'apparence de contrats onéreux. L'époux auquel un immeuble a été transmis par un acte de cette nature, est autorisé à le retenir comme propre, en établissant le véritable caractère de l'acte de transmission⁵⁴.

c. Le principe général d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté, est sujet aux trois exceptions suivantes :

1) Les immeubles abandonnés ou cédés à l'un des conjoints par un de ses ascendants, soit en paiement de ce qu'il lui doit, soit à charge de payer ses dettes, forment des propres au profit de ce conjoint, sauf récompense à la communauté de la valeur de la créance dont elle a été privée, ou du montant des dettes qu'elle a acquittées. Art. 1406⁵⁵.

⁵² Delvincourt, III, p. 18. Toullier, XII, 134 *bis*. Duranton, XIV, 186. Glandaz, *op. et vº citt.*, n° 99. Bugnet, sur Pothier, VII, p. 120, note 2. Odier, I, 120. Rodière et Pont, I, 480. Troplong, I, 586.

⁵³ Duranton, XIV, 190. Odier, I, 127. Rodière et Pont, I, 472. Cpr. texte et note 39 *supra*. Voy. cep. Toullier, XII, 143. — Néanmoins, si un acte, qualifié donation, ne renfermait réellement aucune libéralité, l'immeuble dont il constaterait la transmission à l'un des époux formerait un conquêt. *Sermo rei, non res sermoni, subjicitur*. Duranton, XIV, 192.

⁵⁴ Battur, I, 245 et suiv. Rodière et Pont, *loc. cit.*

⁵⁵ La disposition de cet article, empruntée à l'ancienne jurisprudence (voy. Pothier, nos 136 et 139), repose sur cette idée que les actes de transmission de la nature de ceux dont il s'agit au texte ne présentent pas les caractères de conventions ordinaires à titre onéreux, mais constituent plutôt des avances d'hoirie ou de simples accommodements de famille. — Il convient, du reste, de remarquer, en ce qui concerne spécialement les cessions faites à la charge de

La règle exceptionnelle établie par l'art. 1406 ne peut être étendue à une vente proprement dite, c'est-à-dire à une transmission faite moyennant un prix déterminé payable à l'ascendant lui-même⁵⁶.

2) Les immeubles qui, en vertu d'une fiction de subrogation, sont censés prendre la place de propres, forment eux-mêmes des propres.

Cette fiction est admise à l'égard des immeubles acquis pendant le mariage en échange d'immeubles propres à l'un des époux. Les immeubles ainsi acquis sont en totalité propres à cet époux, encore que l'échange ait été conclu sous condition d'une soulte payable au coéchangiste, sauf la récompense qui, dans ce cas, peut être due à la communauté. Art. 1407. Néanmoins, si la soulte était à peu près égale à la valeur du propre donné en échange, et à plus forte raison si elle la dépassait, l'immeuble reçu en contre-échange ne deviendrait propre que jusqu'à concurrence de la valeur du propre originaire, et serait conquêt pour le surplus. Il y a mieux, si la somme payable à titre de soulte était tellement supérieure à la valeur du propre donné en échange, que le paiement de cette somme formât en réalité l'objet principal des engagements contractés envers le coéchangiste, l'immeuble reçu en contre-échange deviendrait, sauf récompense, conquêt pour la totalité⁵⁷.

payer les dettes de l'ascendant, que les immeubles cédés deviennent des propres, alors même que la valeur de ces immeubles ne dépassant pas notablement le montant des dettes, l'abandon ne formerait pas véritablement un acte de libéralité. Sous ce rapport, l'hypothèse actuelle se distingue essentiellement de celle que nous avons examinée, texte et note 39 *supra*.

⁵⁶ Rodière et Pont, I, 467. Troplong, I, 628.

⁵⁷ Deux autres solutions, diamétralement opposées l'une à l'autre, ont été proposées. Suivant la première, l'immeuble acquis par voie d'échange formerait un propre pour la totalité, quelque considérable que fût la soulte. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 149 ; Dalloz, *jur. gén.*, X, p. 196, n° 59 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 113 ; Zachariæ, § 507, note 28. Cette opinion, qui ne repose que sur une fausse application de la maxime *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ne nous paraît pas admissible, parce qu'elle aurait pour résultat de donner aux époux les moyens de se créer des propres à volonté. D'après la seconde solution, l'immeuble acquis en échange d'un propre serait pour la totalité un conquêt, si la soulte dépassait dans une mesure quelconque la valeur de ce propre. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, I, p. 203 ; Bugnet, sur Pothier, n° 197, note 1. Mais la circonstance à laquelle s'attachent ces auteurs ne ferait, à notre avis, dégénérer la convention en vente qu'autant que la soulte formerait, à raison de son importance, l'objet principal des engagements contractés au profit du coéchangiste, et que la livraison du propre de l'un

Du reste, rien n'empêche que les époux ne puissent valablement déroger à la disposition de l'art. 1407, en convenant dans l'acte d'échange que l'immeuble reçu en contre-échange de l'immeuble propre à l'un d'eux, formera un conquêt⁵⁸.

La fiction de subrogation dont s'agit a lieu, d'un autre côté, à l'égard des immeubles acquis en remploi de propres aliénés pendant le mariage.

Le remploi peut être fait par anticipation, c'est-à-dire en vue de l'emploi de deniers à provenir d'une aliénation future⁵⁹. A

des époux ne serait plus qu'une obligation accessoire et complémentaire. Hors de cette hypothèse, il est impossible de ne pas voir dans le contrat une convention mêlée d'échange et de vente, qui, pour la portion de l'immeuble à l'égard de laquelle il y a véritablement échange, doit produire la subrogation établie par l'art. 1407. Cpr. dans le sens de l'ensemble de la théorie indiquée au texte : Pothier, n° 197 ; Taulier, V, p. 62 ; Odier, I, 430 et 431 ; Rodière et Pont, I, 500 ; Marcadé, sur l'art. 1407, n° 1 ; Troplong, I, 637. Voy. aussi Battur, I, 208 ; Duranton, XIV, 195.

⁵⁸ Cpr. sur ce point : § 503 *bis*, texte n° 2 et note 21.

⁵⁹ Les remplois par anticipation sont fréquents dans la pratique. Ils offrent aux époux les moyens de profiter d'occasions favorables pour faire des acquisitions avantageuses, qu'ils solderont avec les deniers que leur procurera l'aliénation ultérieure de biens propres ; et l'on comprend que le conjoint, dont les propres doivent être aliénés dans ce but, ne consente à les vendre qu'autant que le remploi lui est d'avance assuré. Ce serait gêner sans nécessité la liberté des époux, que de ne pas admettre la possibilité de remplois anticipés, dont l'efficacité est d'ailleurs toujours subordonnée au fait de l'aliénation subséquente de biens propres. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Remploi, n° 39. Glandaz, *op. cit.*, v° Communauté conjugale, n° 264. Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 203 à 217. Rodière et Pont, I, 512. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 4. Req. rej., 23 novembre 1826, Sir., 27, 1, 270. Angers, 11 février 1829, Sir., 29, 2, 327. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 370 ; Bellot des Minières, I, p. 51 ; Odier, I, 326 ; Paris, 27 janvier 1820, Sir., 20, 2, 293 ; Bourges, 1^{er} août 1838, Sir., 38, 2, 455. — Suivant un arrêt de la cour d'Angers, du 6 mars 1844 (Sir., 46, 2, 37), dont la décision a été adoptée par M. Troplong (II, 1154), le remploi anticipé, valable s'il avait eu lieu dans l'intérêt de la femme, resterait inefficace si le mari l'avait fait pour son propre compte. Cette distinction ne nous paraît pas admissible en principe. Le remploi anticipé fait par le mari ne saurait, à notre avis, être rejeté par cela seul qu'il pourrait être pour ce dernier un moyen de s'avantager au détriment de la communauté ; mais nous reconnaissons que si les circonstances tendaient à établir que le mari n'avait pas, en faisant la déclaration de remploi, l'intention sérieuse et bien arrêtée d'aliéner prochainement des immeubles à lui propres, et qu'il n'a fait cette déclaration que dans la pensée de se réserver la faculté de profiter de l'acquisition ou de la laisser pour le compte de la communauté, suivant qu'elle serait avantageuse ou onéreuse, la femme serait en droit de contester le remploi, et de faire attribuer à l'immeuble le caractère de conquêt.

plus forte raison, n'est-il pas nécessaire que le prix d'une aliénation déjà effectuée ait été préalablement versé dans la communauté; il suffit que ce prix se soit trouvé, pendant le mariage, à la disposition du mari comme chef de la communauté⁶⁰.

D'un autre côté, la loi n'exige pas que les deniers au moyen desquels la nouvelle acquisition a été soldée, soient matériellement et identiquement ceux qui ont été versés dans la communauté, comme prix du propre vendu; et le remploi peut valablement s'effectuer, quoique ce prix se soit depuis longtemps confondu dans la masse commune⁶¹.

Le remploi ne s'opère pas *ipso facto*, par cela seul que l'acquisition d'un immeuble a été soldée au moyen du prix provenant de l'aliénation d'un propre. Il y a plus, la seule déclaration, faite lors de l'acquisition d'un immeuble, que le prix en a été payé des deniers provenant de l'aliénation d'un propre, ne suffit pas pour constituer le remploi⁶²: il faut pour l'effectuer qu'il soit déclaré, soit expressément, soit en termes équipollents⁶³, que l'immeuble

⁶⁰ Civ. rej., 6 janvier 1858, Sir., 58, 1, 273. Cpr. Paris, 6 mars 1847, Sir., 49, 2, 17; Douai, 9 mars 1849, Sir., 49, 2, 20.

⁶¹ On ne doit pas étendre à la subrogation réelle, dont il est ici question, la disposition du n° 2 de l'art. 1250, qui ne concerne spécialement que la subrogation personnelle, consentie par le débiteur. Bellot des Minières, I, p. 518. Duranton, XV, 428. Rodière et Pont, I, 505. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 2. Cpr. Req. rej., 6 décembre 1819, Sir., 20, 1, 108.

⁶² Pothier (n° 198) semble admettre qu'une pareille déclaration suffit. Mais son opinion est contraire à celle de Renusson (*Des propres*, chap. IV, sect. II), de Lebrun (*De la communauté*, liv. III, chap. II, dist. 2, n° 62) et de Duplessis (*De la communauté*, liv. IV, chap. II, sect. II). En substituant dans les art. 1434 et 1435 la conjonctive *et* à la disjonctive *ou* dont Pothier s'est servi au numéro ci-dessus cité, les rédacteurs du Code paraissent avoir eu précisément en vue de rejeter, comme insuffisante pour opérer le remploi, la déclaration insérée dans l'acte d'acquisition d'un immeuble, que le prix en a été payé des deniers provenant de l'aliénation d'un propre. Cette solution est, en effet, la plus rationnelle, puisqu'une pareille déclaration, qui peut n'avoir été faite que dans le but de constater un droit à récompense en faveur de l'époux dont le propre a été aliéné, n'emporte pas nécessairement manifestation de la volonté d'effectuer un remploi. Nous croyons donc devoir modifier, sous ce rapport, l'opinion émise dans nos premières éditions. Cpr. note 64 *infra*. Voy. en ce sens : Glandaz, *op. cit.*, n° 262; Benech, *op. cit.*, n° 36; Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 2; Rodière et Pont, I, 504; Troplong, II, 1119 à 1122; Req. rej., 23 mai 1838, Sir., 38, 1, 525. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 428; Duvergier, sur Toullier, XII, 370; Taulier, V, p. 109; Odier, I, 325.

⁶³ Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1123. Req. rej., 14 frimaire, an XII, Sir., 4, 2, 47. Req. rej., 23 mai 1838, Sir., 38, 1, 525.

acquis est destiné à servir de remploi du prix provenu ou à provenir d'un propre déjà aliéné ou dont l'aliénation est projetée⁶⁴.

La déclaration constitutive du remploi doit être faite dans l'acte d'acquisition même. Une pareille déclaration faite après coup serait sans effet, lors même qu'elle aurait eu lieu dans l'intérêt de la femme⁶⁵.

⁶⁴ MM. Rodière et Pont (I, 504) enseignent, en s'attachant à la lettre des art. 1434 et 1435, qu'une déclaration, même conçue dans les termes énoncés au texte, ne suffit pas pour constituer le remploi, et qu'il faut de plus une indication spéciale et distincte de l'origine des deniers. Mais cette interprétation nous paraît dépasser le but; et à cet égard nous maintenons l'opinion que nous avons adoptée dans nos premières éditions. Dès qu'il est certain, comme MM. Rodière et Pont le reconnaissent eux-mêmes, que l'efficacité du remploi n'est pas subordonnée à l'identité des deniers, une indication spéciale de leur origine serait absolument sans objet; et l'on doit croire que les rédacteurs du Code l'ont rappelée, bien moins comme une condition distincte de la déclaration de remploi, que pour exprimer l'idée qu'elle serait insuffisante, si elle n'était accompagnée de cette déclaration. Nous ajouterons que l'indication de l'origine des deniers, telle qu'elle est mentionnée aux art. 1434 et 1435, serait le plus souvent contraire à la vérité, et deviendrait matériellement impossible s'il s'agissait d'un remploi à faire par anticipation. Voy. en ce sens : Zachariæ, § 511, note 4.

⁶⁵ La déclaration de remploi ne peut avoir lieu *ex intervallo*; elle doit être faite *in continenti*. L'art. 1434 l'exige formellement pour l'hypothèse dont il s'occupe; et il ressort évidemment de la corrélation qui existe entre sa disposition et celle de l'art. 1435, que cette condition est également requise dans l'hypothèse à laquelle s'applique ce dernier article. Cependant MM. Rodière et Pont (I, 507) et Marcadé (sur les art. 1434 et 1435, n° 3) se prononcent en sens contraire, pour le remploi fait par le mari dans l'intérêt de la femme, en invoquant, à l'appui de leur manière de voir, l'autorité de Dumoulin et l'art. 1595 du Code Napoléon. Mais il suffit de lire attentivement les annotations de Dumoulin sur l'art. 238 de la coutume de Bourbonnais et sur l'art. 164 de la coutume de Blois, pour se convaincre que ce jurisconsulte ne s'occupe que de la reconnaissance par le mari du droit de la femme à récompense, et qu'il n'a nullement en vue la question de remploi. Quant à l'art. 1595, il prouve sans doute que le mari peut céder à sa femme, soit un de ses propres, soit même un conquêt, pour la remplir de valeurs à elle appartenantes, touchées par la communauté. Mais, bien qu'en pareil cas l'immeuble cédé à la femme lui devienne propre, à l'instar d'un immeuble acquis en remploi, il est évident que l'opération ne constitue qu'une *datio in solutum*, ou une vente ordinaire, et non une acquisition en remploi. La différence est de la plus haute importance, pour le cas du moins de renonciation à la communauté, tant au point de vue fiscal que par rapport aux hypothèques judiciaires ou légales, antérieures à celle de la femme, dont l'immeuble cédé se trouverait grevé. Cpr. texte et note 72 *infra*. Pothier, nos 198 et 199. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10. Toullier, XII, 358. Duranton, XIV, 392 et 396. Odier, I, 319. Troplong, II, 1061, 1117 et 1122. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 93. Bourges, 26 avril 1837, Sir., 37, 2, 359.

La déclaration de remploi faite par le mari, pour son compte personnel, opère par elle-même le remploi. Mais, lorsqu'il s'agit d'un remploi à faire dans l'intérêt de la femme, la déclaration du mari ne produit cet effet qu'autant qu'elle a été formellement acceptée par celle-ci⁶⁶.

En acquérant un immeuble, avec l'intention dûment manifestée de le faire servir au remploi de deniers propres à la femme, le mari fait bien un acte de nature à profiter éventuellement à cette dernière; mais il n'en agit pas moins en son propre nom, comme chef de la communauté, et dans la vue de la libérer de la récompense dont elle se trouve débitrice. La déclaration faite à cet effet dans l'acte d'acquisition ne constitue en réalité qu'une offre adressée par le mari à la femme, de la substituer au bénéfice de l'acquisition⁶⁷.

Cette offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée⁶⁸. Elle doit être considérée comme révoquée par l'aliénation que ferait le mari, de l'immeuble acquis avec déclaration de remploi, et

⁶⁶ Quoique la loi exige une acceptation formelle, c'est-à-dire une acceptation exclusive de toute espèce de doute, elle ne demande cependant pas une déclaration explicite d'acceptation. Il semble donc que le concours de la femme à l'acte qui renferme la déclaration de remploi à son profit, constitue une acceptation suffisante de sa part. Pothier, n° 200. Delvincourt, III, p. 62. Toullier, XII, 361. Odier, I, 323. Troplong, II, 1129. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 510; Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3; Benech, *op. cit.*, n° 43.

⁶⁷ Il semblerait résulter des explications données par Pothier (n° 200) et d'Aguesseau (27^e plaidoyer, édition Pardessus, II, p. 464), que le mari agit en pareil cas au nom de sa femme, et comme gérant d'affaires ou même comme procureur de celle-ci. Cette idée, qui a été récemment reproduite et développée par M. Labbé (*De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, nos 89 à 96), ne nous paraît pas exacte. Elle confond la destination que le mari entend donner à l'immeuble par lui acquis, avec l'acquisition même de cet immeuble, qui forme l'objet principal de l'acte. Aussi, l'art. 1435 ne se sert-il pas, pour caractériser l'adhésion de la femme, du mot *ratifié*, par lequel se désigne l'approbation donnée aux actes passés par un gérant d'affaires, mais bien du terme *accepté*, qui se réfère, dans son acception ordinaire, à une proposition ou à une offre. Il est d'ailleurs à remarquer que Pothier et d'Aguesseau, en qualifiant de ratification l'acceptation du remploi par la femme, avaient principalement en vue d'expliquer la rétroactivité qui y est attachée. Or, cette rétroactivité, qui doit être restreinte dans de certaines limites, se justifie, indépendamment de toute idée de gestion d'affaires et de ratification, par la nature particulière de l'opération du remploi. Cpr. texte et note 71 *infra*. Voy. en ce sens : Murlon, *Revue pratique*, 1857, III, p. 66 et suiv., n° 59.

⁶⁸ Toullier, XII, 360. Odier, I, 321. Rodière et Pont, I, 511. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3. Voy. en sens contraire : Battur, II, 588.

même par la constitution sur cet immeuble de servitudes ou d'hypothèques conventionnelles, en ce sens du moins que la femme, en acceptant le emploi, serait tenue de respecter ces charges ⁶⁹. En l'absence de toute révocation expresse ou tacite, la femme peut accepter le emploi tant que la communauté subsiste; elle ne le pourrait plus après sa dissolution ⁷⁰.

Sauf le maintien des droits conventionnellement conférés par le mari à des tiers, l'acceptation rétroagit au jour même de l'acquisition, de sorte que, sous la restriction qui vient d'être indiquée, la femme est censée avoir immédiatement succédé au vendeur de cet immeuble ⁷¹. Il résulte de là, que les hypothèques

⁶⁹ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 193, n° 16). Toul-
lier, XII, 360. Bellot des Minières, I, p. 516. Duranton, XIV, 393. Rodière et
Pont, Odier, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1136. Murlon, *op. et loc. cit.*
Voy. en sens contraire : Labbé, *op. cit.*, nos 97 à 102, et *Revue pratique*, 1858,
IV, p. 51 et suiv.

⁷⁰ Arg. art. 1435 c. civ. 1470. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *op. et loc.*
citt.). Maleville, sur l'art. 1435. Merlin, *Rép.*, v° Emploi, § 2, n° 5. Toul-
lier, XII, 360 et 361. Bellot des Minières, I, p. 516. Duranton, XIV, 393.
Odier, I, 321 et 322. Benech, *op. cit.*, n° 93. Marcadé, sur les art. 1434 et
1435, n° 3. Troplong, II, 1125 et 1128. Labbé, *op. cit.*, n° 105. Lyon, 25 no-
vembre 1842, Sir., 43, 2, 418. Besançon, 11 juin 1844, Sir., 45, 2, 85. —
MM. Rodière et Pont (I, 509) enseignent que l'acceptation de la femme pourrait
encore utilement intervenir après la dissolution de la communauté, si elle avait
été dissoute par toute autre cause que la mort du mari. Cette distinction ne nous
paraît pas compatible avec les dispositions des art. 1435 et 1470.

⁷¹ La rétroactivité que nous attachons à l'acceptation de la femme, ne se com-
prendrait pas sans doute, si la déclaration de emploi devait être assimilée à une
offre ordinaire de cession ou de dation en paiement. Mais on aurait tort de vou-
loir appliquer les règles du Droit commun à l'opération dont s'occupe l'art. 1435,
opération d'une nature complexe et toute particulière. La déclaration de emploi,
qui en forme un des éléments, n'est pas une offre de cession proprement dite,
mais une proposition de substituer la femme au bénéfice de l'acquisition; et par
cela même que l'art. 1435 autorise cette proposition comme telle, il conduit néces-
sairement à reconnaître que l'acceptation en rétroagit au jour même de l'acqui-
sition. Comment d'ailleurs justifier, sans cet effet rétroactif, la nécessité d'une dé-
claration de emploi à faire dans l'acte d'acquisition? Comment expliquer la dis-
position même de l'art. 1435, qui deviendrait complètement inutile, si l'acquisition
avec déclaration de emploi ne devait produire d'autres effets que ceux de la ces-
sion autorisée par le n° 2 de l'art. 1595. Ces différentes considérations répondent
suffisamment à l'objection de M. Labbé (*op. et loc. cit.*), qui prétend qu'il y
aurait impossibilité juridique à donner un effet rétroactif à l'acceptation de la
femme, à moins d'admettre avec lui, que le mari agit comme *negotiorum gestor*
de cette dernière. Rodière et Pont, I, 511. Troplong, II, 1135. Murlon, *Revue*
pratique, 1857, III, p. 66 et suiv., n° 59.

légales et judiciaires dont les biens du mari ont été frappés avant l'acceptation de la femme, ne s'étendent point à l'immeuble acquis en remploi. Il en résulte également, que cette acceptation ne donne pas lieu à un nouveau droit de mutation, et n'est pas sujette à la formalité de la transcription ⁷².

Le remploi du prix des propres de la femme est, en général, purement facultatif pour le mari. Il en est ainsi, alors même que le contrat de mariage contient une clause spéciale à ce sujet ⁷³, à moins qu'il ne résulte clairement des termes de cette clause que la femme a entendu se réserver le droit d'exiger le remploi ⁷⁴. Dans ce cas, elle aurait action contre le mari pour le contraindre à l'effectuer ⁷⁵. Mais, dans ce cas-là même, la clause de remploi n'aurait, en général, d'effet qu'entre les époux, et ne serait pas opposable aux tiers ⁷⁶.

Du reste, les propositions ci-dessus énoncées sur la manière dont s'opère le remploi de deniers propres à la femme, s'étendent même au cas où il a été imposé au mari par le contrat de mariage, sans que cependant ce contrat en ait déterminé le mode d'exécution ⁷⁷.

⁷² Mourlon, *op. cit.*, p. 74, n° 66.

⁷³ Dans le doute sur le véritable sens de la clause dont il est question au texte, on doit supposer que les parties ont simplement voulu rappeler les dispositions de la loi sur le remploi. Il en serait ainsi surtout, si le remploi avait été stipulé au profit des deux époux.

⁷⁴ C'est ce que l'on devrait admettre dans le cas notamment où, le remploi ayant été stipulé au profit de la femme seule, on aurait en même temps fixé le délai dans lequel il serait effectué.

⁷⁵ M. Troplong (III, 1075) enseigne au contraire que, quels que soient les termes du contrat de mariage, la femme n'a jamais d'action pour contraindre le mari au remploi. Nous comprenons sans doute que les tribunaux pourraient, par interprétation de ce contrat, refuser d'accueillir l'action de la femme, ou du moins accorder au mari un délai pour effectuer le remploi. Mais nous ne croyons pas que ce dernier soit admis à se soustraire, au moyen d'un fin de non-recevoir absolue, à l'exécution d'une obligation formellement imposée et acceptée. L'arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 1^{er} février 1848, Sir., 48, 1, 149) que M. Troplong invoque à l'appui de son opinion, est plutôt favorable que contraire à notre manière de voir. Cpr. du reste, Req. rej., 20 décembre 1852, Sir., 53, 1, 151.

⁷⁶ Cpr. sur cette règle et sur l'exception qui doit y être apportée : § 510, texte n° 3 et note 8. Voy. aussi § 533, texte et note 9.

⁷⁷ Duranton, XV, 430. Rodière et Pont, I, 517. Marcadé, sur l'art. 1497, n° 2. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 41. Troplong, II, 1140. Mourlon, *op. cit.*, p. 74, n° 61. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10; Toullier, XIV, 152; Odier, I, 315; Tessier, *Société d'acquêts*, n° 48; Paris, 13 juin 1838, Dalloz, 1838, 2, 133. Suivant cette dernière opinion, le remploi s'opérerait dans

Les mêmes propositions ne doivent, au contraire, être appliquées qu'avec certaines modifications, lorsque la clause relative au remploi porte que les premières acquisitions immobilières faites par le mari après aliénation des propres de la femme, lui tiendront lieu de remploi. Dans cette hypothèse, la déclaration exigée par l'art. 1435 est sans doute toujours indispensable pour opérer le remploi à l'égard des tiers⁷⁸. Il en est de même de l'acceptation de la femme, qui n'est pas forcée de prendre à son compte les acquisitions faites par le mari seul⁷⁹. Mais il n'est pas nécessaire, pour assurer l'effet du remploi en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, que cette acceptation intervienne avant la dissolution de la communauté, ni même que l'acte d'acquisition contienne une déclaration de remploi; de sorte qu'à la dissolution de la communauté la femme peut, malgré l'absence de cette double circonstance, réclamer comme propres les immeubles acquis par le mari.

La subrogation attachée au remploi ne s'opère que jusqu'à concurrence de la somme à remployer. Si donc une acquisition en remploi avait été faite pour une somme notablement supérieure au

cet cas de plein droit, indépendamment de toute acceptation de la femme, si d'ailleurs l'acte d'acquisition contenait la déclaration exigée par l'art. 1435. A l'appui de ce système, on dit que la clause indiquée au texte implique de la part de la femme acceptation anticipée du remploi, et que le mari, constitué mandataire de cette dernière, la lie par les actes qu'il a passés en cette qualité dans la limite de ses pouvoirs. Une pareille interprétation nous paraît forcée, ou tout au moins divinatoire : la clause dont s'agit ne fait, en réalité, qu'imposer au mari le devoir de se mettre en mesure de procurer le remploi, et ne lui confère nullement le pouvoir de l'effectuer sans le concours de la femme.

⁷⁸ Cette proposition est généralement admise; et M. Moulon (*op. cit.*, p. 75, n° 62) a fait erreur en attribuant une opinion contraire à M. Troplong, qui ne s'occupe (II, 1138) que de la question de savoir si l'acceptation de la femme est en ce cas nécessaire pour opérer le remploi. Cpr. Bourges, 1^{er} février 1831, Sir., 31, 2, 253.

⁷⁹ Cette solution présente, nous le reconnaissons, plus de difficulté dans l'hypothèse actuelle que dans celle dont nous nous sommes occupés à la note 77 *supra*. On peut en effet soutenir, avec quelque apparence de fondement, que la clause dont il s'agit présentement emporte acceptation anticipée de la part de la femme, et confère au mari un mandat formel et spécial. Toutefois, nous pensons que ce serait encore là détourner le sens d'une clause qui est évidemment établie dans l'intérêt de la femme, et qui dès lors ne doit pas être retournée contre elle. La véritable interprétation de cette clause nous paraît être celle que nous indiquons dans la suite du texte. Rodière et Pont et Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 363; Duranton, XV, 430; Troplong, II, 1138.

prix retiré des immeubles aliénés, l'immeuble ainsi acquis ne deviendrait propre que proportionnellement à ce prix, et serait conquêt pour le surplus ⁸⁰.

Ce qui vient d'être dit sur le remploi des propres aliénés pendant le mariage, s'applique également à l'acquisition d'immeubles destinés à remplacer des valeurs mobilières que l'un des époux s'était réservées propres par contrat de mariage, ou qui lui étaient devenues propres en vertu de l'une ou l'autre des exceptions indiquées au n° 1 du présent paragraphe ⁸¹.

Les immeubles que le mari a cédés à la femme, conformément au second alinéa de l'art. 1595, forment pour celle-ci des propres, tout comme les immeubles acquis en remploi.

3) L'acquisition par licitation, ou à tout autre titre onéreux ⁸², de portion d'un immeuble appartenant par indivis à l'un des époux, ne fait pas, en général, un conquêt de la portion ainsi acquise, qui, sauf récompense à la communauté, devient propre à l'époux copropriétaire, quelque faible que fût la part qu'il avait dans cet immeuble. Art. 1408, al. 1⁸³. Il importe peu, à cet égard, que l'époux

⁸⁰ Que si la différence du prix des immeubles vendus à celui des immeubles acquis en remploi était peu considérable, ces derniers seraient propres en totalité, sauf récompense à la communauté. Pothier, n° 498. Toullier, XII, 387. Duranton, XIV, 391. Odier, I, 320. Rodière et Pont, I, 514. Troplong, II, 1151. Civ. cass., 20 juin 1821, Sir., 21, 4, 387. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 62; Bellot des Minières, I, p. 522.

⁸¹ Arg. art. 1595, al. 2, et 1470, nos 1 et 2. Battur, I, 209. Bellot des Minières, I, p. 513. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Remploi entre époux, n° 22. Toullier, XII, 356. Taulier, V, p. 111. Odier, I, 317. Rodière et Pont, I, 706. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 4. Troplong, II, 1155 à 1157. Toulouse, 27 mai 1834, Sir., 35, 2, 175. Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 534. Cpr. civ. rej., 6 décembre 1819, Sir., 20, 4, 108; Req. rej., 26 mai 1835, Sir., 35, 1, 833. Voy. en sens contraire : Duranton, XIV, 389 et 390; Douai, 2 avril 1846, Sir., 47, 2, 413.

⁸² L'art. 1408, al. 1, est étranger à la donation d'une part indivise faite par l'un des communistes, soit à l'époux copropriétaire seul, soit aux deux époux conjointement. Au premier cas, la part indivise formant l'objet de la donation constitue sans doute un propre pour l'époux donataire, mais en vertu de l'art. 1405, et non par application de l'art. 1408, de telle sorte que cette part ne revêt la qualité de propre que sauf déclaration contraire du donateur. Au second cas, la part donnée forme un conquêt, à moins que le donateur n'ait manifesté l'intention de la rendre propre aux deux époux pour moitié. Pothier, n° 149. Battur, I, 255. Rodière et Pont, I, 485. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 2.

⁸³ On s'accorde assez généralement à dire que la disposition du premier alinéa de l'art. 1408 est une conséquence du principe que le partage, ou tout acte qui en tient lieu, n'est que déclaratif de propriété. Art. 883. Cette idée a même été

copropriétaire le soit devenu par succession, par legs, par donation, ou à tout autre titre⁸⁴, et qu'il ait acquis ses droits avant ou pendant le mariage⁸⁵.

La disposition du premier alinéa de l'art. 1408 s'applique à l'adjudication après expropriation forcée d'un immeuble saisi sur l'un des époux et sur ses consorts, comme à tout autre mode d'acquisition⁸⁶.

énoncée par Tronchet dans la discussion au Conseil d'état. Locré, *Lég.*, XIII, p. 190, n° 9. Cependant elle ne nous paraît pas exacte. Ainsi que nous l'avons établi au § 625, texte et notes 18 à 21, la rétroactivité du partage dans lequel l'un des époux se trouve intéressé, est étrangère au règlement de ses rapports avec son conjoint. Tel paraît aussi être, pour l'hypothèse dont nous nous occupons, le sentiment de la Cour de cassation qui, appelée à statuer sur la question de savoir si l'art. 1408 pouvait être étendu à des actes auxquels ne s'appliquerait point l'art. 883, l'a résolue affirmativement, en énonçant dans les motifs de son arrêt que ces deux dispositions se rapportent à des ordres d'idées différents. Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279. A notre avis, l'art. 1408 s'explique, abstraction faite de la rétroactivité du partage, par cette considération que l'état d'indivision entraîne avec lui de graves inconvénients, et qu'il serait contraire à l'intérêt public d'attacher à des actes qui de leur nature doivent avoir pour résultat de le faire cesser ou du moins de le simplifier, l'effet opposé de le perpétuer ou de le compliquer. C'est à ce point de vue que s'est placé le tribun Siméon dans son discours au Corps législatif. Locré, *Lég.*, XIII, p. 456, n° 22.

⁸⁴ *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 128, art. 15, p. 215, art. 15, p. 246 et 247, n° 8). Toullier, XII, 159. Odier, I, 136. Rodière et Pont, I, 480. Troplong, I, 658.

⁸⁵ Duranton, XIV, 199. Rodière et Pont, I, 481. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1. Troplong, I, 659. C'est évidemment à tort que Toullier (XII, 159) et M. Odier (I, 136) enseignent que l'art. 1408 n'est applicable qu'au cas où l'indivision est antérieure au mariage.

⁸⁶ Nous avons émis une opinion contraire dans nos premières éditions, en partant de l'idée que l'adjudication sur expropriation forcée, prononcée au profit de l'un des communistes, constitue pour celui-ci un titre nouveau d'acquisition, qui porte sur la totalité de l'immeuble à lui adjugé, et non pas seulement sur les portions de cet immeuble appartenantes à ses consorts. Bien que cette manière de voir puisse être appuyée sur des raisons qui ne manquent pas de force, nous ne croyons pas devoir y persister. La saisie d'un immeuble commun n'enlevant pas à l'époux copropriétaire la propriété de sa part indivise, on peut dire que l'adjudication est plutôt pour lui un moyen de conserver cette part en y réunissant celles des autres, que de l'acquérir à titre nouveau. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Déshéritance, n° 5, et *Quest.*, v° Propres, § 2, nos 4 et 5 ; Battur, I, 259 ; Toullier, XII, 159 ; Duranton, XIV, 200 ; Zachariæ, § 507, note 32 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 120 ; Odier, I, 135 ; Rodière et Pont, I, 484 ; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1 ; Troplong I, 662 ; Amiens, 3 mars 1815, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 219. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, I, p. 219 ; Paris, 2 juin 1817, Sir., 18, 2, 38.

Elle s'étend d'un autre côté à toute acquisition d'une ou de plusieurs portions indivises d'un immeuble dont l'un des époux est copropriétaire, alors même que l'acquisition n'a pas fait cesser l'indivision d'une manière complète⁸⁷.

Enfin, elle s'étend également à l'acquisition de parts indivises dans une succession composée de meubles et d'immeubles, en ce sens que les immeubles qui en dépendent deviennent propres à l'époux cohéritier⁸⁸.

Les propositions précédentes s'appliquent, non-seulement à l'hypothèse où l'acquisition a été faite par l'époux copropriétaire seul, mais encore à celle où elle a été faite par les deux époux conjointement⁸⁹.

⁸⁷ Cette solution serait sans doute contestable, si l'on devait admettre que la disposition du premier alinéa de l'art. 1408 n'est qu'une conséquence ou une application de l'art. 883. Encore, dans ce système, faudrait-il, pour la combattre, établir que cette disposition ne s'explique que par la rétroactivité du partage, et qu'elle n'a aucune autre raison d'être que cette rétroactivité. Ce ne serait qu'à cette condition qu'il pourrait être permis d'invoquer la maxime *Cessante legis ratione, cessat lex*, pour restreindre l'application du premier alinéa de l'art. 1408, dont le texte comprend toute acquisition de portion d'un immeuble, sans distinguer si cette acquisition fait ou non cesser l'indivision. Mais c'est à tort qu'on rattacherait la disposition précitée à celle de l'art. 883, et en se plaçant au point de vue que nous avons indiqué à la note 83 *supra*, la proposition émise au texte ne saurait souffrir difficulté. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1 ; Amiens, 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 ; Orléans, 13 août 1856, Sir., 56, 2, 646 ; Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265 ; Cpr. aussi Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 485 ; Troplong, I, 661 ; Paris, 3 décembre 1836, Sir., 37, 2, 92 ; Douai, 13 janvier 1852, Sir., 52, 2, 213.

⁸⁸ Il est évident que le mot *immeuble* n'a pas été pris, dans l'art. 1408, pour désigner un corps certain, mais bien, par opposition au terme *meuble*, pour indiquer les objets qui d'après leur nature sont exclus de la communauté légale ; et dès lors le texte de cet article ne s'oppose nullement à ce qu'on en étende la disposition à l'acquisition de droits successifs immobiliers. Il y a, d'ailleurs, d'autant plus de raison de le faire, que l'esprit de la loi résiste à toute restriction que l'on voudrait établir à ce sujet. Quant à la difficulté que pourra présenter la fixation du montant de la récompense due à la communauté dans le cas où la succession se composerait de meubles et d'immeubles, elle se résoudra par une ventilation, qui devient toujours nécessaire en pareil cas, pour déterminer la quote-part du passif tombant à la charge de la communauté, et celle qui incombe à l'époux cohéritier. Cpr. art. 1414. Troplong, I, 676. Amiens, 3 juin 1847, et 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 et 675. Besançon, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 445. Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 491 ; Odier, I, 136. Cpr. aussi, Req. rej., 25 juillet 1844, Sir., 44, 1, 614.

⁸⁹ Battur, I, 205. Bellot des Minières, I, p. 217. Taulier, V, p. 63. Odier, I,

Que si le mari s'est rendu acquéreur, soit en son nom personnel, soit pour le compte de la communauté, soit même pour le compte de la femme, mais sans mandat de celle-ci et sans son concours à l'acte d'acquisition⁹⁰, de la totalité d'un immeuble à elle appartenant par indivis, la femme a le choix, ou d'abandonner l'immeuble à la communauté, qui devient alors débitrice envers elle de sa part dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en tenant compte à la communauté de la somme qu'elle aura payée à l'occasion de l'acquisition⁹¹. Art. 1408, al. 2⁹².

La même option appartient à la femme lorsque le mari a acheté de gré à gré les portions indivises des autres copropriétaires. En pareil cas toutefois, l'option se trouve par la force même des choses restreinte à ces portions, que la femme a la faculté, ou de réunir à la part qui lui appartient, ou d'abandonner à la communauté tout en conservant cette part, c'est-à-dire sans pouvoir être

140. Rodière et Pont, I, 493. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1. Troplong, I, 667 et 668. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., 32, 2, 355. Caen, 25 février 1837, Sir., 38, 2, 154. Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319. Amiens, 3 juin 1847 et 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 et 675. Voy. cep. Toullier, XII, 165 et 166.

⁹⁰ La femme ne jouit plus de l'option indiquée au second alinéa de l'art. 1408, lorsqu'elle a donné pouvoir à son mari d'acquérir pour elle un immeuble dont elle était copropriétaire, ou lorsqu'elle a concouru à l'acte d'acquisition. Dans l'un et l'autre cas l'immeuble acquis lui reste propre, en vertu du premier alinéa de l'art. 1408. Toullier, XII, 164. Duranton, XIV, 204. Rodière et Pont, I, 493. Odier, I, 139. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 3. Troplong, I, 670 et 671. — Ce dernier auteur va même beaucoup plus loin; il enseigne (n° 672) que si le mari, figurant seul au contrat, a déclaré acquérir au nom de la femme, cette circonstance suffit pour rendre propre à cette dernière l'immeuble acquis, sans qu'elle puisse répudier l'acquisition. Mais cette opinion est si évidemment contraire à l'esprit qui a dicté la disposition du second alinéa de l'art. 1408, et qui ressort également de l'art. 1435, qu'on ne doit pas s'y arrêter. Il ne saurait dépendre du mari, en déclarant qu'il acquiert pour le compte de la femme, de priver celle-ci de son droit d'option, et de lui imposer une acquisition qu'elle ne jugerait pas convenable d'accepter. Si, en parlant d'une acquisition faite par le mari seul, la loi ajoute, *et en son nom personnel*, c'est uniquement pour indiquer que, dans cette hypothèse même, la plus favorable au mari qui prétendrait conserver l'acquisition par lui faite, la femme n'en jouit pas moins du retrait, et nullement pour lui refuser le droit d'abandonner l'immeuble.

⁹¹ Les héritiers de la femme jouissent également de cette option. Rodière et Pont, I, 494. Troplong, I, 677. — Les créanciers de la femme peuvent-ils exercer en son nom le droit d'option qui lui compete? Voy. pour l'affirmative : § 312, texte et note 37.

⁹² Cpr. sur cette disposition : *Dissertation*, par Babinet, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 682 et suiv.

forcée de la céder, et sans pouvoir d'un autre côté contraindre le mari à l'acquérir⁹³.

La femme est autorisée à exercer l'option que lui accorde le second alinéa de l'art. 1408, même durant la communauté⁹⁴. Mais

⁹³ En vain se fonderait-on sur les expressions suivantes, *ou d'abandonner l'effet, ou de retirer l'immeuble*, qui figurent dans le second alinéa de l'art. 1408, pour soutenir que la femme doit en pareil cas exercer son option sur l'immeuble tout entier, de telle sorte qu'en optant pour l'abandon, elle se trouve obligée d'y comprendre la part qu'elle avait elle-même dans l'immeuble. Cet argument ne pourrait avoir quelque valeur qu'autant que la disposition du second alinéa de l'art. 1408 présenterait une rédaction complète, et susceptible de s'appliquer, dans les termes mêmes de la loi, non-seulement à l'hypothèse où le mari se serait rendu adjudicataire de la totalité de l'immeuble, mais encore à celle où il n'aurait acquis que les portions des consorts de la femme. Or, il suffit de lire avec quelque attention la disposition dont s'agit pour reconnaître qu'il n'en est point ainsi. En effet, les expressions *ou d'abandonner l'effet, ou de retirer l'immeuble*, étant évidemment corrélatives, l'abandon ne peut porter que sur ce qui est également susceptible de retrait. Or, peut-il être question pour la femme de retirer la part dont elle était déjà propriétaire, et qui n'a jamais cessé de lui appartenir? D'un autre côté, il est tout aussi évident que les mots *laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix*, ne sont pas applicables à l'hypothèse dont nous nous occupons, puisque le mari n'ayant acquis que les portions des consorts de la femme, celle-ci n'a rien à réclamer dans le prix de l'acquisition qu'il a faite. Tandis qu'à l'inverse, les expressions finales *en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition*, ne concernent précisément que cette hypothèse. Tout cela prouve qu'il faut appliquer *distributive* la disposition du second alinéa de l'art. 1408, et en complétant, d'après la nature générale du retrait, les lacunes qu'elle présente. Cpr. Toullier, XII, 167; Rodière et Pont, I, 496; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 5. Voy. en sens contraire : Trolong, I, 685. Voy. aussi Duranton, XIV, 206; Babinet, *op. et loc. cit.*, p. 705 et 706.

⁹⁴ Plusieurs auteurs enseignent, en se fondant sur les mots *lors de la dissolution de la communauté*, du second alinéa de l'art. 1408, que la femme n'est pas admise à exercer son droit d'option durant la communauté; et cette manière de voir paraît être partagée par la Cour de cassation. Voy. Rodière et Pont, I, 495; Odier, I, 141; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 4; Req. rej., 25 juillet 1844, Sir., 44, 1, 614; Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 585. Mais nous ne voyons aucun motif rationnel pour interdire à la femme le droit d'exercer durant la communauté l'option qui lui appartient, alors que cependant elle jouit, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, d'une capacité pleine et entière en ce qui concerne la disposition de ses propres, et qu'elle peut notamment accepter les emplois offerts par le mari. Nous ajouterons que, dans bien des circonstances, la femme pourrait avoir un intérêt sérieux à exercer immédiatement le retrait, et que la rétroactivité, attachée à son option, ne lui offrirait pas toujours une garantie complète à l'encontre des tiers auxquels le mari aurait vendu l'immeuble sujet à retrait. Quant à l'argument tiré des mots cités au commencement de la note, il se réfute par cette considération fort simple que, si la femme ne peut

ce n'est qu'après sa dissolution qu'elle peut être contrainte à s'expliquer⁹⁶. En l'absence de mise en demeure, la femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, conserve son droit d'option pendant trente ans, à partir de la dissolution de la communauté⁹⁶.

Faute par la femme d'avoir exercé le retrait dans le délai qui vient d'être indiqué, l'acquisition faite par le mari seul, soit de la totalité de l'immeuble dont elle était copropriétaire, soit des portions de ses consorts, forme définitivement un conquêt⁹⁷.

La femme venant à opter pour le retrait, son option a un effet rétroactif, et fait par conséquent évanouir les actes d'aliénation, ou de constitution de droits réels, consentis par le mari relativement à l'immeuble qui forme l'objet du retrait⁹⁸. Mais il est bien entendu que si la femme avait concouru à ces actes, elle serait obligée de les respecter.

Malgré la rétroactivité attachée à l'option de la femme, l'exercice du retrait n'a pas pour effet de la mettre au lieu et place du mari vis-à-vis des anciens copropriétaires de l'immeuble, et de la rendre débitrice personnelle et directe envers eux du prix d'acquisition : elle ne peut être atteinte qu'indirectement par l'exercice du privilège du vendeur ou de l'action résolutoire⁹⁹. Du reste, cette action qui s'est ouverte contre le mari, réfléchirait contre la femme, alors même que, s'agissant d'une adjudication sur licitation, elle n'eût pu être exercée contre celle-ci, si elle s'était directement portée adjudicataire¹⁰⁰.

pas être forcée de faire son option durant la communauté, ce n'est pas une raison pour lui refuser la faculté de l'exercer avant sa dissolution. Voy. en ce sens : Babinet, *op. cit.*, p. 702 ; Troplong, I, 679 ; Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319.

⁹⁶ Riom, 29 mai 1843, Sir., 44, 2, 243.

⁹⁷ Cpr. Toullier, XII, 168 ; Duranton, XIV, 209 et 210 ; Taulier, V, p. 66 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté conjugale, n^o 131 ; Rodière et Pont, I, 495 ; Odier, I, 141 ; Marcadé, sur l'art. 1408, n^o 4 ; Babinet, *op. cit.*, p. 701 ; Troplong, I, 680 ; Caen, 31 juillet 1858, Sir., 59, 2, 97.

⁹⁸ Caen, 31 juillet 1858, Sir., 59, 2, 97. Cpr. Odier, I, 137 ; Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 785. Voy. cep. Troplong, I, 648. Cpr. aussi Marcadé, sur l'art. 1408, n^o 6.

⁹⁹ Toullier, XII, 170. Duranton, XIV, 209. Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté, n^o 130. Rodière et Pont, I, 496. Odier, I, 142. Marcadé, sur l'art. 1408, n^o 4. Babinet, *op. cit.*, p. 694 à 696, 707 à 709. Troplong, I, 649 à 654. Req. rej., 30 juillet 1816, Sir., 17, 1, 68. Riom, 20 mai 1839, Sir., 39, 2, 513. Grenoble, 18 juin 1854, Sir., 55, 2, 91.

¹⁰⁰ Civ. cass., 14 novembre 1854, Sir., 55, 1, 718. Riom, 4 juin 1857, Sir., 57, 2, 599.

¹⁰⁰ Cpr. Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 785.

§ 508.

Du passif de la communauté.

Les dettes des époux communs en biens sont, ou des dettes de communauté, ou des dettes personnelles.

Le terme *dettes de communauté* et le terme *dettes personnelles* se prennent tous deux dans une acception, tantôt plus étendue, tantôt plus restreinte.

Les dettes de communauté, *sensu lato*, sont celles qui peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté; les dettes personnelles *sensu lato*, celles qui peuvent être poursuivies sur les biens propres des époux ou de l'un d'eux.

Les dettes susceptibles d'être poursuivies sur les biens de la communauté frappent toujours aussi les biens propres de l'un des conjoints, et, selon les cas, ceux des deux époux¹. Au contraire, les dettes qui affectent les biens de l'un des conjoints, ne peuvent pas toujours être exécutées sur les biens de la communauté.

Les dettes susceptibles d'être poursuivies sur les biens de la communauté, mais qui ne peuvent l'être sur les biens propres de l'un des époux, forment, quant à cet époux, des dettes de communauté *sensu stricto*. Réciproquement, les dettes qui ne peuvent être exécutées que sur les biens propres de l'un des époux, et non sur ceux de la communauté, constituent, quant à cet époux, des dettes personnelles *sensu stricto*.

Du reste, une dette qui, à l'égard du créancier, est tout à la fois une dette personnelle et une dette de communauté, peut, entre les conjoints, n'être qu'une dette de communauté, et donner ouverture en faveur de l'époux qui l'aura acquittée sur ses propres biens, à une indemnité contre la communauté². Réciproquement, une dette qui, à l'égard du créancier, est en même temps une dette de communauté et une dette personnelle, peut n'être, entre les époux, qu'une dette personnelle, et donner lieu, au profit de

¹ C'est ainsi que toutes les dettes de la communauté sont en même temps des dettes personnelles du mari; et qu'en général les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari sont en même temps des dettes de communauté. Art. 1409, n° 2. Cpr. § 509, texte n° 5; § 510, texte n° 2 et note 2.

² C'est ce qui a lieu, en général, pour les dettes mobilières dont la femme était grevée au moment de la célébration du mariage. Art. 1486.

la communauté, des deniers de laquelle elle aura été acquittée, à une récompense contre l'époux débiteur³.

Toute dette que la loi déclare dette de communauté, reste à la charge de celle-ci, même en ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, à moins que l'époux dont elle provient ne se trouve à ce sujet soumis à récompense envers la communauté, par quelque disposition légale.

Le passif de la communauté se compose :

1° De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage.

On doit considérer comme mobilières, toutes les dettes qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose mobilière, lors même qu'elles auraient été contractées, soit pour l'acquisition, l'amélioration, ou l'affranchissement d'un immeuble⁴, soit par suite de la vente d'un objet de cette nature⁵, ou qu'elles se trouveraient garanties au moyen d'une hypothèque⁶.

On doit également ranger parmi les dettes mobilières, celles qui n'ont pour objet que l'accomplissement d'un fait, encore que ce fait soit relatif à un immeuble, pourvu que dans ce cas il s'agisse d'une obligation correspondante à un droit personnel, et non à un droit réel⁷. Telles sont notamment : les obligations qui résultent du bail d'un immeuble, soit pour le bailleur, soit pour le preneur; les obligations accessoires à la délivrance d'un immeuble⁸; et

³ Cela a lieu, par exemple, pour les dettes que la femme a, dans son intérêt personnel, contractées avec l'autorisation du mari, et pour les dettes mobilières antérieures au mariage de l'un ou de l'autre des époux, lorsqu'elles sont relatives à des immeubles propres. Art. 1409, nos 1 et 2. — On voit, d'après les explications qui précèdent, que la signification des termes *dettes de communauté* et *dettes personnelles* varie selon le point de vue sous lequel on envisage les dettes des conjoints communs en biens, et surtout selon qu'il s'agit de leurs rapports avec des tiers, ou de leurs rapports entre eux.

⁴ Cpr. texte et note 23 *infra*.

⁵ Ainsi, l'obligation de payer des dommages-intérêts à laquelle peut être soumis l'un des époux, à raison de la vente d'un immeuble appartenant à autrui, constitue une dette purement mobilière. Cpr. art. 1599.

⁶ Pothier, n° 936. Duranton, XIV, 216. Rodière et Pont, I, 543. Troplong, II, 713. Douai, 6 janvier 1846, Sir., 46, 2, 533.

⁷ Battur, I, 277. Rodière et Pont, I, 544. Odier, I, 151 et 152. Troplong, II, 710.

⁸ Les dommages-intérêts que devrait le débiteur d'un immeuble, soit pour cause de retard dans la délivrance de cet immeuble, soit à raison de fruits par

l'obligation de garantir l'éviction d'un objet de cette nature⁹.

Mais il faut envisager comme immobilières, l'obligation principale de délivrer, soit un immeuble déterminé que l'on possède¹⁰, soit un immeuble indéterminé¹¹, ainsi que celle de constituer une servitude ou une hypothèque sur un immeuble dont on est propriétaire.

On doit, au point de vue du passif de la communauté, assimiler aux dettes immobilières proprement dites, les dettes, même mobilières d'après leur objet, qui affectent hypothécairement les immeubles propres de l'un des époux, lorsque celui-ci n'en est pas en même temps débiteur personnel¹².

Les dettes mobilières que l'on prétendrait avoir été contractées par la femme¹³ dès avant le mariage, ne tombent dans la communauté qu'autant qu'elles se trouvent constatées par des actes qui ont acquis date certaine avant la célébration du mariage¹⁴. En

lui perçus, ou de dégradations que l'immeuble aurait subies, formeraient une dette purement mobilière. Pothier, n° 244. Odier, *op. et loc. citt.*

⁹ Cette obligation, qui a pour objet principal l'accomplissement d'un fait, et qui se résout en dommages-intérêts, est essentiellement mobilière. Duranton, XIV, 225. Rodière et Pont, I, 542. Odier, *op. et loc. citt.* Troplong, II, 712. Voy. en sens contraire : Battur, I, 268.

¹⁰ Rodière et Pont, I, 537. Odier, I, 152. Troplong, II, 715. — Au contraire, l'obligation de délivrer un immeuble que l'on ne possède pas, ou de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble dont on n'est pas propriétaire, se résout nécessairement en dommages-intérêts. Cpr. texte, notes 5 et 9 *supra*. Toullier, XII, 212. Duranton, XIV, 225. Rodière et Pont, I, 542.

¹¹ Pothier, n° 243. Toullier, XII, 212. Battur, I, 268. Rodière et Pont, I, 538. C'est à tort, selon nous, que M. Duranton (XIV, 225) considère l'obligation de délivrer un immeuble indéterminé, comme purement mobilière, en l'assimilant à l'obligation de délivrer un immeuble déterminé que l'on ne possède pas. Cette assimilation n'est pas exacte. L'exécution d'une obligation de la dernière espèce, étant matériellement impossible, se convertit forcément en dommages-intérêts. Mais rien n'empêche l'époux débiteur d'accomplir matériellement une obligation de la première espèce; et dès lors, il ne doit pas dépendre de lui d'en grever la communauté, en la faisant dégénérer en une obligation de dommages-intérêts.

¹² Pothier, n° 238. Rodière et Pont, I, 548. Odier, I, 159. Troplong, II, 715.

¹³ Le principe que l'art. 1410 pose, en ce qui concerne les dettes de la femme, est sans application à celles du mari, puisque la communauté est même tenue des dettes que, pendant le mariage, le mari a contractées sans le concours de la femme.

¹⁴ Il semblerait, d'après le premier alinéa de l'art. 1410, qu'un acte sous seing privé souscrit par la femme n'ait date certaine à l'égard du mari qu'autant qu'il a été, antérieurement au mariage, revêtu de la formalité de l'enregistrement,

l'absence de cette condition, elles ne peuvent être poursuivies que sur la nue propriété des immeubles propres de la femme¹⁵. Toutefois, si le mari avait payé une dette de cette nature, il n'en pourrait demander la récompense à la femme ou à ses héritiers, sous prétexte qu'ils ne justifieraient pas que cette dette ait existé antérieurement au mariage¹⁶. Art. 1410. D'un autre côté, l'aveu du mari qu'une dette de la femme est antérieure au mariage, le rend non recevable à opposer, comme chef de la communauté, le défaut de date certaine du titre qui la constate¹⁷.

La disposition de l'art. 1410 souffre exception en ce qui concerne les conventions dont l'objet ne dépasse pas la valeur de 150 fr., ou dont la loi admet la preuve testimoniale même au-dessus de cette somme, en ce sens que le créancier est admis à

ou que l'une des parties qui l'ont signé est décédée avant cette époque. Mais il n'est pas douteux qu'un pareil acte ne doive également être considéré comme ayant acquis date certaine, lorsqu'il a été relaté dans un acte authentique antérieur au mariage. Sous ce rapport, la rédaction de l'art. 1410 est incomplète. Cpr. art. 1328. Toullier, XII, 202. Rodière et Pont, I, 529. Odier, I, 154. Marcadé, sur l'art. 1410, n° 3. Troplong, II, 772. — Ce dernier auteur (II, 773) reconnaît même aux tribunaux le pouvoir de déclarer, d'après des faits graves et concluants, l'antériorité des dettes de la femme, et il invoque en ce sens un arrêt de la Cour de Grenoble du 13 mai 1831 (Sir., 32, 2, 582). Mais cette manière de voir, que repoussent les autres auteurs ci-dessus cités, ne nous paraît pas admissible, parce qu'elle est en opposition directe, non-seulement avec le texte de l'art. 1410, mais encore avec l'esprit qui en a dicté la disposition. Quant à l'arrêt invoqué par M. Troplong, il statue sur une hypothèse toute différente, on peut même dire inverse, de celle dont s'occupe l'art. 1410.

¹⁵ Le créancier de la femme peut-il, lorsque son titre n'est pas susceptible d'être opposé au mari, saisir, pendant la durée de la communauté, une somme que la femme s'est réservée pour son entretien personnel? Cette question doit être résolue négativement, par le motif que l'entretien de la femme tomberait, par suite de la saisie, à la charge de la communauté. Rodière et Pont, I, 534. Odier, I, 156. Troplong, II, 581. Civ. cass., 9 août 1820. Sir., 20, 1, 426.

¹⁶ Cette règle est fondée sur ce qu'en payant une pareille dette, le mari reconnaît implicitement qu'elle a été contractée avant le mariage. Aussi nous semble-t-il que le mari aurait droit à une indemnité, si, en payant, il avait déclaré ne le faire que pour éviter l'expropriation des biens de la femme, et sous la réserve expresse de ses droits. Bellot des Minières, I, p. 273. Battur, I, 288. Odier, I, 157. Marcadé, sur l'art. 1410, n° 3. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 783. — Il est bien entendu que le mari aurait, même en l'absence de toute réserve, droit à une indemnité, s'il s'agissait d'une dette à raison de laquelle la femme devrait récompense, même dans le cas où cette dette se trouverait constatée par un acte ayant acquis date certaine avant le mariage. Duranton, XIV, 230. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 536. Taulier, V, p. 72.

¹⁷ Req. rej., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 353.

établir, à l'aide de cette preuve, non-seulement la convention elle-même, mais encore son antériorité au mariage ¹⁸. Elle souffre également exception quant aux dettes commerciales de la femme qui était marchande publique avant son mariage, en ce que la date de ces engagements est susceptible d'être fixée d'après les éléments à l'aide desquels leur existence même peut être établie ¹⁹.

Cette disposition est d'ailleurs étrangère aux obligations qui procèdent de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit ²⁰.

Les dettes mobilières dont l'un ou l'autre des époux se trouve grevé au jour de la célébration du mariage, tombent en entier dans la communauté, encore que le montant de ces dettes dépasse la valeur du mobilier de l'époux qui en est débiteur ²¹. D'un autre côté, la règle posée par le n° 1 de l'art. 1409 s'applique même aux dettes que la femme peut avoir contractées dans l'intervalle de la passation du contrat de mariage à la célébration de l'union conjugale ²².

La communauté n'a pas, en général, droit à récompense pour le paiement des dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage.

Par exception à cette règle, chacun des époux doit récompense à la communauté à raison des dettes qu'il avait contractées, pour l'acquisition, l'amélioration ou l'affranchissement d'immeubles dont il était encore propriétaire au jour de la célébration du ma-

¹⁸ Rodière et Pont, I, 529. Odier, I, 155. Marcadé, sur l'art. 1440, n° 3. Troplong, II, 777.

¹⁹ Troplong, II, 778. Req. rej., 17 mars 1830, Sir., 30, 1, 134. Angers, 2 avril 1851, Sir., 51, 2, 529.

²⁰ Duranton, XIV, 230. Rodière et Pont, I, 529. Odier, I, 155. Marcadé, sur l'art. 1440, n° 3. Troplong, II, 775 et 776.

²¹ Toullier, XII, 200. Duranton, XIV, 213. Odier, I, 153. Rodière et Pont, I, 527.

²² Aucune disposition de la loi n'excepte ces dettes de la règle générale qu'établit le n° 1^{er} de l'art. 1409, et qui se trouve encore corroborée par les art. 1399 et 1410. L'argument que l'on voudrait tirer du deuxième alinéa de l'art. 1404, ne serait pas concluant : *Non eadem est ratio*. Bellot des Minières, I, p. 222. Duranton, XIV, 219. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 144. Odier, I, 158. Taulier, V, p. 170 et 171. Rodière et Pont, I, 531. Marcadé, sur l'art. 1440, 1^o, n° 3. — Delvincourt (III, p. 11) pense que la femme doit récompense à la communauté à raison des dettes dont s'agit. M. Battur (I, 290) va encore plus loin, et soutient, avec Lebrun, que de pareilles dettes ne peuvent, en aucune manière, être poursuivies contre le mari ou à son préjudice.

riage, et à raison des soultes ou retours de partage et d'échange de pareils immeubles ²³. Art. 1409, n° 1 ²⁴.

Cette exception s'applique également aux dettes relatives à des objets mobiliers dont l'un des époux s'est, par une clause spéciale du contrat de mariage, réservé la propriété.

Quoique les dettes mobilières des conjoints, au jour de la célébration du mariage, tombent dans la communauté, chacun des époux n'en reste pas moins personnellement obligé envers ses créanciers, qui conservent, contre lui et sur ses biens, tous leurs droits et actions ²⁵. Cette règle ne souffre de modification que relativement aux dettes de la femme dont l'antériorité au mariage n'est pas légalement établie à l'égard du mari. Ainsi, toutes les autres dettes de la femme peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de ses immeubles, lors même qu'elle n'aurait procédé qu'avec l'autorisation de la justice sur la demande en condamnation formée par ses créanciers. Ces dettes peuvent même être poursuivies contre la femme par voie de contrainte par corps, lorsqu'elle s'y trouve légalement soumise.

Le passif de la communauté se compose :

2° Des dettes et charges, mobilières ou immobilières ²⁶, dont se

²³ Ce sont les dettes de cette espèce que les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans le n° 1^{er} de l'art. 1409, entendu désigner par les termes *dettes relatives aux immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux*. Cpr. Pothier, n° 239; Toullier, XII, 210; Duranton, XIV, 214; Troplong, II, 704 et suiv.

²⁴ Suivant M. Duranton (XIV, 234), dont nous avons adopté l'opinion dans nos premières éditions, les dettes mobilières des successions immobilières échues à l'un des époux avant le mariage, donneraient également lieu à récompense, en vertu de la disposition finale du n° 1 de l'art. 1409. Mais, après nouvel examen de la question, nous ne pensons pas qu'on puisse étendre cette disposition exceptionnelle à de pareilles dettes, qui grèvent l'hérédité comme telle, et qui ne sauraient être considérées comme directement relatives aux immeubles qui en dépendent. Rodière et Pont, I, 552. Marcadé, sur l'art. 1440, 3°, n° 2. Douai, 6 janvier 1846, Sir., 46, 2, 533.

²⁵ Les créanciers des époux, même antérieurs au mariage, n'ont cependant en cette qualité aucun droit de préférence à faire valoir contre les créanciers de la communauté.

²⁶ L'art. 1409, n° 1, ne paraît mettre à la charge de la communauté que les dettes mobilières des successions qui échoient aux époux pendant le mariage. Mais le même principe s'applique aux dettes immobilières, par exemple, à l'obligation contractée par le défunt qui n'a délaissé aucun immeuble, de livrer un immeuble indéterminé: *Non sunt bona nisi deducto ære alieno*. Aussi, l'art. 1441 pose-t-il la règle dans des termes généraux, qui excluent toute distinction. Pothier, n° 260. Battur, I, 324 et 329. Odier, I, 172. Rodière et Pont, I, 557. Marcadé, sur l'art. 1440, 3°, nos 1 et 2. Troplong, II, 787.

trouvent grevées les successions ou donations mobilières qui étoient ou qui sont faites à l'un des époux pendant le mariage ²⁷. Lorsque la succession ou la donation 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 pour laquelle le mobilier doit y contribuer, eu égard à sa valeur comparée à celle des immeubles. Art. 1409, n° 1, 1411 à 1418²⁸.

3° Des dettes contractées pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme avec l'autorisation du mari ²⁹. Il importe peu que les dettes ainsi contractées par la femme l'aient été dans l'intérêt de la communauté, ou dans son intérêt personnel. Art. 1409, n° 2.

4° Des intérêts et arrérages, échus pendant le mariage, des dettes personnelles aux époux ³⁰, c'est-à-dire tant de celles qui ne sont pas tombées dans la communauté ³¹, que de celles qui n'y sont entrées qu'à charge de récompense de la part de l'époux qui en était débiteur ³². Art. 1409, n° 3.

5° Des charges qui pèsent sur les biens propres des époux, et qui, d'après les principes généraux sur l'usufruit, forment des charges usufruituaires. Art. 1409, n° 4 ³³.

6° Des dépenses qui sont à considérer comme des charges du mariage, telles que les dépenses relatives au ménage, à l'entretien des époux et à l'éducation des enfants communs ³⁴. Les frais d'entretien et d'éducation, soit des enfants que l'un des conjoints a procrés dans un précédent mariage, soit des enfants naturels

²⁷ Il est bien entendu que, si les objets mobiliers donnés à l'un des époux pendant le mariage se trouvaient, en vertu d'une clause spéciale de l'acte de donation, exclus de la communauté, celle-ci ne serait pas tenue des charges de la donation de ces objets.

²⁸ Les dispositions de ces articles seront plus amplement expliquées au § 513.

²⁹ Ce principe sera développé au § 509.

³⁰ Ces intérêts et arrérages sont à la charge de la communauté, comme usufruitière des biens propres des époux. Cpr. art. 612.

³¹ Telles sont, par exemple, les dettes immobilières des époux au jour de la célébration du mariage, et les dettes qui grèvent les successions immobilières qui leur étoient pendant le mariage.

³² Telles sont, par exemple, les dettes mobilières relatives à des immeubles propres à l'un des époux. Cpr. texte et note 23 *supra*.

³³ Cpr. § 228. La rédaction du n° 4 de l'art. 1409 est incomplète, en ce qu'elle ne mentionne que les réparations usufruituaires, sans parler des autres charges de l'usufruit.

³⁴ *Quid* de ces dépenses, au cas où les époux vivent séparés l'un de l'autre. Voy. § 509, texte n° 7, notes 40 et 41.

qu'il a reconnus avant le mariage, sont également à la charge de la communauté³⁵, à moins que ces enfants ne possèdent un revenu suffisant pour subvenir à leurs besoins, auquel cas ces frais doivent être prélevés sur leur revenu³⁶.

7° Des dettes procédant d'une *versio in rem* qui s'est opérée au profit de la communauté³⁷.

8° Enfin, des frais d'apposition de scellés et de l'inventaire dressé après la dissolution de la communauté³⁸, ainsi que des frais de partage et de liquidation de la masse commune. Art. 1482.

Les dettes qui ne rentrent dans aucune des catégories ci-dessus indiquées, ne sont pas, à moins d'une clause contraire du contrat de mariage, à la charge de la communauté. Ainsi, elle n'est tenue, ni des dettes immobilières des époux au jour de la célébration du mariage³⁹, ni des dettes, mobilières ou immobilières, dont se trouvent grevées les successions ou donations immobilières qui leur étoient ou qui leur sont faites pendant le mariage⁴⁰. Art. 1412.

Il est, du reste, bien entendu que les dettes contractées par l'un des époux après la dissolution de la communauté, ne sont point à la charge de cette dernière. Il en est de même des dépenses auxquelles le décès de l'un des époux donne lieu, tels, par exemple, que les frais funéraires, les droits de mutation⁴¹, et le deuil de la veuve⁴². Art. 1481.

Les créanciers de la communauté n'ont, en cette seule qualité, aucun droit de préférence à exercer sur les biens communs, au détriment des créanciers personnels des époux⁴³.

³⁵ Ces frais doivent, en effet, être considérés comme des dettes mobilières antérieures au mariage. Toullier, XII, 298. Duranton, XIV, 262. Rodière et Pont, I, 645. Troplong, II, 757 et 758. Caen, 29 mars 1844, Sir., 44, 2, 348.

³⁶ Pothier, n° 270. Toullier, XII, 298. Rodière et Pont, *loc. cit.*, Troplong, II, 759.

³⁷ Cpr. § 509, texte n° 5 et note 31.

³⁸ Ces frais sont à la charge de la communauté, lors même que l'apposition des scellés et la confection de l'inventaire ont été provoquées par la femme, qui a renoncé plus tard à la communauté. Rouen, 1^{er} juillet 1841, Sir., 41, 2, 490.

³⁹ Voy. texte n° 1, notes 10 à 12 *supra*.

⁴⁰ Cpr. § 513.

⁴¹ Ces frais et ces droits sont une charge de la succession de l'époux décédé. Pothier, n° 274. Toullier, XII, 301.

⁴² Cpr. § 517, texte *in fine*.

⁴³ La question que nous décidons ici ne peut guère s'élever pendant la durée de la communauté. Mais elle présente après sa dissolution un intérêt sérieux, dans le cas où les créanciers personnels de l'un des époux agiraient sur sa part

§ 509.

De l'administration de la communauté.

1° Le mari est réputé seigneur et maître de la communauté. En d'autres termes, la loi lui attribue, en qualité de chef de l'association conjugale, le pouvoir d'user et de disposer des biens de la communauté comme de ses biens personnels¹, sous les restrictions cependant qui seront ci-après indiquées. Ainsi, le mari a non-seulement le droit d'administrer les biens communs; il peut encore les aliéner et les grever de servitudes ou d'hypothèques, sans le concours de la femme. Art. 1421. Il ne doit même aucune indemnité à celle-ci, lorsqu'il dissipe ou qu'il laisse dépérir ces biens².

La femme n'est pas admise à former opposition aux actes d'administration ou de disposition du mari. Elle n'a d'autre ressource, pour mettre ses intérêts à l'abri de la mauvaise gestion de ce dernier, que de provoquer la séparation de biens.

Quelque étendus que soient les pouvoirs conférés au mari en sa qualité de seigneur et maître de la communauté, il doit cependant les exercer sans fraude. Les actes par lui passés sont à considérer comme frauduleux, non-seulement lorsqu'ils ont eu pour objet de lui procurer ou de procurer à ses héritiers un avantage au détriment de la communauté, mais encore lorsque, sans aucune inten-

dans les biens communs non encore partagés. La solution adoptée au texte se justifie par cette idée que, comme les sociétés civiles en général, la communauté ne constitue pas une personne morale (§ 505, texte n° 1, et note 2), et ce, par des raisons analogues à celles que nous avons développées à la note 5 du § 383. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, n° 20. Besançon, 24 juin 1858, Sir., 59, 2, 39. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1763 et suiv.; Bordeaux, 6 juillet 1832, Sir., 33, 2, 54.

¹ Dire que le mari est seigneur et maître de la communauté, ce n'est pas dire que la femme n'ait, jusqu'à la dissolution de la communauté, qu'une simple expectative de copropriété. La qualification de seigneur et maître de la communauté n'a, en ce qui concerne la femme, d'autre objet que de marquer l'étendue des pouvoirs qui appartiennent au mari, en vertu du mandat que la loi lui confère comme chef de l'union conjugale. Cpr. § 505, texte n° 2 et note 3. C'est seulement en ce qui concerne les créanciers du mari et de la femme que cette qualification doit être entendue dans un sens absolu. Cpr. texte n° 2 et note 13 *infra*.

² Pothier, n° 470. Odier, I, 214. Rodière et Pont, I, 656. Troplong, II, 858.

tion de s'avantager ou d'avantager les siens, le mari ne les a faits qu'en haine de sa femme et dans la vue de la frustrer. Dans l'une et l'autre hypothèse, la femme est en droit de se faire indemniser par le mari. Elle est même admise à demander contre les tiers la révocation des actes passés à leur profit, lorsqu'ils se sont rendus complices de la fraude commise par celui-ci. Cette complicité, qui, dans les circonstances ordinaires, ne doit être admise qu'avec la plus grande réserve, pourra l'être plus facilement lorsqu'il s'agira d'actes passés en prévision d'une dissolution imminente de la communauté dont les tiers auraient eu connaissance. C'est ce qui a lieu dans l'hypothèse prévue par l'art. 271, et pour les actes passés par le mari, soit dans les derniers moments de sa vie, soit à la veille de la mort de sa femme³.

Le droit de disposition du mari sur les biens communs est d'un autre côté soumis aux restrictions suivantes :

a. Il ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, ni des immeubles de la communauté⁴, ni de la totalité ou d'une quotité du mobilier de celle-ci, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs⁵. Mais il est autorisé à donner à toutes personnes des objets mobiliers spécialement et individuellement désignés, quels qu'en soient la quantité et la valeur⁶, pourvu d'ailleurs que la do-

³ Comme le dit fort bien Coquille (*Questions et réponses*, quest. 96), la seigneurie de la communauté est attribuée au mari *quatenus bona fides patitur, non etiam ut fraudibus via aperiat*. C'est aussi ce qui a toujours été reconnu par nos anciens auteurs. Voy. Lebrun, liv. I, chap. V, dist. I, n° 60; Pothier, n° 467. Ces idées doivent, à plus forte raison, être appliquées sous l'empire du Code Napoléon, qui a apporté au pouvoir du mari des restrictions inconnues dans l'ancien Droit. Troplong, II, 871 et suiv. Colmar, 25 février 1857, Sir., 57, 2, 321.

⁴ Le Code Napoléon a, sous ce rapport, restreint les pouvoirs que les coutumes, et notamment celle de Paris, attribuaient au mari, relativement aux biens communs. Aux termes de l'art. 225 de cette dernière coutume, le mari pouvait disposer, sans le consentement de la femme, des immeubles communs « par donation ou autre disposition entre-vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable, et sans fraude ».

⁵ Le terme *établissement* ne doit pas être pris ici dans le sens restreint d'un établissement par mariage, mais dans l'acception générale que lui attribue l'art. 204. — Cpr. sur le droit de disposition du mari pour l'établissement des enfants communs : Troplong, II, 901 et 902; Req. rej., 2 janvier 1844, Sir., 44, 1, 9.

⁶ Toullier, XII, 311. — Cependant l'excès d'une pareille donation donnerait facilement à présumer, lors même qu'elle aurait eu lieu au profit d'un étranger, que le mari l'a faite en fraude des droits de la femme. Pothier, n° 481. Battur, II, 537. Troplong, II, 887.

nation ne soit pas faite en fraude des droits de la femme, et spécialement que le mari ne se réserve pas l'usufruit des objets donnés. Art. 1422.

Les donations faites par le mari en dehors des limites déterminées par l'art. 1422, ne sont pas opposables à la femme, qui peut demander, lorsqu'elle accepte la communauté, que les biens donnés soient compris au partage⁷. Ce droit cependant ne lui appartiendrait plus, si elle avait concouru à ces actes⁸, soit comme codo-

⁷ Civ. cass., 14 août 1855, Sir., 55, 1, 776. — L'action compétant à cet effet à la femme est immobilière; et si la restitution, ne pouvant s'opérer en nature, s'effectue en valeurs mobilières, ces valeurs n'appartiennent pas au donataire ou légataire du mobilier. Req. rej., 16 février 1852, Sir., 53, 1, 18.

⁸ Suivant une opinion assez accréditée, le concours ou le consentement de la femme à la donation immobilière faite par le mari, ne la rendrait pas non recevable à la critiquer. Voy. Delisle, *Consultation*, Sir., 44, 2, 386; Odier, I, 225; Rodière et Pont, I, 662; Marcadé, sur les art. 1421 à 1423, n° 2; Bourges, 10 août 1840, Sir., 41, 2, 357; Caen, 3 mars 1843, Sir., 44, 2, 386. Voy. aussi Douai, 29 août 1855, Sir., 55, 2, 739. Mais cette opinion doit, à notre avis, être rejetée. Le rapprochement des art. 1421 et 1422 prouve que le législateur, en interdisant au mari de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, après lui avoir permis de les aliéner à titre onéreux *sans le concours de la femme*, a simplement voulu le soumettre, pour les dispositions à titre gratuit, à la nécessité d'obtenir ce concours. La restriction apportée au pouvoir du mari étant uniquement établie dans l'intérêt de la femme, on ne voit pas pourquoi il lui serait interdit de renoncer à l'effet de cette restriction. En vain dit-on que, dans ce système, la femme ne se trouvera plus suffisamment protégée, puisqu'il est à craindre que son consentement soit déterminé par l'ascendant ou l'obsession du mari. Cette objection est en opposition avec les principes fondamentaux du régime de communauté, sous lequel la femme, dûment autorisée, jouit d'une entière capacité de s'engager ou de disposer de ses biens. En vain aussi prétend-on que la donation serait nulle, comme entachée d'une condition potestative, en ce qu'il dépendrait de la femme de la rendre inefficace à son égard, en renonçant à la communauté. Cet argument, qui resterait sans application à l'hypothèse où la femme se serait bornée à donner son consentement à la donation faite par le mari seul, n'est pas même exact dans l'hypothèse où elle a participé à la donation, comme codonatrice pour moitié. En effet, la renonciation à la communauté ne portera aucune atteinte à l'efficacité de la donation, qui ne pourra être attaquée, ni par le mari, qui serait non recevable à se prévaloir d'une prohibition établie contre lui, ni par la femme, à laquelle sa renonciation a fait perdre toute espèce de droits sur les biens de la communauté. La seule question qui puisse s'élever en pareil cas, c'est de savoir si la femme devra indemniser son mari pour la moitié de la valeur des biens donnés; et cette question, qui ne concerne que les rapports des époux, est complètement étrangère au sort de la donation. Delvincourt, III, p. 34. Duranton, XIV, 272. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 356. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 206. Taulier, V, p. 88. Troplong, II, 903

natrice, soit même simplement pour y donner son adhésion⁹.

Du reste, dans le cas même où une donation faite par le mari seul serait déclarée non opposable à la femme, elle n'en devrait pas moins avoir son effet par rapport au mari ou à ses héritiers, soit que les objets donnés tombent dans leur lot, soit qu'ils tombent dans le lot de la femme. Au dernier cas, le donataire aurait droit de réclamer contre le mari ou ses héritiers la valeur de ces objets¹⁰. Arg. art. 1423.

b. Le mari ne peut, par acte de dernière volonté, ou au moyen d'une institution contractuelle, disposer des biens communs que jusqu'à concurrence de sa part dans la communauté. Lorsqu'il a ainsi donné, soit un immeuble, soit un objet mobilier de la communauté, le donataire ou légataire n'est autorisé à réclamer cet objet en nature qu'autant que, par l'événement du partage, il est

à 906. Riom, 5 janvier 1844, Sir., 44, 2, 385 et 388. Amiens, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 174. Req. rej., 5 février 1850, Sir., 50, 1, 337. Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329. Poitiers, 10 juin 1851, Sir., 51, 2, 609.

⁹ Lorsque la femme, après avoir concouru comme codonatrice à la donation faite par le mari, renonce à la communauté, elle doit, en général, indemnité au mari pour moitié de la valeur des objets donnés. Il en serait cependant autrement si, d'après les circonstances, la femme pouvait être considérée comme étant intervenue à la donation, non pour exercer personnellement un acte de libéralité, mais seulement comme commune en biens, et pour renoncer par son adhésion au droit éventuel de critiquer cette donation.

¹⁰ Toullier, XII, 314. Duranton, XIV, 275. Odier, I, 223. Rodière et Pont, I, 667. Marcadé, sur les art. 1421 à 1423, n° 5. Voy. cep. Troplong, II, 891. D'après cet auteur, le donataire ne pourrait, au cas où l'immeuble donné est tombé au lot de la femme, réclamer du mari, que la valeur de la moitié de cet immeuble. Il se fonde sur ce que ce dernier ne saurait être tenu à garantie pour la part de la femme, à raison du caractère frauduleux dont la donation de cette part se trouverait entachée. Mais ce motif nous paraît doublement erroné. Il est d'abord évident qu'il ne s'agit pas ici d'une question de garantie, et M. Troplong le reconnaît lui-même, en convenant que le mari doit bonifier au donataire la moitié de la valeur de l'immeuble donné, ce à quoi il ne serait pas tenu, à moins d'une promesse formelle, si on devait décider la question d'après les principes relatifs à la garantie d'éviction. D'un autre côté, la donation d'un conquêt, faite par le mari seul, ne saurait être considérée comme un acte frauduleux, puisqu'elle ne peut en aucun cas préjudicier à la femme. De quel droit, d'ailleurs, le mari viendrait-il se prévaloir d'une fraude qu'il aurait commise, pour se soustraire à l'obligation d'exécuter, sinon *in specie*, du moins en valeur, la donation qu'il a faite? Nous ajouterons que si la femme, au lieu de demander que l'immeuble donné soit compris au partage, se borne à réclamer une indemnité de la moitié de la valeur de l'immeuble, la donation subsistera pour le tout, le mari se trouvant obligé au paiement de cette indemnité. Or, on ne comprendrait pas que l'option de la femme pût influencer sur le sort de la donation.

tombé au lot des héritiers du mari. Au cas contraire, ces derniers doivent lui en payer la valeur. Art. 1423 ¹¹.

c. La femme peut, en cas de séparation de biens, demander l'annulation des actes d'aliénation d'objets de la communauté, consentis par le mari depuis l'introduction de la demande, par cela seul que ces actes lui portent préjudice. Arg. art. 1445. Si cependant la séparation de biens ne s'est opérée que comme conséquence d'une séparation de corps, la femme n'est admise à critiquer ces actes, vis-à-vis des tiers, qu'à charge de prouver que le mari les a faits en fraude de ses droits, et que les tiers avec lesquels il a traité, ont été complices de cette fraude ¹². Arg. art. 271.

2° Tous les engagements contractés par le mari durant la communauté, soit par l'effet d'une convention ou d'un quasi-contrat, soit même par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, grèvent la communauté ¹³. Il importe peu, en ce qui concerne les engagements conventionnels, que le mari les ait contractés, soit dans son intérêt personnel ou dans celui d'un tiers, soit dans l'intérêt de la communauté, et que celle-ci en ait ou non profité ¹⁴.

Le principe que toutes les dettes contractées par le mari grèvent la communauté, s'applique même aux amendes qu'il a encourues par suite d'un délit de Droit criminel. Art. 1424.

Toutefois, et par exception à ce principe, la communauté n'est tenue, ni de l'amende, ni même des réparations civiles et des dépens ¹⁵ auxquels le mari aurait été condamné, avant la loi du

¹¹ L'art. 1423 est-il applicable aux dispositions testamentaires faites par la femme? Voy. pour la négative §§ 675 et 676, note 17.

¹² Cpr. sur ces deux propositions : § 516, texte n° 6 et note 49; § 493, texte n° 3, et notes 14 à 18.

¹³ Art. 1409, n° 2, cbn. 1424 et 1425. Ce principe, qui était universellement reconnu dans l'ancien Droit, est une conséquence du pouvoir de disposer conféré au mari par le deuxième alinéa de l'art. 1421. Toullier, XII, 217. Duranton, XIV, 246. Rodière et Pont, I, 624. Odier, I, 191. Troplong, II, 720 et 726. — En combinant le principe dont il s'agit avec la règle que toutes les dettes de la communauté peuvent être poursuivies pour le tout sur les biens personnels du mari (Cpr. § 510), on peut dire que les biens de la communauté sont, en ce qui concerne les créanciers personnels du mari et ceux de la communauté, censés former partie intégrante du patrimoine du mari.

¹⁴ Pothier, n° 248. Toullier, XII, 217. Rodière et Pont, I, 625. Troplong, II, 721 à 725. Cpr. note 17 *infra*.

¹⁵ Le mot *condamnations*, dont se sert l'art. 1425, comprend les réparations civiles et les dépens, aussi bien que l'amende. Toullier, II, 223. Odier, I, 242 *bis*. Rodière et Pont, I, 635. Colmar, 29 décembre 1849, Sir., 52, 2, 193.

31 mai 1854, par suite d'un crime emportant mort civile ¹⁶. Art. 1425.

D'un autre côté, le mari doit récompense à la communauté pour toutes les dettes qu'il a contractées dans son intérêt personnel ¹⁷, ainsi que pour les amendes prononcées contre lui à raison de délits de Droit criminel. Art. 1424. Mais il ne doit récompense, ni pour les amendes de discipline qu'il a encourues dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu ¹⁸, ni pour les réparations civiles auxquelles il a été condamné par suite d'un crime ou d'un délit ¹⁹.

¹⁶ Cette restriction, déjà admise dans l'ancien Droit, n'y avait été primitivement introduite que pour les condamnations accompagnées de la confiscation de biens, et en haine de cette confiscation. Plus tard, elle fut appliquée, par des motifs de faveur pour la femme, aux amendes et aux réparations civiles dues par suite de tout crime emportant la peine capitale. Pour justifier cette restriction, on disait que les amendes ne sont dues qu'en vertu des jugements de condamnation; et que le jugement portant condamnation à une peine capitale, emportant par lui-même mort civile, et par suite la dissolution de la communauté, celle-ci ne pouvait être chargée d'une dette qui ne prenait naissance qu'au moment de sa dissolution. Mais ces motifs, dont l'exactitude était contestable, même sous l'ancien Droit, et qui, en tout cas, ne s'appliquent pas aux dommages-intérêts, lesquels, bien évidemment, sont dus par le fait même du crime, avaient perdu toute valeur sous l'empire du Code Napoléon, puisque, d'après ce Code, la mort civile ne résultait plus de la condamnation à l'une des peines auxquelles elle était attachée, mais seulement de l'exécution d'une pareille condamnation. La disposition de l'art. 1425 constitue donc, en ce qui concerne les condamnations prononcées contre le mari, une véritable anomalie, qui ne peut aucunement se justifier au point de vue théorique. Cpr. Toullier, XII, 220 et 221; Duranton, XIV, 297; Battur, I, 316.

¹⁷ Le mari ne devrait pas récompense pour une dette contractée dans l'intérêt d'un tiers, aux affaires duquel il était étranger. Pothier, n° 248. Troplong, II, 729. Cpr. texte et note 14 *supra*.

¹⁸ Rodière et Pont, I, 631, p. 580, note 1.

¹⁹ La disposition de l'art. 1424, qui ne met à la charge de la communauté que sauf récompense les amendes prononcées contre le mari pour crime n'emportant pas mort civile, est une innovation législative. Comme elle déroge au principe que le mari peut disposer à son gré des biens communs, elle doit être restreinte aux amendes proprement dites, et ne peut être étendue aux condamnations en dommages-intérêts prononcées contre le mari par suite d'un délit. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est la différence des termes dont les rédacteurs du Code Napoléon se sont servis dans les art. 1424 et 1425. Dans ce dernier article, en effet, ils ont employé le mot *condamnations*, qui, par sa généralité, embrasse tant les condamnations civiles que les amendes, tandis que, dans le premier, ils ont employé le mot *amendes*, qui a une signification propre et restreinte. On peut ajouter qu'en soumettant le mari à une récompense pour les amendes prononcées contre lui, les rédacteurs du Code ont probablement été guidés par la considération que les amendes, comme les peines en général, ne

3° Comme seigneur et maître de la communauté, le mari est autorisé à exercer seul, et sans le concours de la femme, tous les droits et actions concernant les biens communs, et en particulier les actions relatives aux biens tombés dans la communauté, ou qui doivent y tomber du chef de la femme.

Le mari est de plus autorisé à exercer seul les actions qui appartiennent à la communauté comme usufruitière des biens propres de la femme. Il peut donc former toutes les actions relatives à ces biens, même les actions pétitoires, en tant que son intérêt l'exige pour assurer ou conserver l'exercice de l'usufruit auquel ils sont soumis au profit de la communauté²⁰. Toutefois, comme les juge-

doivent frapper que l'auteur du délit en répression duquel elles ont été encourues. Or, il est évident que cette considération ne s'applique point aux réparations civiles dues à raison d'un délit. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 224 et 225; Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté conjugale, n^o 162; Odier, I, 244; Troplong, II, 917 et 918; Douai, 30 janvier 1840, Sir., 40, 2, 322. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 33; Vazeille, *Traité du mariage*, II, 371; Bellot des Minières, I, p. 433, 457; Duranton, XIV, 298; Battur, I, 316; Rodière et Pont, I, 632; Marcadé, sur l'art. 1424, n^o 1; Taulier, V, p. 91. Ces auteurs enseignent que le mari doit récompense à la communauté, non-seulement pour les amendes, mais encore pour les condamnations civiles prononcées contre lui par suite d'un délit. Mais l'interprétation extensive qu'ils donnent à l'art. 1424, est contraire à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. D'ailleurs, les arguments sur lesquels ils se fondent prouvent trop : il en résulterait, en effet, que le mari devrait récompense pour les condamnations en dommages-intérêts prononcées contre lui par suite de tout délit de Droit civil, et même de tout quasi-délit, thèse qui est évidemment insoutenable.

²⁰ Il ne faut pas confondre, ainsi que l'ont fait certains commentateurs du Code, les actions relatives aux biens propres de la femme, que le mari est autorisé à exercer comme chef de la communauté, et à raison de l'usufruit qui appartient à cette dernière, avec les actions qu'il est autorisé à exercer comme administrateur légal des biens de la femme. Cpr. § 510. Si, en cette dernière qualité, le mari ne peut exercer seul les actions pétitoires relatives aux immeubles de la femme, il le peut, comme chef de la communauté, mais en tant seulement que celle-ci a l'usufruit des immeubles auxquels ces actions se rapportent. Il suit de là que, quant aux immeubles dont la jouissance même a été réservée à la femme, le mari est sans qualité pour intenter seul les actions pétitoires qui les concernent. — Toullier (XII, 384 et suiv.); Carré (*De la compétence*, II, 255), MM. Dalloz (*Jur. gén.*, v^o Mariage (contrat de), p. 214, n^o 22), Bellot des Minières (I, p. 484) et Battur (II, 552) accordent au mari l'exercice des actions pétitoires de la femme, tant en qualité d'administrateur des biens propres de celle-ci, qu'à raison de l'usufruit qui appartient à la communauté. D'après cette manière de voir, qui a été adoptée par les considérants d'un arrêt de la Cour de Colmar (17 avril 1817, Sir., 18, 2, 277), et par ceux d'un arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 15 mai 1832, Sir., 32, 1, 390), le mari aurait qualité pour exercer seul,

ments qui interviendraient contre le mari seul sur des actions pétitoires, ne pourraient être opposés à la femme, les tiers contre lesquels le mari a introduit une pareille action, ont la faculté de provoquer la mise en cause de celle-ci ²¹.

Réciproquement, le mari peut être actionné seul pour toutes les dettes communes, et notamment pour les dettes mobilières de la femme qui sont tombées dans la communauté. Néanmoins, les créanciers de la femme ont intérêt, pour obtenir hypothèque sur ses biens, de l'actionner conjointement avec le mari ²².

Le mari n'a pas qualité pour défendre seul aux actions immobilières concernant les propres de la femme ²³.

4° Le mari ne peut, ni directement ni indirectement, se décharger sur la femme des conséquences qu'entraîne pour lui sa qualité de chef de la communauté. Ainsi, la procuration qu'il donnerait à la femme pour l'administration des affaires communes, ne la soumettrait pas à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire. Elle serait seulement responsable envers le mari des suites de son dol, et serait d'un autre côté tenue de restituer les sommes ou valeurs qu'elle aurait retenues, ou dont elle aurait disposé dans son intérêt personnel ²⁴.

5° La femme ne peut, en général, engager la communauté qu'autant qu'elle agit avec l'autorisation de son mari. Art. 1426. Il en résulte :

même les actions pétitoires relatives aux immeubles dont la jouissance a été réservée à la femme. Or, nous ne saurions admettre cette conséquence, contraire au principe que l'administrateur de la fortune d'autrui ne peut, en cette qualité, former les actions pétitoires concernant les immeubles dont la gestion lui est confiée. Quant à M. Duranton (XIV, 316), il refuse, d'une manière absolue, au mari le droit de former seul des actions pétitoires relatives aux immeubles de la femme. Mais l'argument *a contrario* que cet auteur tire de l'art. 1428, al. 2, n'est pas concluant en ce qui concerne les immeubles dont la communauté a l'usufruit. Voy. dans le sens de la distinction que nous avons établie : Odier, I, 273 à 276 ; Taulier, V, p. 99 ; Rodière et Pont, I, 681 ; Marcadé, sur l'art. 1428, n° 1 ; Troplong, II, 1005 à 1009 ; Civ. cass., 14 novembre 1831, Sir., 32, 1, 388.

²¹ Civ. cass., 14 novembre 1831, et Req. rej., 15 mai 1832, Sir., 32, 1, 388 et 390. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente.

²² Pothier, n° 473. Merlin, *Rép.*, v° Communauté de biens, § 5, n° 2. Rodière et Pont, I, 593.

²³ Req. rej., 29 avril 1839, Sir., 39, 1, 445. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 511.

²⁴ Req. rej., 18 décembre 1834, Sir., 36, 1, 849. Req. rej., 8 février 1853, Sir., 53, 1, 425.

a. Que la communauté n'est pas, en général²⁵, tenue des obligations que la femme a contractées par suite d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit, ni des amendes prononcées contre elle à raison d'un délit de Droit criminel, à supposer d'ailleurs que le mari soit demeuré étranger aux faits qui ont donné naissance à ces obligations. Art. 1424.

b. Que la communauté n'est pas tenue des engagements contractés par la femme et des condamnations judiciaires prononcées contre elle, lorsqu'elle n'a agi ou plaidé qu'en vertu de l'autorisation du juge, peu importe, à cet égard, qu'elle ait obtenu cette autorisation sur le refus du mari, ou par suite de son absence ou de son incapacité.

Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne les dettes que la femme a contractées avec l'autorisation de la justice, soit pour tirer le mari de prison²⁶, ou pour payer sa rançon²⁷, soit, en cas d'absence de celui-ci²⁸, pour l'établissement des enfants communs²⁹. Ces dettes grèvent la communauté, comme si la femme les avait contractées avec l'autorisation du mari. Art. 1427³⁰.

D'un autre côté, lorsque la femme s'est engagée dans l'intérêt

²⁵ Il en est cependant autrement en matière de contraventions de police rurale, et de délits forestiers ou de pêche. Cpr. § 447, note 41.

²⁶ Il est indifférent que la contrainte par corps ait été exercée contre le mari pour le paiement d'une amende et des frais d'un procès criminel, ou pour le paiement d'une dette civile. Mais l'exception indiquée au texte ne s'étend point aux obligations que la femme ne contracterait que pour empêcher son mari d'aller en prison. Toullier, XII, 235. Duranton, XIV, 301. Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté conjugale, n^o 181. Troplong, II, 968. Voy. en sens contraire sur le dernier point : Rodière et Pont, I, 616 ; Marcadé, sur l'art. 1427, n^o 2.

²⁷ Toullier, Duranton, Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 615.

²⁸ Peut-on, sous ce rapport, assimiler au cas de l'absence du mari, celui de son interdiction ? Nous ne le pensons pas. La femme doit, dans cette dernière hypothèse, se conformer à l'art. 511, dont la disposition, conçue en termes généraux, s'applique au régime de la communauté, comme à tout autre. Duranton, XIV, 302. Odier, I, 258. Rodière et Pont, I, 622. Troplong, II, 963.

²⁹ Cpr. art. 1555 ; Proudhon, I, p. 272 ; Duranton, XIV, 303 ; Rodière et Pont, I, 621 ; Marcadé, *loc. cit.*

³⁰ La disposition exceptionnelle de l'art. 1427 est fondée, en ce qui touche les dettes contractées par la femme pour tirer son mari de prison, sur ce qu'elle remplit un devoir en s'engageant pour cet objet (art. 212), et sur ce que le mari profite évidemment de son engagement. Quant aux dettes contractées pour l'établissement des enfants communs, la disposition de l'art. 1427 repose sur ce qu'en s'engageant dans ce but, la femme remplit une obligation naturelle qui lui est commune avec son mari.

de la communauté, quoique avec la simple autorisation de justice, ou même sans aucune autorisation, la communauté est tenue de la dette, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de cet engagement ³¹.

6° L'autorisation donnée par le mari à la femme en matière extra-judiciaire a pour effet de grever la communauté des engagements que la femme a contractés, peu importe que l'acte qu'elle a passé, soit relatif aux biens communs ou à ses biens personnels ³². Art. 1419 et 1409, n° 2. Toutefois, dans ce dernier cas, la femme doit récompense à la communauté pour le montant de la dette que celle-ci aurait payée.

La femme autorisée par son mari à exercer la profession de marchande publique, lie la communauté par les engagements qu'elle contracte pour le besoin de son commerce ³³. Art. 220, al. 1^{er}.

Le principe que l'autorisation du mari engage la communauté, alors même que l'acte auquel elle s'applique est relatif aux biens personnels de la femme, souffre exception, quand il s'agit d'une autorisation donnée, soit pour aliéner des biens propres à la femme, soit pour accepter une succession immobilière qui lui est échue. La communauté n'est tenue, ni de l'obligation de garantie contractée par la femme, ni des dettes grevant la succession qui lui est échue ³⁴. Art. 1413 et 1432. L'autorisation du mari n'a d'autre effet, en pareil cas, que de permettre à l'acquéreur ou aux

³¹ Le mari ne peut, en pareil cas, être recherché par l'action *negotiorum gestorum*, mais seulement par l'action *de in rem verso*. Battur, I, 301. Troplong, II, 744, 950 et 972. Civ. rej., 3 février 1830, Sir., XXX, 1, 136.

³² En réservant la récompense ou l'indemnité que la femme peut devoir à la communauté ou au mari, à raison des obligations qu'elle a contractées avec l'autorisation de ce dernier, l'art. 1419 suppose virtuellement que la communauté et le mari sont engagés, alors même que l'obligation aurait été exclusivement contractée dans l'intérêt personnel de la femme, puisque ce n'est que dans cette hypothèse qu'elle peut être tenue à récompense ou à indemnité. La disposition de l'article précité repose sur la présomption, établie en faveur des tiers, que la femme qui s'oblige avec l'autorisation de son mari, ne le fait que dans l'intérêt de ce dernier ou dans celui de la communauté.

³³ Cpr. § 472, texte n° 6, et notes 49 à 52.

³⁴ La loi écarte ici la présomption sur laquelle repose la disposition générale de l'art. 1419, en parlant de l'idée que les tiers sont avertis par l'objet même des actes dont il est question aux art. 1413 et 1432, que ces actes concernent principalement les intérêts de la femme, et que la communauté n'y est intéressée que pour l'usufruit. Duranton, XIV, 308. Odier, I, 266. Rodière et Pont, I, 589. Demolombe, IV, 310. Marcadé, sur l'art. 1419, n° 1. Troplong, II, 846 et 1050. Voy. cep. Bellot des Minières, I, p. 508 à 510.

créanciers de la succession de poursuivre leurs droits, même durant la communauté, sur la pleine propriété des biens de la femme³⁵.

Les dispositions exceptionnelles des art. 1413 et 1432 ne sont pas susceptibles d'être étendues à des actes qui offriraient plus ou moins d'analogie avec ceux dont ces articles s'occupent, alors même qu'en fait, ils auraient été passés dans l'intérêt de la femme et qu'ils n'auraient procuré aucun avantage à la communauté ou au mari³⁶.

L'autorisation d'ester en justice donnée par le mari à la femme a pour effet de grever la communauté des dépens auxquels la femme vient à être condamnée, ainsi que des dommages-intérêts prononcés à raison du préjudice causé à la partie adverse par le fait même du procès³⁷.

Du reste, l'autorisation donnée à la femme de défendre à une action mobilière dirigée contre elle, ne met pas à la charge de la communauté le principal de la dette au paiement de laquelle elle a été condamnée, quand il s'agit d'une dette qui, d'après les principes exposés au § 508, ne tombe pas dans la communauté.

7° Lorsque la femme contracte, non point en son nom personnel, mais comme mandataire du mari, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, elle oblige la communauté sans s'obliger elle-même. Art. 1420.

La femme est censée avoir mandat de son mari pour l'achat des fournitures de ménage et pour les commandes d'ouvrages relatifs à l'entretien de la famille, ainsi que pour le règlement des dettes contractées à ce sujet³⁸. Il en résulte, d'une part, que le mari est

³⁵ Cpr. § 472, texte n° 10, notes 81 et 83.

³⁶ Demolombe, IV, 310. Rodière et Pont, I, 590. Marcadé, *loc. cit.* Rouen, 27 mai 1854, Sir., 55, 2, 17. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 846, et 1229 à 1231. L'éminent magistrat enseigne, en particulier, que l'enfant doté par sa mère avec la simple autorisation du père, n'a d'action pour le paiement de la dot constituée à son profit, ni contre ce dernier, ni contre la communauté. Il invoque à l'appui de cette opinion divers passages de Lebrun et de Pothier. Mais ces auteurs ne s'occupent que de la récompense à laquelle le mari peut avoir droit en pareil cas, et nullement de la question de savoir si l'enfant a ou non action sur les biens du mari et de la communauté.

³⁷ Toullier, II, 658. Chauveau, sur Carré, I, quest. 548. Rodière et Pont, I, *loc. cit.*

³⁸ Dumoulin, sur les art. 112 et 114 de l'ancienne Coutume de Paris, n° 3. Bouhier, Coutume de Bourgogne, obs. 19, n° 92. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. II, n° 6. Pothier, n° 574. Merlin, Rép., v° Autorisation maritale, § 7. Toullier, XII, 261 à 273. Duranton, XIV, 250. Vazeille, du mariage, II, 335.

tenu du paiement des dettes de cette nature, et, d'autre part, que les marchands et ouvriers n'ont d'action sur les biens personnels de la femme, ni pendant la durée de la communauté, ni après sa dissolution, à moins, bien entendu, qu'elle n'ait accepté la communauté, auquel cas elle se trouve coobligée au paiement de ces dettes, comme commune en biens ³⁹.

Les règles qui viennent d'être posées s'appliquent même à l'hypothèse où les époux ne font pas ménage commun, soit parce qu'ils se sont volontairement séparés, soit parce que le mari refuse de recevoir la femme au domicile conjugal ⁴⁰. Le mari est donc encore dans cette hypothèse seul tenu des dettes contractées par la femme pour son entretien personnel et celui de ses enfants. Mais il en serait autrement, si la femme avait quitté le domicile conjugal contre le gré du mari ⁴¹.

Le mari ne peut se faire décharger des obligations contractées par la femme pour les besoins du ménage, son entretien personnel et celui des enfants, ni en justifiant qu'il lui a toujours remis les sommes nécessaires pour subvenir à ces dépenses, ni en prouvant qu'il était absent au moment où les fournitures ont eu lieu ⁴². Mais il serait fondé à faire réduire les réclamations des marchands et ouvriers, s'il y avait excès manifeste dans leurs fournitures, eu égard à la condition et à la fortune des époux. D'un autre côté, il pourrait, au moyen d'une défense adressée directement et individuellement aux fournisseurs de faire crédit à la femme, se mettre à l'abri de toute recherche de leur part ⁴³. Un avertissement collectif, donné par la voie des journaux, ne serait point, en général et à lui seul, suffisant pour produire cet effet ⁴⁴.

Bellot des Minières, I, p. 247. Odier, I, 251. Rodière et Pont, I, 594. Demolombe, IV, 169. Marcadé, sur l'art. 1420. Troplong, II, 839 et 840. Rennes, 11 décembre 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 367. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 1, 332.

³⁹ Voy. les autorités citées à la note précédente.

⁴⁰ Rodière et Pont, I, 595. Marcadé, sur l'art. 1420, n° 2. Bordeaux, 8 juin 1839, Sir., 39, 1, 416. Req. rej., 13 février 1844, Sir., 44, 1, 662. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 272.

⁴¹ Battur, I, 325. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.*

⁴² Toullier, XII, 271. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 179. Rodière et Pont, I, 596. Paris, 1^{er} mai 1823, Sir., 24, 2, 96. Bordeaux, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 389.

⁴³ Toullier, XII, 262. Demolombe, IV, 170, Rodière et Pont, I, 598. Rennes, 11 décembre 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 367.

⁴⁴ Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1420, n° 2.

Lorsque, par un motif quelconque, le mari parvient à se faire décharger, en tout ou en partie, des obligations contractées par la femme pour les causes qui viennent d'être indiquées, les marchands et ouvriers n'ont point, par cela seul, d'action à exercer contre celle-ci. Ils ne pourraient la poursuivre personnellement qu'autant que, vivant séparée de son mari, elle aurait frauduleusement caché sa qualité de femme mariée, ou que, d'après les circonstances, les fournitures à elle faites devraient être considérées comme ayant réellement tourné à son profit ⁴⁵.

8° Les règles spéciales que renferment les art. 1438 et 1439 sur les dispositions faites par les deux époux conjointement, ou par l'un d'eux, pour l'établissement de leurs enfants communs, ont été expliquées au § 500, auquel nous nous bornons à renvoyer.

§ 510.

Des conséquences du régime de communauté, en ce qui concerne le patrimoine propre des époux.

1° La soumission au régime de la communauté fait perdre à chacun des époux personnellement la jouissance de ses biens propres, dont les fruits et les revenus entrent dans le fonds commun ¹.

2° Ce régime a de plus pour effet, quant au mari, de lui rendre personnelles toutes les dettes de la communauté indistinctement ², en ce sens que le paiement peut en être poursuivi, pour le total,

⁴⁵ Toullier (XII, 272) et MM. Rodière et Pont (I, 599) semblent admettre que la femme est soumise à l'action *de in rem verso* toutes les fois, et par cela seul, que le mari se trouve dégagé. Mais cette manière de voir ne repose, à notre avis, que sur une idée inexacte de la *versio in rem*, qui ne saurait résulter du seul fait que la femme a reçu les fournitures à raison desquelles elle est recherchée, et qui suppose en outre qu'elle en a fait un emploi utile, en sa qualité de femme mariée et de mère de famille. Serait-il possible d'admettre la *versio in rem* dans le cas, par exemple, où les engagements de la femme ayant été réduits comme excessifs, les fournisseurs voudraient répéter contre cette dernière la partie de leur créance pour laquelle ils n'auraient pas d'action contre le mari?

¹ Cpr. § 507, texte n° 2.

² Ainsi, les dettes qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme, et celles qu'elle a contractées, fût-ce dans son intérêt personnel, avec l'autorisation du mari, peuvent être poursuivies pour le tout contre ce dernier, tant que la communauté n'est pas dissoute. Art. 1409, n° 1, et 1419. Cpr. art. 1485.

sur ses biens propres, sauf récompense de la part de la communauté, ou indemnité de la part de la femme, s'il y a lieu. Art. 1419.

Du reste, le mari n'est pas contraignable par corps pour les dettes dont la communauté se trouve grevée du chef de la femme, et à raison desquelles celle-ci est soumise à cette voie d'exécution. Il en est ainsi, lors même qu'il s'agit de dettes que la femme a contractées avec l'autorisation du mari³.

Sauf les modifications qui viennent d'être indiquées, les droits et les obligations du mari relativement à son patrimoine propre sont les mêmes que s'il n'existait pas de communauté de biens entre lui et sa femme.

3° La soumission au régime de la communauté fait perdre à la femme, non-seulement la jouissance, mais encore l'administration de ses biens propres, laquelle passe au mari en qualité de chef de la communauté. Il en est ainsi quant à l'administration, même en ce qui concerne les biens dont la jouissance seule aurait été réservée à la femme⁴. Art. 1428, al. 1.

Comme administrateur des biens propres de la femme, le mari est soumis aux obligations qui pèsent sur tout administrateur de la fortune d'autrui. Ainsi, il doit les gérer en bon père de famille, et il répond de leur perte ou déperissement, lorsqu'il a négligé d'apporter les soins convenables à leur conservation. Il est notamment responsable de la perte que la femme a éprouvée par suite de l'accomplissement d'une prescription dont il aurait négligé d'interrompre le cours. Art. 1428, al. 4, et 2254.

D'un autre côté, le mari jouit, quant aux biens propres de la femme, des pouvoirs qui appartiennent, en général, à tout administrateur légal de la fortune d'autrui.

³ Ainsi, par exemple, le mari n'est pas soumis à la contrainte par corps à raison des dettes contractées par la femme en qualité de marchande publique. Locré, sur l'art. 220. Delvincourt, sur l'art. 2066. Maleville, sur l'art. 220. Toullier, XII, 245. Duranton, II, 486. Vazeille, II, 358. Marcadé, sur l'art. 220, n° 2. Demolombe, IV, 313. Troplong, *De la contrainte par corps*, nos 313 et 314. Rodière et Pont, I, 604. Lyon, 26 juin 1822, Sir., 23, 2, 288. Paris, 7 août 1832, Sir., 33, 2, 52.

⁴ La femme peut cependant, par une clause du contrat de mariage, se réserver l'administration de ses biens propres, ou restreindre les pouvoirs qui appartiennent au mari comme administrateur légal de ces biens. Cpr. § 504, texte et note 4. — Les tiers donateurs ou testateurs peuvent aussi réserver, au profit de la femme, la jouissance et l'administration des objets dont ils disposent en sa faveur. Cpr. § 507, note 18.

Ainsi, il a le droit de louer les biens de la femme, de résilier les baux y relatifs⁶, de poursuivre le recouvrement de ses créances propres et d'en toucher le montant⁶, de les céder par voie de transport, et d'aliéner les meubles corporels dont elle s'est réservé la propriété⁷.

Ainsi encore, il peut exercer seul les actions mobilières ou possessoires, relatives aux biens propres de la femme, lors même qu'il s'agirait d'une action concernant un objet mobilier ou un immeuble dont la jouissance lui eût été réservée. La femme n'est pas admise, sauf en cas de collusion, à attaquer par tierce opposition les jugements rendus contre le mari seul sur de pareilles actions⁸. Art. 1428, al. 2.

Le mari est, en principe, autorisé à toucher sur ses seules quittances les créances de la femme, alors même qu'il s'agit de sommes soumises à emploi ou remploi, en vertu d'une clause spéciale du contrat de mariage⁹. Il en serait toutefois autrement, s'il résultait de l'ensemble de ce contrat que la femme a entendu se réserver, non-seulement le droit d'exiger immédiatement du mari l'emploi ou le remploi convenu, mais encore un recours contre les tiers qui auraient payé entre les mains de ce dernier, sans que cet emploi ou ce remploi eût été effectué. Dans ce cas, les paiements faits en dehors de toute participation ou approbation de la femme, ne seraient pas libératoires à son égard¹⁰.

⁶ Paris, 26 février 1850, Sir., 51, 2, 796.

⁶ Paris, 19 juin 1838, Sir., 42, 2, 424, à la note. Angers, 26 juin 1842, Sir., 42, 2, 424. Req. rej., 25 juillet 1843, Sir., 51, 1, 258.

⁷ Voy. sur ces deux derniers points : § 522, texte n° 5, et note 29.

⁸ Mais la femme dont les intérêts se trouveraient compromis par la faute ou la négligence du mari, aurait son recours contre ce dernier. Duranton, XIV, 315.

⁹ Une pareille clause ne doit pas, en principe, être considérée comme restrictive des pouvoirs du mari. Il est possible qu'en la stipulant, la femme n'ait eu d'autre but que de se réserver comme propres les sommes à employer, ou de s'assurer le droit d'exiger un remploi immédiat des sommes provenant de l'aliénation de ses propres ; et, dans le doute, c'est cette interprétation qu'il faut préférer, comme s'éloignant le moins des règles de la communauté légale. Rodière et Pont, II, 522. Rouen, 1^{er} mars 1839, Dalloz, 1840, 2, 45. Bordeaux, 30 avril 1840, Dalloz, 1841, 2, 16. Bourges, 7 juin 1842, Dalloz, 1843, 2, 35. Voy. en sens contraire : Odier, I, 316.

¹⁰ Si les clauses destinées à restreindre les pouvoirs du mari sur les biens communs sont destituées de toute efficacité, il n'en est pas de même de celles qui ont pour objet de limiter ses pouvoirs comme administrateur des biens personnels de la femme. Celle-ci, en effet, ayant le droit, même sous le régime de la communauté, de se réserver l'administration de certains de ses biens, elle

Le même principe et la même exception s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux cessions consenties par le mari de créances de la femme soumises à une condition de emploi¹¹.

Les baux passés sans fraude¹² par le mari seul, de biens propres de la femme, lient cette dernière, même en cas de renonciation à la communauté. Ce principe est cependant soumis aux restrictions suivantes :

a. Les baux faits pour un terme excédant neuf ans ne sont, après la dissolution de la communauté, obligatoires à l'égard 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. Le fermier ou locataire n'a donc, en pareil cas, que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans qui court au moment de la dissolution de la communauté. Art. 1429.

b. Les baux, de quelque durée que ce soit¹³, passés ou renou-

a par cela même incontestablement la faculté, tout en laissant cette administration au mari, d'y attacher des restrictions ou conditions destinées à garantir ses intérêts. Or, de telles stipulations sont, d'après leur objet même, opposables aux tiers; et il doit en être spécialement ainsi des clauses d'emploi et de emploi, lorsqu'il est certain qu'elles ont été stipulées dans le but de restreindre le pouvoir du mari de toucher les sommes propres à la femme. Rodière et Pont, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 22 novembre 1820, Sir., 21, 1, 404. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 4085. Suivant cet auteur, la clause d'emploi ou de emploi ne concernerait que les rapports des époux entre eux, et ne serait jamais opposable aux tiers, quels que fussent les termes dans lesquels elle aurait été conçue. Cette opinion, trop absolue à notre avis, est la suite de la confusion que l'on fait assez généralement entre la question décidée au texte et celle de savoir si la clause d'emploi ou de emploi stipulée dans un contrat de mariage qui établit le régime de la communauté, imprime aux propres de la femme un caractère plus ou moins prononcé d'inaliénabilité, de telle sorte qu'elle ne puisse renoncer au bénéfice de cette clause, et que les créanciers envers lesquels elle s'est obligée pendant le mariage, se trouvent privés du droit d'exercer des poursuites sur les biens qui en forment l'objet. Voy. sur cette dernière question : § 533, texte et note 9.

¹¹ Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6.

¹² Toullier, XII, 408. Cpr. Bordeaux, 2 février 1832, Sir., XXXII, 2, 421. — Le fait seul de la vileté du prix ne suffirait pas, en l'absence de toutes circonstances de fraude, pour autoriser la femme à demander l'annulation du bail. Toullier, *loc. cit.* Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1249. Troplong, *Du louage*, I, 154; *De la communauté*, II, 1030. Rodière et Pont, I, 698. Req. rej., 11 mars 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 442.

¹³ L'application de l'art. 1430 est indépendante de la durée pour laquelle ont été faits les baux dont il est ici question. Bellot des Minières, I, p. 497. Troplong, *Du louage*, I, 152; et *De la communauté*, II, 1029. Rodière et Pont, I, 696. Marcadé, sur l'art. 1430, n° 2. — C'est évidemment à tort que Proudhon (*De l'usu-*

velés 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, ne sont pas obligatoires pour la femme ou pour ses héritiers, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté¹⁴. Art. 1430.

Lorsque la femme ou ses héritiers s'opposent à la continuation d'un bail fait pour plus de neuf ans, ou qu'ils refusent d'exécuter un bail, de quelque durée que ce soit, passé ou renouvelé avant les époques qui viennent d'être indiquées, le preneur ne peut réclamer aucune indemnité contre le mari¹⁵, à moins que celui-ci ne l'ait induit en erreur sur la propriété des biens, ou qu'il ne se soit porté fort, au nom de la femme ou de ses héritiers, pour l'exécution ou la continuation du bail après la dissolution de la communauté¹⁶.

Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner les immeubles de celle-ci¹⁷. Il ne peut pas davantage, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, exercer seul les actions pétitoires relatives à ces biens¹⁸. Art. 1428, al. 3, et arg. *a contrario* de l'al. 2 de cet article.

Lorsque le mari a aliéné seul un immeuble de la femme, celle-ci a le droit, même en cas d'acceptation de la communauté, de revendiquer cet immeuble en totalité. Elle n'est tenue, en pareil cas, que de contribuer pour moitié à la restitution du prix et au paiement des dommages-intérêts qui seraient prononcés au profit de l'acquéreur¹⁹. Encore peut-elle, conformément à

fruit, III, 1213) enseigne, en se fondant sur les termes de l'art. 1430, *les baux de neuf ans ou au dessous*, que les baux de plus de neuf ans, passés ou renouvelés par le mari avant les époques indiquées dans cet article, 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.

¹⁴ La circonstance que la communauté aurait duré jusqu'après l'époque à laquelle les baux auraient pu être valablement passés ou renouvelés, serait sans influence sur le sort de ces baux. Toullier, XII, 412.

¹⁵ Il résulte de là, que la femme peut refuser d'exécuter de pareils baux, même dans le cas où elle succède au mari à titre universel. Rodière et Pont, I, 693, note 2. Bruxelles, 29 juillet 1812, Sir., 14, 2, 63.

¹⁶ Toullier, XII, 405 et 406. Bellot des Minières, I, p. 499. Duranton, XIV, 314. Rodière et Pont, I, 697. Marcadé, sur l'art. 1430, n° 3.

¹⁷ On doit en conclure que le mari ne peut, sans le consentement de sa femme, concéder l'ouverture d'une carrière ou d'une mine sur un propre de celle-ci. Amiens, 30 novembre 1837, Sir., 38, 2, 369.

¹⁸ Voy. cep. la distinction établie au § 509, texte n° 3, et note 20.

¹⁹ La question de savoir si la femme qui accepte la communauté est admise à

l'art. 1483, se décharger de cette obligation, en offrant d'aban-

revendiquer son immeuble propre aliéné par le mari seul, ne peut souffrir difficulté, lorsque cet immeuble a été vendu avec déclaration qu'il appartenait à la femme, ou lorsque, même en l'absence d'une pareille déclaration, l'acquéreur a connu cette circonstance. Dans ces cas, en effet, ce dernier n'a pas véritablement droit à garantie, et ne peut que répéter, *condictione sine causa*, le prix par lui payé. D'un autre côté, et alors même que le mari aurait vendu comme sien l'immeuble de la femme, il ne paraît pas douteux qu'elle ne soit admise à le réclamer en offrant, conformément à l'art. 1483, d'abandonner son émolument de communauté. La controverse ne peut donc s'établir, d'une manière sérieuse, que sur l'hypothèse où le mari ayant vendu, comme lui appartenant, et à un acquéreur de bonne foi, un propre de sa femme, elle prétendrait le revendiquer, sans recourir au bénéfice de l'article précité. Nos anciens auteurs, à quelques rares exceptions près, n'avaient jamais mis en doute la recevabilité de l'action de la femme, et ne s'étaient divisés que sur la question de savoir si elle ne devait, en pareil cas, que la restitution de la moitié du prix, ou si elle se trouvait, en outre, soumise au paiement de la moitié des dommages-intérêts de l'acheteur. Voy. Choppin, *Sur la coutume de Paris*, liv. II, tit. I, n° 30; L'Hommeau, *Maximes*, liv. III, *De la communauté de biens*, p. 287; Charondas, *Réponses*, liv. X; Lalande, *Sur la coutume d'Orléans*, art. 187; Coquille, *Sur la coutume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 4; Renusson, *De la communauté*, part. I, chap. VI, nos 64 à 69; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, chap. III, sect. I, nos 38 et 39; Duplessis, *de la communauté*, liv. I, chap. IV, note *kk*; Bouchoul, *Sur la coutume de Poitou*, art. 230, n° 10; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. X, part. IV, chap. II, nos 10 à 14. Pothier, qui dans son *Traité de la vente* (n° 180) avait d'abord enseigné, par application de la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, que la femme ne peut, en cas d'acceptation de la communauté, revendiquer que pour moitié ses immeubles propres vendus par le mari, s'est rétracté dans son *Traité de la communauté* (n° 253), où il reconnaît, conformément à l'opinion générale, qu'elle est autorisée à les revendiquer pour le tout. Plusieurs auteurs modernes ont cependant repris l'opinion abandonnée par Pothier. Voy. Toullier, XII, 226; Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*; Marcadé, sur l'art. 1428, n° 3; Troplong, *De la vente*, I, 463, *De la communauté*, II, 730 à 733. Voy. aussi Amiens, 18 juin 1814, Sir., 15, 2, 40. L'erreur dans laquelle ces auteurs sont tombés, à notre avis, provient d'une fausse assimilation des effets qu'entraîne l'acceptation de la communauté, avec ceux qui découlent de l'acceptation d'une succession. L'héritier pur et simple, qui succède aux obligations du défunt, telles qu'il les avait contractées, en est tenu dans toute leur étendue. La femme, au contraire, ne succède pas au mari et ne prend pas sa place. Ce n'est qu'en qualité d'associée qu'elle peut être tenue des obligations contractées par ce dernier. A ce titre, elle est bien soumise à la restitution de la moitié du prix payé par l'acheteur, et même au paiement de la moitié des dommages-intérêts qui peuvent lui être dus; mais elle ne saurait être obligée de respecter l'aliénation faite par le mari, qui n'a pu la soumettre à une pareille obligation, par cela même qu'il lui était défendu de vendre le propre de la femme sans son consentement. Ces deux propositions, quoi qu'en dise Marcadé, ne sont nullement contradictoires. Si, dans les circons-

donner à ce dernier son émolument de communauté. La femme, autorisée à cet effet par son mari, est recevable à exercer, même avant la dissolution de la communauté, l'action en revendication qui lui compète²⁰. Mais elle ne devrait pas, ce semble, être admise à la former avant cette époque, contre la volonté du mari, et avec la simple autorisation de justice²¹. Du reste, la femme

tances ordinaires, et alors que le recours pour cause d'éviction est dirigé contre le vendeur lui-même, ou contre son héritier qui le représente, l'obligation de payer des dommages-intérêts à l'acheteur évincé n'est que la conséquence de celle de garantir la paisible possession, et n'a pas d'autre cause, il n'en est plus de même dans l'hypothèse qui nous occupe. La femme, quoique n'étant pas soumise à la garantie de la vente de son propre, n'en est pas moins tenue, comme commune en biens, de la moitié des condamnations qui de ce chef seront prononcées contre son mari, comme de celles qui le seraient à tout autre titre. La cause de son engagement sous ce rapport réside dans l'acceptation de la communauté, et il n'est pas besoin, pour l'expliquer, de la rattacher à une obligation de garantie à laquelle elle se trouverait personnellement soumise. Duranton, XIV, 321. Odier, I, 281. Rodière et Pont, I, 686.

²⁰ Lorsque la femme agit avec l'autorisation du mari, on ne voit pas de motif qui s'oppose à la recevabilité de sa demande. En vain dirait-on que, le mari ayant le droit de disposer des fruits des immeubles propres de la femme, la vente par lui passée doit tout au moins sortir son effet quant à la jouissance, tant que la communauté n'est pas dissoute. Il en serait sans doute ainsi, si le mari avait fait un acte principalement et directement relatif à la disposition des fruits; mais tel n'est pas le caractère d'une vente portant sur l'immeuble lui-même; et le droit de jouissance n'étant en ce cas, pour l'acquéreur, qu'une conséquence de la transmission de la propriété, il ne saurait avoir pour effet de faire maintenir, même temporairement, la vente passée à son profit. Plus vainement encore objecterait-on que, par cela même que la prescription ne court pas pendant le mariage contre l'action de la femme, elle est aussi non recevable à la former avant la dissolution de la communauté. En effet, si la femme peut, sans avoir aucune prescription à craindre, se dispenser de former son action durant le mariage, il n'en résulte nullement qu'il lui soit interdit de le faire. Nous ajouterons que, sous plus d'un rapport, les époux peuvent avoir intérêt à reprendre immédiatement possession de l'immeuble.

²¹ Cette proposition était controversée dans l'ancien Droit. Admise par Coquille (*Questions et réponses*, n° 105), Valin (*Sur la coutume de la Rochelle*, art. 22, § 1, n° 43) et Ferrière (*Sur la coutume de Paris*, art. 226), elle était rejetée par D'Argentré (*Sur la coutume de Bretagne*, art. 419, gl. 1, cas. 2), et par Lebrun (liv. II, chap. II, sect. IV, n° 27). Les auteurs modernes se sont, en général, prononcés pour l'opinion émise au texte. Voy. Toullier, XII, 400; Duranton, XIV, 320; Odier, I, 283; Rodière et Pont, I, 687; Troplong, II, 988. Ce qui nous détermine à adopter cette opinion, c'est qu'il serait contraire à l'esprit de la loi que la femme pût, malgré l'opposition du mari, intenter une action qui, devant réfléchir contre ce dernier, serait de nature à troubler la paix du ménage. D'ailleurs, la femme serait sans qualité pour demander le délaissement de l'immeuble, soit à son profit, soit au profit de son mari, et elle n'aurait aucun moyen de contraindre celui-ci à le reprendre.

n'est pas obligée de s'en tenir à son droit de revendication; elle est autorisée, si elle le préfère, à réclamer de la communauté, à titre de récompense, le prix pour lequel l'aliénation a eu lieu ²².

Abstraction faite des droits et des pouvoirs qui appartiennent à la communauté ou au mari sur les biens propres de la femme, celle-ci jouit, relativement à ces biens, des mêmes droits dont elle jouirait s'il n'existait pas de communauté. Ainsi, la femme peut, avec l'autorisation du mari, ou à son refus avec celle de la justice ²³, engager ses biens, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui du mari ou d'un tiers, les grever de servitudes ou d'hypothèques, et même les aliéner. Ainsi encore, la femme peut, lorsque des immeubles à elle propres ont été compris dans une saisie pratiquée contre son mari, en demander la distraction, sans avoir, au préalable, provoqué la séparation de biens ²⁴.

4° La femme qui a contracté seule, sous l'autorisation du mari ou celle de la justice, est personnellement engagée pour le tout envers les tiers avec lesquels elle a traité, peu importe qu'elle ait agi, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui du mari ou de la communauté. Il en est de même lorsque, concourant à un acte passé par le mari, elle s'est obligée solidairement avec lui. Que si elle ne s'était obligée que conjointement avec son mari, elle ne pourrait être recherchée par les tiers que pour la moitié de la dette. Art. 1487.

Quant aux effets des engagements de la femme dans ses rapports avec le mari, ils sont régis par des règles spéciales, qui s'écarteront à plusieurs égards des principes du Droit commun.

Lorsque la femme s'est engagée seule, soit avec l'autorisation de la justice, soit même avec celle du mari, elle est, en général, censée avoir agi dans son intérêt personnel, et doit, par conséquent, récompense ou indemnité à la communauté ou au mari qui aurait acquitté sa dette. Art. 1449 *in fine*. Que si, contrairement à cette présomption, il résultait de l'objet même de l'obligation ou

²² Odier, I, 281. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 986. — La femme a intérêt à prendre le parti indiqué au texte, lorsque l'immeuble aliéné a péri, ou que, par une cause quelconque, sa valeur au moment de la dissolution de la communauté est inférieure au prix d'aliénation.

²³ Les engagements que la femme contracte avec l'autorisation de la justice, ne peuvent cependant porter atteinte à l'usufruit qui appartient à la communauté. Cpr. § 472, texte n° 9; § 509, texte n° 5.

²⁴ Cpr. Code de procédure, art. 725 et suiv. Colmar, 24 janvier 1832, Sir., 32, 2, 657.

d'autres circonstances, que la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, la femme aurait, selon les cas, droit à récompense ou à indemnité.

Lorsque la femme s'est engagée conjointement ou solidairement avec le mari, elle est réputée vis-à-vis de ce dernier ne s'être obligée que comme caution, et elle a par conséquent droit à récompense ou indemnité pour les suites de son engagement²⁵. Art. 1431. Cette présomption peut être combattue par la preuve que l'obligation a été contractée dans l'intérêt de la femme. Elle ne saurait d'ailleurs être opposée, ni au créancier envers lequel la femme s'est obligée²⁶, ni au tiers, codébiteur ou caution, qui, après avoir payé la dette, exerce son recours contre elle²⁷.

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1431 cesse d'être applicable, même vis-à-vis du mari, dans l'hypothèse où la femme a cautionné conjointement ou solidairement avec lui la dette d'un tiers, par exemple d'un de leurs enfants²⁸.

§ 511.

Des droits des époux contre la communauté, et de ceux de la communauté contre les époux¹.

1° Des droits des époux contre la communauté.

1) Chacun des époux est, lors de la dissolution de la communauté, autorisé à reprendre, par forme de prélèvement et avant tout partage, les immeubles ainsi que les objets mobiliers qui lui sont restés propres. L'un et l'autre sont également autorisés à reprendre, de la même manière, les immeubles acquis en remploi d'objets ou de valeurs qui leur étaient propres. Art. 1470, n° 1.

La femme a, de plus, le droit de réclamer contre la communauté une indemnité à raison de la perte ou de la détérioration

²⁵ Cpr. Bourges, 5 mai 1830, Sir., 30, 2, 185; Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 640.

²⁶ Rodière et Pont, I, 606. Marcadé, sur l'art. 1431, n° 1. Limoges, 20 février 1855, Sir., 55, 2, 314.

²⁷ Req. rej., 29 novembre 1827, Sir., 28, 1, 169. Civ. rej., 4 décembre 1855, Sir., 57, 1, 206.

²⁸ Rennes, 22 novembre 1848, Sir., 52, 2, 134.

¹ Cpr. sur cette matière : *Essai sur les récompenses, sous le régime de la communauté légale*, par Ménesson; Paris 1853, 1 vol. in-8°.

d'objets à elle propres, lorsque cette perte ou cette détérioration a été occasionnée par la faute ou la négligence du mari. Art. 1428, al. 3 cbn. 1409, n° 2. Quant à celui-ci, il ne peut réclamer aucune indemnité pour la perte ou la détérioration de ses propres².

2) Toutes les fois que la communauté s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens des propres de l'un des époux, elle doit récompense à ce dernier jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité³. Art. 1433 et arg. de cet article cbn. art. 1437. De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

a. Lorsque des deniers propres à l'un des époux ont été, ou confondus dans la masse commune, ou employés dans l'intérêt de la communauté, par exemple, à l'acquittement de ses dettes, cet époux a droit à récompense pour le montant de ces deniers.

b. Lorsque des immeubles ou des meubles propres à l'un des époux ont été vendus pendant le mariage, et que le prix en a été confondu dans la masse commune, ou qu'il a été employé dans l'intérêt de la communauté⁴, il est dû récompense à cet époux pour

² *Cur enim male administravit?*

³ Ce principe ne s'est établi que successivement. L'ancienne coutume de Paris n'accordait de récompense, même pour le prix des propres aliénés pendant le mariage, qu'autant que le emploi ou la récompense avait été expressément stipulé, soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte d'aliénation. Mais comme cette législation offrait aux conjoints le moyen de s'avantager pendant le mariage, la nouvelle coutume de Paris (art. 232) admit, pour ce cas spécial, le principe de la récompense, indépendamment de toute convention des parties. Cette disposition fut adoptée, comme tendant à écarter les surprises de la part de l'un des conjoints au préjudice de l'autre, même dans les coutumes où les avantages entre époux n'étaient point prohibés; et bientôt les auteurs et la jurisprudence l'étendirent à toute espèce d'avantages acquis à la communauté aux dépens des propres de l'un des époux. Cpr. Pothier, nos 585 et 607.

⁴ Le mari qui réclame une récompense pour le prix de propres aliénés, doit justifier que la communauté a reçu ce prix par son intermédiaire. Civ. cass., 13 août 1832, Sir., 32, 1, 641. Quoique cette décision soit motivée en termes généraux, le principe qu'elle consacre ne nous paraît pas, du moins en général, applicable à la femme. Le mari doit, comme administrateur légal des biens de cette dernière, être présumé avoir touché le prix de ses propres aliénés; et il ne peut se soustraire aux conséquences de cette présomption, qu'en prouvant, ou bien que le prix est encore dû, ou bien qu'il a été touché par la femme elle-même. Cpr. art. 1450. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 225. Rodière et Pont, I, 744. Troplong, II, 1096. Du reste, la circonstance que le mari, après avoir touché le prix d'aliénation de l'un de ses propres, l'aurait immédiatement dissipé ou donné à un tiers, n'empêcherait pas qu'il n'y eût lieu à récompense. Angers, 7 mars 1845, Sir., 46, 2, 79. Voy. cep. Troplong, II, 1092.

le montant du prix principal, ainsi que pour la valeur estimative des charges faisant partie du prix, en tant que la communauté a profité de ces charges⁵. Art. 1433 et arg. de cet article.

L'époux dont le propre a été aliéné a droit à la récompense de la totalité du prix d'aliénation, alors même que, par une cause quelconque, sa valeur s'était notablement augmentée pendant le mariage. C'est ainsi que le mari, qui s'est réservé la propriété d'un office ou de sa part dans une société, peut en réclamer l'entier prix d'aliénation malgré l'augmentation de valeur que ces objets avaient reçue pendant le mariage⁶.

L'époux auquel il est dû récompense, n'est pas admis à réclamer une somme supérieure au prix d'aliénation, sous le prétexte que son propre aurait été vendu au-dessous de sa véritable valeur. Art. 1436. Mais aussi a-t-il droit, malgré les énonciations contraires de l'acte d'aliénation, à la bonification de la totalité du prix que la communauté a réellement touché; et à cet effet il est admis à établir, par tous moyens de preuve, qu'une partie du prix a été dissimulée dans cet acte⁷.

⁵ Rodière et Pont, I, 714.

⁶ Req. rej., 9 juin 1836, Sir., 36, 1, 649.

⁷ Cette solution est généralement admise, lorsqu'il s'agit d'une récompense due à la femme. Toullier, XII, 345. Odier, I, 307. Rodière et Pont, I, 713. Marcadé, sur l'art. 1436, n° 1. Troplong, II, 1162. Civ. cass., 14 février 1843, Sir., 43, 1, 193. Besançon, 21 juin 1845, Sir., 46, 2, 451. Douai, 28 avril 1851, Sir., 52, 2, 369. Civ. cass., 30 décembre 1857. Sir., 58, 1, 276. — La question est plus délicate quand la récompense est réclamée par le mari; et la Cour de Douai (*loc. cit.*) l'a implicitement décidée contre lui. On pourrait dire, à l'appui de cette manière de voir, que le mari, jouissant d'une pleine indépendance quant à la rédaction de l'acte de vente de son propre, n'est pas recevable à prouver contre les énonciations de cet acte, et que d'ailleurs il ne doit pas être admis à alléguer une simulation frauduleuse à laquelle il aurait lui-même participé. A notre avis, ces raisons ne seraient pas concluantes. La prohibition de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes est sans application à notre hypothèse, puisqu'il ne s'agit pas ici d'établir les conditions et de régler les effets de la convention en ce qui concerne les rapports des parties qui y ont figuré, mais simplement de déterminer le montant de la somme qui, par suite de la vente d'un propre du mari, est entrée dans la communauté. D'un autre côté, la dissimulation d'une partie du prix de vente est d'ordinaire imposée par l'acheteur au vendeur, comme condition d'un prix plus élevé, de telle sorte que cette dissimulation, quand elle se rencontre dans l'acte d'aliénation d'un propre, tourne aussi au profit de la communauté, à laquelle elle procure une augmentation de revenu. On ne comprendrait donc pas que la femme pût se prévaloir, pour enrichir la communauté au détriment du mari, d'une fraude qui n'a été commise qu'à l'encontre du fisc.

En cas d'aliénation d'un droit d'usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, aucune récompense ne lui est due, lorsque la communauté est venue à se dissoudre par sa mort⁸. Que si l'époux, titulaire du droit d'usufruit ou de la rente viagère, survit à la dissolution de la communauté, il a droit à la récompense du prix d'aliénation, mais sous la déduction de la différence entre les intérêts de ce prix et les revenus ou arrérages que la communauté aurait perçus, si elle avait continué à jouir de l'usufruit ou de la rente viagère⁹. Des solutions analogues s'appliqueraient au cas où

⁸ Duranton, XIV, 340. Civ. cass., 10 avril 1855, Sir., 55, 1, 244. Deux autres opinions ont été émises sur ce point. Suivant la première, l'époux titulaire du droit d'usufruit ou de la rente viagère aurait droit à récompense du prix d'aliénation, mais sous la déduction de la différence entre les intérêts de ce prix et les revenus ou arrérages que la communauté aurait perçus, si elle avait continué à jouir de l'usufruit ou de la rente viagère. Voy. en ce sens Pothier (*De la communauté*, n° 592), qui d'abord (*Coutume d'Orléans*, tit. X, n° 106) s'était prononcé en faveur de la solution émise au texte. Voy. encore Merlin, *Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 2; Toullier, XII, 347 et 348; Odier, I, 309 et 310. Suivant la seconde opinion, la récompense devrait être du prix intégral d'aliénation, sans aucune déduction. Voy. en ce sens : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2672 à 2674; Rodière et Pont, I, 716; Marcadé, sur l'art. 1436, n° 2. Si nous avions à nous prononcer entre ces deux systèmes, nous n'hésiterions pas à donner au premier la préférence sur le second, dont les résultats tourneraient nécessairement au détriment de la communauté, puisqu'il est certain que les intérêts qu'elle touchera du prix de cession, seront toujours inférieurs aux revenus de l'usufruit ou aux arrérages de la rente viagère qu'elle aurait perçus. Mais nous croyons devoir rejeter également ces deux systèmes. L'un et l'autre reposent sur une fausse assimilation entre l'aliénation de la propriété d'un immeuble corporel et la cession d'un droit d'usufruit. La propriété d'un immeuble corporel, constituant un droit perpétuel, reste intacte pour l'époux propriétaire de cet immeuble, malgré la jouissance qui en est temporairement attribuée à la communauté, de telle sorte qu'à la dissolution de celle-ci, cet époux ou ses héritiers peuvent et doivent en faire la reprise, soit en nature, soit en valeur. L'usufruit, au contraire, qui ne consiste que dans la jouissance temporaire d'une chose appartenant à autrui, s'éteint et se consume successivement par le fait même de son exercice. Or, comme la communauté se trouve complètement substituée au droit de jouissance de l'époux titulaire d'un simple usufruit, il est évident que la cession qui en est consentie, n'aura réellement porté que sur la jouissance de la communauté, si celle-ci vient à se dissoudre par le décès de l'époux titulaire du droit d'usufruit. Ces réflexions, qui s'appliquent également à la cession d'une rente viagère, prouvent suffisamment le peu de fondement de l'objection qu'on a faite en disant que, par le fait même de la cession d'un usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, la communauté est devenue débitrice envers lui du prix de cession, puisque ce prix ne représente, dans l'hypothèse qui nous occupe, qu'une jouissance qui appartenait à la communauté.

⁹ Nous croyons devoir repousser, même pour cette hypothèse, l'opinion de

la rente viagère aurait été constituée sur la tête d'un tiers.

c. Lorsque des propres de l'un des époux ont été aliénés pendant le mariage, moyennant une rente viagère, il est dû récompense à cet époux pour l'excédant des arrérages de la rente viagère qui ont couru jusqu'à la dissolution de la communauté, sur les fruits ou revenus de ces propres¹⁰. Il est d'ailleurs bien entendu

Proudhon, de Marcadé, et de MM. Rodière et Pont, *loc. cit.* En effet, la communauté ne doit récompense que de ce dont elle s'est enrichie au détriment de l'époux titulaire du droit d'usufruit ou de la rente viagère, objet de l'aliénation. Or, elle ne se trouvera réellement enrichie que de ce qui restera du prix de cession, après la déduction indiquée au texte. Il pourra sans doute arriver que ce prix se trouve complètement absorbé par cette déduction, et que l'époux titulaire du droit d'usufruit ou de la rente viagère n'ait par conséquent rien à réclamer. Mais ce ne sera là qu'un résultat naturel de la convention aléatoire qu'il a librement consentie, et qui aurait tourné à l'avantage de ses héritiers, s'il était décédé peu de temps après la cession. Voy. en ce sens : Pothier, Merlin, Toullier, Duranton et Odier, *loc. cit.*

¹⁰ Sous l'ancienne jurisprudence, le droit à récompense, en cas d'aliénation moyennant une rente viagère d'un immeuble propre à l'un des époux, n'avait jamais été contesté. Il ne s'était élevé de difficultés que sur les bases à adopter pour la fixation de cette récompense. Voy. Lebrun, liv. I, chap. V, dist. 2, n° 14. Le mode de règlement indiqué au texte, est celui qu'avait proposé Pothier (n° 394), et qui paraît avoir été généralement suivi. Il est également admis par Merlin (*Quest.*, v° Remploi, § 2), par Toullier (XII, n° 350) et par MM. Glandaz (*Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 260), Taulier (V, p. 106), Odier (I, 308), et Troplong (II, 1096). Enfin, il a été consacré par les Cours de Douai (9 mai 1849, Sir., 50, 2, 180) et d'Angers (12 mai 1852, Sir., 53, 2, 369). Cependant on a proposé dans ces derniers temps une doctrine nouvelle, suivant laquelle l'époux dont l'immeuble propre a été aliéné moyennant une rente viagère, n'aurait droit à aucune récompense, sauf à reprendre la rente elle-même, lorsqu'il survit à la dissolution de la communauté. Voy. en ce sens : Bugnet, sur Pothier, VII, p. 312, note 2; Marcadé, sur l'art. 1436, n° 2; Rodière et Pont, I, 716; Mimerel, *Revue critique*, 1853, III, p. 851; Pont, *Revue critique*, 1854, IV, p. 9; Nancy, 3 juin 1853, Sir., 55, 2, 253. Voy. aussi Besançon, 18 février 1853, Sir., 53, 2, 457. On dit à l'appui de cette doctrine, que le seul résultat de l'opération dont il est ici question, est de substituer un propre à un autre, et que les arrérages d'une rente viagère ne constituant que des fruits civils, il en résulte que la communauté qui les a perçus en vertu de son droit de jouissance, ne peut, en raison de cette perception, être soumise à aucune obligation de récompense. Mais la première de ces considérations n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si une pareille substitution, qui s'opère par voie de vente et non par voie d'échange, peut avoir lieu sans donner ouverture à récompense au profit de l'époux dont l'immeuble a été aliéné. Quant à la seconde, elle se réfute par les raisons suivantes : Si la loi a cru devoir assimiler les arrérages d'une rente viagère à de véritables fruits, cette assimilation, jusqu'à certain point contestable, se comprend cependant, quand il est uniquement question des droits respectifs du crédi-rentier et de l'u-

que si l'époux, dont l'immeuble a été ainsi aliéné, survit à la dissolution de la communauté, il est autorisé à faire la reprise de la rente elle-même, sans préjudice à la récompense dont il vient d'être parlé.

d. Si des objets propres à l'un des époux ont été donnés en paiement d'une dette de la communauté, celle-ci doit récompense pour le montant de cette dette.

e. Si, au moyen d'une concession ou d'une renonciation faite au préjudice de ses biens propres, l'un des conjoints a amélioré la condition de ceux de la communauté, celle-ci lui doit récompense pour le montant de la mieux-value des biens communs ¹¹.

f. Lorsqu'une mine ou carrière a été ouverte pendant le mariage dans un fonds appartenant à l'un des époux, et que les produits en ont été perçus par la communauté, il est dû à cet époux récompense pour la valeur de ces produits, sous la déduction toutefois, jusqu'à concurrence de la mieux-value du fonds, des frais faits pour l'ouverture de la mine ou de la carrière. Art. 1403, al. 3 ¹².

3) Les récompenses et les indemnités dues à l'un ou à l'autre des époux ne peuvent être réclamées qu'à la dissolution de la communauté. La femme est cependant autorisée, même avant cette époque, à prendre des mesures conservatoires pour s'assurer le paiement des sommes qui lui sont dues par la communauté ¹³. D'un autre côté, les créanciers de la femme sont, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, autorisés à exercer les droits de leur

usufruitier de la rente. Elle trouvera donc, nous le reconnaissons, une juste application, lorsqu'il s'agira d'une rente viagère constituée au profit de l'un des époux dès avant le mariage. Mais dans l'hypothèse sur laquelle porte le débat, il n'en est plus de même, puisqu'il s'est produit durant le mariage un fait nouveau, à savoir, celui de l'aliénation d'un immeuble propre, fait dont il faut régler les conséquences entre les époux considérés comme communs en biens. Or, aux termes de l'art. 1433, toute aliénation d'un pareil immeuble donne nécessairement lieu à récompense; et l'on se mettrait évidemment en opposition, tant avec le texte de cet article qu'avec son esprit, en distinguant entre les ventes faites à prix ferme et les aliénations consenties moyennant une rente viagère, pour refuser, quant à ces dernières, toute espèce de récompense. Nous ajouterons que ce système offrirait aux époux un moyen facile de se faire pendant le mariage des libéralités irrévocables, contrairement aux dispositions de l'art. 1096, et qu'il présenterait ainsi, surtout pour la femme, les plus graves dangers.

¹¹ Pothier (n° 607) donne un exemple de l'application de cette règle.

¹² Cpr. § 507, texte nos 1 et 2, notes 24 et 34.

¹³ Cpr. art. 2195, al. 3; §§ 285 et 295.

débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. Art. 1446, al. 2.

4) Les sommes dues à l'un ou à l'autre des époux, à titre de récompense ou d'indemnité, portent de plein droit intérêt, à partir du jour de la dissolution de la communauté. Il en est ainsi, même à l'égard des sommes dues à la femme qui renonce à la communauté¹⁴. Art. 1473.

5) En cas d'acceptation de la communauté par la femme, les époux ou leurs héritiers sont respectivement autorisés à prélever, sur la masse commune, avant tout partage, les récompenses ou indemnités qui leur sont dues. Art. 1470, n^{os} 2 et 3.

Ce prélèvement s'opère d'après le mode indiqué au second alinéa de l'art. 1471¹⁵. Lorsqu'à défaut d'argent comptant, l'époux créan-

¹⁴ Bien que l'art. 1473 soit placé sous la rubrique *Du partage de la communauté après l'acceptation*, il faut cependant reconnaître que l'acceptation de la communauté ne forme, ni le fondement de la disposition de cet article, ni par conséquent la condition de son application. En faisant courir de plein droit, à partir de la dissolution de la communauté, les intérêts des récompenses ou indemnités dues, soit par la communauté aux époux, soit par les époux à la communauté, le législateur l'a fait en considération de la nature particulière de ces créances, qui résultent, non d'une convention, mais du simple fait que la communauté s'est enrichie aux dépens du patrimoine personnel de l'un des époux, ou que réciproquement ce patrimoine s'est enrichi au détriment de la communauté. Or, la renonciation de la femme ne saurait exercer aucune influence sur ce fait, ni sur la conséquence que la loi y a attachée. Cela paraît évident en ce qui concerne les récompenses dues à la communauté par la femme, puisqu'il n'est pas admissible que celle-ci puisse se soustraire par sa renonciation à une obligation accessoire, virtuellement inhérente à sa dette; et s'il en est ainsi, on doit, par réciprocité, appliquer la même solution aux récompenses dues à la femme par la communauté. Ces observations suffisent, à notre avis, pour démontrer le peu de solidité de l'objection qui consisterait à dire que, par suite de la renonciation de la femme, les reprises qu'elle a à exercer sur la communauté, dégénèrent en créances personnelles contre le mari, et rentrent dès lors sous l'application de l'art. 1479. Par l'effet de la renonciation, les reprises de la femme contre la communauté deviennent sans doute assimilables à des créances personnelles contre le mari, sous le rapport du mode de réalisation des unes et des autres. Mais ces reprises n'en restent pas moins distinctes de ces créances, en ce qui concerne leur origine et leur nature, c'est-à-dire au point de vue où le législateur s'est placé pour en faire courir les intérêts de plein droit, à partir de la dissolution de la communauté. Delvincourt, III, p. 75. Odier, I, 582. Rodière et Pont, II, 262. Troplong, III, 1708. Req. rej., 3 février 1835, Sir., 35, 1, 283. Voy. en sens contraire: Duranton, XV, 173; Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté, n^o 435; Marcadé, sur l'art. 1493.

¹⁵ Quoique le second alinéa de l'art. 1471 ne s'occupe spécialement que des prélèvements à faire par la femme, il n'est pas douteux qu'il ne soit également

cier exerce ses reprises sur les meubles ou les immeubles de la communauté, il a le choix des objets qu'il entend se faire attribuer, sans cependant pouvoir intervertir l'ordre établi à cet égard par la loi ¹⁶. Si les parties ne sont pas d'accord sur la valeur des meubles ou des immeubles choisis par l'époux créancier, le prix en est réglé par experts.

Le prélèvement autorisé par le second alinéa de l'art. 1471 n'est que facultatif, et ne prive pas l'époux qui a des reprises à exercer, du droit de demander, à défaut d'argent comptant, qu'il soit vendu des effets de communauté jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le remplir de ses reprises ¹⁷. Réciproquement, l'autre époux ou ses héritiers sont toujours admis à empêcher le prélèvement en nature, en offrant de payer comptant de leurs propres deniers le montant de la moitié des reprises ¹⁸.

La faculté dont jouit l'époux auquel il est dû des récompenses ou indemnités, de s'en remplir par voie de prélèvement, constitue en sa faveur un droit plus fort que le droit de copropriété de l'autre époux, et emporte virtuellement celui de se faire payer sur les biens communs, par préférence aux créanciers personnels de ce dernier ou de ses héritiers ¹⁹.

applicable aux prélèvements du mari, par cela même que la loi n'a pas, en ce qui le concerne, établi des règles différentes. Rodière et Pont, I, 835. Marcadé, sur les art. 1470 à 1472, nos 1 et 2. Troplong, III, 1650. Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82.

¹⁶ Toullier, XII, 354. Rodière et Pont, I, 830 et 834. Marcadé, sur les art. 1470 à 1472, n° 1. — D'un autre côté, l'époux créancier ne pourrait choisir des immeubles dont la valeur dépasserait de beaucoup le montant de ses récompenses ou indemnités. Rodière et Pont, 832. Marcadé, *loc. cit.*

¹⁷ L'avantage que le législateur a voulu faire à l'époux qui a des reprises à exercer, ne doit pas être rétorqué contre lui. Créancier d'une somme d'argent, il ne peut pas être forcé de recevoir autre chose que ce qui lui est dû. Art. 1243. Coquille, *Sur la coutume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 18. Pothier, n° 700. Troplong, I, 393 à 396; III, 1628.

¹⁸ Troplong, III, 1630. Cpr. cep. Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82.

¹⁹ Ce droit plus fort, ainsi que le qualifie Pothier (*Des successions*, chap. V, art. 1, § 2), ne repose cependant pas, comme on a voulu le prétendre, sur un droit de propriété exclusive, affectant les biens à prélever dès l'instant de la dissolution de la communauté, et ce, par le fait même de cette dissolution, ou tout au moins en vertu d'un effet rétroactif attaché au prélèvement. Il s'explique par cette idée, qu'il serait contraire à toute justice que l'époux du chef duquel des valeurs plus ou moins considérables sont tombées dans la masse commune, pût être contraint au partage de cette masse, avant d'avoir été rempli de ses reprises, et se trouvât ainsi exposé à entrer en concours sur les biens communs avec les créanciers personnels de son conjoint. Ce droit plus fort ne constitue

En vertu d'un bénéfice spécial, la femme est autorisée à exercer ses reprises sur les biens de la communauté avant que le mari exerce les siennes. Art. 1471, al. 1. Ce bénéfice cependant ne lui confère, de sa nature, aucun droit de préférence sur ces biens, au détriment des créanciers, même simplement chirographaires, de la communauté. Ces derniers sont donc en droit de frapper de saisie les biens communs, tant qu'ils n'ont pas été attribués à la femme par voie de cession ou de prélèvement; et, dans ce cas, ils viennent par contribution avec elle, sur le produit de la vente de ces biens²⁰. D'un autre côté, lorsque la femme a prélevé des immeubles hypothéqués par le mari durant la communauté, ces immeubles restent dans ses mains grevés de l'hypothèque dont ils ont été frappés, sans que les créanciers hypothécaires soient tenus de lui faire raison du montant des créances dont elle s'est payée par le prélèvement²¹.

donc qu'un avantage spécial attaché à la nature particulière des reprises pour récompenses ou indemnités, et n'a pas pour effet d'imprimer à ces créances un caractère de droit réel préexistant au prélèvement. Voy. au surplus, pour plus amples développements, note 25 *infra*.

²⁰ Ces propositions, que nous avons déjà émises dans nos premières éditions, et qui, soit d'après les précédents historiques, soit d'après les textes mêmes du Code, nous avaient semblé ne devoir donner lieu à aucune difficulté, ont cependant fait depuis lors l'objet d'une vive controverse. On a prétendu que la femme, primant le mari pour ses reprises, les exerçait, non à titre de simple créancière, mais en qualité de propriétaire, et n'avait point dès lors à entrer en concours avec les créanciers de la communauté; ou que tout au moins elle jouissait à leur égard, et ce d'après l'art. 1483, d'un privilège en vertu duquel elle devait leur être préférée sur les biens communs. Cette opinion, professée par plusieurs auteurs, avait même été consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation. Mais suivant une décision récente, rendue en audience solennelle (Chambres réunies, 16 janvier 1858, Sir., 58, 1, 10), la Cour suprême est revenue sur sa jurisprudence, et s'est déclarée, de la manière la plus positive, dans le sens des solutions indiquées au texte. Nous ne croyons pouvoir mieux faire pour justifier ces solutions, que de renvoyer aux excellents réquisitoires prononcés devant la Cour impériale de Paris et devant la Cour de cassation par MM. Rouland et Dupin (Sir., 55, 2, 449, 58, 1, 10), et à la remarquable dissertation de M. Pont (*Revue critique*, 1856, IX, p. 481). Cpr. du reste sur l'état antérieur de la jurisprudence et de la doctrine, la note de M. Devilleneuve, insérée au *Recueil général des lois et arrêts* (Sir., 56, 2, 593). — La femme ne peut-elle pas du moins exercer, à l'encontre des créanciers chirographaires, son hypothèque légale sur les conquêts de communauté? Voy. pour la solution de cette question, § 264.

²¹ L'opinion contraire est enseignée par Pothier (n° 757), qui paraît partir de l'idée que la femme, exerçant le prélèvement, non comme copropriétaire, mais comme créancière de la communauté, n'est pas à ce titre soumise aux conséquences qu'entraîne pour elle, en sa qualité de commune, l'acceptation de cette

A la différence du mari, qui ne peut jamais exercer ses reprises que sur les biens de la communauté, la femme, si les biens communs sont insuffisants pour la couvrir, est autorisée à exercer les siennes sur les biens personnels du mari. Art. 1472. Mais elle ne peut se venger sur ces biens que conformément aux règles ordinaires, c'est-à-dire par voie d'exécution forcée, et non par voie de prélèvement ou d'attribution.

6) En cas de renonciation, la femme conserve le droit d'exercer, pour récompenses ou indemnités, les mêmes reprises qu'elle aurait eu à faire valoir si elle avait accepté la communauté. Art. 1493 cbn. 1470. Mais vu que, par l'effet de sa renonciation, les biens communs se trouvent définitivement confondus dans le patrimoine personnel du mari, elle n'est plus admise, pour se couvrir de ses reprises, à procéder, comme au cas d'acceptation, dans la forme tracée par l'art. 1471. Ce n'est que par voie d'exécution forcée qu'elle peut poursuivre, sur les biens mêmes qui faisaient partie de la communauté, le recouvrement de ce qui lui est dû²²; et lorsque des biens de cette espèce lui sont volontairement abandonnés, c'est à titre de dation en paiement, et non à titre de prélèvement, qu'elle les reçoit²³. Par la même raison, la femme ne

dernière. Mais cette idée, qui conduirait également à dire que la femme peut, malgré son acceptation, poursuivre en paiement de ses reprises les détenteurs de conquêts, nous semble inconciliable avec le pouvoir qu'a le mari d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles communs. Dès que la femme accepte la communauté, elle est obligée de respecter les actes faits par le mari dans la limite de ses pouvoirs; et bien qu'autorisée à prélever les conquêts hypothéqués par ce dernier, elle ne peut cependant les prendre qu'avec les charges dont il les a valablement grevés. Troplong, III, 1646.

²² En effet, la femme qui renonce perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté, comme tels. Art. 1492. Aussi, à la différence de l'art. 1470, qui, au cas d'acceptation, emploie le terme *prélever*, l'art. 1493 se sert-il de l'expression *repandre*, pour qualifier l'exercice des reprises de la femme renonçante. D'un autre côté, la disposition de l'art. 1471 placé dans la sect. V, sous la rubrique *Du partage de la communauté après l'acceptation*, n'est pas reproduite à la sect. VI qui traite de la renonciation, et l'art. 1495 se borne à dire que la femme peut exercer ses reprises tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari. La Cour de cassation et, avec elle, plusieurs Cours impériales avaient étendu, même au cas de renonciation, l'idée que la femme exerce ses reprises sur les biens de la communauté, à titre de propriétaire. Mais cette conséquence extrême du système que la Cour de cassation vient tout récemment de rejeter (cpr. note 20 *supra*), était évidemment incompatible avec les effets de la renonciation. Civ. cass., 1^{er} décembre 1858, Sir., 59, 1, 113.

²³ Civ. rej., 8 février 1858, Sir., 58, 1, 268.

jouit en ce cas, même au regard des créanciers personnels du mari, d'aucun droit de préférence sur le mobilier qui dépendait de la masse commune. Mais aussi son hypothèque légale s'étend-elle aux conquêts de communauté avec la même efficacité qu'aux immeubles propres du mari²⁴.

7) Les bénéfices et avantages accordés à la femme, quant à l'exercice des reprises auxquelles elle peut avoir droit pour récompenses ou indemnités, compétent également à ses héritiers.

8) L'action en reprise pour récompenses ou indemnités dues à l'un ou à l'autre des époux, est essentiellement mobilière, et ne revêt point rétroactivement un caractère immobilier, à raison de la circonstance que des immeubles auraient été cédés à l'époux créancier en paiement de ses reprises, ou qu'il se serait fait attribuer des biens de cette nature par voie de prélèvement²⁵. Il en est

²⁴ Voy. pour le développement de cette proposition, § 264.

²⁵ L'action en reprise a pour objet direct et immédiat la restitution du prix ou de la valeur des propres inexistants, c'est-à-dire le paiement d'une somme d'argent. Art. 1433 et 1470, nos 1 et 2. Les moyens que le législateur a cru devoir accorder à l'époux créancier pour faciliter et assurer ce paiement, et le mode de règlement qu'établit à ce sujet l'art. 1471, ne sauraient avoir pour conséquence de modifier le caractère primitif et essentiel de cette action. Cela paraît d'autant moins contestable que l'époux créancier de reprises n'est point obligé d'accepter un paiement en effets de communauté, et qu'en tout cas l'autre époux ou ses héritiers sont toujours admis, pour écarter le prélèvement en nature sur les biens communs, à offrir un paiement en deniers. Cpr. notes 17 et 18 *supra*. Aussi l'opinion émise au texte était-elle généralement admise dans l'ancien Droit. Voy. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 306; Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. VI; Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. II, n° 97; Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art. 232; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. VI, chap. II, sect. V, n° 70; Merlin, *Rep.*, v° Legs, sect. IV, § 2, n° 4. Une doctrine contraire s'est cependant fait jour à la faveur de l'idée que l'époux auquel des reprises sont dues, en exerce le prélèvement sur les biens de la communauté, non comme simple créancier, mais à titre de propriétaire. Cette idée ayant été condamnée, avec raison selon nous, par l'arrêt solennel de la Cour de cassation cité à la note 20 *supra*, il ne nous paraît plus possible de défendre la thèse à laquelle elle servait d'appui. En vain voudrait-on la soutenir encore, en invoquant l'art. 883 et la rétroactivité des effets du partage. La disposition de cet article ne s'applique, en effet, qu'aux objets tombés au lot de chaque copartageant en vertu du partage, et par suite de la transformation d'un droit de copropriété en un droit de propriété exclusive; tandis que les prélèvements effectués, conformément à l'art. 1471, par les époux créanciers de reprises, ne sont point partie de leurs lots de communauté, que bien qu'opérés à l'occasion du partage, ils ne sont cependant pas le produit d'un droit de copropriété, et ne peuvent être envisagés que comme la réalisation d'un droit de créance. Il est vrai que le prélèvement exercé par l'époux créancier, en vertu du droit plus fort

ainsi de l'action en reprise compétant à la femme, soit qu'elle ait renoncé à la communauté, soit même qu'elle l'ait acceptée.

Il suit de là, que quand un époux qui a des reprises à exercer, se remarie sous le régime de la communauté, ou fait un legs à titre universel de son mobilier, on doit, en général et sauf interprétation contraire de la volonté des parties ou du testateur, considérer l'action en reprise comme tombant dans la nouvelle communauté, ou comme comprise dans le legs du mobilier, quelles que soient les valeurs, mobilières ou immobilières, au moyen desquelles s'opère ultérieurement le règlement de ces reprises.

2^o Des créances de la communauté contre les époux.

1) Lorsque l'un des époux s'est engagé par le contrat de mariage à faire entrer dans la communauté une somme d'argent ou certains objets déterminés, il en devient débiteur envers celle-ci, et doit lui en faire état, s'il n'a pas réalisé son apport. Art. 1500 et suiv.

2) Toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi ou a été avantage aux dépens de la communauté, il doit récompense à cette dernière de ce dont il a profité. Art. 1437. Ainsi, il est dû récompense à la communauté :

a. Pour le montant des dettes personnelles²⁶ de l'un ou de l'autre

qui lui compète, a pour effet de rendre inefficaces les droits que, depuis la dissolution de la communauté, l'autre époux peut avoir concédés sur les biens prélevés. Mais, quoique sous ce rapport le prélèvement conduise à des résultats analogues à ceux qu'engendre la rétroactivité du partage, cela n'autorise pas à dire que c'est par la nature des objets prélevés que se détermine celle de l'action en reprise, puisque, encore un coup, ces objets ne formaient pas la matière du droit de reprise de la même manière que des objets à partager entre communistes forment la matière du partage, et que le prélèvement n'est qu'un mode de règlement d'un droit de créance, droit sur le caractère duquel la nature des objets prélevés doit par cela même rester sans influence. Voy. en ce sens : Toulhier, XII, 111; Troplong, I, 374 à 400; Nancy, 16 février 1852, Sir., 52, 2, 545. Voy. en sens contraire : Coin-Delisle, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 657; Rodière et Pont, I, 335; Marcadé, *Revue de Droit français et étranger*, 1850, VII, p. 206, et *Revue critique*, 1852, II, p. 577; Demolombe, IX, 363 à 365; Mimerel, *Revue critique*, 1854, IV, p. 406, n^o 4, et 1858, XII, p. 97; Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82; Paris, 21 février 1846, Sir., 46, 2, 305; Civ. rej., 28 mars 1849, Sir., 49, 1, 353; Civ. cass., 23 février 1853, Sir., 53, 1, 373; Civ. cass., 30 mai 1854, Sir., 54, 1, 386; Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265.

²⁶ C'est-à-dire des dettes qui ne sont pas tombées dans la communauté, ou qui n'y sont tombées qu'à charge de récompense. Cpr. § 508, texte et notes 1 à 3.

des époux, qui ont été acquittées des deniers de la communauté. Ce principe s'applique notamment à la dot fournie sur les biens communs, aux enfants que l'un des époux avait d'un précédent mariage. Art. 1469.

b. Pour le montant des sommes que la communauté a déboursées, soit à l'effet d'assurer à l'un des époux la possession de ses propres²⁷, soit dans le but de les affranchir de charges dont ils étaient grevés.

c. Pour les impenses relatives à la conservation ou à l'amélioration des propres de l'un des époux, à supposer que la communauté n'en fût pas tenue en qualité d'usufruitière.

Lorsqu'il s'agit d'impenses nécessaires, la récompense est de la totalité de la somme tirée de la communauté²⁸. Lors, au contraire, qu'il est question d'impenses utiles, la récompense n'est que du montant de la mieux-value à l'époque de la dissolution de la communauté, sans qu'il y ait à distinguer si les impenses ont été faites sur un propre de la femme ou sur un propre du mari²⁹.

²⁷ Ainsi, par exemple, il est dû récompense à la communauté pour le supplément du juste prix payé des deniers communs, à l'effet de conserver à l'un des époux la propriété des immeubles dont le titre d'acquisition était attaqué pour cause de lésion, ainsi que pour les frais que la contestation a pu occasionner. Pothier, n° 632. Bellot des Minières, I, p. 528. Troplong, II, 1178 et suiv. Ainsi encore, il est dû récompense pour le rachat des servitudes réelles dont se trouvaient grevés les héritages des époux. Mais l'acquisition de l'usufruit constitué au profit d'un tiers sur un immeuble propre à l'un des époux, ne donne pas lieu à récompense, puisque l'usufruit ainsi acquis devient un conquêt de communauté. Voy. § 507, texte n° 3, et note 40.

²⁸ L'époux, sur l'immeuble duquel des travaux nécessaires à la conservation de cet immeuble ont été effectués, est à considérer comme ayant profité de l'intégralité des sommes déboursées pour ces travaux : *Ed locupletior factus est, quantum propriæ pecuniæ pepercit*. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord sur ce point.

²⁹ Dans notre ancien Droit, il était généralement admis que les récompenses pour impenses utiles n'étaient dues que jusqu'à concurrence de la mieux-value. Il n'y avait controverse que sur le point de savoir si cette mieux-value devait s'apprécier au moment de l'achèvement des travaux, ou à l'époque de la dissolution de la communauté; et cette dernière solution avait fini par prévaloir. Voy. Dumoulin, *Sur la coutume de Montargis*, chap. VIII, art. 12; Coquille, *Questions*, n° 94; Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. XI, n° 4; Lebrun, liv. III, chap. II, sect. 1, dist. 7, n° 15; Pothier, nos 635 et 636. Les mêmes règles doivent être suivies sous l'empire du Code, dont l'esprit se révèle clairement dans la disposition finale de l'art. 1437, qui, en disant qu'il est dû récompense « toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, » indique tout à la fois le principe et la mesure de la récompense.

Aucune récompense n'est due pour les impenses voluptuaires, c'est-à-dire pour celles de pur agrément, et qui n'ont procuré aucune augmentation de valeur³⁰.

d. Pour les frais de semences et de labours des propres des époux, lorsqu'à la dissolution de la communauté ils les reprennent ensemençés³¹.

e. Pour la valeur estimative, au jour de la dissolution de la communauté, d'une rente viagère acquise avec des deniers ou des biens communs, soit que cette rente ait été établie au profit de l'un des époux seulement, soit que constituée sur la tête des deux époux, elle ait été stipulée réversible au profit du survivant³².

Telle est aussi l'opinion de la majorité des auteurs. Merlin, *Rép.*, v^o Récompense, sect. I, § 4, n^o 2. Delvincourt, III, p. 58. Toullier, XIII, 169. Duranton, XIV, 378. Taulier, V, p. 113. Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté, nos 274 et 282. Odier, I, 352. Troplong, II, 1193 et 1194. Douai, 16 juillet 1853, Sir., 53, 2, 577. Voy. cep. en sens contraire: Proudhon, *De l'usufruit*, V, 266; Demante, *Programme*, III, p. 84; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 326; Rodière et Pont, I, 727; Marcadé, sur l'art. 1437, n^o 2. Ces derniers commentateurs enseignent qu'en principe la récompense pour impenses utiles est de la totalité des sommes déboursées, et n'admettent d'exception à ce principe que pour le cas où il s'agirait de travaux faits par le mari sur un propre de la femme, sans le consentement de celle-ci. Ils n'ont été amenés à émettre cette opinion, toute nouvelle en jurisprudence, qu'en assimilant, bien à tort selon nous, la communauté dont les fonds ont servi à solder des travaux faits sur les propres de l'un des époux, à un prêteur étranger, qui n'aurait pas à s'inquiéter de l'emploi plus ou moins profitable donné à ses deniers.

³⁰ Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, XIII, 170. Taulier, *loc. cit.* Odier, I, 353. Rodière et Pont, I, 728. Troplong, II, 1187. Voy. en sens contraire: Marcadé, sur l'art. 1437, n^o 2. — Il est bien entendu que si les travaux d'embellissement avaient eu pour résultat de procurer une augmentation de valeur à l'immeuble propre sur lequel ils ont été effectués, il en serait dû récompensé sur le pied de la mieux-value à l'époque de la dissolution de la communauté. Paris, 21 juin 1814, Sir., 15, 2, 21.

³¹ Cpr. § 507, texte n^o 2, et note 38.

³² Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329. Paris, 11 juin 1853, Sir., 53, 2, 456. Cpr. Rennes, 15 février 1840, Sir., 40, 2, 226. Voy. en sens contraire: Troplong, II, 1200. Suivant le savant auteur, une rente viagère acquise avec la stipulation indiquée au texte constituerait un conquêt de communauté, accompagné de chances aléatoires égales pour les deux époux, et qui par cela même ne formerait pas pour le survivant un profit de nature à donner lieu à récompense. Mais cette manière de voir nous paraît inadmissible à tous égards. Comment, en effet, qualifier de conquêt une valeur qui n'est pas destinée à être partagée entre les époux, lors de la dissolution de la communauté par la mort de l'un d'eux! D'ailleurs, l'interprétation que M. Troplong donne à la volonté des époux est tout au moins divinatoire, et en supposant qu'il soit intervenu entre

3) Chacun des époux est tenu d'indemniser la communauté à raison des objets communs dont il a disposé d'une manière illégale, ou en fraude des droits de son conjoint³³.

Mais il n'est pas dû récompense pour les donations, même immobilières, faites conjointement par les deux époux, fût-ce à d'autres qu'à leurs enfants, à moins qu'elles n'aient eu lieu sous des charges dont le résultat serait de procurer un bénéfice personnel à l'un d'eux, auquel cas ce dernier est tenu à récompense dans la mesure de ce bénéfice³⁴.

4) Les époux débiteurs de récompenses ou d'indemnités envers la communauté en sont tenus en leur nom personnel, et non pas seulement en qualité de communs en biens. Ainsi, la femme y reste obligée, même en cas de renonciation à la communauté.

Les récompenses et les indemnités ne peuvent être poursuivies contre l'un ou l'autre des époux qu'après la dissolution de la communauté. Elles portent de plein droit intérêt, à partir du jour de cette dissolution, lors même qu'elles sont dues par une femme qui renonce à la communauté³⁵. Art. 1473.

Faute par l'époux débiteur de verser à la masse commune le montant des récompenses ou indemnités dont il est tenu, il y a lieu de sa part à un rapport en moins prenant, ce qui revient à dire que l'autre époux a droit de prélever une valeur égale à la moitié de ces récompenses ou indemnités³⁶.

eux une convention formelle en ce sens, cette convention serait nulle, soit comme constituant une donation mutuelle faite entre conjoints par le même acte, soit comme tendant à modifier les effets naturels et légaux du régime matrimonial adopté par les époux. Art. 1097 et 1395.

³³ Cpr. § 509, texte n° 1 ; Troplong, II, 1198 et 1199.

³⁴ Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329.

³⁵ Cpr. texte et note 14 *supra*.

³⁶ C'est ce qui nous paraît ressortir de la manière la plus évidente du rapprochement des art. 1468, 1476, 829 et 830. La Cour de Lyon a cependant jugé le contraire par arrêt du 3 juillet 1841 (Sir., 41, 2, 347); en se fondant sur ce que l'art. 1471 n'est point applicable aux récompenses ou indemnités dues par les époux à la communauté. Cette observation est exacte sans doute, mais tout ce qu'il est possible d'en conclure, c'est que l'époux au profit duquel existe en pareil cas la faculté de prélèvement, n'est pas autorisé à choisir les objets qui devront lui être attribués.

§ 512.

Des créances de l'un des époux contre l'autre.

Les dettes mobilières de l'un des époux envers l'autre, au jour de la célébration du mariage, s'éteignent par l'effet de la réunion de leur patrimoine mobilier, à moins qu'elles n'aient été exclues de la communauté par une clause du contrat de mariage¹. Au contraire, les dettes immobilières, antérieures au mariage, de l'un des époux envers l'autre, continuent à subsister.

L'un des époux peut, durant le mariage, devenir débiteur de l'autre dans diverses circonstances, dont voici les principales :

1^o Lorsque l'un des époux ayant passé vente à l'autre dans un des cas prévus par l'art. 1595, ce dernier est resté débiteur d'un retour.

2^o Lorsque des objets corporels ou des créances propres à l'un des époux ont été employés directement², par exemple au moyen d'une dation en paiement, ou d'une délégation, à l'acquittement de dettes personnelles à l'autre époux³, et notamment au paiement de la dot constituée par ce dernier à un enfant d'un précédent mariage. Art. 1478.

¹ Cpr. art. 1510 et suiv.

² Si les deniers provenant de la vente du propre de l'un des conjoints aliéné pendant le mariage, avaient été confondus dans la masse commune, et que la communauté eût, au moyen de ces deniers, acquitté des dettes personnelles à l'autre conjoint, l'époux auquel appartenait le propre aliéné deviendrait créancier de la communauté, laquelle, à son tour, serait créancière de l'autre époux. La distinction entre cette hypothèse et celle qui est prévue au texte est importante à faire pour l'application des art. 1473 et 1479.

³ Il ne faut pas oublier que, si le prix d'aliénation d'un propre de la femme avait été délégué en paiement d'une dette personnelle du mari, la femme serait non-seulement créancière du mari, mais encore de la communauté elle-même. En effet, toutes les dettes du mari sont, en ce qui concerne les créanciers, des dettes de communauté. C'est pour avoir perdu de vue ce principe, auquel la loi n'a pas dérogé en ce qui concerne les dettes du mari envers la femme, que Delvincourt (III, p. 71) a donné une solution erronée, selon nous, à la question de savoir de quelle manière doit se calculer l'émolument de communauté dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer. Ce calcul doit se faire de la même manière que s'il s'agissait d'une récompense due par la communauté à raison de deniers propres de la femme, qui de fait auraient été confondus dans la masse commune. Cpr. Duranton, XIV, 358.

3° Lorsque les époux ayant doté conjointement un enfant commun, la dot est fournie sur les biens personnels de l'un d'eux⁴. Art. 1438.

4° Lorsqu'il échoit à l'un des époux une succession immobilière à laquelle l'autre époux doit une dette immobilière.

5° Enfin, lorsque l'un des époux ayant garanti⁵, conjointement ou solidairement⁶ avec l'autre, la vente passée par ce dernier d'un objet à lui propre, vient à être recherché à raison de cette garantie. Art. 1432.

Les créances de l'un des conjoints contre l'autre sont susceptibles d'être poursuivies, tant sur les biens personnels de l'époux débiteur, que sur sa part dans la masse commune. Mais elles ne peuvent l'être, en général, qu'après la dissolution de la communauté⁷. Art. 1478.

Toutefois, la femme est, même avant la dissolution de la communauté, autorisée à faire valoir son hypothèque légale, au moyen d'une demande en collocation éventuelle dans les ordres ouverts sur le mari, pour la distribution du prix d'immeubles à lui personnels ou de conquêts de communauté. Art. 2195. Elle peut également, lorsqu'elle a formé une demande en séparation de biens, réclamer collocation dans les distributions par contribution ouvertes sur le mari, pour le cas où sa demande en séparation de biens serait accueillie⁸.

Les créances de l'un des époux contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice⁹. Art. 1479.

⁴ Cpr. § 500, texte n° 2, et note 8.

⁵ L'art. 1432 ne parle que de la garantie promise par le mari; mais sa disposition s'applique *a fortiori* à la garantie promise par la femme.

⁶ L'art. 1432 dit *solidairement ou autrement*. Il ne faut pas conclure de cette dernière expression que le mari se rende, par le seul fait de son autorisation, garant de la vente passée par la femme d'un immeuble à elle propre. Troplong, II, 1056. Cpr. § 472, texte n° 10, notes 78 et 81.

⁷ Bellot des Minières, II, p. 498. Troplong, III, 1700. Paris, 10 frimaire an XII, Sir., 5, 2, 288. Paris, 1^{er} août 1820, Sir., 21, 2, 15.

⁸ Besançon, 20 novembre 1852, Sir., 53, 2, 127. — Voy. aussi sur les droits des créanciers de la femme au cas de faillite ou de déconfiture du mari. Art. 1446, § 516, texte n° 1, notes 3 à 6.

⁹ Si cependant une créance de l'un des époux contre l'autre avait été exclue de la communauté, et qu'elle portât intérêt dès avant le mariage, les intérêts recommenceraient à courir du jour de la dissolution de la communauté, sans qu'il fût besoin d'une demande en justice.

Appendice aux §§ 507 à 512.

§ 513.

Spécialités concernant les successions échues aux conjoints pendant le mariage.

1° Le mari est maître d'accepter ou de répudier les successions qui lui étoient pendant le mariage, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens dont elles se composent. Il ne doit aucune indemnité à la communauté, pour avoir accepté une succession obérée, ou pour avoir répudié une succession avantageuse, pourvu que dans l'un et l'autre cas il ait agi sans fraude, et que la renonciation en particulier n'ait point eu pour but de favoriser ses héritiers au détriment de la communauté¹.

La femme ne peut valablement accepter les successions qui lui étoient pendant le mariage, ou y renoncer, qu'avec l'autorisation de son mari ou celle de la justice. Art. 776, al. 1.

Comme chef de la communauté, le mari est, malgré l'abstention

¹ Cpr. § 509, texte n° 1, notes 1 à 3. Suivant M. Troplong (II, 788), le mari qui aurait accepté imprudemment, et sans inventaire, une succession obérée, devrait indemniser la communauté du préjudice que lui a causé cette acceptation. Mais cette opinion est évidemment contraire à la règle que toutes les dettes contractées par le mari durant le mariage restent en général à la charge définitive de la communauté, sans donner lieu à récompense. L'art. 1415, que le savant auteur invoque à l'appui de sa manière de voir, n'a aucun trait à la question. En parlant du préjudice qui peut résulter pour la femme du défaut d'inventaire, et du droit qui lui appartient en pareil cas de poursuivre les récompenses de droit, cet article n'a point en vue le dommage occasionné à la communauté par l'acceptation que ferait le mari d'une succession obérée, mais le tort qui serait causé à la femme si, en l'absence d'inventaire, on voulait mettre à la charge de la communauté une portion de passif supérieure à celle que, d'après l'art. 1414, elle doit en définitive supporter, eu égard à la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires. Quant au passage de Lebrun (liv. II, chap. III, sect. II, dist. 1, n° 10) dont se prévaut M. Troplong, il porte, ainsi que cela résulte des explications données par les annotateurs de cet auteur, sur une question complètement différente de celle dont nous nous occupons, et se réfère à un système de distinction et de partage des dettes, auquel l'art. 1414 a substitué une règle de contribution proportionnelle entre les meubles et les immeubles, applicable à toutes les dettes indistinctement. Du reste, M. Troplong nous paraît avoir rectifié son opinion au n° 827, dans lequel il n'impose au mari l'obligation de récompense que pour le cas où il aurait agi par fraude.

de la femme, autorisé à prendre possession et à provoquer le partage, définitif ou provisionnel suivant les cas, des successions échues à cette dernière. Art. 818. De pareils actes de gestion faits par le mari sans la participation de la femme, ne constituent pas de sa part une véritable acceptation, qui le soumette irrévocablement au paiement des dettes *ultra vires hæreditarias*². D'un

² Voy. en ce sens : Renusson, *De la communauté*, part. I, chap. XII, nos 6 à 9. — On est loin d'être d'accord sur la position faite au mari, lorsque la femme néglige ou refuse d'accepter une succession qui lui est échue. Nombre d'auteurs enseignent, d'après Pothier (*Des successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 2), que le mari peut, sans le concours de sa femme, accepter à ses risques et périls, les successions échues à cette dernière. Voy. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 776, nos 3 et 4; Delvincourt, II, p. 82; Toullier, IV, 318; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 776, n° 3; Duranton, VI, 424; Taulier, III, p. 225; Demolombe, XIV, 326. Cette opinion est à notre avis inadmissible, même en ce qui concerne les successions purement mobilières, puisque la première condition pour accepter valablement une succession est d'y être appelé. Le mari peut sans doute prendre possession des biens héréditaires dont la femme se trouve investie en vertu de la saisine, mais cette prise de possession ne saurait lui imprimer la qualité d'héritier. En vain dirait-on que le mari ayant, en matière mobilière, l'exercice des droits et actions de la femme, est par cela même autorisé à accepter au nom de celle-ci les successions mobilières qui lui échoient, et se trouve ainsi, en sa qualité de chef de la communauté, irrévocablement et indéfiniment obligé au paiement des dettes dont elles se trouvent grevées. Cet argument prouverait trop : il en résulterait que par l'effet de cette acceptation, valablement faite en son nom, la femme serait elle-même, et sur son propre patrimoine, irrévocablement et indéfiniment tenue des dettes héréditaires. Or, cette conséquence, contraire au principe que le mari ne peut engager les propres de sa femme sans le consentement de celle-ci, est généralement rejetée, et n'est pas même admise par les auteurs ci-dessus cités. Cpr. texte et note 3 *infra*. Zachariæ ne paraît pas non plus partager l'opinion contre laquelle nous venons de nous prononcer. Toutefois, il se borne à dire (§ 513, note 5) que si la femme refuse d'accepter une succession qui lui est échue, l'art. 788 deviendra applicable, sans donner aucune explication de nature à faire comprendre le sens et les applications de cette proposition. M. Thiry est plus explicite. La théorie nouvelle qu'il a proposée (*Revue critique*, 1857, XI, p. 248), et qui prendrait aussi, selon lui, son point de départ dans l'art. 788, peut se résumer ainsi : En cas de conflit entre le mari qui veut accepter et la femme qui refuse de le faire, il appartient à la justice de statuer sur la difficulté. Si elle accorde à la femme l'autorisation de renoncer, le mari se trouvera définitivement privé de la faculté d'accepter. Si, au contraire, elle donne à ce dernier l'autorisation d'appréhender la succession, il ne pourra le faire que conformément à l'art. 788, de telle sorte que le mari se trouvera dans la condition d'un créancier ayant accepté la succession au lieu et place de son débiteur renonçant, et que la femme sera personnellement affranchie des conséquences d'une acceptation à laquelle elle est restée étrangère. Ce système, dont les résultats pratiques se rapprochent à certains

autre côté, ces mêmes actes de gestion ne lient pas la femme, qui demeure libre, sous l'autorisation de son mari ou celle de la justice, de renoncer à la succession³, pourvu qu'elle ne s'y soit pas personnellement immiscée, et qu'elle n'ait pas perdu par la prescription trentenaire la faculté de la répudier. Si dans ces conditions la femme vient à renoncer, le mari est tenu de restituer à qui de droit les biens héréditaires dont il a pris possession, et peut même être contraint sur ses biens personnels, quand il a négligé de faire constater la consistance de la succession.

Il est, du reste, bien entendu qu'aussi longtemps que la femme n'a pas valablement renoncé à la succession appréhendée par son mari, ses cohéritiers et les créanciers héréditaires sont en droit d'agir, tant contre elle que contre lui, comme si elle avait accepté cette succession de son consentement. Il en est ainsi, non-seulement dans le cas où la femme n'a fait aucune démarche pour obtenir l'autorisation de renoncer, mais encore dans celui où cette autorisation lui a été refusée. Et à supposer dans l'un ou l'autre de ces cas que, d'après ce qui a été dit ci-dessus, la femme ait conservé la faculté de renoncer, elle ne pourra plus l'exercer que sous la réserve des effets des jugements prononcés contre elle et passés en force de chose jugée.

2^o Les effets de l'acceptation d'une succession échue à l'un des époux pendant le mariage varient selon qu'il s'agit d'une succession purement mobilière, ou d'une succession purement immobilière, ou enfin d'une succession composée tout à la fois de meubles

égard de ceux de notre doctrine, nous semble cependant devoir être repoussé, parce qu'il est en contradiction avec la disposition législative qui lui sert de base. L'art. 788 suppose, en effet, la renonciation de l'héritier, et a pour objet de sauvegarder les droits des créanciers contre les conséquences de cette renonciation, en les autorisant à accepter la succession du chef de leur débiteur; tandis qu'au rebours de la disposition de cet article, M. Thiry refuse au mari la faculté d'appréhender la succession, lorsque la femme a été autorisée à la répudier. D'un autre côté, on ne comprendrait pas qu'en l'absence de toute renonciation de la part de la femme, ses cohéritiers et les créanciers héréditaires fussent privés du droit d'agir contre elle.

³ Tous les auteurs, tant anciens que modernes, sont d'accord sur ce point. Louet, Lett. m., somm. 25, n^o 3. Renusson, part. I, chap. XII, n^{os} 3 à 7. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. IV, n^o 37. Furgole, *Des testaments*, chap. X, sect. I, n^o 36. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. IV, chap. II, sect. VI, n^{os} 26 et 27. Odier, I, 277. Foüet de Conflans, *Esprit de la jurisprudence sur les successions*, sur l'art. 776, n^o 3. Troplong, II, 995. Voy. aussi les auteurs cités à la note précédente. Cpr. Riom, 18 avril 1825 et 19 avril 1828, Sir., 26, 2, 75 et 29, 2, 9.

et d'immeubles. Ces effets varient en outre, selon que la succession est dévolue au mari, ou qu'elle est dévolue à la femme, et, au dernier cas, selon qu'elle a été acceptée avec l'autorisation du mari, ou seulement avec celle de la justice.

a. Des successions mobilières. Les successions mobilières échues pendant le mariage à l'un ou à l'autre des époux, tombent dans la communauté, en ce qui concerne les valeurs actives qui en dépendent. Il en est ainsi, même dans le cas où la femme n'aurait accepté qu'avec l'autorisation de la justice une succession qui lui est échue⁴.

Le sort du passif de pareilles successions se règle d'après les distinctions suivantes :

Lorsqu'il s'agit d'une succession échue au mari, les dettes, tant immobilières⁵ que mobilières, qui la grèvent, tombent à la charge de la communauté, non-seulement en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers, mais encore quant aux droits respectifs des époux, et par conséquent sans que le paiement de ces dettes par la communauté donne lieu à récompense de la part du mari. Art. 1414.

Les mêmes règles s'appliquent aux successions échues à la femme, lorsqu'elle les a acceptées avec l'autorisation du mari. Art. 1411.

Si, au contraire, une succession échue à la femme n'a été acceptée par elle qu'avec l'autorisation de la justice, la communauté n'est, tant à l'égard des créanciers que de la femme elle-même, tenue des dettes qui grèvent cette succession, que jusqu'à concurrence des valeurs actives qui sont entrées dans le fonds commun, ou dont la communauté a profité, pourvu d'ailleurs que le mari ait fait constater, au moyen d'un inventaire régulier, la consistance de l'hérédité⁶. Art. 1417.

L'époux du chef duquel une succession mobilière est tombée dans la communauté, reste malgré cela engagé sur ses biens personnels envers les créanciers héréditaires. Il en est ainsi quant à la femme, soit qu'elle ait accepté la succession du consentement du mari, ou qu'elle ne l'ait acceptée qu'avec l'autorisation de jus-

⁴ Renusson, part. I, chap. XII, nos 24 et 25. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. II, dist. 2, n° 14. Battur, I, 329. Troplong, II, 833.

⁵ *Nec obstat* art. 1409, n° 1. Cpr. § 508, texte n° 2 et note 26.

⁶ Cette restriction, que le Code Napoléon n'énonce pas d'une manière explicite en ce qui concerne les successions purement mobilières, résulte *a fortiori* des art. 1416, al. 2, et 1417.

tice. Toutefois, dans ce dernier cas, les créanciers ne peuvent, pendant la durée de la communauté, poursuivre le paiement de leurs créances que sur la nue propriété des biens propres de la femme. Art. 1417.

Le mari qui a été contraint de payer sur ses biens personnels des dettes grevant une succession mobilière à lui échue, a droit contre la communauté à une indemnité du montant total de ces dettes, encore que l'émolument de la succession s'y trouve être inférieur. Il en est de même dans le cas où, comme chef de la communauté, le mari a été obligé de payer, sur ses biens personnels, les dettes d'une succession échue à la femme et acceptée par elle de son consentement.

La femme qui a payé de ses biens personnels les dettes d'une succession mobilière à elle échue, a également droit à une indemnité contre la communauté. Cette indemnité varie suivant qu'elle a accepté la succession du consentement du mari, ou avec la simple autorisation de justice : elle est, au premier cas, du montant total des dettes acquittées ; et dans le second, elle est limitée à l'émolument que la communauté a retiré de la succession, à supposer, bien entendu, que la consistance en ait été dûment constatée.

Lorsque l'époux auquel échoit une succession purement mobilière, avait contre le défunt une créance qui lui était restée propre, cette créance continue à subsister à son profit, et doit lui être bonifiée par la communauté. Réciproquement, si l'époux héritier se trouvait débiteur du défunt d'une dette qui ne soit pas tombée dans la communauté, il en devient redevable envers cette dernière⁷.

b. Des successions immobilières. Les biens qui dépendent d'une succession immobilière échue à l'un des époux restent propres à cet époux.

Réciproquement, les dettes, soit mobilières, soit immobilières,

⁷ Quoique la communauté ne recueille l'hérédité que par l'intermédiaire et du chef de l'époux héritier, et que celui-ci succède directement au défunt, il ne s'opère cependant pas, en pareil cas, de confusion définitive, soit au profit, soit au préjudice de l'époux héritier. La communauté doit être assimilée à un cessionnaire des droits successifs de ce dernier, et à ce titre, elle est tenue de lui bonifier ce que le défunt lui devait, et elle a droit à la bonification de ce qu'il devait au défunt. L. 2, § 18, *D. de hæred. vend.* (18, 4). Voy. § 359 *ter*, texte n° 5. Pothier, nos 268 et 269. Duranton, XIV, 243. Odier, I, 574. Rodière et Pont, I, 561 et 562. Marcadé, sur les art. 1411 à 1413, n° 2 *in fine*. Troplong, II, 790. Cpr. aussi, Toullier, XII, 293.

qui grèvent une pareille succession, restent, en ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, à la charge de l'époux héritier, qui en doit, par conséquent, récompense à la communauté, lorsque celle-ci les a acquittées.

Les créanciers d'une succession immobilière échue au mari peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances, non-seulement sur les biens composant l'hérédité ou sur les biens personnels du mari, mais encore sur ceux de la communauté. Art. 1412, al. 2. Au contraire, les créanciers d'une succession immobilière échue à la femme n'ont pas d'action sur les biens de la communauté, lors même que la femme s'est portée héritière avec l'autorisation du mari⁸. Cette autorisation n'a d'autre effet que de donner aux créanciers le droit de poursuivre, même pendant le mariage, le recouvrement de leurs créances sur la pleine propriété des biens propres de la femme; tandis que, dans le cas où elle ne s'est portée héritière qu'avec l'autorisation de la justice, ils ne peuvent agir que sur la nue propriété de ses biens propres, et encore, en cas d'insuffisance seulement des biens de la succession⁹. Art. 1412, al. 1, et 1413.

c. Des successions composées à la fois de meubles et d'immeubles. Les immeubles qui font partie d'une succession composée de meubles et d'immeubles restent propres à l'époux héritier. Au contraire, les objets mobiliers dépendants d'une pareille succession tombent dans la communauté, lors même qu'il s'agit d'une succession échue à la femme, et qui n'a été acceptée par celle-ci qu'avec l'autorisation de la justice.

Les dettes, soit mobilières, soit immobilières¹⁰, qui grèvent une

⁸ Toullier (XII, 282) émet une opinion contraire, en se fondant sur l'art. 1419, qui, selon lui, pose une règle absolue. Mais il est évident que l'art. 1413 fait, de même que l'art. 1432, exception à cette règle. Cpr. § 472, texte n° 10, notes 81 à 83. Demante, *Thémis*, VIII, p. 100. Delvincourt, III, p. 31 et 32. Bellot des Minières, I, 279. Battur, I, 332. Duranton, XIV, 236. Odier, I, 181. Rodière et Pont, I, 579. Taulier, V, p. 80. Marcadé, sur les art. 1411 à 1413, n° 1. Troplong, II, 799 et suiv.

⁹ Il résulte de là pour les époux un bénéfice de discussion qui, quoique contraire à la rigueur des principes, s'explique par la considération que la vente forcée de la nue propriété des biens personnels de la femme peut entraîner pour elle et pour la communauté de graves inconvénients. On comprend que le législateur ait cherché à les écarter par un moyen de conciliation qui n'est pas de nature à léser sérieusement les intérêts des créanciers.

¹⁰ Toullier, XII, 288. Duranton, XIV, 237. Cpr. note 5 *supra*. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, I, p. 289.

succession de cette nature, sont, en général, à la charge de la communauté, dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles¹¹, et restent, pour le surplus, à la charge de l'époux héritier. Art. 1414. Il faut donc, en ce qui concerne ces dettes, appliquer d'une manière distributive, et d'après la distinction qui vient d'être indiquée, les principes développés aux deux numéros précédents. Toutefois, et par dérogation partielle à ceux de ces principes qui concernent les successions immobilières, les créanciers d'une succession, en partie mobilière et en partie immobilière, échue à la femme et acceptée par elle avec l'autorisation du mari, ont 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, sauf récompense à la communauté, lorsqu'elle a payé au delà de sa portion contributoire, telle qu'elle est réglée par l'art. 1414¹². Art. 1416, al. 1.

Lorsque l'époux auquel échoit une succession en partie mobilière et en partie immobilière, se trouve être créancier ou débiteur du défunt, d'une dette active ou passive qui n'est pas tombée dans la communauté, cette dette s'éteint par confusion jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession comparée à celle du mobilier, et pour le surplus l'époux héritier devient, ou créancier, ou débiteur de la communauté¹³.

La valeur respective du mobilier et des immeubles doit être

¹¹ Et non pas seulement au prorata de l'émolument que de fait la communauté a recueilli. Toullier, XII, 292. Cpr. Duranton, XIV, 237; Odier, I, 184; Rodière et Pont, I, 580; Troplong, II, 809.

¹² Cette dérogation, qui résulte nettement de la combinaison des art. 1414 et 1416, et surtout de la réserve faite dans ce dernier article *des récompenses respectives*, est difficile à justifier en pure théorie. Il paraît que les rédacteurs du Code Napoléon ont craint qu'en appliquant au droit de poursuite des créanciers le principe de la contribution aux dettes posé par l'art. 1414, il ne s'élevât des contestations trop fréquentes sur la portion contributoire de la communauté dans les dettes. Maleville, sur l'art. 1416. Duranton, XIV, 240. Odier, I, 287. Rodière et Pont, I, 582. Marcadé, sur l'art. 1417, n° 2. Troplong, II, 829 et 830. — Zachariæ (§ 513, texte et note 13) rejette la dérogation dont nous venons de parler, et enseigne, en conséquence, que les créanciers d'une succession, partie mobilière et partie immobilière, échue à la femme et acceptée par celle-ci du consentement du mari, ne peuvent agir sur les biens de la communauté et sur les biens personnels de ce dernier que dans la mesure de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles. Mais cette opinion est manifestement repoussée par l'art. 1416.

¹³ Odier, I, 190. Cpr. texte et note 7 *supra*.

constatée au moyen d'un inventaire régulier¹⁴, que le mari est tenu de faire dresser, même dans le cas où il s'agit d'une succession que la femme n'a acceptée qu'avec l'autorisation de la justice. Le défaut d'accomplissement de cette formalité, prescrite dans l'intérêt de la femme et dans celui des créanciers, entraîne contre le mari les conséquences suivantes :

1) Lorsqu'il s'agit d'une succession échue à la femme, celle-ci ou ses héritiers peuvent, pour établir la part contributive de la communauté aux dettes de cette succession, faire preuve, même par témoins et au besoin par commune renommée¹⁵, de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié. Le mari, au contraire, n'est jamais admis à ces moyens de preuve exceptionnels, quand il s'agit d'une succession qui lui est échue et dont le mobilier n'a point été inventorié. Art. 1415. Mais il pourrait, malgré le défaut d'inventaire, établir la consistance de ce mobilier à l'aide de tout autre titre propre à en justifier, tel qu'un acte de partage, un compte de tutelle, un inventaire commercial fait à une époque voisine de l'ouverture de la succession¹⁶.

2) Les créanciers d'une succession acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice seulement, peuvent, à défaut d'inventaire, poursuivre le paiement de l'intégralité de leurs créances sur les biens communs, et par suite sur les biens propres du mari, tout comme si la femme avait accepté la succession avec l'autorisation de ce dernier. Art. 1416, al. 2.

Du reste, les principes exposés au présent paragraphe sont, en ce qui concerne les rapports des époux et des créanciers héréditaires¹⁷, sujets à modification, lorsqu'il s'agit d'une succession qui n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Dans ce cas, la communauté et les époux jouissent de tous les avantages attachés à ce mode d'acceptation. D'un autre côté, ces principes ne s'opposent pas à ce que les créanciers d'une succession échue à un époux commun en biens avec son conjoint, provoquent la séparation des

¹⁴ Cet inventaire doit, pour remplir complètement le vœu de la loi, contenir la description et l'estimation tant des immeubles que des meubles. Toutefois, le défaut de description et d'estimation des immeubles ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1416, al. 2. Toullier, XII, 288 et 290. Rodière et Pont, I, 565.

¹⁵ Cpr. sur la nature de la preuve par commune renommée : § 761, texte *in fine*, notes 9 à 11.

¹⁶ Rodière et Pont, I, 569. Marcadé, sur les art. 1414 à 1417, n° 1. Troplong, II, 816 et 817. Cpr. Civ. rej., 10 août 1842, Sir., 42, 1, 779.

¹⁷ L'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'exerce aucune influence sur les rapports des époux entre eux. Troplong, II, 814.

patrimoines pour empêcher que les créanciers de la communauté ne concourent avec eux sur les biens de la succession¹⁸.

3) Les règles qui viennent d'être tracées sur le passif des successions, s'appliquent également aux dettes et charges grevant des donations ou des legs, sauf, toutefois, les modifications que rendraient nécessaires des clauses d'après lesquelles les objets donnés ou légués seraient exclus de la communauté, ou y tomberaient, par dérogation aux règles ordinaires¹⁹. Art. 1418.

§ 514.

Spécialités sur les rentes perpétuelles dues à l'un des conjoints, ou par l'un d'eux.

Les rentes, soit constituées, soit foncières, ayant été mobilisées par la loi du 11 brumaire an VII, il n'y a plus, en ce qui concerne les droits des époux mariés sous le régime de la communauté, de différence à faire entre de pareilles rentes et toute autre espèce de créances ou de dettes mobilières. Ainsi, à moins de stipulation contraire, les rentes de cette nature dues à l'un des époux au moment de la célébration du mariage, tombent dans l'actif de la communauté, sans que l'époux créancier ait à ce sujet droit à aucune récompense. Ainsi encore, lorsque l'un des époux se trouve, au jour de la célébration du mariage, personnellement débiteur de pareilles rentes, elles tombent dans le passif de la communauté, sans récompense envers celle-ci, à moins cependant qu'elles ne forment le prix d'acquisition d'immeubles dont cet époux est encore en possession¹.

Mais lorsque l'un des époux possède au jour de la célébration du mariage un immeuble grevé d'une rente de cette espèce, au paiement de laquelle il ne se trouve pas personnellement obligé, le capital ou le fonds de cette rente reste, d'une manière absolue, c'est-à-dire même à l'égard du créancier, exclu du passif de la communauté². A plus forte raison celle-ci a-t-elle droit à récompense, lorsqu'elle en a effectué le rachat.

¹⁸ Odier, I, 169. Rodière et Pont, I, 553. Marcadé, sur les art. 1414 à 1417, n° 2 in fine.

¹⁹ Cpr. art. 1401, nos 1 et 1405. Toullier, XII, 294. Marcadé, sur l'art. 1418.

¹ Cpr. § 508, texte et note 23.

² Cpr. § 508, texte et note 12.

Il importe peu, sous tous ces rapports, que la rente ait été créée depuis ou avant la loi du 11 brumaire an VII.

Il est du reste bien entendu que, lorsqu'il s'agit d'une communauté de biens établie antérieurement à la promulgation de cette loi, les droits des époux quant aux rentes créées avant cette époque, continuent à être régis par les principes de l'ancienne législation sur la matière³.

§ 515.

De la dissolution de la communauté. — Des différentes manières dont elle se dissout.

1° La communauté se dissout en vertu de la loi :

a. Par la mort de l'un des époux¹. Art. 1441, n° 1.

Cet événement en entraîne la dissolution immédiate et définitive, sans que le défaut d'accomplissement par le survivant de l'obligation dont il va être parlé, puisse donner lieu contre lui à la continuation de la communauté, en faveur des enfants mineurs issus du mariage². Art. 1442.

L'époux survivant doit, dans les trois mois du décès de son conjoint³, faire inventaire de la communauté. Ce délai est susceptible

³ Décider le contraire, ce serait attribuer un effet rétroactif à la loi de brumaire an VII. Cpr. § 501, texte et note 5.

¹ Voy. sur la dissolution de la communauté qu'entraînait, avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile de l'un des époux : *Instruction de la régie de l'enregistrement*, du 28 juillet 1808, Sir., 10, 2, 491 ; Battur, II, 614 ; Rodière et Pont, I, 656 ; Troplong, II, 1476 et 1477 ; Civ. cass., 10 juin 1806, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 254 ; Req. rej., 12 novembre 1810, Sir., 11, 1, 90 ; Civ. rej., 10 août 1842, Sir., 42, 1, 779.

² Il en était autrement dans l'ancien Droit. Les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, qui, sous ce rapport, formaient le Droit commun, attribuaient aux enfants mineurs de l'époux prédécédé, dont le conjoint survivant avait négligé de faire inventaire, la faculté de demander le partage de la communauté, tout comme si elle avait continué jusqu'au moment de leur demande. Cpr. Pothier, nos 769 et suiv. L'art. 1442 a eu pour objet d'abroger cette disposition, dont l'application donnait lieu à de fréquentes contestations, et de remplacer l'espèce de pénalité qu'elle renfermait par de nouvelles garanties en faveur des héritiers et ayants cause de l'époux prédécédé. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 196, n° 20).

³ Aucun texte n'indique dans quel délai doit être fait l'inventaire prescrit par l'art. 1442. Mais comme il n'est pas possible de supposer que le législateur ait voulu laisser au survivant un temps indéterminé pour y faire procéder, on est for-

d'être prorogé. Mais, à défaut de prorogation, il doit être considéré comme fatal, en ce sens du moins que les tribunaux ne pourraient relever l'époux survivant des conséquences attachées au défaut d'inventaire⁴, à moins que des circonstances indépendantes de sa volonté ne l'eussent placé dans l'impossibilité d'y faire procéder dans le délai utile⁵.

Le défaut d'inventaire entraîne les conséquences suivantes⁶:

α. Les héritiers ou successeurs universels de l'époux prédécédé et toutes autres personnes intéressées⁷ sont autorisés à faire, contre l'époux survivant ou ses ayants cause, preuve, tant par titres que par témoins, et même par commune renommée⁸, de la consistance et de la valeur du fonds commun.

β. Lorsqu'il existe des enfants mineurs issus du mariage, l'époux

cément conduit à admettre que dans sa pensée ce délai devait être celui qui est généralement fixé pour la confection des inventaires, tant en matière de succession qu'en matière de communauté. Cpr. art 795, 1456 et 1465. Voy. les auteurs cités aux notes suivantes. — Du reste, il ne peut être question de combiner l'art. 451 avec l'art. 1442, quant à l'application des conséquences attachées par ce dernier article au défaut d'inventaire en temps utile. Ainsi, il n'est pas nécessaire, sous ce rapport, que l'inventaire, comme l'enseigne Toullier (XIII, 16) et M. Bellot des Minières (II, p. 97; IV, p. 345 et suiv.), soit commencé dans les dix jours, et bien moins encore qu'il soit terminé dans ce délai, ainsi que le prétend M. Magnin (*Des minorités*, I, p. 254 et 255). Odier, I, 364. Demolombe, VI, 574.

⁴ Toullier, XIII, 16 et 17. Battur, II, 771. Bellot des Minières, II, p. 91 à 96. Duranton, III, 389. Odier, I, 363. Rodière et Pont, I, 770. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Troplong, II, 1290 à 1295. Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Voy. cep. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 170 à 177.

⁵ Cpr. Demolombe, VI, 571 à 573; Caen, 18 août 1842, Sir., 43, 2, 49.

⁶ Nous n'avons pas à nous occuper ici des conséquences qu'entraîne le défaut d'inventaire de la part de la femme, en ce qui concerne le bénéfice que lui accorde l'art. 1483, et la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté. Voy. à cet égard : §§ 517 et 520.

⁷ *Rapport au Tribunat* par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 259, n° 34). Battur, II, 618. Odier, I, 360. Rodière et Pont, I, 762. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 2. Troplong, II, 1284. — Toullier (XIII, 5) enseigne, mais évidemment à tort, que le premier alinéa de l'art. 1442 ne s'applique qu'au cas où il existe des enfants mineurs, et que ces enfants seuls sont admis à la preuve par commune renommée. La généralité des expressions *parties intéressées* qui se trouve dans cet alinéa, et leur rapprochement des termes *s'il y a des enfants mineurs*, par lesquels commence le deuxième alinéa, repoussent évidemment cette restriction.

⁸ Cpr. § 761, texte *in fine*, et notes 9 à 11. — Le juge pourrait, selon les circonstances, rejeter la preuve par commune renommée. Rodière et Pont, I, 762. Req. rej., 26 juin 1827, Sir., 27, 1, 521.

survivant perd l'usufruit qui lui appartenait sur les biens de ces enfants. Cette déchéance s'applique non-seulement à l'usufruit de leur part dans la communauté, mais à celui de tous leurs biens indistinctement⁹. Art. 1442.

Du reste, on doit assimiler au cas où l'époux survivant n'a fait dresser aucun inventaire, celui où il n'a fait qu'un inventaire irrégulier¹⁰ ou incomplet¹¹. Toutefois, les tribunaux peuvent se dispenser d'appliquer l'art. 1442, si les irrégularités ou les omissions que présente l'inventaire leur paraissent, d'après les circonstances, être le résultat d'une erreur excusable¹².

Les dispositions de l'art. 1442 s'appliquent à la communauté conventionnelle, aussi bien qu'à la communauté légale¹³. Mais elles ne sauraient être étendues, ni au régime dotal, ni même aux régimes exclusifs de communauté¹⁴, sauf, bien entendu, l'admission de la preuve par commune renommée dans tous les cas où il y avait pour l'époux survivant obligation de faire inventaire de la succession du conjoint prédécédé.

La communauté se dissout encore en vertu de la loi :

b. Par la séparation de corps. Art. 1441, n° 4.

La dissolution de la communauté qu'entraîne la séparation de corps, remonte, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour de l'introduction de la demande. Mais cette dissolu-

⁹ L'opinion contraire, enseignée par Toullier (XIII, 8) et par Chardon (*Puissance paternelle*, n° 146), est manifestement contraire au texte de l'art. 1442. Duranton, III, 389. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 169. Rodière et Pont, I, 772. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Allemand, *Du mariage*, II, 1130. Demolombe, VI, 580.

¹⁰ Voy. sur les formes de l'inventaire, art. 451 ; Code de procédure, art. 942 et suiv. ; et les autorités citées à la note suivante.

¹¹ Toullier, XIII, 13 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, I, 165 et suiv. Bellot des Minières, II, p. 286. Vazeille, *Du mariage*, II, 436. Rodière et Pont, I, 766 à 769. Demolombe, VI, 567 à 570. Troplong, II, 1297 à 1301.

¹² Voy., outre les autorités citées à la note précédente : Req. rej., 1^{er} juillet 1828, Sir., 28, 1, 386.

¹³ Odier, I, 366. Demolombe, VI, 575. Troplong, II, 1304.

¹⁴ La lettre et l'esprit de la loi repoussent également cette extension, qui serait d'ailleurs contraire à la maxime *Pœnalia non sunt extendenda*. Proudhon, *op. cit.*, I, 161 et 162. Duranton, III, 390. Bellot des Minières, II, p. 84. Odier, *loc. cit.* Taulier, V, p. 120. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Bressolles, *Revue de législation*, 1848, II, p. 301. Demolombe, VI, 576 à 577. Troplong, II, 1305. Toulouse, 19 décembre 1839, Sir., 40, 2, 164. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 10 ; Chardon, *op. cit.*, n° 141 ; Rodière et Pont, I, 764 ; Pont, *Revue de législation*, 1847, III, 37.

tion n'a effet à l'égard des tiers qu'à partir du jour où le jugement de séparation de corps a été rendu public dans la forme prescrite par l'art. 880 du Code de procédure ¹⁵.

2° La communauté peut aussi se dissoudre en vertu d'un jugement de séparation de biens. Art. 1444, n° 5.

Mais la dissolution de la communauté ne saurait s'opérer par le seul consentement des époux : Toute séparation volontaire est nulle. Art. 1443, al. 2.

Il résulte de là, que les conventions faites entre conjoints pour le partage anticipé de la communauté ou la restitution des droits et reprises de la femme restent sans effet, non-seulement au regard des tiers, mais encore en ce qui concerne les rapports des époux. Il y a plus, les paiements effectués par le mari en vertu d'une pareille convention ne le libéreraient point envers la femme, qui pourrait, lors de la dissolution de la communauté, exercer ses reprises telles que de droit, à la charge seulement de tenir compte des valeurs qui existeraient encore entre ses mains ou qui auraient tourné à son profit ¹⁶.

La règle qui déclare nulle toute séparation volontaire, ne forme cependant pas obstacle à ce que le mari acquiesce au jugement qui a prononcé la séparation, ou se désiste soit de l'opposition soit de l'appel qu'il avait formé contre ce jugement ¹⁷.

La séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, tout en dissolvant la communauté, ne donne point ouverture aux gains de survie, sauf à l'époux survivant à les exercer lors de la mort de son conjoint. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agit de gains de survie stipulés au profit de la femme, à la requête de laquelle la séparation de corps ou de biens a été prononcée.

¹⁵ Cpr. sur ces deux propositions : § 494, texte n° 3, notes 13 et 14.

¹⁶ Cette proposition est incontestable en principe : elle découle nécessairement des art. 1395 et 1443. Quant à l'appréciation du point de savoir si les valeurs remises à la femme ont ou non tourné à son profit, il semble qu'on puisse se montrer moins rigoureux sous le régime de la communauté que sous le régime dotal. Dans ce dernier régime, en effet, la règle de l'inaliénabilité de la dot, et les obligations plus étroites imposées au mari en ce qui concerne sa conservation et sa restitution, ne permettent pas d'admettre avec autant de facilité les tempéraments d'équité. Cpr. Toullier, XIV, 262 ; Tessier, *De la dot*, p. 229 et suiv. ; Troplong, II, 1341 à 1349 ; Caen, 14 novembre 1825, Dalloz, 1830, 2, 76 ; Lyon, 17 décembre 1830, Dalloz, 1832, 2, 22 ; Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469.

¹⁷ Cpr. § 493, texte et note 13. Civ. cass., 29 août 1827, Sir., 27, 1, 466.

Art. 1452¹⁸. La femme peut cependant, en cas de renonciation à la communauté, exiger du mari une caution pour la restitution de ses gains de survie sur la masse commune, et exercer provisoirement son hypothèque légale dans les ordres ouverts sur le mari à raison des donations entre-vifs que ce dernier lui a faites pour le cas de survie¹⁹.

La communauté dissoute par suite de séparation de corps et de biens, ou de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux époux²⁰. Art. 1451.

3° Enfin, en cas d'absence de l'un des époux, la communauté se dissout provisoirement par l'option de l'époux présent pour sa dissolution, et définitivement par suite de l'envoi en possession définitif des biens de l'absent. Art. 124 et 129²¹.

§ 516.

*Continuation. — De la séparation de biens judiciaire*¹.

1° Le droit de demander la séparation de biens appartient en principe à la femme seule. Le mari n'est jamais admis à la poursuivre. Art. 1443.

Lorsque la femme vient à décéder dans le cours de l'instance en séparation, ses héritiers ou successeurs universels sont autorisés à continuer cette instance, s'ils ont intérêt à faire statuer sur la demande, par exemple, pour empêcher que des valeurs mobilières échues à la femme depuis l'introduction de son action ne tombent dans la communauté, ou pour être admis à attaquer des actes faits par le mari durant la litispendance².

¹⁸ Marcadé fait une assez vive critique de cet article. Il est vrai que la rédaction en est incomplète et ne comprend pas les hypothèses diverses qui peuvent se présenter. Mais il s'explique et se justifie parfaitement dans l'ordre d'idées auquel il se rapporte. Le législateur, s'occupant exclusivement de l'hypothèse où la communauté a été dissoute à la suite d'une demande en séparation formée par la femme, a voulu exprimer l'idée que, dans cette hypothèse même, elle n'est point autorisée à exercer immédiatement ses gains de survie.

¹⁹ Cpr. art. 1518, et § 529, texte et note 15; art. 2195. Rodière et Pont, II, 905. Troplong, II, 1486.

²⁰ Cpr. §§ 495 et 496, texte et notes 7 à 11; § 516, texte n° 8.

²¹ Cpr. §§ 155 et 157.

¹ Le principe de la séparation de biens a été emprunté au Droit romain. Voy. L. 24, *præ. D. sol. matri.* (24, 3); L. 29, *C. de jure dotium* (5, 12). — Cpr. sur cette matière : *Traité de la séparation de biens judiciaire*, par Dutruc; Paris, 1853, 1 vol. in-8°.

² La demande en séparation de biens, qui ne repose que sur un intérêt pure-

Quant aux créanciers de la femme, ils ne peuvent demander la séparation de biens qu'avec son consentement.

Toutefois, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, ils sont admis, malgré le refus de ce consentement, à faire valoir, jusqu'à concurrence de leurs prétentions, tous les droits qui compètent à leur débitrice abstraction faite de sa qualité de commune en biens. En d'autres termes, ils sont autorisés à faire liquider et à poursuivre ces droits comme si la communauté était dissoute et que la femme y eût renoncé³. Art. 1446. Ils peuvent donc se faire colloquer de son chef dans les distributions et ordres ouverts sur le mari⁴, et réclamer cette collocation, non-seulement sur le prix des immeubles personnels de ce dernier, mais encore sur celui des conquêts de communauté⁵. Ils peuvent aussi exercer, au nom de la femme, la reprise de ses immeubles, et celle même de ses apports mobiliers, lorsqu'elle s'est réservé la faculté de les retirer en cas de renonciation à la communauté. Cpr. art. 1514.

En autorisant les créanciers de la femme à exercer ainsi les droits de leur débitrice, en cas de déconfiture ou de faillite du

ment pécuniaire, a pour objet de garantir le patrimoine de la femme à partir du jour où elle est formée. Art. 1445, al. 2. On ne voit pas dès lors pourquoi les personnes appelées à succéder à ce patrimoine ne seraient pas admises à continuer l'instance pour profiter des droits acquis à la femme par l'effet même de sa demande. Cette opinion, du reste, n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 492 (texte et note 3), en parlant de la demande en séparation en corps. Cette dernière demande, en effet, ne repose pas sur un intérêt pécuniaire, et s'éteint, quant à son objet principal, par le fait même de la mort de l'un des époux, de telle sorte que les conséquences pécuniaires qui auraient pu accessoirement résulter de la séparation de corps prononcée, ne constituent point un motif suffisant pour autoriser les héritiers de l'époux demandeur à faire prononcer cette séparation elle-même. Rodière et Pont, II, 812. Marcadé, sur l'art. 1446, n° 2. Troplong, II, 1394. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 516, texte et note 3; Douai, 23 mars 1831, Sir., 31, 2, 243.

³ Les créanciers de la femme ne sont pas admis à faire dissoudre la communauté contre son consentement. Mais la communauté peut, dans leur intérêt, et pour empêcher qu'ils ne deviennent victimes d'une collusion entre la femme et le mari ou les créanciers de celui-ci, être fictivement considérée comme dissoute, en ce qui concerne la liquidation et la reprise des droits de la femme, dès que le mari est tombé en faillite ou en déconfiture. C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1446, dont on ne comprendrait pas la disposition sans cette fiction.

⁴ Delvincourt, III, p. 39. Favard, *Rép.*, v° Communauté conjugale, sect. V, n° 6. Duranton, XIV, 419. Bellot des Minières, II, p. 132 et suiv. Marcadé, sur les art. 1446 et 1447, n° 1. Troplong, II, 1395. Civ. cass., 14 janvier 1817, Sir., 17, 1, 146.

⁵ Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225.

mari, la loi ne les soumet pas à la nécessité de respecter l'usufruit de la communauté. Ils ne sont donc pas tenus de laisser au mari la jouissance des sommes pour lesquelles ils ont obtenu collocation; et ils peuvent, d'un autre côté, poursuivre le paiement qui leur est dû sur la pleine propriété des biens meubles ou immeubles de la femme, dont la reprise a été opérée en nature⁶.

Du reste, comme la communauté continue de subsister entre les époux, la femme pourra toujours, lors de sa dissolution effective, l'accepter ou y renoncer, à charge, si elle l'accepte, de faire état de la valeur du mobilier dont ses créanciers ont fait la reprise, et qu'elle n'eût pu retirer qu'en renonçant à la communauté⁷.

La femme jouit de la faculté de poursuivre la séparation de biens sous quelque régime qu'elle soit mariée, pourvu qu'elle ait un intérêt légitime à provoquer cette mesure. Art. 1443 cbn. 1563.

2° La femme est autorisée à poursuivre la séparation de biens lorsque sa dot est mise en péril. La dot doit, d'après l'esprit de la loi qui établit le bénéfice de la séparation de biens⁸, être consi-

⁶ Nous avons, dans nos premières éditions, adopté l'opinion contraire, professée par M. Duranton (XIV, 420 et 421) et par MM. Rodière et Pont (II, 809). Un nouvel examen de la question nous a fait reconnaître que cette opinion tend à limiter arbitrairement la faculté accordée aux créanciers de la femme. Le second alinéa de l'art. 1446 les autorise, en effet, à exercer sans restriction les droits de cette dernière, c'est-à-dire de la même manière qu'elle aurait pu le faire elle-même en provoquant la dissolution de la communauté et en y renonçant. L'état de déconfiture ou de faillite du mari établissant un conflit direct entre ses créanciers et ceux de la femme, l'équité s'oppose à ce qu'il retienne, au détriment de ces derniers, des revenus que les premiers seraient autorisés à saisir. Voy. en ce sens : Marcadé, sur les art. 1446 et 1447, n° 1.

⁷ Marcadé (*loc. cit.*) va plus loin encore : il enseigne que, lors de la dissolution de la communauté, la femme devra bonifier le montant des revenus dont l'exercice anticipé de ses droits par ses créanciers personnels aura privé la communauté. Mais cette opinion doit être rejetée, du moins dans le cas ordinaire où il s'agit de dettes productives d'intérêts. Comme ces intérêts eussent été à la charge de la communauté, qui s'en est trouvée dégrevée, ils se compensent naturellement avec les fruits et revenus des biens de la femme.

⁸ La rédaction de l'art. 1443 laisse beaucoup à désirer, surtout au point de vue du régime de la communauté. Il serait difficile d'en donner une explication complètement satisfaisante, et de faire rentrer sous les termes de cet article, sans les étendre au delà de leur sens ordinaire, toutes les hypothèses où la séparation de biens devient un remède indispensable à la conservation des intérêts que la loi a voulu protéger. Ce qui donne, jusqu'à certain point, la clef de l'insuffisance de cette rédaction, c'est la considération que l'hypothèse où la restitution des apports de la femme ne se trouve plus pleinement garantie, est celle qui motive d'ordinaire la demande en séparation de biens, et la seule à laquelle s'applique la loi 24, *præ. D. sol. matr.* (24, 3), d'où la disposition de notre article a été tirée.

dérée comme mise en péril, non-seulement au cas où, par suite du désordre des affaires du mari, ses biens sont devenus insuffisants pour garantir pleinement la restitution de la partie des apports de la femme qui lui était restée propre, ou dont elle s'était éventuellement réservé la reprise, mais encore dans le cas où les valeurs qui sont entrées de son chef dans la communauté se trouvent notablement entamées par la mauvaise administration du mari⁹, et même dans celui où il est à craindre que les revenus de la dot, non encore compromise quant au fond, soient détournés de leur destination légale¹⁰. Art. 1443. Il y a mieux, la femme qui possède un talent ou une industrie de nature à lui procurer des moyens d'existence, peut, bien qu'elle n'ait point apporté d'autre dot, demander la séparation de biens quand la conduite déréglée du mari donne lieu de craindre que les produits de son travail ne soient pas appliqués aux besoins de la famille¹¹.

La femme qui demande la séparation de biens par le motif que la fortune du mari est insuffisante pour garantir pleinement la restitution de la dot, n'est admise à la faire prononcer qu'à charge de prouver que cette insuffisance, survenue depuis le mariage, est

Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que cette disposition n'est pas conçue en termes restrictifs. Aussi la jurisprudence et la doctrine ont-elles sans difficulté admis l'application du bénéfice de la séparation aux différents cas indiqués dans la suite du texte.

⁹ Les valeurs qui du chef de la femme tombent dans la communauté, n'en constituent pas moins une dot dans le sens de l'art. 1540, bien que la reprise n'en puisse pas être exercée. Bellot des Minières, II, p. 99. Toullier, XIII, 23. Duranton, XIV, 403. Odier, I, 370. Troplong, II, 1313. — Quelques auteurs vont même plus loin, et enseignent que la femme qui n'a absolument rien apporté en mariage, n'en est pas moins admise à demander la séparation de biens pour garantir sa part dans le fonds commun, tel qu'il existe. Voy. en ce sens : Rodière et Pont, II, 800 ; Marcadé, sur l'art. 1448, n° 1 ; Troplong, II, 1321. Cette opinion nous paraît fort contestable : car, dans le système d'interprétation le plus large, il n'est pas, en pareil cas, possible de dire que la dot de la femme soit mise en péril. Bellot des Minières, II, p. 101. Paris, 9 juillet 1811, Sir., 13, 2, 359.

¹⁰ Bellot des Minières, II, p. 100 et 101. Toullier, XIII, 24. Odier, I, 370. Troplong, II, 1315 à 1318. Pau, 9 décembre 1820, Sir., 22, 2, 164. Req. rej., 28 février 1842, Sir., 42, 1, 370. Req. rej., 17 mars 1847, Sir., 47, 1, 421. Riom, 29 août 1848, Sir., 49, 2, 526. Montpellier, 20 janvier 1852, Sir., 52, 2, 358. Grenoble, 16 mars 1855, Sir., 55, 2, 588.

¹¹ Pothier, n° 512. Delvincourt, III, p. 38. Toullier, XIII, 28. Bellot des Minières, II, p. 100. Battur, II, 626. Duranton, XIV, 404. Odier, I, 371. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1319 et 1320. Angers, 16 mars 1808, Sir., 8, 2, 320.

le résultat du désordre des affaires de ce dernier¹². Mais cette circonstance une fois établie, il n'y a pas, dans cette hypothèse, à distinguer si le dérangement des affaires du mari provient d'une mauvaise gestion de sa part, ou de circonstances qui ne peuvent lui être imputées à faute¹³. Dans l'hypothèse, au contraire, où la femme provoque la séparation de biens pour sauvegarder, soit les valeurs mobilières tombées de son chef dans la communauté, soit les revenus de ses biens propres ou les produits de son travail, sa demande ne doit être accueillie qu'autant que le danger qu'elle allègue a pour cause la mauvaise administration ou la conduite déréglée du mari¹⁴.

La question de savoir si de fait la dot est mise en péril sous l'un ou l'autre des rapports ci-dessus indiqués, est entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Le juge peut déclarer l'existence de ce danger, lors même que le mari n'a point encore été poursuivi, et réciproquement, il peut refuser d'en reconnaître l'existence, bien que quelques actes de poursuite aient déjà été dirigés contre lui¹⁵.

L'interdiction judiciaire du mari n'autorise pas la femme à demander la séparation de biens, et ce, dans le cas même où la tutelle de l'interdit ne lui a pas été confiée¹⁶. Il en est également ainsi de l'interdiction légale¹⁷. Quant à l'état de contumace, il

¹² Ainsi, l'insuffisance des biens du mari pour répondre de la dot n'est pas une cause de séparation, lorsque cette insuffisance existait à l'époque du mariage, et que depuis lors il n'est pas survenu de désordre dans ses affaires. Rodière et Pont, II, 797. Troplong, II, 1329. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 509.

¹³ Pothier, n° 510. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de biens, sect. II, § 1, n° 5. Battur, II, 628. Delvincourt III, p. 38. Toullier, XIII, 33. Chardon, *Puissance maritale*, n° 310. Odier, I, 373. Rodière et Pont, II, 794. Marcadé, sur l'art. 1443, n° 1. Dutruc, n° 79. Troplong, II, 1333.

¹⁴ Cette nuance, qui n'est pas nettement indiquée par les auteurs, nous paraît être une conséquence des principes sur l'administration de la communauté. En tant que commune en biens, la femme est associée aux chances de pertes aussi bien qu'aux éventualités de gains; et dès lors les pertes qui ne peuvent être imputées à faute au mari, ne sont point un motif suffisant pour lui enlever l'administration de la communauté. Cpr. Lyon, 11 juin 1853, Sir., 55, 2, 189. Voy. cep. Riom, 29 août 1848, Sir., 49, 2, 526.

¹⁵ Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 1, n° 9. Odier, I, 370. Req. rej., 23 août 1809, Sir., 9, 1, 434. Civ. rej., 6 juillet 1847, Sir., 47, 1, 508.

¹⁶ Toullier, II, 1343. Duranton, III, 754. Benoît, *De la dot*, I, 280. Demolombe, VIII, 614. Nîmes, 3 avril 1832, Sir., 32, 2, 428. Lyon, 20 juin 1845, Sir., 46, 2, 353. Voy. en sens contraire: Chardon, *Puissance maritale*, n° 311; Rodière et Pont, II, 803.

¹⁷ MM. Rodière et Pont (II, 803) enseignent le contraire, et disent que l'interdic-

semble être une cause suffisante de séparation de biens, en raison, tant de l'abandon volontaire où le mari laisse l'administration de la communauté et des biens personnels de la femme, que du préjudice qui résulterait pour celle-ci de l'établissement du séquestre ¹⁸.

La femme qui a quitté le domicile conjugal sans le consentement du mari, ne doit point, par ce motif, être déclarée non recevable dans sa demande en séparation de biens ¹⁹. La circonstance qu'elle aurait succombé une première fois, ne forme pas non plus une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande en séparation de biens. Enfin, le mari ne pourrait repousser l'action de la femme sous le prétexte que le désordre de ses affaires a été amené par les dépenses excessives auxquelles elle s'est elle-même livrée ²⁰.

3° La femme ne peut introduire la demande en séparation de biens qu'en vertu d'une autorisation préalable donnée par le président du tribunal devant lequel l'action doit être portée. Code de procédure, art. 865.

La demande doit, à peine de nullité, être publiée dans les formes prescrites par les art. 866 à 869 du Code de procédure.

La femme est tenue d'établir, par des preuves indépendantes de l'aveu du mari, les faits sur lesquels elle fonde sa demande. Code de procédure, art. 870 ²¹. Elle peut, à défaut d'autres moyens de justification, provoquer un inventaire de la communauté et une liquidation provisoire de ses reprises.

4° Les créanciers du mari sont autorisés à intervenir dans l'ins-

tion légale ayant pour cause la faute du mari, la femme ne doit pas en souffrir. Cette considération ne nous paraît ni exacte ni concluante, puisque la faute dont le mari s'est rendu coupable n'a par elle-même aucun rapport avec l'administration de la communauté, et que, d'un autre côté, l'interdiction légale n'est pas de nature à mettre en péril la dot de la femme. Nous ajouterons que si celle-ci ne veut pas accepter la situation qui lui est faite, la loi lui offre un moyen bien simple d'en sortir en provoquant la séparation de corps. Art. 306 cbn. 231.

¹⁸ Rodière et Pont, II, 803.

¹⁹ Odier, I, 375. Rodière et Pont, II, 807. Demolombe, IV, 403. Marcadé, sur l'art. 1443, n° 1. Troplong, II, 1335. Paris, 19 avril 1817, Sir., 18, 2, 63. Paris, 24 janvier 1826, Sir., 29, 2, 232. Angers, 22 février 1828, Sir., 31, 2, 84. Poitiers, 15 août 1836, Sir., 36, 2, 464. Paris, 17 mai 1837, Dalloz, 1838, 2, 184. Voy. en sens contraire : Turin, 8 décembre 1810, Sir., 11, 2, 270.

²⁰ Odier, I, 373. Rodière et Pont, II, 794. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1334. Angers, 22 février 1828, Sir., 31, 2, 84.

²¹ La disposition de cet article est une conséquence de celle du deuxième alinéa de l'art. 1443, qui prohibe toute séparation de biens volontaire. Cpr. § 515, texte n° 2.

tance, pour empêcher que la séparation de biens ne soit prononcée à leur préjudice, et à attaquer par appel, du chef de leur débiteur, le jugement qui l'aurait déjà admise, quoiqu'ils ne soient pas intervenus en première instance. Art. 1166, 1447. Code de procédure, art. 871.

Ils peuvent même, par voie de tierce opposition, faire déclarer non avenue, quant à eux, la séparation prononcée et exécutée dans les formes prescrites par la loi, lorsqu'elle a eu lieu en fraude de leurs droits²². Art. 1447. Mais leur action à cet égard est, à peine de déchéance, restreinte au délai d'un an mentionné en l'art. 872 du Code de procédure. Code de procédure, art. 873. Cette déchéance ne s'applique pas à la liquidation des reprises de la femme, quoiqu'elle ait été faite par le jugement même qui a prononcé la séparation. Les créanciers ont trente ans pour attaquer cette partie du dispositif du jugement de séparation²³. A plus forte raison

²² Zachariæ enseigne à tort (§ 516, texte et note 8) que les créanciers du mari sont admis à former tierce opposition au jugement de séparation par cela seul qu'il leur porte préjudice, et indépendamment de toute circonstance de fraude. L'arrêt qu'il cite (Req. rej., 28 juin 1810, Sir., 11, 1, 28) à l'appui de cette opinion, évidemment contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1447, statue, non sur une question de tierce opposition, mais sur une simple question d'intervention. — Du reste, il ne faut pas confondre la faculté dont les créanciers du mari jouissent à cet égard, avec le droit qu'ils ont d'attaquer en nullité une séparation de biens qui n'aurait pas été poursuivie, prononcée, ou exécutée dans les formes prescrites par la loi. Cpr. texte n° 5 *infra*.

²³ Le délai pour former tierce opposition est en général de trente ans. La disposition de l'art. 873 du Code de procédure établit donc une dérogation au Droit commun, et doit, par cela même, être interprétée restrictivement. Or, lorsque le législateur a fixé le délai de la tierce opposition contre un jugement de séparation de biens, il n'a pu avoir en vue que l'hypothèse la plus ordinaire, c'est-à-dire celle où le jugement a simplement prononcé la séparation de biens, sauf à la femme à poursuivre ultérieurement la liquidation de ses droits, et non l'hypothèse, purement accidentelle, où le jugement aurait en même temps fixé les reprises de la femme. D'ailleurs, si l'action en séparation de biens et celle en liquidation des reprises de la femme sont, à raison de leur connexité, susceptibles d'être formées et jugées simultanément, elles ne laissent pas d'être distinctes par leur nature et leur objet. Le jugement qui prononce la séparation de biens ayant pour résultat de modifier la position personnelle des époux, en enlevant au mari l'administration des biens de la femme, il a paru nécessaire de restreindre à un bref délai l'exercice de la tierce opposition; mais ce motif, on le sent, ne s'applique aucunement à la liquidation des reprises de la femme. Enfin, les publications exigées par l'art. 1445 du Code Napoléon et par l'art. 872 du Code de procédure n'étant prescrites que pour la disposition qui a prononcé la séparation, et non pour celle qui aurait liquidé les reprises de la femme, il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de restreindre au délai d'un an l'exercice de la

jouissent-ils de ce délai pour attaquer la liquidation des droits de la femme faite par un jugement ou un acte postérieur²⁴.

5° Les jugements qui prononcent une séparation de biens ne sont susceptibles d'aucune exécution, soit volontaire, soit forcée, qu'après avoir été rendus publics dans la forme établie par les art. 1445 du Code Napoléon et 872 du Code de procédure. L'exécution du jugement de séparation est donc entachée de nullité, lorsqu'elle a eu lieu avant que ce jugement ait été rendu public²⁵. Cette nullité est attachée, non-seulement à l'inobservation des conditions de publicité déjà prescrites par l'art. 1445, mais encore au défaut d'accomplissement des formalités postérieurement établies par l'art. 872 du Code de procédure²⁶.

La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle ainsi que la procédure qui l'a précédée²⁷, si, dans la quinzaine²⁸

tierce opposition à l'aide de laquelle les créanciers du mari voudraient attaquer cette dernière disposition. Massol, *De la séparation de corps*, p. 140, à la note. Odier, I, 390. Rodière et Pont, II, 854. Troplong, II, 1400. Grenoble, 3 juillet 1828, Sir., 29, 2, 119. Limoges, 20 décembre 1828, Dalloz, 1836, 1, 98. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., 30, 2, 152. Civ. rej., 11 novembre 1835, Sir., 36, 1, 116. Poitiers, 18 juin 1838, Sir., 38, 2, 442. Riom, 9 juin 1845, Sir., 45, 2, 499. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Voy. en sens contraire: Toullier, XIII, 86; Duranton, XIV, 413; Battur, II, 642; Civ. cass., 4 décembre 1815, Sir., 16, 1, 65; Civ. rej., 26 décembre 1817, Sir., 18, 2, 158; Dijon, 6 août 1817, Sir., 18, 2, 64.

²⁴ Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 170. Bordeaux, 20 juin 1826, Sir., 26, 2, 309. Req. rej., 26 mars 1833, Sir., 33, 1, 274. Paris, 25 avril 1835, Sir., 35, 2, 241. Paris, 21 janvier 1858, Sir., 58, 2, 565. Voy. cep. Duranton, XIV, 413.

²⁵ Cpr. Code de commerce, art. 66. Rouen, 1^{er} janvier 1825, Sir., 26, 2, 205. Cpr. Riom, 26 août 1844, Sir., 44, 2, 653.

²⁶ La peine de nullité est formellement établie par l'art. 1445; et quoique l'art. 872 ne la prononce pas d'une manière expresse, il la déclare cependant virtuellement, en disant que la femme ne peut commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités qu'il prescrit auront été remplies, et en renvoyant à l'art. 1445. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2946 bis. Rodière et Pont, II, 837. Troplong, II, 1377. Amiens, 21 décembre 1825, Sir., 26, 2, 318. Caen, 15 juillet 1828, Sir., 30, 2, 189. Angers, 10 août 1839, Sir., 40, 2, 130.

²⁷ Ainsi, pour faire de nouveau prononcer la séparation, il faut recommencer toute la procédure. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2955 bis. Benoît, *De la dot*, I, 314. Odier, I, 386. Rodière et Pont, II, 849. Troplong, II, 1376. Dutruc, n° 216. Civ. cass., 11 juin 1823, Sir., 23, 1, 317. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540. Civ. cass., 3 avril 1848, Sir., 48, 1, 384. Grenoble, 23 avril 1858, Sir., 58, 2, 397.

²⁸ La femme qui n'a pas commencé l'exécution du jugement dans la quinzaine,

de la prononciation du jugement ²⁹, elle n'a été volontairement exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué jusqu'à concurrence des biens du mari ³⁰, et constaté par acte authentique ³¹, ou si la femme n'a, dans le même délai, commencé contre le mari des poursuites continuées depuis sans interruption. Art. 1444 ³². Il n'y a pas, sous ce rapport, de distinction à faire entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires ³³.

La femme doit être considérée comme ayant commencé l'exécution du jugement de séparation dans la quinzaine de sa prononciation, lorsqu'elle l'a fait signifier au mari avec commandement d'y satisfaire, ou avec sommation de se présenter chez un notaire pour procéder avec elle à la liquidation de ses reprises ³⁴. Mais la simple

ne peut s'excuser sur ce que l'enregistrement et l'expédition du jugement auraient éprouvé des retards. Civ. cass., 11 décembre 1810, Sir., 11, 1, 77.

²⁹ Ce délai n'a pas été étendu par l'art. 872 du Code de procédure, d'après lequel un extrait de tout jugement de séparation de biens doit rester exposé, pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari. En prescrivant cette exposition, l'art. 872 du Code de procédure n'a pas dérogé à la disposition de l'art. 1444 du Code Napoléon, puisque rien ne s'oppose à l'accomplissement simultané des formalités et des conditions prescrites par ces deux articles, qui doivent être accomplies concurremment les unes avec les autres. Bellot des Minières, II, p. 417. Toullier, XIII, 79 à 81. Duranton, XIV, 411. Odier, I, 383. Rodière et Pont, II, 843. Troplong, II, 1358. Rouen, 27 avril 1816, Sir., 16, 2, 216. Req. rej., 11 juin 1818, Sir., 18, 1, 285. Req. rej., 13 août 1818, Sir., 19, 1, 287. Voy. en sens contraire : Limoges, 24 décembre 1811, Sir., 14, 2, 12.

³⁰ Cpr. Bordeaux, 11 août 1840, Sir., 41, 2, 3. — Si le règlement volontaire des droits de la femme, quoique seulement commencé dans la quinzaine, avait été, après l'expiration de ce délai, sérieusement continué et complété, les tribunaux pourraient, par application de la disposition finale de l'art. 1444, déclarer l'exécution valable. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2950 *ter*. Troplong, II, 1361. Civ. rej., 3 février 1834, Sir., 34, 1, 98.

³¹ Cpr. Req. rej., 12 août 1847, Sir., 48, 1, 56. Voy. cep. Troplong, II, 1360; Civ. rej., 3 février 1834, Sir., 34, 1, 98.

³² La disposition de cet article est étrangère aux séparations de biens qui sont la suite de jugements prononçant la séparation de corps. Cpr. § 494, texte n° 3, et note 19.

³³ L'art. 155 du Code de procédure n'est pas applicable aux jugements par défaut qui prononcent une séparation de biens. Battur, II, 641. Troplong, II, 1359. Amiens, 19 février 1824, Sir., 24, 2, 84. Toulouse, 23 août 1827, Sir., 28, 2, 241.

³⁴ Duranton, XIV, 411. Battur, II, 642. Troplong, II, 1362. Colmar, 31 août 1811, Sir., 16, 2, 89. Civ. rej., 30 mars 1825, Sir., 25, 1, 353. Amiens, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 249. Grenoble, 24 mars 1835, Dalloz, 1836, 2, 9. Cpr. Bordeaux, 17 juillet 1833, Dalloz, 1834, 2, 50.

signification du jugement ne doit pas, en général, être envisagée comme constituant un commencement d'exécution³⁵. La question de savoir si les poursuites commencées par la femme ont été continuées sans interruption, est abandonnée à l'appréciation du juge³⁶.

La nullité de la séparation de biens, résultant du défaut d'exécution dans la quinzaine de la prononciation du jugement, peut être opposée par tous tiers intéressés, et notamment par les créanciers du mari. Elle peut l'être également par les époux l'un à l'autre, c'est-à-dire tant par le mari à la femme³⁷ que par la femme au mari³⁸.

³⁵ Battur, *loc. cit.* Bellot des Minières, II, p. 116. Toullier, XIII, 77. Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2952. Rodière et Pont, II, 845. Troplong, II, 1363. Limoges, 11 juillet 1839, Sir., 40, 2, 17. Cpr. cependant Civ. cass., 9 juillet 1828, Sir., 28, 1, 284. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 30 juillet 1833, Sir., 34, 2, 36; Bordeaux, 20 mars 1840, Sir., 40, 2, 210.

³⁶ Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 2953. Odier, I, 385. Marcadé, sur l'art. 1444, n° 3. Troplong, II, 1366. Req. rej., 6 décembre 1830, Sir., 31, 1, 359. Req. rej., 2 mai 1831, Sir., 31, 1, 161. Cpr. Bordeaux, 19 avril 1817, Sir., 17, 2, 417; Req. rej., 23 mars 1819, Sir., 19, 1, 354; Amiens, 9 décembre 1825, Sir., 26, 2, 256; Bordeaux, 15 mai 1839, Sir., 39, 2, 389; Bordeaux, 1^{er} février 1845, Sir., 45, 2, 580; Caen, 2 décembre 1851, Sir., 52, 2, 299.

³⁷ Arg. art. 869 du Code de procédure. Quoique la nullité dont s'agit ait été principalement établie dans l'intérêt des créanciers du mari, il ne nous semble cependant pas possible de soutenir qu'elle l'ait été dans leur intérêt exclusif. Comme la séparation de biens modifie essentiellement les droits du mari, il lui importe de savoir si la femme entend ou non profiter du jugement qui l'a prononcée, et il ne doit pas dépendre de celle-ci de le laisser dans l'incertitude sur sa position. Ainsi, lorsque la femme néglige d'exécuter le jugement de séparation dans le délai fixé par la loi, le mari est autorisé à supposer qu'elle a renoncé au bénéfice de ce jugement. Toullier, XIII, 76. Taulier, V, p. 131. Odier, I, 387. Rodière et Pont, II, 850. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1371. Amiens, 19 février 1824, Sir., 24, 2, 84. Amiens, 9 décembre 1825, Sir., 26, 2, 256. Bordeaux, 17 juillet 1833, Sir., 34, 2, 53. Bordeaux, 11 août 1840, Sir., 41, 2, 3. Voy. en sens contraire : Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2957 *bis*; Dutruc, nos 227 et suiv.; Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266; Poitiers, 4 mars 1830, Sir., 30, 2, 156; Limoges, 25 février 1845, Sir., 46, 2, 116.

³⁸ Ce point est plus délicat que le précédent : On peut dire que la femme ne doit pas être admise à se prévaloir de sa propre négligence pour demander la nullité de la séparation; et c'est d'après cette considération que, dans nos premières éditions, nous lui avons refusé le droit de l'invoquer. Voy. dans ce sens : Odier, I, 387; Taulier, I, 132. Mais, après nouvel examen de la question, nous croyons que cette considération n'est pas décisive. Il serait peu rationnel, tout en accordant au mari la faculté de faire valoir la nullité de la séparation, de dénier à la femme cette même faculté. Par cela même que le mari n'a pas vo-

Ce dernier serait même admis à l'invoquer contre les tiers qui auraient traité avec la femme comme séparée de biens, à moins que d'après les faits il ne dût être réputé y avoir renoncé³⁹.

Cette nullité ne forme pas une simple nullité de procédure, qui doit être proposée avant toute défense⁴⁰. On peut la faire valoir pendant trente ans⁴¹. Mais elle se couvre par la renonciation expresse ou tacite des personnes autorisées à la proposer. Ainsi, elle est couverte, quant au mari, lorsqu'il a laissé exécuter le jugement après le délai de quinzaine, comme aussi lorsqu'il a attribué ou reconnu à son épouse la qualité de femme séparée de biens⁴². Elle est également couverte, quant à la femme, lorsqu'elle a exécuté le jugement après le même délai, ou lorsqu'elle s'est gérée comme séparée de biens⁴³. Elle est couverte enfin, quant aux créanciers du mari, lorsqu'ils ont concouru aux actes d'exécution tardive du jugement de séparation⁴⁴.

lontairement exécuté le jugement de séparation, dont la femme a, de son côté, négligé de poursuivre l'exécution, on doit considérer les deux époux comme ayant respectivement renoncé, l'un à l'égard de l'autre, aux effets de ce jugement. En second lieu, il serait difficile d'assigner à la nullité prononcée par l'art. 1444 d'autre motif que le défaut de sincérité ou de nécessité réelle de la séparation de biens qui n'a pas été suivie d'une exécution immédiate. La loi présume qu'une pareille séparation a été concertée entre les époux, pour parer à des embarras momentanés; et, à ce point de vue encore, la position de la femme doit être la même que celle du mari. d'autant plus qu'elle n'agit le plus souvent que sous l'inspiration et la direction de ce dernier. Rodière et Pont, II, 850. Troplong, II, 1373. Paris, 24 février 1855, Sir., 55, 2, 433.

³⁹ C'est ainsi que le mari pourrait opposer la nullité de la séparation, pour faire prononcer l'annulation d'un bail que la femme aurait passé sans son autorisation et celle de la justice. Troplong, II, 1357. Cpr. Civ. cass., 27 juin 1842. Sir., 42, 1, 627. Voy. cep. Rodière et Pont, II, 850.

⁴⁰ Caen, 15 juillet 1828, Sir., 30, 2, 189. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540.

⁴¹ Ici ne s'applique point l'art. 873 du Code de procédure. Cpr. texte. n° 4 *supra*. Odier, I, 387. Troplong, II, 1370. Req. rej., 13 août 1818, Sir., 19, 1, 287. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540. — M. Battur (II, 643) pense que la durée de cette action en nullité est restreinte à dix ans. Mais l'art. 1304, sur lequel il se fonde, est évidemment inapplicable à l'action dont s'agit. Odier, I, 392.

⁴² La nullité ne peut plus être opposée par le mari aux tiers qui ont traité avec la femme agissant sous son autorisation, et en qualité de femme séparée de biens. Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266. Colmar, 26 décembre 1826, Sir., 29, 2, 116. Poitiers, 4 mars 1830, Sir., 30, 2, 156. Grenoble, 8 avril 1835, et Nîmes, 4 juin 1835, Sir., 37, 2, 136.

⁴³ Req. rej., 11 avril 1837, Sir., 37, 1, 989.

⁴⁴ Douai, 19 août 1840, Sir., 40, 2, 497.

6° Les effets du jugement qui prononce une séparation de biens, remontent, tant à l'égard des tiers qu'entre les époux eux-mêmes, au jour de la demande⁴⁵. Art. 1445, al. 2.

Il en résulte : que la femme a droit, à partir de cette époque, à la restitution des fruits et revenus de ses biens propres, ainsi qu'aux intérêts de la dot mobilière dont elle s'est réservé la reprise, sous la déduction toutefois de sa part contributoire aux charges du mariage⁴⁶; et que les saisies de ces fruits ou revenus, pratiquées par les créanciers du mari depuis l'introduction de la demande, tombent par l'effet du jugement de séparation⁴⁷.

Il en résulte également : que les successions mobilières échues à la femme à partir de l'introduction de la demande, lui demeurent propres; et que la communauté n'est tenue, au regard de la

⁴⁵ *Lex non distinguit*. La généralité des termes de l'al. 2 de l'art. 1445 est d'autant plus décisive, que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit, dans l'intérêt des tiers, les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux jugements de séparation de biens, le législateur s'est hâté de poser dans un second alinéa le principe de la rétroactivité de ces jugements, comme s'il avait craint que l'on n'induisît de la première disposition la fausse conséquence que l'effet de pareils jugements est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs les art. 866 à 869 du Code de procédure, qui soumettent à diverses mesures de publicité la demande en séparation de biens, supposent évidemment le principe dont s'agit, puisque les publications qu'ils prescrivent, ne peuvent avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait souvent du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation. Battur, II, 650. Toullier, XIII, 95 à 104. Duranton, XIV, 414. Taulier, V, p. 128. Odier, I, 417. Rodière et Pont, II, 868. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 1. Troplong, II, 1389. Cpr. aussi les arrêts cités aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 129 et 130.

⁴⁶ Pothier, n° 521. Toullier, XIII, 105. Odier, I, 420. Rodière et Pont, II, 859 à 864. Cpr. Grenoble, 14 mai 1832, Sir., 33, 2, 358; Toulouse, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 590. Voy. cep. Req. rej., 28 mars 1848, Sir., 48, 1, 354. Suivant ce dernier arrêt, qui est approuvé par M. Troplong (II, 1384), les intérêts de la dot ne seraient dus qu'à partir du jugement de séparation. Mais il est à remarquer que cet arrêt a été rendu dans une espèce où les époux étaient mariés sous le régime dotal; et sa décision, très-contestable pour ce régime même, ne paraît pas, en présence de l'art. 1473, pouvoir être appliquée au régime de communauté.

⁴⁷ Odier, I, 420. Rodière et Pont, II, 868. Troplong, II, 1389. Bordeaux, 11 mai 1843, Sir., 43, 2, 541. Civ. cass., 22 avril 1845, Sir., 46, 1, 554. Voy. en sens contraire : Riom, 31 janvier 1826, Sir., 27, 2, 99.

femme, des dettes contractées par le mari depuis cette époque⁴⁸, que dans la mesure de la *versio in rem*.

Il en résulte enfin, que les actes par lesquels le mari a durant l'instance disposé de biens communs, ne peuvent être opposés à la femme⁴⁹.

Mais les actes de simple administration faits par le mari, qu'ils concernent les biens communs, ou même les biens personnels de la femme, sont efficaces à l'égard de celle-ci⁵⁰, à moins qu'elle ne parvienne à les faire annuler pour cause de fraude, et sauf à elle à prendre pendant l'instance les mesures nécessaires pour garantir ses intérêts⁵¹.

D'un autre côté, les paiements à valoir sur les reprises de la femme, que le mari a faits durant la litispendance, ne sont pas de leur nature libératoires, et ne peuvent être opposés à celle-ci que dans la mesure du profit qu'elle en a réellement retiré⁵². Il en serait de même des paiements que des tiers, débiteurs de la femme, auraient faits entre ses mains sans le concours du mari.

7° La séparation de biens a pour effet, en dissolvant la communauté, de rendre à la femme la libre administration et la jouissance de sa fortune. Art. 1449, al. 1^{er}.

En vertu de son droit de libre administration, la femme peut toucher ses revenus, louer ses immeubles pour une durée qui n'excède pas neuf ans⁵³, recevoir et poursuivre par voie d'exécution le remboursement de ses capitaux mobiliers, et en donner

⁴⁸ Toullier, XIII, 104. Odier, I, 418.

⁴⁹ Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 868. Troplong, II, 1381.

⁵⁰ Cette proposition n'est pas contestée en ce qui concerne la gestion des biens communs. Elle se justifie, quant à l'administration des biens personnels de la femme, par la considération que cette administration ne pouvant être reprise par la femme qu'en vertu du jugement de séparation, elle doit, par la force même des choses, rester durant la litispendance entre les mains du mari, qui, d'un autre côté, demeure responsable des pertes imputables à sa négligence. Rodière et Pont, II, 867. Troplong, II, 1382. Rennes, 2 janvier 1808, et Poitiers, 21 mai 1823, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Mariage (contrat de), p. 246 aux notes. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 62 ; Odier, I, 420 ; Riom, 26 février 1826, Sir., 28, 2, 18.

⁵¹ Code de procédure, art. 869 cbn. Code Napoléon, art. 270. Toullier, XIII, 59 et suiv. Caen, 16 mars 1827, Sir., 27, 2, 47.

⁵² Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469.

⁵³ La femme ne pourrait sans autorisation passer des baux pour une durée excédant neuf ans. Arg. art. 595, 1429 et 1718. Duranton, XIV, 427. Bellot des Minières, IV, p. 300. Odier, I, 398. Rodière et Pont, II, 878. Taulier, V, 135. Cpr. Demolombe, V, 154.

décharge avec mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté ⁵⁴. Elle peut même vendre ses meubles corporels, ou en disposer à un titre onéreux quelconque, céder ses créances ou autres droits mobiliers ⁵⁵, transiger sur les contestations y relatives ⁵⁶, et procéder au partage conventionnel d'une succession mobilière à laquelle elle est appelée ⁵⁷. Elle peut enfin faire au comptant toutes espèces d'acquisitions mobilières ou immobilières, non-seulement au moyen de ses économies, mais encore avec les deniers provenant de la rentrée de ses capitaux ⁵⁸. Art. 1449, al. 2.

⁵⁴ Duranton, XIV, 426. Odier, I, 398. Demolombe, IV, 154. Troplong, II, 1423. Turin, 19 janvier 1810, Sir., 11, 2, 79. Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., 26, 1, 463. — M. Rattur (II, 514 et 651) refuse à la femme le droit de donner sans autorisation décharge de ses capitaux mobiliers, en l'assimilant d'une manière absolue au mineur émancipé. Mais cette manière de voir est évidemment contraire à l'art. 1449 combiné avec l'art. 217. Il est du reste bien entendu que si la femme séparée de biens était encore mineure, elle ne pourrait valablement donner décharge de ces capitaux qu'avec l'assistance de son mari, en qualité de curateur, ou, à son refus, qu'avec l'autorisation de la justice. Art. 482.

⁵⁵ La loi considère l'aliénation d'objets mobiliers, corporels ou incorporels, comme rentrant de sa nature dans les attributs d'une libre administration. On doit en conclure qu'en principe la femme n'est pas admise à demander la nullité des aliénations mobilières par elle consenties, sous le prétexte qu'elle aurait excédé les bornes de sa capacité en y procédant par esprit de dissipation, et non dans des vues de bonne administration. Duranton, XIV, 426. Odier, I, 404. Rodière et Pont, II, 879. Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266. Lyon, 18 juin 1847, Sir., 48, 2, 98. Voy. cep. Demolombe, IV, 155; Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3; Troplong, II, 1417 à 1419. Ces derniers auteurs semblent admettre que les aliénations mobilières faites par la femme pourraient être annulées par cela seul que, d'après leur objet et leur importance, elles ne présenteraient plus les caractères de simples actes d'administration. Si telle était effectivement leur pensée, nous ne saurions y donner notre adhésion. Il nous paraît, en effet, impossible de soumettre les tiers, qui veulent traiter avec une femme séparée de biens, à la nécessité de s'enquérir des motifs qui la portent à aliéner une partie plus ou moins considérable de son mobilier. Un pareil système serait pour ainsi dire un piège tendu à leur bonne foi, et aurait l'inconvénient de faire naître une foule de contestations qui ne pourraient être décidées que par une appréciation plus ou moins arbitraire. Tout ce que nous concéderons, c'est que les aliénations mobilières faites par une femme séparée de biens seraient susceptibles d'être annulées, si ses habitudes de dissipation étant de notoriété publique, les tiers acquéreurs devaient être considérés comme ayant agi de mauvaise foi.

⁵⁶ Art. 2045, al. 1. cbn. 1449, al. 2. Duranton, XVIII, 409. Troplong, *Des transactions*, n° 51. Demolombe, IV, 159.

⁵⁷ Chabot, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 9. Toullier, IV, 408. Bellot des Minières, II, p. 154 et 155. Duranton, VII, 128. Troplong, II, 1421.

⁵⁸ Demolombe, IV, 154 et 157. — La femme pourrait-elle placer ses capitaux

En vertu de son droit de jouissance, la femme peut user et jouir de ses biens comme elle l'entend, et faire de ses revenus l'emploi qu'elle juge convenable.

Elle est cependant tenue de contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari⁵⁹, aux dépenses du ménage, ainsi qu'aux frais d'éducation des enfants communs, et même de les supporter entièrement, s'il ne reste plus de fortune au mari⁶⁰, sans être en droit de former à ce sujet aucune répétition contre lui⁶¹. Art. 1448. Le mari ne peut, pour s'assurer l'exécution des obligations imposées à cet égard à la femme, retenir l'administration de tout ou partie de ses biens⁶², ni exiger d'elle une garantie quelconque⁶³. Mais, à moins que pour des causes dont l'appréciation appartient aux tribunaux, la femme n'ait obtenu de la justice l'autorisation de payer directement les instituteurs, fournisseurs, ou autres créanciers du ménage⁶⁴, le mari est fondé à demander qu'elle verse entre ses mains la somme pour laquelle elle doit contribuer aux dépenses communes et aux frais d'éducation des enfants⁶⁵. Du

à rente viagère? Voy. pour la négative : Demolombe, IV, 158. Voy. pour l'affirmative : Troplong, II, 1422; Paris, 17 mai 1834, Sir., 34, 2, 280. Cpr. Caen, 17 juillet 1845, Sir., 48, 2, 134. Cette dernière opinion nous paraît préférable, par le motif que l'acquisition d'une rente viagère, bien qu'emportant aliénation du capital qui en forme le prix, n'en est pas moins un placement de fonds, et qu'en l'absence de toute règle qui impose à la femme l'obligation de faire un emploi déterminé de ses capitaux, elle doit être libre de choisir le mode qui lui paraît le plus utile à ses intérêts.

⁵⁹ Les art. 1537 et 1575 ne sont point applicables à l'hypothèse d'une séparation de biens judiciaire. Cpr. § 532, texte n° 1.

⁶⁰ En cas d'insolvabilité du mari, la femme est intégralement tenue des frais d'éducation des enfants, alors même qu'il s'agirait de frais faits antérieurement à la séparation. Grenoble, 28 janvier 1836, et Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 335 et 336. Agen, 13 juillet 1849, Sir., 49, 2, 367. Agen, 18 juin 1851, Sir., 52, 2, 17. — Voy. au contraire, quant aux dépenses de ménage faites antérieurement à la séparation : Paris, 21 avril 1830, Sir., 30, 2, 218.

⁶¹ Rodière et Pont, II, 900. Troplong, II, 1456. Riom, 20 juillet 1853, Sir., 54, 2, 607.

⁶² Bordeaux, 27 avril 1831, Sir., 31, 2, 208.

⁶³ Odier, I, 400. Troplong, II, 1438. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Poitiers, 17 février 1842, Sir., 42, 2, 472.

⁶⁴ Delvincourt, III, p. 44. Chardon, *Puissance maritale*, n° 337. Taulier, V, p. 140. Odier, I, 401. Rodière et Pont, II, 875. Troplong, II, 1435 et 1436. Req. rej., 6 mai 1835, Sir., 35, 1, 415. Caen, 8 avril 1851, Sir., 51, 2, 720.

⁶⁵ Merlin, *Rép.*, v° Séparation, sect. II, § 5, n° 8. Delvincourt, Taulier, Odier, Rodière et Pont, et Troplong, *loc. cit.* Voy. cep. Paris, 5 août 1807, et les observations de Sirey sur cet arrêt, Sir., 7, 2, 181 et 8, 2, 9.

reste, la femme n'en est pas moins, dans la limite de ses obligations, personnellement tenue envers les tiers; et elle ne pourrait refuser de les satisfaire, sous le prétexte qu'elle aurait remis au mari le montant de sa part de contribution ⁶⁶.

Lorsque, nonobstant la séparation de biens, le mari a continué à jouir des biens de la femme, les obligations dérivant de cette jouissance sont régies par des règles analogues à celles qui se trouvent posées aux art. 1539 et 1577 à 1580. Ainsi, quand la femme a tacitement abandonné au mari la jouissance de ses biens, il n'est tenu, en cas de retrait de cette jouissance, ou lors de la dissolution du mariage, qu'à la restitution des fruits existants, et ne doit aucun compte de ceux qui ont été consommés ⁶⁷. Art. 1539 et 1578. Ainsi encore, lorsque le mari a administré les biens de la femme en vertu d'un mandat exprès, donné sous la charge de tenir compte des fruits, il est tenu d'en rendre compte comme tout autre mandataire. Art. 1577. Enfin, quand le mari a joui des biens de la femme malgré l'opposition de celle-ci, il est comptable envers elle de tous les fruits, tant existants que consommés. Art. 1579. Mais il est bien entendu que, dans ces deux derniers cas, le mari est autorisé à retenir la part pour laquelle la femme devait contribuer aux frais du ménage. Du reste, la femme peut à chaque instant, et nonobstant toute convention contraire ⁶⁸, retirer au mari la jouissance ou l'administration qu'elle lui avait abandonnée ou confiée.

La femme demeure, malgré la séparation de biens, soumise à la puissance maritale, et à la nécessité de se pourvoir de l'autorisation du mari ou de la justice pour les actes qui ne rentrent pas dans la catégorie de ceux qui viennent d'être rappelés, et pour la passation desquels les femmes mariées ont, en général, besoin d'autorisation. De là résultent les conséquences suivantes :

a. La femme ne peut, sans autorisation, ni aliéner ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, ni les grever de servitudes ou d'hypothèques, ni même les engager par voie d'antichrèse ⁶⁹. Art. 1449, al. 3.

⁶⁶ Paris, 21 avril 1830, Sir., 30, 2, 218. Paris, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 387. Cpr. Troplong, II, 1440.

⁶⁷ Bordeaux, 26 janvier 1831, Sir., 31, 2, 178. Cpr. Pau, 12 avril 1859, Sir., 59, 2, 196. Voy. en sens contraire : Odier, I, 399.

⁶⁸ Une pareille convention serait nulle, comme rétablissant sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1451, le régime matrimonial détruit par la séparation de biens. Bordeaux, 25 mars 1848, Sir., 48, 2, 345.

⁶⁹ Odier, I, 410. Rodière et Pont, II, 883. Demolombe, IV, 149 et 162. Troplong, II, 1420. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 48.

Lorsqu'un immeuble de la femme a été vendu avec l'autorisation du mari, celui-ci devient responsable du défaut d'emploi du prix de vente, par cela seul que le contrat a été passé de son consentement⁷⁰, et sans qu'il soit admis à décliner cette responsabilité, en prouvant que ce prix a été touché par la femme⁷¹. Lors, au contraire, que la vente a eu lieu par suite de l'autorisation de la justice, le mari n'est point responsable du défaut d'emploi, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit établi qu'il a reçu le prix ou qu'il en a profité. Art. 1450. Cette preuve peut être faite par témoins et même à l'aide de simples présomptions⁷².

⁷⁰ Le second alinéa de l'art. 1450 semble, d'après son texte, subordonner la responsabilité du mari à la double condition de son consentement et de sa présence à l'acte de vente. Mais cette interprétation littérale ne serait pas conforme à l'esprit de la loi, tel que nous le comprenons. Voy. la note suivante. Dans le système qui fait uniquement reposer la responsabilité imposée au mari sur la preuve ou sur une présomption légale qu'il a touché le prix, la présence de celui-ci à l'acte de vente doit sans doute être prise en très-grande considération, parce qu'elle est de nature à justifier cette présomption. Mais dans notre manière de voir, d'après laquelle la responsabilité du mari peut se trouver engagée, alors même qu'il prouverait n'avoir pas touché le prix, on ne doit plus attacher la même importance à son intervention personnelle au contrat de vente. Battur, II, 155. Duranton, XIV, 429, XV, 316. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v^o Remploi, n^o 80. Rodière et Pont, II, 894. Bènech, *De l'emploi et du remploi*, n^o 145. Troplong, II, 1447. Req. rej., 1^{er} mai 1848, Sir., 48, 1, 501. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 159 ; Odier, I, p. 386, à la note ; Taulier, V, p. 139 ; Marcadé, sur l'art. 1450, n^o 1 ; Zachariæ, § 516, texte et note 55 ; Paris, 2 messidor, an XI, Sir., 7, 2, 1171.

⁷¹ Pothier, n^o 605. Rodière et Pont, II, 893 et 894. Troplong, II, 1445 et 1451. Voy. en sens contraire : Bènech, *op. cit.*, n^o 148 ; Marcadé, sur l'art. 1450, n^{os} 1 et 2 ; Zachariæ, *loc. cit.* Suivant ces derniers auteurs, la responsabilité du mari n'aurait d'autre fondement que le fait dûment établi ou légalement présumé d'avoir touché le prix de vente ; d'où il résulterait qu'il peut s'affranchir de toute responsabilité, en prouvant que le prix n'a point été versé entre ses mains, mais dans celles de sa femme ; et telle est en effet la conclusion formelle de Marcadé. Or, cette conclusion est directement contraire à la disposition de l'art. 1450, qui, pour l'hypothèse dont il s'agit actuellement, déclare le mari responsable du défaut d'emploi sans condition ni exception, et sans lui réserver la faculté de prouver que c'est par sa femme, et non par lui, que le prix a été touché. A la vérité, le mari qui, après avoir concouru à une vente passée par sa femme, n'a pas exigé l'emploi du prix, est justement suspect de se l'être approprié. Mais ce n'est point une raison pour dire que cette présomption soit le fondement unique, ni même la cause principale de sa responsabilité, qui dérive des devoirs attachés à l'autorité maritale.

⁷² La dépendance dans laquelle la femme se trouve placée, crée pour elle une espèce d'impossibilité morale d'exiger une quittance de son mari. Cpr. § 765, texte et note 3. Rodière et Pont, II, 899.

Si, dans les différentes circonstances qui viennent d'être indiquées, le mari est responsable du défaut d'emploi, il ne l'est pas, en général, de l'utilité de l'emploi effectué. Art. 1450, al. 2. Il en serait toutefois autrement dans le cas où, après avoir touché le prix, le mari en aurait fait le placement sans le concours de la femme et sans pouvoir de sa part ⁷³.

Pour mettre sa responsabilité à couvert, le mari est autorisé à former, entre les mains de l'acquéreur, opposition à ce que le prix soit payé hors de sa présence. D'un autre côté, le tribunal et le mari lui-même peuvent subordonner l'autorisation de vendre demandée par la femme, à la condition d'un emploi déterminé, condition qui devient obligatoire pour l'acquéreur. En l'absence d'opposition de la part du mari, et de condition d'emploi déterminé imposée à la femme, elle a le droit de disposer du prix de vente, comme de tout autre capital mobilier; et l'acquéreur ne peut se refuser à l'acquitter entre ses mains sur ses seules quittances, ni exiger d'elle aucune sûreté pour son emploi ⁷⁴.

b. La femme ne peut, sans autorisation, contracter des dettes par voie d'emprunt, d'achat, ou autrement, si ce n'est pour les besoins et dans les limites d'une sage administration ⁷⁵. Encore les

⁷³ Arg. art. 1435. Duranton, XIV, 429. Taulier, V, p. 140. Benech, *op. cit.*, n° 148. Troplong, II, 1453.

⁷⁴ Cpr. texte et note 54 *supra*. Paris, 17 mars 1836, Sir., 36, 2, 190.

⁷⁵ Cette proposition ressort nettement de la combinaison de l'art. 1449 avec l'art. 217. En effet, la règle posée par ce dernier article est générale, et s'applique à toute espèce d'engagements que voudrait contracter une femme, même séparée de biens. Cpr. § 472, texte nos 1 et 3, et note 18. Et comme l'art. 1449 ne contient, sur la capacité de la femme judiciairement séparée, que des dispositions spéciales, il la laisse, par cela même, sous l'empire de la règle générale, pour tous les actes qui ne rentrent pas dans la classe de ceux dont il s'est occupé. Vainement dit-on que si l'art. 217 assimile, quant au principe qu'il pose, la femme séparée de biens à la femme commune en biens, il n'a en vue que l'hypothèse d'une séparation conventionnelle. La généralité des termes dont le législateur s'est servi repousse cette distinction, qui manque d'ailleurs de tout fondement rationnel. Vainement encore dit-on que si l'art. 1449 n'a pas expressément dérogé à l'art. 217, il l'a fait implicitement, en conférant à la femme judiciairement séparée le pouvoir de disposer de son mobilier, pouvoir qui emporte celui de l'engager par toute espèce d'obligations. Cette argumentation part d'un faux point de vue : la faculté de disposer de son mobilier ayant été accordée à la femme comme inhérente au droit de libre administration, ce n'est qu'à ce titre qu'elle peut l'exercer. Cette faculté d'ailleurs ne s'applique qu'au mobilier existant; et l'expérience démontre qu'on est beaucoup plus réservé à se dépouiller d'objets que l'on possède actuellement, qu'on ne l'est à engager son patrimoine dans l'avenir. D'un autre côté, la capacité que l'on reconnaît à la

dettes qu'elle a contractées pour cet objet et dans ces limites, n'affectent pas ses immeubles, et ne sont, même après la dissolution du mariage, susceptibles d'être poursuivies que sur son mobilier et sur ses revenus⁷⁶.

La femme, incapable de s'obliger sans autorisation, l'est, par cela même, d'accepter une succession.

femme d'engager indéfiniment son patrimoine mobilier, laisserait sans garantie les intérêts de son mari et de ses enfants; ce qui serait bien évidemment contraire aux motifs sur lesquels repose la nécessité de l'autorisation maritale. Nous ajouterons que si nous accordons à la femme séparée de biens le pouvoir de contracter sans autorisation des engagements relatifs à l'administration de son patrimoine, c'est uniquement parce que ce pouvoir est une conséquence forcée du droit d'administrer que la loi lui attribue : qui veut la fin veut les moyens. Voy. dans le sens de notre opinion : Battur, II, 514 et 652; Bellot des Minières, III, p. 374 et suiv.; Duranton, II, 492; Chardon, *Puissance maritale*, n° 157; Valette, sur Proudhon, I, 463; Massol, *De la séparation de corps*, p. 230, n° 20; Odier, I, 405; Rodière et Pont, II, 882; Demolombe, IV, 163; Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3; Troplong, II, 1410 à 1419; Paris, 2 mai 1810, Sir., 10, 2, 313; Paris, 7 août 1820, Sir., 20, 2, 315; Nîmes, 4 juillet 1823, Sir., 24, 2, 72; Paris, 1^{er} juin 1824, Sir., 25, 2, 66; Grenoble, 14 juin 1825, Sir., 26, 2, 38; Civ. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 356; Req. rej., 18 mars 1829, Sir., 29, 1, 423; Civ. cass., 5 mai 1829, Sir., 29, 1, 181; Civ. cass., 7 décembre 1830, Sir., 31, 1, 22; Civ. cass., 3 janvier 1831, Dalloz, 1831, 1, 260; Req. rej., 21 août 1839, Sir., 39, 1, 663; Caen, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 301. D'après l'opinion contraire, les engagements contractés par une femme séparée de biens seraient valables, lors même qu'ils ne résulteraient pas d'actes de simple administration, sauf à ne pouvoir être exécutés que sur le mobilier et les revenus des immeubles de la femme. Voy. en ce sens : Taulier, V, p. 138; Zachariæ, § 516, texte et note 57; Civ. rej., 16 mars 1813, Sir., 14, 1, 160; Civ. cass., 18 mai 1819, Sir., 19, 1, 339; Paris, 3 mars 1832, Dalloz, 1833, 2, 81.

⁷⁶ Arg. art. 1449, al. 3. Une personne incapable d'aliéner certains biens, l'est par cela même de les engager, parce qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. Odier, I, 413. Massol, *De la séparation de corps*, p. 232, n° 21. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 492; Bellot des Minières, II, p. 153 et 154, et III, p. 374; Valette, sur Proudhon, I, p. 463; Rodière et Pont, II, 883; Demolombe, IV, 161; Brives-Cazes, *Revue de législation*, 1852, I, p. 113. Ces derniers auteurs, invoquant à l'appui de leur opinion l'art. 2092, enseignent que les engagements contractés par la femme pour l'administration de son patrimoine étant valables, sont, par cela même, susceptibles d'être exécutés sur tous ses biens, meubles ou immeubles. Mais l'argument que ces auteurs tirent de l'art. 2092, n'est au fond qu'une pétition de principe, puisque cet article, étranger à toute question de capacité, n'a d'autre objet que de régler l'effet ordinaire des engagements personnels sur les biens du débiteur, et suppose évidemment une obligation contractée par une personne capable d'engager son patrimoine tout entier. Or, la question est précisément de savoir si la femme séparée de biens jouit d'une pareille capacité indépendamment de toute autorisation.

c. La femme ne peut pas davantage sans autorisation, soit disposer entre-vifs à titre gratuit de tout ou partie de son mobilier⁷⁷, soit accepter une donation entre-vifs. Art. 217. et 905.

d. Elle ne peut également sans autorisation, ni transiger sur ses droits immobiliers, ni compromettre sur une contestation quelconque⁷⁸.

e. Enfin, elle ne peut ester en justice sans autorisation, quels que soient la nature et l'objet de l'action qu'elle entendrait intenter, ou qui serait dirigée contre elle⁷⁹. Art. 215. Ainsi, quoique la femme soit capable de toucher ses revenus ou ses capitaux, et, par suite, d'en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution, elle ne peut cependant sans autorisation, ni introduire en justice aucune action relative à ces revenus ou capitaux, ni défendre à une action de cette espèce.

8° La communauté dissoute par suite d'un jugement de séparation de biens ou de corps, est susceptible d'être, à chaque instant, rétablie du consentement des deux époux. Art. 1451, al. 1.

Le consentement des époux doit, à peine de nullité, être constaté par acte devant notaires. Cet acte doit être rendu public dans les formes prescrites par l'art. 1445⁸⁰. Art. 1451, al. 2. Ce n'est qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité que le rétablissement de la communauté est efficace à l'égard des tiers⁸¹.

⁷⁷ On a voulu soutenir le contraire en se fondant sur les expressions *disposer et aliéner*, qui sont employées cumulativement dans le second alinéa de l'art. 1449. Mais cette interprétation mettrait cet article en opposition évidente avec l'art. 905, dont la disposition, conçue en termes généraux, repose sur un motif qui s'applique tout aussi bien aux donations mobilières qu'aux donations immobilières. Duranton, VIII, 208, XIV, 425. Grenier, *Des donations*, I, 109 et 111. Odier, I, 403. Rodière et Pont, II, 881. Demolombe, IV, 150. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 4. Troplong, II, 1420. Paris, 28 juin 1851, Sir., 51, 2, 237. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 905 ; Taulier, V, p. 137 ; Zachariæ, § 516, texte et note 49.

⁷⁸ Arg. Code de procédure, art. 1003 cbn. 83, n° 6. Demolombe, IV, 160.

⁷⁹ Civ. cass., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 334. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45.

⁸⁰ Ici ne s'appliquent point les dispositions de l'art. 872 du Code de procédure, relatives au supplément de publicité exigé pour les jugements de séparation. Rodière et Pont, II, 914. Marcadé, sur l'art. 1451, n° 1. Troplong, II, 1467. Civ. cass., 17 juin 1839, Sir., 39, 1, 460. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 171 ; Duranton, XIV, 430, à la note ; Taulier, V, p. 142 ; Odier, I, 422.

⁸¹ Mais les époux ne peuvent se prévaloir, l'un contre l'autre, de l'omission de cette formalité. L'opinion contraire est cependant enseignée par M. Troplong (II,

La communauté ne peut être rétablie que sous les conditions qui la réglaient avant sa dissolution. Toute clause par laquelle les époux, en rétablissant la communauté, dérogeraient à ces conditions, serait nulle. Art. 1451, al. 4. Mais la communauté n'en devrait pas moins être considérée comme rétablie⁸², à moins que les époux n'en eussent formellement subordonné le rétablissement à l'exécution des clauses portant dérogation aux conditions primitives de leur communauté⁸³.

La communauté valablement rétablie est censée, en ce qui concerne les droits des époux entre eux, avoir toujours duré sans discontinuation. Mais son rétablissement ne saurait, en aucune manière, porter atteinte aux actes que, dans l'intervalle, la femme a faits en conformité de l'art. 1449. Art. 1451, al. 3.

La communauté ainsi rétablie n'est pas plus que toute autre communauté susceptible d'être dissoute par le consentement des époux. Arg. art. 1443. Mais elle peut l'être au moyen d'une nouvelle demande en séparation de corps ou de biens.

1468), qui prétend que sans publicité le rétablissement de la communauté manquerait de fixité, et qu'il faudrait en rechercher la preuve dans des faits difficiles à vérifier. En s'exprimant ainsi, le savant auteur oublie que le rétablissement de la communauté ne peut résulter que d'un acte authentique. Bellot des Minières, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 915.

⁸² Cette proposition paraît, au premier abord, contraire au texte du dernier alinéa de l'art. 1451. Mais, en y réfléchissant de plus près, il est facile de se convaincre que la nullité qui s'y trouve prononcée, s'applique non à l'acte de rétablissement, mais aux clauses dérogatoires qu'il peut contenir. En effet, si le législateur avait voulu frapper de nullité l'acte de rétablissement lui-même, il aurait dit *la convention par laquelle*, et non point *toute convention par laquelle*. Cette dernière locution indique que le mot *convention* a été pris ici comme synonyme de *clause*. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'opinion émise par Pothier (n° 529) dans le passage d'où l'art. 1461 a été tiré. Duranton, XIV, 431. Odier, I, 424. Rodière et Pont, II, 920. Duvergier, sur Toullier, XIII, 118. Taulier, V, p. 142. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 46; Battur, II, 660; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 299; Troplong, II, 1470.

⁸³ Marcadé (sur l'art. 1451, n° 3) rejette cette modification, qui nous semble cependant être une conséquence forcée de la règle posée par l'art. 1472. Duranton et Taulier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 921.

§ 517.

*Du droit de la femme d'opter entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté*¹.

1° A la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers² ont l'option de l'accepter ou d'y renoncer.

Une acceptation ou une renonciation faite avant la dissolution de la communauté devrait, en général, être considérée comme non avenue³.

L'option dont il vient d'être parlé, appartient à la femme dans le cas même où elle a fait prononcer la séparation de biens⁴.

Ses héritiers en jouissent individuellement, chacun dans la proportion de sa part héréditaire. Art. 1475.

Toute convention qui aurait pour objet de priver la femme ou ses héritiers de la faculté de renoncer, ou qui tendrait à en rendre l'exercice illusoire, serait à considérer comme non avenue. Art. 1453.

Le droit d'option de la femme ou de ses héritiers se trouve éteint

¹ Dans le premier état du Droit coutumier, les femmes ne jouissaient pas de la faculté de renoncer à la communauté. Cette faculté, d'abord accordée, à l'occasion des croisades, aux veuves des nobles seulement, fut plus tard étendue aux femmes des roturiers. Elle fut définitivement consacrée, pour les premières, par l'art. 115 de l'ancienne coutume de Paris de 1510, et, pour les secondes, par l'art. 237 de la nouvelle coutume de 1580. La renonciation se faisait dans le principe au moyen d'un acte solennel et symbolique. Lors des obsèques du mari, la femme détachait de sa ceinture sa bourse et son trousseau de clefs et les déposait sur la fosse. Argou, *Institution au Droit français*, II, 60. Pothier, nos 550 et 552. Battur, II, 687.

² Nous emploierons dans le cours du présent paragraphe le terme *héritiers* dans son acception étendue, pour désigner tous les successeurs universels sans distinction.

³ Arg. art. 1453. — Toutefois, comme les effets des jugements qui prononcent une séparation de corps ou de biens remontent toujours entre les parties au jour de la demande (cpr. § 494, texte, n° 3, et note 13; § 516, texte, n° 6), il en résulte que la femme est liée par l'acceptation ou la répudiation de la communauté faite dans le cours de l'instance en séparation. Marcadé, sur l'art. 1453. Troplong, III, 1507. Orléans, 14 novembre 1817, Sir., 19, 2, 216. Lyon, 24 décembre 1829, Sir., 30, 2, 97. Req. rej., 21 juin 1831, Sir., 31, 1, 268.

⁴ *Nec obstat* art. 1456, 1461, 1463 et 1466 : Arg. art. 1453, et Code de procédure, art. 174. Pothier, n° 320. Toullier, XIII, 128. Duranton, XIV, 450. Marcadé, sur l'art. 1463, nos 1 et 3. Troplong, III, 1495.

dès qu'ils ont consommé leur choix par l'acceptation ou par la répudiation de la communauté.

Les créanciers de la femme ou de ses héritiers sont autorisés, comme exerçant les droits de leurs débiteurs, à accepter ou à répudier la communauté, quand ces derniers n'ont point encore eux-mêmes fait usage de leur option⁵.

Le mari et ses héritiers ne sont en aucun cas admis à renoncer à la communauté. Il en est ainsi, alors même que le mari serait légataire universel de sa femme, et qu'il aurait comme tel intérêt à renoncer, pour soustraire à tout droit de mutation la part de celle-ci dans la communauté⁶.

2° L'acceptation de la communauté peut se faire expressément ou tacitement⁷.

Elle a lieu expressément, lorsque la femme prend dans un acte, soit authentique, soit sous seing privé, la qualité de commune en biens. Art. 1455.

Elle a lieu tacitement, lorsque la femme fait un acte qu'elle n'a le pouvoir de passer qu'en qualité de copropriétaire du fonds commun. Art. 1454, al. 1.

Les actes qui n'ont pour objet que la conservation des biens communs, et même les actes d'administration provisoire ou d'urgence relatifs à ces biens, ne constituent pas une acceptation de la communauté⁸. Art. 1454, al. 2. Ainsi, la femme qui s'est bornée à faire exécuter des réparations urgentes aux bâtiments, à prendre les mesures nécessaires pour interrompre des prescriptions qui étaient sur le point de s'accomplir, à requérir ou à renouveler des inscriptions hypothécaires contre les débiteurs de la communauté, à donner congé à des locataires en retard de payer leurs loyers, à louer les maisons pour les termes d'usage, ou à passer, en cas d'urgence, des baux de biens ruraux, ne doit pas,

⁵ Art. 1464. Cpr. § 312, texte et note 38. — Sur le point de savoir si les créanciers de la femme peuvent attaquer, par voie d'action paulienne, son acceptation ou sa répudiation de la communauté, cpr. texte, n° 4, et notes 20 à 24 *infra*.

⁶ Odier, I, 431, à la note. Rodière et Pont, I, 872. Marcadé, sur l'art. 1453. Troplong, III, 1503. Civ. rej., 9 mars 1842, Sir., 42, 1, 193.

⁷ Les règles sur les divers modes d'acceptation d'une succession sont, en général, également applicables à l'acceptation d'une communauté de biens entre époux. Il est donc inutile d'entrer dans des développements détaillés sur les règles relatives à cette matière, et nous nous bornerons à renvoyer au § 611.

⁸ Cpr. Rouen, 10 juillet 1826, Sir., 27, 2, 84; Lyon, 24 décembre 1829, Sir., 30, 2, 97.

à raison de ces actes seuls, être considérée comme ayant accepté la communauté. Il en est de même de la femme qui a employé les deniers communs, soit à l'achat de provisions nécessaires à l'entretien du ménage pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, soit à l'acquittement des frais funéraires du mari et des sommes dues aux domestiques, à des ouvriers, ou à des marchands⁹. Du reste, lorsque la femme se propose de faire un acte qu'elle craindrait de se voir opposer comme emportant immixtion de sa part, elle peut se faire autoriser par une ordonnance du président du tribunal à passer cet acte, en sa qualité d'habile à se porter commune en biens¹⁰.

3^o La renonciation à la communauté ne peut, en général, se faire valablement, à l'égard des créanciers, qu'au moyen d'une déclaration inscrite sur le registre tenu au greffe du tribunal de première instance pour recevoir les renonciations à succession. Art. 1457, 1466 et Code de procédure, art. 997. Mais entre la femme ou ses héritiers et le mari ou ses héritiers, cette renonciation peut avoir lieu par toute espèce de convention¹¹.

En cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de séparation de biens¹², la femme est légalement présumée avoir renoncé à la communauté, si elle ne l'a pas acceptée expressément ou tacitement¹³ dans les trois mois et quarante jours, à compter du moment où le jugement qui a prononcé la séparation a acquis l'autorité de la chose jugée¹⁴, à moins qu'avant l'expira-

⁹ Arg. Code Napoléon, art. 796, Code de procédure, art. 986. Cpr. Battur, II, 675 et suiv.; Duranton, XIV, 438; Troplong, III, 1522 à 1526; Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473.

¹⁰ Duranton, XIV, 440. Battur, II, 677.

¹¹ Req. rej., 6 novembre 1827, Sir., 28, 1, 227. Req. rej., 4 mars 1856, Sir., 36, 1, 872.

¹² L'art. 1463 ne parle expressément que de la femme divorcée ou séparée de corps; mais sa disposition s'applique *a fortiori* à la femme qui a provoqué la séparation de biens. Merlin, *Rép.*, v^o Inventaire, § 5, n^o 3. Toullier, XIII, 130. Duranton, XIV, 459. Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté, nos 314 et 323. Odier, I, 456. Rodière et Pont, I, 805. Marcadé, sur l'art. 1463, n^o 3. Troplong, III, 1582. Grenoble, 12 février 1830, Sir., 32, 2, 637. Cpr. Rouen, 10 juillet 1826, Sir., 27, 2, 84. Voy. en sens contraire: Bellot des Minières, II, p. 312.

¹³ L'acceptation peut n'être que tacite, même dans le cas dont s'occupe l'art. 1463. Rodière et Pont, I, 808. Troplong, III, 1581. Req. rej., 21 juin 1831, Sir., 31, 1, 268. Req. rej., 8 février 1843, Sir., 43, 1, 189. Paris, 2 mai 1850, Sir., 51, 2, 26. Req. rej., 14 mars 1855, Sir., 55, 1, 335.

¹⁴ C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1463, *après la séparation*

tion de ce délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé¹⁵. Art. 1463.

4° L'acceptation ou la renonciation ne peut avoir lieu, ni sous condition, ni pour une partie seulement de la communauté.

L'une et l'autre sont, en général, irrévocables. La femme ou ses héritiers peuvent cependant s'en faire relever pour cause de violence ou de dol¹⁶. Art. 1455 et arg. de cet article¹⁷.

D'un autre côté, si l'acceptation ou la renonciation avait été faite par un mineur, ou en son nom, sans l'observation des formalités prescrites pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession, ce mineur serait admis à demander la nullité de l'une ou de l'autre¹⁸. Il importe peu à cet égard qu'elles aient eu lieu, soit expressément, soit tacitement, soit d'une manière présumée¹⁹.

Enfin, les créanciers de la femme peuvent attaquer sa renonciation, lorsqu'elle a été faite au préjudice de leurs droits²⁰, et partant se faire autoriser à accepter la communauté jusqu'à concurrence de leurs prétentions. Art. 1464. Cette faculté leur appartiendrait même dans l'hypothèse prévue par l'art. 1463²¹.

définitivement prononcée. Odier, I, 453. Rodière et Pont, I, 806. Troplong, III, 1579. Req. rej., 2 décembre 1834, Sir., 34, 1, 774.

¹⁵ La femme qui n'a point usé de la faculté de demander une prorogation de délai, ne peut repousser la présomption légale de renonciation, en se prévalant de circonstances qui, selon elle, l'auraient empêché de faire son option en temps utile. Rodière et Pont, I, 806. Marcadé, sur l'art. 1463, n° 2. Troplong, III, 1577 et 1578. Req. rej., 8 novembre 1830. Sir., 31, 1, 384. Voy. en sens contraire : Colmar, 8 août 1833, Sir., 34, 2, 229. Cpr. aussi Rennes, 26 juin 1851, Sir., 52, 2, 10.

¹⁶ Bien que la loi ne parle que du dol des héritiers, on ne doit pas hésiter à appliquer la disposition de l'art. 1455 au dol commis par des créanciers de la communauté, ou même par des tiers. Cpr. § 611, texte et note 17. Marcadé, sur l'art. 1455, n° 2.

¹⁷ L'art. 1455 ne pose ce principe que relativement à l'acceptation de la communauté; mais sa disposition s'applique, par identité de raison, à la renonciation. Battur, II, 667.

¹⁸ Arg. art. 1124 c. civ. 461 et 484. Cpr. § 611, texte n° 4 et note 46; § 613, texte n° 4 et note 24.

¹⁹ Cpr. note 33 *infra*.

²⁰ Aux termes *en fraude de leurs droits*, qui se trouvent dans l'art. 1464, nous avons substitué les expressions *au préjudice de leurs droits*. Il suffit, en effet, que la renonciation de la femme fasse tort à ses créanciers, pour que ceux-ci soient admis à l'attaquer. Arg. art. 788. Cpr. § 313, texte et note 14. Battur, II, 670. Durantou, XIV, 462. Toullier, XIII, 202. Odier, I, 473. Rodière et Pont, I, 893. Troplong, III, 1585.

²¹ M. Bellot des Minières (II, p. 342) enseigne le contraire. Mais cet auteur part

Ils sont également admis, dans le cas où la femme n'aurait accepté une communauté évidemment mauvaise que par suite d'un concert frauduleux avec les créanciers de cette communauté, à demander, par voie d'action paulienne, la rétractation de son acceptation²². Il en serait surtout ainsi, si la femme s'était réservé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation²³. Mais les créanciers de la femme ne sont jamais reçus à provoquer la séparation de son patrimoine propre d'avec sa part dans la communauté²⁴.

5° Le délai pour accepter est de trente ans, à dater de la dissolution de la communauté, à moins que cette dissolution n'ait eu lieu par suite d'une séparation de corps ou de biens, cas auquel le délai est réduit à trois mois et quarante jours. Art. 2262 cbn. 789. Art. 1463.

de la supposition erronée que les créanciers de la femme ne peuvent attaquer la renonciation par elle faite à la communauté, qu'autant qu'il y a preuve, ou du moins présomption, d'un concert frauduleux entre elle et le mari ou les créanciers de ce dernier.

²² Bien que l'opinion contraire, que nous avons enseignée dans nos premières éditions, soit défendue par d'imposantes autorités, nous ne croyons pas devoir y persister : des motifs, analogues à ceux que nous avons développés à la note 55 du § 611, nous portent à l'abandonner. La disposition générale de l'art. 1467, qui ouvre l'action paulienne contre tous les actes faits en fraude des droits des créanciers, ne permet pas de s'arrêter à l'argument qu'on voudrait tirer de l'art. 1464, en disant que par cela même que cet article accorde aux créanciers de la femme le droit d'attaquer sa renonciation, elle leur refuse implicitement celui de faire révoquer son acceptation. En vain objecte-t-on qu'il existe une grande différence entre l'acceptation d'une succession, qui crée une situation nouvelle, et l'acceptation d'une communauté, qui laisse les choses dans leur état ordinaire et normal. Cette différence est réelle sans doute ; mais elle doit, à notre avis, rester sans influence au point de vue de l'art. 1467, pour l'application duquel il suffit qu'il y ait eu préjudice causé aux créanciers par suite d'un concert frauduleux. Pothier, n° 559. Rodière et Pont, I, 816, 3°. Marcadé, sur l'art. 788, et sur l'art. 1464. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 203 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 313 ; Odier, I, 476 ; Troplong, III, 1529.

²³ En dehors de cette hypothèse, les créanciers de la femme n'auraient pas d'intérêt à faire retracter son acceptation, à moins que, faute d'avoir fait inventaire, elle ne se trouvât privée du bénéfice de l'art. 1483.

²⁴ L'art. 878, qui crée un bénéfice d'une nature particulière, ne doit pas être étendu à d'autres hypothèses qu'à celle sur laquelle il statue. Il n'existe d'ailleurs pas, sous ce rapport, d'analogie entre l'acceptation d'une communauté et celle d'une succession, puisque la part de la femme dans la communauté ne constitue pas une universalité juridique, distincte de son patrimoine personnel. Bellot des Minières, II, 461 à 475. Toullier, XIII, 211. Odier, I, 524. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, III, 1681. Voy. cep. Caen, 13 novembre 1844, Sir., 46, 2, 31.

En dehors des cas où la renonciation est présumée, la femme a également trente ans pour renoncer. Elle peut user de cette faculté dans les trois mois de la dissolution de la communauté, sans avoir au préalable fait inventaire²⁵. Mais elle est tenue, pour la conserver au delà du délai de trois mois, de faire, avant son expiration, un inventaire fidèle et exact des biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés, et dans les formes prescrites par la loi²⁶. Faute d'avoir satisfait à cette condition, elle est déchue de la faculté de renoncer ultérieurement²⁷, à moins qu'avant l'expiration des trois mois elle n'ait obtenu une prorogation de délai. Art. 1456 à 1459.

²⁵ Suivant la coutume de Paris (art. 237), la confection d'un inventaire formait une condition indispensable à l'efficacité de la renonciation, à quelque époque qu'elle eût lieu. Mais aussi la confection de l'inventaire n'était soumise à aucun délai fatal. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. II, dist. 2, nos 2 et 7. Pothier, nos 554 et 560. — Merlin (*Rép.*, v^o Inventaire, § 5, n^o 3) enseigne que l'art. 1456 a reproduit la disposition de la coutume de Paris sur la nécessité d'un inventaire préalable, pour l'efficacité de la renonciation faite n'importe à quelle époque. Il se fonde surtout sur le changement de rédaction apporté, d'après les observations du Tribunal, à l'art. 1461. Tel paraît aussi être le sentiment de MM. Rodière et Pont (I, 875). Mais cette opinion ne doit pas être suivie. Il est certain que les rédacteurs du Code ont voulu substituer un système nouveau à celui de la coutume de Paris, puisqu'ils ont fixé un délai de trois mois pour la confection de l'inventaire, et que, d'un autre côté, l'art. 1453 accorde à la femme la faculté de renoncer, sans en soumettre, d'une manière absolue, l'exercice à la confection d'un inventaire, comme le faisait la coutume de Paris. Si l'art. 1456 impose à la femme *survivante, qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté*, l'obligation de faire inventaire dans les trois mois du décès du mari, il résulte bien de là qu'elle n'est admise à exercer cette faculté après le délai de trois mois, qu'autant qu'elle a, dans ce délai, accompli la formalité dont s'agit, mais nullement qu'elle soit tenue de la remplir pour pouvoir renoncer dans le cours du même délai. Quant aux inductions que Merlin tire du changement de rédaction de l'art. 1461, elles ne sont nullement concluantes. Bellot des Minières, II, p. 324. Toullier, XIII, 130. Odier, I, 458 et 459. Marcadé, sur les art. 1457 à 1459, n^o 1. Troplong, III, 1537 et 1538. Besançon, 23 février 1828, Sir., 28, 2, 221.

²⁶ *Quid*, si les formalités prescrites n'ont pas été toutes observées, ou que l'inventaire présente des omissions? Cpr. § 515, texte n^o 1, et notes 10 à 12. — Si l'inventaire n'avait pas été, lors de sa clôture, affirmé sincère et véritable par la femme, celle-ci ne devrait point, par cela seul, être considérée comme déchue de la faculté de renoncer. Rodière et Pont, I, 876. Troplong, III, 1541. Bordeaux, 24 février 1829, Sir., 30, 2, 72. Cpr. aussi Req. rej., 17 juin 1858, Sir., 58, 1, 813.

²⁷ Odier, I, 461. Rodière et Pont, I, 875. Marcadé, sur les art. 1457 à 1459, n^o 2. Troplong, III, 1543. Bruxelles, 18 mai 1811, Sir., 14, 2, 209. Paris, 2 avril 1816, Sir., 17, 2, 367. Civ. rej., 24 mars 1828, Sir., 28, 1, 377. Civ. cass., 22 dé-

La femme qui a fait inventaire dans les trois mois de la dissolution de la communauté jouit, à partir de la clôture définitive de cet acte, d'un délai de quarante jours, pendant lequel elle ne peut être contrainte à déclarer si elle entend accepter ou répudier la communauté. Elle est donc autorisée à opposer une exception dilatoire aux créanciers qui la poursuivraient avant que ce délai fût expiré. Mais, après son expiration, elle peut être poursuivie comme commune tant qu'elle n'a pas renoncé, et doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. Art. 1457 à 1459. Code de procédure, art. 174.

Lorsque la veuve vient à décéder, avant l'expiration des trois mois, sans avoir fait ou terminé l'inventaire, ses héritiers jouissent pour y procéder d'un nouveau délai de trois mois, à compter de son décès; et pendant ce délai ils peuvent renoncer à la communauté sans inventaire préalable. Mais, après son expiration, ils sont déchus de la faculté de renoncer, s'ils n'ont pas fait inventaire durant son cours. Art. 1461.

Lorsque la veuve a fait inventaire dans les trois mois du décès de son mari, et qu'elle vient à mourir avant l'expiration des quarante jours depuis l'achèvement de l'inventaire, ses héritiers ont un nouveau délai de quarante jours à partir de son décès pour délibérer. Art. 1461. Et comme, d'un autre côté, ils jouissent d'un délai de trois mois pour faire inventaire de sa succession, ils ne peuvent, en définitive, être contraints à prendre qualité, quant à la communauté, avant l'expiration de trois mois et de quarante jours²⁸, à moins qu'ils n'aient, avant la fin du premier de ces dé-

cembre 1829, Sir., 30, 1, 54. Limoges, 19 juin 1835, Sir., 35, 2, 465. Caen, 21 juillet 1847, Sir., 48, 2, 652. — Les cours de Metz (24 juillet 1824, Sir., 25, 2, 334) et de Bordeaux (24 février 1829, Sir., 30, 2, 72) ont cependant, par des considérations d'équité, fait fléchir la rigueur de ce principe dans des espèces où l'inventaire avait été fait peu de temps après l'expiration du délai légal, et où le retard ne pouvait être imputé personnellement à la femme. — Du reste, il est bien entendu que la femme ne serait point, à défaut d'inventaire dans les trois mois du décès du mari, déchue de la faculté de renoncer, si elle s'était trouvée dans l'impossibilité absolue de faire dresser inventaire. Cpr. Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473; Req. rej., 5 décembre 1838, Sir., 38, 1, 945.

²⁸ Il ne s'agit plus, en pareil cas, pour les héritiers, de prendre qualité seulement en ce qui concerne la communauté, mais encore relativement à la succession de la femme. Et comme la répudiation, de même que l'acceptation de la communauté, constituerait, de la part des héritiers de la femme, un acte d'acceptation de sa succession, il est évident qu'on ne peut les contraindre à opter entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté avant l'expiration du délai qui leur est accordé pour prendre qualité quant à la succession. Admettre le

lais, accepté l'hérédité, auquel cas le délai de quarante jours commence à courir à dater de leur acceptation.

Les règles qui viennent d'être exposées sur les délais et les formes dans lesquels la renonciation de la femme peut ou doit être faite, ainsi que sur l'époque à partir de laquelle elle peut être poursuivie par les créanciers, s'appliquent également (*mutatis mutandis*) à la renonciation à faire par ses héritiers, dans le cas où la communauté s'est dissoute par son décès. Art. 1466. Ainsi, ils doivent faire inventaire dans les trois mois du décès pour conserver la faculté de renoncer après ce délai ²⁹.

Du reste, les divers délais ci-dessus mentionnés se comptent d'après la règle générale *Dies a quo non computatur in termino* ³⁰.

6° La femme, quoique se trouvant encore dans les délais pour renoncer, est déchue de la faculté de le faire, lorsqu'elle s'est immiscée dans les biens communs, c'est-à-dire lorsqu'elle a fait un acte de gestion emportant acceptation. Elle est également déchue de la faculté de renoncer ³¹, lorsqu'avant d'avoir fait sa renoncia-

contraire, ce serait les priver du bénéfice de ce dernier délai. Duranton, XIV, 455. — Delvincourt (III, p. 49 et 50) pense cependant que, dans l'hypothèse dont s'agit, les héritiers de la femme ne jouissent que durant quarante jours de la faculté de renoncer à la communauté, et qu'ils doivent, pour la conserver au delà de ce délai, demander une prorogation au tribunal.

²⁹ Bellot des Minières, II, p. 315 et suiv. Odier, I, 470. Troplong, III, 1548 et 1603. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Inventaire, § 5, n° 3; Rodière et Pont, I, 878; Marcadé, sur l'art. 1466; Poitiers, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 334. Cette dernière opinion, qui s'appuie sur l'autorité de Pothier (n° 562), nous paraît contraire à la disposition de l'art. 1466. En vain dit-on que cet article ne parle que des *délais et des formes* de la renonciation, qu'il ne s'occupe pas de ses *conditions*, et que, par conséquent, il n'impose pas aux héritiers de la femme l'obligation de faire inventaire dans les trois mois pour conserver la faculté de renoncer après ce délai. En raisonnant ainsi, Marcadé n'a pas remarqué que le délai accordé à la femme pour renoncer n'est pas invariable, et qu'il est réduit à trois mois lorsqu'elle a omis de faire inventaire avant ce terme, d'où il résulte, qu'en plaçant les héritiers de la femme sur la même ligne que cette dernière quant aux délais de la renonciation, elle les soumet virtuellement à la nécessité de faire inventaire dans les trois mois pour conserver la faculté de renoncer après ce terme. Nous ferons, du reste, remarquer que les arrêts de Rouen (10 juillet 1826, Sir., 27, 2, 84) et de Grenoble (12 février 1830, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 2, 397), invoqués par MM. Rodière et Pont à l'appui de leur opinion, sont étrangers à la question, et ne s'occupent que de la femme séparée de biens.

³⁰ Cpr. § 49, texte et note 14. Troplong, III, 1543.

³¹ La femme qui a renoncé, après avoir diverti ou recélé des objets de la communauté, n'est pas admise à revenir elle-même contre sa renonciation. Les héritiers du mari ont, en pareil cas, le choix de la traiter, soit comme ayant accepté

tion³², elle a diverti ou recélé des objets de la communauté³³. Ses héritiers sont, en pareil cas, soumis à la même déchéance. Art. 1460³⁴.

La femme qui a été condamnée comme commune, par un jugement passé en force de chose jugée, au paiement d'une dette commune, ne peut plus répudier la communauté au préjudice du créancier envers lequel elle a été condamnée; mais elle conserve malgré cela la faculté d'y renoncer à l'égard des autres créanciers.

7° Lorsque la communauté s'est dissoute par la mort du mari, la veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit jusqu'à l'expiration du délai dont elle jouit pour faire inventaire et pour délibérer, ou de la prorogation de ce délai³⁵, de prendre sa nour-

la communauté, soit comme y ayant renoncé. Bellot des Minières, II, p. 287. Duranton, XIV, 444. Voy. en sens contraire : Battur, II, 703.

³² Le divertissement commis après une renonciation régulièrement faite, constituerait une soustraction de la chose d'autrui, et ne pourrait plus être considéré comme un fait d'immixtion dans la communauté. Bellot des Minières, II, p. 287. Duranton, XIV, 443. Odier, I, 444. Marcadé, sur l'art. 1460. Cpr. cep. Trolong, III, 1563 et 1564. Voy. en sens contraire : Battur, II, 702.

³³ En est-il ainsi, même à l'égard de la femme mineure? Nous ne le pensons pas. Quoique la faculté de renoncer soit un bénéfice tout à fait exceptionnel, la femme mineure n'en est pas moins incapable de s'en priver, soit directement, soit indirectement. On invoquerait vainement, à l'appui de l'opinion contraire, la disposition de l'art. 1310. Il ne s'agit point ici d'apprécier l'effet d'une obligation naissant d'un délit, mais de savoir si un incapable peut, en renonçant à un bénéfice même extraordinaire, se soumettre à des engagements plus ou moins onéreux. Le recélé est sans doute un délit, et la femme mineure qui s'en est rendue coupable, est tenue de réparer le tort qui en est résulté pour les héritiers du mari ou pour les créanciers. Mais là s'arrête l'obligation naissant de ce délit. Quant à la déchéance de la faculté de renoncer, elle est bien moins une conséquence du recélé comme tel, que de l'acceptation tacite qui résulte de tout fait d'immixtion. Et quand même elle constituerait une espèce de pénalité civile, encore faudrait-il reconnaître que cette pénalité ne peut être appliquée à une femme mineure, puisque autrement il dépendrait d'elle de se priver indirectement d'un bénéfice auquel elle est incapable de renoncer directement. Cpr. § 612, texte, n° 4, notes 25 et 26; § 613, texte, n° 4, notes 48 et 49. Bellot des Minières, II, p. 284. Rodière et Pont, I, 816. Marcadé, sur l'art. 1460. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 792; Battur, II, 703; Odier, I, 446; Trolong, III, 1567.

³⁴ Cpr. sur les caractères du recélé dont s'occupe l'art. 1460 : § 612, texte, n° 4, notes 17 et 18; § 613, texte, n° 4, et notes 42 à 45; Pothier, n° 688; Trolong, III, 1566; Colmar, 6 avril 1813, Sir., 15, 2, 66; Req. rej., 18 juin 1817, Sir., 18, 1, 367; Req. rej., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 224; Agen, 6 janvier 1851, Sir., 51, 2, 680.

³⁵ La disposition de l'art. 1465, qui n'a fait que consacrer un ancien usage, re-

riture, celle des enfants communs³⁶, et celle de ses domestiques, sur les provisions existantes, et s'il n'en existe pas, de s'en procurer au moyen des deniers de la communauté, ou même à l'aide d'emprunts faits au compte de la masse commune. Elle est également autorisée à occuper jusqu'à la même époque la maison qu'elle habitait avant le décès du mari, sans être tenue personnellement à aucune indemnité, ni envers les héritiers du mari, si cette maison dépend de la fortune propre de ce dernier ou de la communauté, ni envers le propriétaire, si elle appartient à un tiers³⁷. Art. 1465³⁸. Enfin, les héritiers du mari sont tenus de lui bonifier, sur les biens personnels de ce dernier, les frais de son deuil et de celui de ses domestiques³⁹. Art. 1481.

pose principalement sur ce que la femme, en administrant le fonds commun et en faisant inventaire, agit dans l'intérêt des héritiers du mari et des créanciers, aussi bien que dans son intérêt personnel. Il en résulte : 1^o que si la femme a obtenu une prorogation de délai pour faire inventaire, elle doit, pendant la durée de la prorogation, jouir des droits que lui accorde l'art. 1465 ; 2^o que la femme cesse de jouir de ce droit, dès que l'inventaire est fait et que les quarante jours à compter de la clôture de cet acte sont écoulés. Vainement dit-on que l'art. 1465 ayant déterminé le nombre de jours pendant lequel la femme est admise à jouir du droit qu'il lui accorde, ce temps n'est susceptible ni d'abréviation ni d'augmentation. Ce qui indique nettement que telle n'a pas été la pensée des rédacteurs du Code, c'est qu'ils n'ont pas dit d'une manière absolue, *pendant trois mois et quarante jours*, mais bien, *pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer*. Bellot des Minières, II, 458 et suiv. Duranton, XIV, 466, Odier, I, 479. Marcadé, sur l'art. 1465. Troplong, III, 1596. Voy. en sens contraire : Battur, II, 686 ; Rodière et Pont, I, 794.

³⁶ La nourriture des enfants que la veuve a eus d'un précédent mariage, reste exclusivement à sa charge. Duranton, XIV, 687. Odier, I, 480. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. Rodière et Pont, I, 793 ; Troplong, III, 1598.

³⁷ Lorsque le bail de la maison occupée par la femme vient à cesser avant l'expiration du délai indiqué dans l'art. 1465, la femme a droit, pour le temps qui reste à courir, à une indemnité de logement. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 686. Odier, I, 483. Rodière et Pont, I, 795. Troplong, III, 1598.

³⁸ Cpr. sur cet article : Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., 28, 4, 486 ; Req. rej., 10 janvier 1837, Sir., 37, 1, 472.

³⁹ Le deuil des domestiques doit être considéré comme faisant partie de celui de la veuve. Pothier, n^o 677. Duranton, XIV, 469. Rodière et Pont, I, 796. Marcadé, sur l'art. 1481. Pau, 27 mai 1837, Sir., 38, 2, 294.

§ 518.

Des suites de l'acceptation de la communauté.

En cas d'acceptation de la communauté, l'actif se partage, et le passif est supporté conformément aux règles qui seront développées aux §§ 519 et 520. Art. 1467.

Les effets de l'acceptation de la communauté remontent au jour de sa dissolution¹. Arg. art. 777. Il en résulte, d'une part, que les fruits et revenus des biens communs échus ou perçus depuis cette époque, doivent être partagés comme faisant partie du fonds commun. Il en résulte, d'autre part, que les actes de disposition d'objets communs faits par le mari depuis cette époque, et notamment les hypothèques qu'il a constituées sur des immeubles de la communauté, s'évanouissent, lorsque les biens qui en forment l'objet ne tombent point dans son lot.

Du reste, tout ce qui sera dit de la femme ou du mari relativement au partage de la communauté, s'applique également à leurs héritiers. Art. 1491.

§ 519.

Continuation. — Du partage de l'actif de la communauté.

Pour procéder au partage du fonds commun, il faut avant tout déterminer, d'une manière exacte, la consistance de l'actif dont ce fonds se compose. A cet effet, on y réunit fictivement ce que les conjoints peuvent devoir à la communauté, et l'on en retranche ce que chacun d'eux a droit de reprendre ou de prélever, le tout conformément aux règles développées au § 514¹.

A moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'actif de la communauté, ainsi déterminé, se partage par moitié entre les deux époux, lors même que leurs apports auraient été inégaux, ou que l'un d'eux se fût réservé la faculté de reprendre,

¹ Pothier, n° 548. Bellot des Minières, II, p. 477 et 549. Favard, *Rép.*, v° Acceptation de communauté.

¹ Cpr. sur le décompte à faire entre les conjoints, lorsque le patrimoine propre de l'un d'eux comprend un droit d'usufruit dont la communauté a eu la jouissance : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2663. — Voy. aussi sur les restitutions de fruits : Civ. rej., 20 juillet 1858, Sir., 58, 1, 748.

par forme de prélèvement, tout ou partie de ses apports mobiliers. Art. 1474.

Toutefois, l'époux qui a diverti ou recélé des objets, corporels ou incorporels², dépendant de la masse commune³, est privé de tous les droits qu'il aurait eu à exercer sur ces objets, non-seulement en qualité de commun en biens, mais à tout autre titre, par exemple, comme donataire ou légataire de son conjoint⁴. Art. 1477. Il en est ainsi, même à l'égard de l'époux mineur⁵.

Il importe peu que le divertissement n'ait été commis que postérieurement à la confection de l'inventaire⁶. Mais si l'objet diverti a été rapporté spontanément et avant toute poursuite, il n'y a plus lieu à l'application de l'art. 1477⁷. D'un autre côté, une simple omission dans l'inventaire ne constituerait point un recel dans le sens de cet article, si elle n'avait pas eu lieu de mauvaise foi et dans l'intention de frustrer la communauté⁸.

² Cpr. Colmar, 6 avril 1813, Sir., 15, 2, 66.

³ Le mari qui, même avant la dissolution de la communauté, a passé des ventes ou d'autres actes simulés, dans le but de faire disparaître quelques objets dépendant de la communauté, et de priver la femme de sa part dans ces objets, doit être considéré comme les ayant divertis. Pothier, n° 690. Odier, I, 447 et 511. Rodière et Pont, I, 841, note 3. Troplong, III, 1689. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., 32, 1, 526. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327.

⁴ Toullier, XIII, 214. Odier, I, 511. Rodière et Pont, I, 842. Marcadé, sur l'art. 1477. Troplong, III, 1692. Paris, 25 juin 1828, Sir., 28, 2, 193. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., 32, 1, 526. Bourges, 10 février 1840, Sir., 40, 2, 501. Riom, 6 août 1840, Sir., 40, 2, 387. Nancy, 10 décembre 1841, Sir., 42, 2, 220. Paris, 24 juin 1843, Sir., 43, 2, 231. Req. rej., 4 décembre 1844, Sir., 45, 1, 191. Voy. en sens contraire : Colmar, 9 mai 1823, Sir., 23, 2, 351.

⁵ La privation prononcée par l'art. 1477, est une pénalité civile directement attachée au recélé ou au divertissement ; elle doit donc être appliquée à toute personne qui a agi avec discernement. Arg. art. 1310. Bellot des Minières, II, p. 284. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 843. Marcadé, sur l'art. 1477. Troplong, III, 1696. Cpr. § 612, texte, n° 4, et note 26 ; § 613, texte, n° 4, et note 49 ; § 708, texte et note 6.

⁶ *Lea: non distinguit.* Il n'existe d'ailleurs pas de motifs plausibles pour distinguer entre un divertissement commis avant la confection de l'inventaire et un divertissement qui aurait eu lieu plus tard. Rodière et Pont, I, 841, note 1. Voy. en sens contraire : Paris, 5 nivôse an XIII, Sir., 7, 2, 836.

⁷ Merlin, *Rép.*, v° Recélé, n° 3. Battur, I, 702. Bellot des Minières, II, p. 285. Rodière et Pont, I, 841. Marcadé, sur l'art. 1477. Troplong, III, 1695. Paris, 5 août 1839, Sir., 40, 2, 49. Voy. en sens contraire : Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 357. — Il en serait autrement si la remise des objets divertis n'avait eu lieu qu'après la découverte du détournement. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327. Paris, 27 juin 1846, Sir., 46, 2, 389.

Pothier, n° 688. Merlin, *op.*, v° *et loc. cit.* Rodière et Pont, I, 841. Trop-

La pénalité dont il s'agit est applicable aux héritiers et légataires de l'époux qui s'est rendu coupable de recel, bien qu'elle n'ait pas été prononcée contre lui de son vivant⁹.

L'action ouverte pour la faire prononcer ou appliquer ne se prescrit pas par trois ans, mais par trente ans seulement¹⁰.

Le partage de la masse commune doit, sauf la licitation des objets qui ne seraient pas commodément partageables, être fait en nature. La licitation même ne peut être exigée, si le partage est susceptible de se faire en deux lots, encore que la sous-division de l'un ou de l'autre de ces lots ne puisse s'opérer en nature entre les héritiers de l'époux prédécédé¹¹.

Le conjoint survivant ou les héritiers du prédécédé ne sont pas fondés à provoquer la vente des meubles, sous le prétexte que cette vente est nécessaire pour l'acquittement des dettes et charges de la communauté¹².

Quand, après le décès de la femme, quelques-uns de ses héritiers acceptent la communauté, et que les autres y renoncent, les premiers ne sont admis à réclamer les biens qui étoient au lot de la femme, que dans la proportion de leurs parts héréditaires. Le surplus de ces biens reste au mari, qui, de son côté, demeure seul chargé envers les héritiers renonçants, dans la proportion de leurs parts héréditaires, de tous les droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation. Art. 1475¹³.

Le partage de la communauté est soumis, en ce qui concerne ses formes, ses effets, la garantie qui en résulte, et le paiement des soultes, à toutes les règles établies au titre *Des successions*, pour les partages entre cohéritiers¹⁴. Art. 1476. On doit également

long, III, 1694. Civ. rej., 24 mars 1847, Sir., 48, 1, 24. Req. rej., 20 mars 1855, Sir., 55, 1, 401.

⁹ Req. rej., 4 décembre 1844, Sir., 45, 1, 191. Paris, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 389.

¹⁰ Paris, 24 juin 1843, Sir., 43, 2, 331.

¹¹ Bordeaux, 13 décembre 1839, Sir., 39, 2, 127.

¹² *Non obstant*, art. 1476 cbn. 826 : Voy. art. 1474. L'art. 826 est sans application possible en matière de partage de communauté, puisque dans un pareil partage il n'y a jamais que deux parties, et qu'ainsi il ne peut y avoir de majorité pour la vente du mobilier. Bruxelles, 13 novembre 1841, Sir., 12, 2, 153.

¹³ Cet article a consacré la théorie de Pothier (nos 578 et suiv.). Lebrun (liv. III, chap. II, sect. II, distinction 7, nos 6 et 7) soutenait que, dans l'hypothèse dont il s'agit, les parts des héritiers qui renoncent à la communauté, devaient accroître à celles des héritiers qui l'acceptent.

¹⁴ Il en est ainsi notamment de la disposition de l'art. 883. Odier, I, 518. Rodière et Pont, I, 844. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, III, 1672. Req. rej.,

y appliquer les règles sur la rescision des partages de succession¹⁵, ainsi que la disposition de l'art. 2205 sur la saisie des biens indivis entre cohéritiers¹⁶. Mais la disposition de l'art. 841 ne peut être étendue à la cession faite par l'un des conjoints de sa part indivise dans la communauté¹⁷.

Les créanciers de l'un ou de l'autre des époux peuvent, pour éviter que le partage de la communauté ne soit fait en fraude de leurs droits, s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence, et y intervenir à leurs frais. Ils peuvent même attaquer le partage consommé sans opposition de leur part, s'il a été le résultat d'un concert frauduleux entre les époux ou leurs héritiers¹⁸.

Ce n'est qu'après le partage de la communauté que les héritiers du conjoint prédécédé sont recevables à poursuivre la revendication ou le partage d'un immeuble commun, contre le tiers détenteur auquel l'époux survivant aurait vendu cet immeuble depuis la dissolution de la communauté¹⁹. La même règle s'applique à l'action que la femme ou ses héritiers voudraient intenter contre les tiers détenteurs d'immeubles communs, donnés par le mari seul durant la communauté²⁰.

24 janvier 1837, Sir., 37, 1, 106. — En principe, la rétroactivité établie par l'art. 883 remonte sans doute au jour même où les objets compris au lot de chaque copartageant sont entrés dans la communauté. Mais l'effet de cette rétroactivité, quant à l'intervalle de temps qui s'est écoulé jusqu'à la dissolution de la communauté, est nécessairement restreint par les pouvoirs d'administration et de disposition qui appartiennent au mari sur les biens communs. Ainsi, qu'un conquêt ait été hypothéqué par le mari durant la communauté, l'hypothèque continuera de subsister, bien que par le partage cet immeuble soit tombé au lot de la femme. C'est ce qui a fait dire à certains auteurs qu'en matière de partage de communauté, la rétroactivité ne remonte qu'à la dissolution de celle-ci. Et c'est faute d'avoir remarqué cette différence essentielle entre les partages de communauté et les partages de succession, que Marcadé a si vivement critiqué les auteurs qui se sont exprimés ainsi. — L'art. 866 peut aussi être appliqué, par analogie, au partage de la communauté. Colmar, 4 janvier 1831, Sir., 31, 2, 253.

¹⁵ Toullier, XIII, 209. Odier, I, 522. Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1679. Civ. cass., 8 avril 1807, Sir., 7, 1, 189. Paris, 24 mai 1813, Sir., 14, 2, 269. Bourges, 29 mai 1830, Sir., 30, 2, 297. Cpr. § 626.

¹⁶ Cpr. § 581, texte, n° 2, et note 18.

¹⁷ Cpr. § 359 *ter*, texte *in fine*, et note 43.

¹⁸ Arg. art. 882. Voy. pour l'interprétation de cet article : § 626, texte, n° 3.

¹⁹ Troplong, III, 1609. Dijon, 6 février 1836, et 9 février 1844, Sir., 44, 2, 121.

²⁰ Cpr. § 509, texte, n° 1, et note 7.

§ 520.

Continuation. — Du partage du passif de la communauté ou du paiement des dettes communes.

Les règles relatives à la manière dont les époux sont, après le partage de l'actif de la communauté, tenus du paiement des dettes communes¹, varient, selon qu'on envisage leur position à l'égard des créanciers, ou que l'on considère la position de l'un des époux à l'égard de l'autre.

1^o De la manière dont les époux sont tenus des dettes communes envers les créanciers.

1) Le mari reste, malgré l'acceptation de la communauté par la femme et le partage de ce qui en dépend, obligé envers les créanciers au paiement intégral de toutes les dettes par lui contractées. Art. 1484.

On doit, dans le sens de l'art. 1484, considérer comme des dettes contractées par le mari, non-seulement ses dettes antérieures au mariage, celles qui grevaient les successions à lui échues ou les donations à lui faites durant la communauté, et celles procédant, soit d'engagements qu'il a pris seul ou conjointement avec sa femme, soit de délits ou de quasi-délits par lui commis, mais encore les dettes que pendant le mariage la femme a contractées avec son autorisation², et même celles qu'elle a contractées avec la

¹ Nous n'avons point à nous occuper ici des dettes de l'un ou de l'autre des époux qui ne grèvent pas la communauté, et notamment de celles que la femme a contractées, hors des cas prévus par l'art. 1427, avec la seule autorisation de justice.

² Il résulte de la combinaison de l'art. 1484 avec les art. 1409, n^o 2, 1419 et 1426, que l'on doit, sous ce rapport, assimiler aux dettes contractées par le mari lui-même celles que la femme a contractées avec son autorisation. Duranton, XIV, 493. Odier, I, 536. Rodière et Pont, I, 855. Troplong, III, 1781. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n^{os} 1 et 2. Cet auteur se fonde principalement sur l'autorité de Pothier, et sur la circonstance que le Conseil d'état a laissé subsister dans l'art. 1484 les termes *par lui contractées*, dont le Tribunat avait demandé la suppression. Cpr. Loqué, *Lég.*, XIII, p. 254. Mais il est à remarquer que Pothier, en s'occupant au n^o 730 de la question de savoir si le mari reste tenu pour la totalité des dettes qui procèdent du chef de la

simple autorisation de justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427³.

Le mari, au contraire, n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme, c'est-à-dire de ses dettes antérieures au mariage, et de celles qui grevaient les successions ou les donations mobilières qui lui sont échues ou qui lui ont été faites durant la communauté, encore qu'il ait autorisé l'acceptation de ces successions ou donations⁴. Art. 1485. Il en est ainsi, alors même que

femme, ne rangé dans cette catégorie que les dettes qu'elle a contractées avant son mariage et celles qui grevaient les successions à elle échues durant la communauté, sans y comprendre celles qu'elle a contractées durant le mariage avec l'autorisation de son mari. Quant à l'argument tiré des travaux préparatoires, nous répondrons que bien que le Conseil d'état ait laissé subsister dans l'art. 1484 les termes dont le Tribunal avait demandé la suppression, cela n'autorise nullement à dire qu'il ait voulu consacrer une doctrine contraire aux idées émises par ce corps. Si le Conseil d'état n'a pas déféré à cette demande, c'est sans doute parce que, d'une part, on doit considérer comme contractées par le mari lui-même les dettes qui l'ont été par la femme avec son autorisation, et parce que, d'autre part, la suppression proposée par le Tribunal aurait eu pour résultat de créer une antinomie entre les art. 1484 et 1485, en ce que le premier de ces articles aurait soumis le mari au paiement intégral de dettes dont il n'est cependant tenu que pour moitié d'après le second. En émettant l'opinion que nous combattons, Marcadé paraît avoir oublié que le mari est tenu des dettes dont s'agit, non pas comme un associé ordinaire, mais en vertu d'un fait qui lui est personnel, c'est-à-dire de l'autorisation qu'il a donnée en qualité de chef de la communauté, fait qui l'engage comme s'il avait contracté personnellement.

³ Dans ces hypothèses le mari se trouve personnellement obligé, soit parce qu'il s'agit de dettes contractées dans son intérêt, soit parce qu'il est censé avoir été représenté par la femme. Duranton, Odier, Rodière et Pont, et Troplong, *loc. cit.*

⁴ La question de savoir ce que l'on doit entendre par les expressions *dettes personnelles de la femme*, dont se sert l'art. 1485, est nettement décidée dans le sens de la proposition énoncée au texte, par les précédents historiques et par les travaux préparatoires du Code. Cpr. Pothier, n° 730, et note 2 *supra*; Locré, *Lég.*, XIII, p. 437, art. 88; p. 254, art. 94, et p. 263, n° 2. Il en résulte d'une manière indubitable qu'on doit notamment comprendre sous ces expressions les dettes qui grevaient les successions ou donations mobilières échues ou faites à la femme, et acceptées par celle-ci du consentement du mari. Il est vrai, qu'interprétée en ce sens, la disposition de l'art. 1485 peut, au premier abord, paraître contraire aux explications données à la note 2 *supra* sur les effets de l'autorisation accordée par le mari et l'engagement personnel qui en résulte pour lui. Mais cette disposition s'explique suffisamment, à notre avis, par la considération que l'acceptation de successions échues ou de donations faites à la femme constitue de sa part un acte tout personnel, dans lequel, quoique autorisée par son mari, elle ne saurait être réputée avoir agi pour l'intérêt particulier de ce dernier. Si le mari, qui a autorisé sa femme à accepter de pareilles successions ou dona-

les biens de la femme sont insuffisants pour acquitter l'autre moitié de ces dettes.

La règle qui vient d'être posée est cependant sujette à modification, dans le cas où la femme ayant fait inventaire, son émolument de communauté se trouve inférieur à la moitié du passif restant à sa charge, auquel cas, ses créanciers sont admis à exercer de son chef un recours contre le mari, jusqu'à concurrence de la différence existant entre cet émolument et la moitié des dettes personnelles de la femme⁵.

Du reste, le mari est tenu pour moitié des dettes de la femme, quand même elles ne seraient tombées dans la communauté qu'à charge de récompense⁶.

2) La femme n'est, en général, et sauf les exceptions qui seront

tions, peut, durant la communauté, être poursuivi pour l'intégralité des charges qui les grèvent, et si, même après sa dissolution, il y reste obligé pour moitié, tandis qu'il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la *versio in rem*, quand l'acceptation a eu lieu avec la simple autorisation de justice, cette différence tient à ce que, par son autorisation, le mari a implicitement reconnu que l'émolument de ces successions ou donations en excédait les charges, et qu'il n'est plus dès lors admis à élever de débats sur ce point.

⁵ L'insuffisance de l'émolument de communauté, pour couvrir la moitié des dettes personnelles de la femme, ne saurait faire fléchir la règle posée en termes absolus par l'art. 1485, ni autoriser les créanciers de cette dernière à agir directement contre le mari, à l'effet de le contraindre à payer au delà de la part de passif que cet article met à sa charge. En vain invoquerait-on, à l'appui de cette action directe, l'art. 1483 et le bénéfice qu'il accorde à la femme. Les créanciers de celle-ci ne pourraient, en effet, s'en faire une arme pour agir directement contre le mari, qu'autant qu'elle serait elle-même admise, ce qui n'est pas, à leur en opposer la disposition. Mais comme la femme jouit vis-à-vis du mari du bénéfice établi par l'art. 1483, même pour ses dettes personnelles, et qu'elle serait, par conséquent, en droit de recourir contre lui, si elle était obligée de les payer au delà de son émolument, ses créanciers peuvent, aux termes de l'art. 1466, exercer le même recours du chef de leur débitrice. C'est dans ce sens que nous paraît devoir être interprétée l'opinion de Pothier (n° 730), reproduite par Toullier (XIII, 241). Voy. dans le même sens : Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n° 2. Cpr. Battur, II, 799; Odier, I, 539; Rodière et Pont, I, 857; Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*; Troplong, III, 1782. Ces auteurs, qui n'ont point examiné la question au point de vue du recours fondé sur l'art. 1466, refusent aux créanciers de la femme toute action contre le mari, en ce qui concerne la moitié des dettes personnelles de cette dernière.

⁶ *Lex non distinguit*. La question de savoir si une dette est tombée dans la communauté d'une manière absolue ou à charge seulement de récompense, ne concerne que les rapports des époux entre eux, et reste étrangère à leurs relations avec les créanciers. Duranton, XIV, 496. Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n° 2.

ci-après indiquées, tenue, à l'égard des créanciers, que pour moitié des dettes de la communauté⁷. Art. 1487.

Encore ne peut-elle, pour cette moitié même, être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait, dans les trois mois de la dissolution de la communauté⁸, fait dresser un inventaire exact et fidèle⁹ de la masse commune. Art. 1483.

On entend par émolument de communauté, la valeur de tout ce qui est tombé au lot de la femme, fût-ce même à titre de préciput, et de tout ce dont elle s'est enrichie par suite du partage¹⁰. Ainsi, l'émolument de communauté comprend les fruits et revenus que la femme a perçus des objets tombés dans son lot¹¹. Il comprend également les sommes dont elle était débitrice envers la commu-

⁷ Il en est ainsi, même dans le cas où la femme n'a point fait inventaire. Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., 31, 1, 152.

⁸ L'art. 1483 n'exige pas expressément que l'inventaire ait été fait dans ce délai. Mais on doit, sous ce rapport, appliquer, par analogie, les dispositions des art. 1456 et 794. Un inventaire fait tardivement n'offrirait plus aucune garantie aux créanciers. Odier, I, 550. Rodière et Pont, I, 850. Marcadé, sur l'art. 1483, n° 2. Troplong, III, 1743. Civ. cass., 22 décembre 1829, Sir., 30, 1, 54. Req. rej., 7 février 1848, Sir., 48, 1, 243. Cpr. Civ. rej., 24 mars 1828, Sir., 28, 1, 377; Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., 31, 1, 152. — Du reste, l'inventaire peut être fait valablement après l'acceptation de la communauté par la femme. Bellot des Minières, II, p. 298. Battur, II, 809.

⁹ La femme serait donc privée du bénéfice que lui accorde l'art. 1483, si elle avait diverti ou recélé des objets de la communauté. *Observations du Tribunal* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 253). Pothier, n° 746. Bellot des Minières, II, p. 291. Battur, II, 699. Odier, I, 549. Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1747 et suiv.

¹⁰ Les termes *en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage*, qui se trouvent dans l'art. 1483, ne présentent pas un sens clair. Il paraît que les rédacteurs du Code les ont employés pour exprimer que la femme ne peut opposer aux créanciers, ni l'inventaire seul, ni l'acte de partage seul, et qu'elle doit faire entrer en compte, pour le calcul de son émolument, d'un côté, la valeur de tous les objets inventoriés, y compris même ceux qui auraient été omis dans l'acte de partage, et, d'un autre côté, la valeur de tous les objets réellement partagés, comme dépendant de la communauté, y compris même ceux qui n'avaient pas été portés dans l'inventaire. Toutefois, nous n'avons pas cru devoir formellement énoncer cette proposition qui serait trop absolue. En effet, si des objets propres à l'un des époux, ou appartenant à un tiers, avaient été par erreur portés dans l'inventaire, comme faisant partie de la masse commune, la valeur de ces objets ne devrait point entrer en ligne de compte pour la fixation de l'émolument de la femme. Il est du reste bien entendu qu'en pareil cas, la preuve de l'erreur est à la charge de cette dernière.

¹¹ Pothier, n° 747. Odier, I, 553. Rodière et Pont, I, 848. Troplong, III, 1753.

nauté, lorsqu'elles lui ont été précomptées sur sa part¹². Mais les objets qu'elle a retirés à titre de reprises, et les valeurs qui lui ont été assignées pour la remplir des récompenses à elle dues par la communauté, ne font point partie de son émolument¹³.

Pour déterminer le montant de l'émolument, on doit estimer les objets compris au lot de la femme, eu égard à leur état et à leur valeur au jour du partage. L'augmentation de valeur qu'ils peuvent avoir reçue plus tard, profite à la femme seule, qui réciproquement doit seule supporter la dépréciation qu'ils auraient subie par une cause quelconque¹⁴. Toutefois, les créanciers seraient fondés à réclamer une bonification à raison des détériorations qui, depuis la dissolution de la communauté, auraient été occasionnées par la faute de la femme. Du reste, les créanciers ne sont point tenus de se contenter du prix d'estimation fixé par l'inventaire. Ils peuvent provoquer une estimation contradictoire, peu importe qu'il s'agisse d'objets mobiliers ou d'immeubles¹⁵. Au contraire, la femme est, en général, liée par l'estimation faite dans l'inventaire, à moins qu'elle ne prouve que les objets sur la valeur desquels il y a contestation ont, avant le partage, éprouvé des détériorations indépendamment de toute faute de sa part.

¹² Pothier, *loc. cit.* Duranton, XIV, 489. Bellot des Minières, II, p. 522. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1483, n° 3.

¹³ Duranton, XIV, 487. Odier, I, 553. Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1736. Angers, 2 décembre 1830, Sir., 31, 2, 101.

¹⁴ Ces propositions nous paraissent résulter de la nature même du bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483. Il est bien évident, d'une part, qu'immédiatement après le partage, les créanciers de la communauté auraient le droit de poursuivre la femme jusqu'à concurrence de la valeur à cette époque des objets que le partage lui a attribués, et, d'autre part, que la femme serait libérée si, immédiatement après le partage, elle versait le montant de cette valeur entre les mains des créanciers. Or, on ne comprendrait pas que des événements postérieurs quelconques pussent modifier la position des parties, telle qu'elle s'est trouvée déterminée par l'effet du partage. D'ailleurs, comme, par suite de l'acceptation de la communauté, la part de la femme se confond pleinement avec le restant de son patrimoine, elle doit supporter la dépréciation que peuvent subir les objets tombés dans son lot, et réciproquement profiter de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir. *Res perit domino. Quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda.* Rodière et Pont, I, 849. Marcadé, sur l'art. 1483, n° 3.

¹⁵ Les créanciers pourraient-ils exiger que la femme leur abandonnât les immeubles tombés dans son lot? M. Duranton (XIV, 489) enseigne l'affirmative. Mais cette opinion, qui repose sur une interprétation forcée des termes *en rendant compte*, dont se sert l'art. 1483, est évidemment contraire à la nature du bénéfice que cet article accorde à la femme. Cpr. Pothier, n° 747.

La femme qui a fait inventaire, jouit de plein droit du bénéfice de n'être tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. Elle n'a donc pas besoin de se réserver ce bénéfice dans l'inventaire, ou lors de l'acceptation de la communauté. Elle n'est pas obligée, pour le conserver, de se conformer, relativement à la vente des objets tombés dans son lot, aux règles prescrites à l'héritier sous bénéfice d'inventaire¹⁶.

Le bénéfice dont s'agit n'empêche pas que la part de la femme dans la communauté ne se confonde pleinement et irrévocablement avec le restant de son patrimoine. Il en résulte que les créanciers de la communauté peuvent indistinctement poursuivre leur paiement sur les objets tombés dans son lot et sur ses biens propres¹⁷. On doit aussi en conclure que la femme ne peut arrêter les poursuites de ces créanciers en offrant de leur abandonner ce qui lui reste des objets tombés dans son lot¹⁸.

La femme est autorisée à payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, à moins que l'un ou l'autre d'entre eux n'ait formé opposition entre ses mains, en demandant que son émolument de

¹⁶ Duranton, XIV, 489. Odier, I, 556. Rodière et Pont, I, 851. Marcadé, sur l'art. 1483, n° 3.

¹⁷ Pothier, n° 737. Toullier, XIII, 247. Odier, Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1759.

¹⁸ *Nec obstat* art. 802. On ne peut, sous ce rapport, assimiler la position de la femme qui a fait inventaire de la communauté, à celle de l'héritier qui a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire. Celui-ci, en effet, n'étant pas tenu sur ses biens personnels des dettes de la succession, et n'étant considéré, à l'égard des créanciers, que comme un simple administrateur, on conçoit que la loi lui ait accordé la faculté de se dégager de toute obligation envers ces derniers, en leur abandonnant les biens de la succession. Mais cette faculté ne peut appartenir à la femme qui a accepté la communauté, puisque, par suite de l'acceptation qu'elle en a faite, elle est tenue personnellement, sur ses biens propres, de la moitié des dettes communes, et que sa part dans la communauté se trouve entièrement confondue avec le surplus de son patrimoine. D'ailleurs, les biens tombés dans le lot de la femme peuvent, depuis le partage, avoir subi une dépréciation considérable, et il y aurait injustice envers les créanciers à leur faire supporter la perte résultant de cette dépréciation. Cpr. note 14 *supra*. Toullier, XIII, 245 à 247. Odier, I, 557. Rodière et Pont, Marcadé et Troplong, *loc. cit.* Pothier (n° 747) enseigne une doctrine différente : Tout en refusant à la femme la faculté d'abandonner aux créanciers les meubles tombés dans son lot, après les avoir usés, cet auteur lui accorde cette faculté en ce qui concerne les immeubles, sauf à tenir compte des dégradations qui procéderaient de son fait. MM. Bellot des Minières (II, p. 522) et Battur (II, 803) ont pleinement adopté l'opinion de Pothier, que M. Duranton (XIV, 489) a également reproduite avec quelques modifications.

communauté soit réparti entre tous, au marc le franc de leurs créances¹⁹. Arg. art. 808.

Du reste, le bénéfice établi par l'art. 1483 ne reçoit application, quant aux créanciers, que pour les dettes dont la femme n'est tenue qu'en qualité de commune en biens. Elle ne peut donc opposer ce bénéfice à un créancier envers lequel elle s'est obligée conjointement avec son mari. Art. 1487.

La règle d'après laquelle la femme est tenue pour moitié des dettes communes, s'applique même à celles dont la communauté n'a été grevée qu'à charge de récompense de la part du mari²⁰. Et la femme ne peut se refuser au paiement de la moitié d'une dette contractée par le mari, sous le prétexte qu'elle ne serait pas constatée par un acte ayant acquis date certaine avant la dissolution de la communauté²¹.

Lorsque la femme a payé une dette commune au delà de sa moitié, elle n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant, à moins que la quittance n'exprime qu'elle a entendu acquitter sa moitié ou sa part. Art. 1488. Il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'en acquittant sa moitié d'une dette commune, la femme a payé au delà de son émolument de communauté.

La règle que la femme n'est tenue que pour moitié des dettes de la communauté, souffre exception :

a. En ce qui concerne ses dettes mobilières, antérieures au mariage, et les dettes, mobilières ou immobilières, dont se trouvaient grevées les successions ou donations mobilières qui lui sont échues durant la communauté²². Art. 1486.

b. Relativement aux dettes que la femme a contractées seule avec l'autorisation du mari, quoique dans l'intérêt de la communauté, et à celles qu'elle a contractées avec l'autorisation de la justice dans les hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1427²³.

c. Enfin, en ce qui touche les dettes qu'elle a contractées solidairement avec son mari, quoique dans l'intérêt de la communauté. Art. 1487.

La femme peut, à raison de ces diverses dettes, être poursuivie pour le tout par les créanciers.

¹⁹ Duranton, XIV, 490. Troplong, III, 1737.

²⁰ Cpr. texte et note 6 *supra*.

²¹ Cpr. § 756, texte, n° 2, et note 114. Voy. cep. Req. rej., 8 septembre 1807, Sir., 7, 1, 455.

²² Cpr. § 508, texte, n° 2, et note 26 ; § 513, texte, n° 2, et note 5.

²³ Odier, I, 542. Rodière et Pont, I, 853. Marcadé, sur l'art. 1486, n° 1.

3) L'époux qui, d'après les règles ci-dessus développées, ne serait tenu envers les créanciers que pour la moitié d'une dette commune, peut cependant, et par exception à ces règles, être poursuivi pour la totalité de cette dette dans les hypothèses suivantes :

a. Lorsque la dette est indivisible²⁴;

b. 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. Art. 1489.

2° De la manière dont les époux ont à contribuer, l'un à l'égard de l'autre ; au paiement des dettes communes.

1) Chacun des époux doit contribuer pour moitié au paiement de toutes les dettes communes, de celles même dont l'un d'eux serait tenu en totalité envers les créanciers. Art. 1482.

La circonstance que l'un des époux s'est trouvé privé, en vertu de l'art. 1477, de sa part dans les objets par lui divertis ou recelés, n'apporte aucune modification à la règle qui vient d'être posée : l'époux qui s'est rendu coupable de divertissement ou de recélé, n'en reste pas moins tenu de contribuer pour moitié aux dettes de la communauté²⁵.

Celui des conjoints qui a payé, soit forcément, soit volontairement, au delà de la moitié d'une dette commune, a pour l'excédant un recours en indemnité contre son conjoint. Art. 1490, al. 2.

Par exception à la règle posée dans l'art. 1482, les dettes à raison

²⁴ Rodière et Pont, I, 858. Cpr. cep. Bruxelles, 29 août 1807, Sir., 8, 2, 58.

²⁵ Les objets divertis ou recelés par l'un des époux étant attribués à l'autre à titre particulier, cette attribution n'engendre pour celui-ci aucune obligation de contribuer aux dettes proportionnellement à la valeur de ces objets. D'un autre côté, l'art. 1482 est conçu en termes absolus, et l'on ne trouve pas au § 2 de la sect. V, intitulé *Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes*, de disposition qui modifie, pour le cas de divertissement ou de recélé, la règle posée par cet article. En vain dit-on qu'en refusant à l'époux coupable de divertissement ou de recélé toute diminution de sa part de contribution aux dettes, on le frappe d'une double peine. Il nous paraît, au contraire, évident qu'en lui accordant une pareille diminution, la peine dont la loi a voulu le frapper cesserait d'être complète, et qu'il ne serait pas entièrement privé de toute part dans les objets divertis ou recelés, puisque la valeur de ces objets lui profiterait indirectement dans une certaine mesure, en le dégageant proportionnellement de sa contribution aux dettes. Bordeaux, 20 février 1841, Sir., 41, 2, 327. Voy. en sens contraire : Odier, I, 511 ; Rodière et Pont, I, 842 ; Troplong, III, 1693.

desquelles l'un des conjoints était soumis à une récompense envers la communauté, resteraient exclusivement à sa charge, s'il n'avait pas dans le partage fait état du montant de cette récompense. Il devrait donc dans ce cas indemniser l'autre époux, qui serait recherché par les créanciers en paiement de dettes de cette nature, du montant de tout ce que celui-ci aurait été obligé de payer à sa décharge.

2) La femme n'est, à l'égard du mari, tenue de contribuer au paiement des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait fait dresser un inventaire fidèle et exact de la communauté. Un acte de partage, régulièrement fait avec le mari ou ses héritiers, peut cependant, sous ce rapport, remplacer l'inventaire²⁶. Art. 1483.

Les règles développées au numéro précédent, sur la manière de calculer l'émolument de communauté relativement aux créanciers, s'appliquent également aux rapports de la femme et du mari.

Le bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483 s'étend, au regard du mari, à toutes les dettes de la communauté, quelles qu'en soient la nature et l'origine. Ainsi, la femme en jouit relativement aux dettes à raison desquelles elle peut être poursuivie par les créanciers au delà de son émolument. Elle en jouit même pour les dettes procédant de son propre chef²⁷, ainsi que pour les récompenses ou indemnités qui lui sont dues par la communauté, et de la moitié desquelles elle est, par suite de son acceptation, devenue débitrice envers elle-même²⁸.

En vertu du bénéfice dont s'agit, la femme qui a, forcément ou volontairement, payé une dette commune au delà de son émolument, a pour l'excédant un recours en indemnité contre son mari. Art. 1490, al. 2.

Du reste, rien n'empêche que, par le partage, l'un des époux ne soit chargé de payer au delà de la moitié des dettes communes,

²⁶ Pothier, n° 745. Toullier, XIII, 250. Duranton, XIV, 489. Odier, I, 562. Taulier, V, p. 161. Rodière et Pont, I, 862. Troplong, III, 1750. M. Battur (II, 804) pense, au contraire, que l'inventaire est absolument indispensable, même à l'égard du mari.

²⁷ Pothier, n° 739. Duranton, XIV, 491. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 228. Odier, I, 563. Rodière et Pont, I, 863. Troplong, III, 1734.

²⁸ La femme qui accepte la communauté ne fait confusion que jusqu'à concurrence de son émolument, de la moitié des reprises, récompenses, ou indemnités qui lui sont dues par la communauté; le surplus doit lui être payé sur les biens propres du mari. Pothier, n° 740. Odier, et Rodière et Pont, *loc. cit.*

ou même de les acquitter entièrement. Art. 1490. Mais les conventions faites à ce sujet ne peuvent, en aucune manière, être opposées aux créanciers. Et s'il en résultait une lésion de plus du quart au préjudice de l'un des époux, le partage dans lequel elles auraient eu lieu, serait même susceptible de rescision ²⁹.

Les règles développées au présent paragraphe s'appliquent aux héritiers du mari ou de la femme comme aux époux eux-mêmes. Art. 1494. Ainsi, les héritiers de la femme ne jouissent du bénéfice de l'art. 1483 qu'autant qu'il a été fait un inventaire fidèle et exact dans les délais indiqués au § 517 ³⁰.

§ 521.

Des effets de la renonciation à la communauté.

En renonçant à la communauté, la femme perd toute espèce de droits sur les objets qui en dépendent, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Elle ne peut donc, à moins de stipulation contraire¹, exercer la reprise de ses apports mobiliers. La loi lui accorde cependant la faculté de retirer le linge et les hardes à son usage². Art. 1492.

La renonciation de la femme ne la prive pas du bénéfice d'une rente viagère constituée au moyen d'un conquêt, et stipulée reversionnelle sur sa tête, sauf la récompense qu'elle peut en pareil cas devoir à la communauté³.

La femme qui renonce se trouve dégagée, à l'égard des créan-

²⁹ Toullier, XIII, 264. Odier, I, 565. Rodière et Pont, I, 865.

³⁰ Cpr. § 517, texte n° 5, et note 29. Troplong, III, 1742.

¹ Cpr. art. 1514, et § 528.

² Comme l'art. 1492 ne limite pas la quantité de linge et de hardes qu'il autorise la femme à retirer, elle peut, en général, retirer toute sa garde-robe. Cpr. cependant Code de commerce, art. 560. En lui accordant ce droit, le Code Napoléon s'est montré plus libéral que la plupart des coutumes, qui ne permettaient à la femme d'emporter qu'un seul habillement : *Non debet abire nuda*. Pothier, n° 569. Toullier, XIII, 279 et suiv. Duranton, XIV, 508 et suiv. — Du reste, la femme doit abandonner, à l'exception seulement de sa bague nuptiale, tous ses bijoux et joyaux, y compris même ceux qu'elle possédait avant le mariage ou qu'elle a reçus comme présents de nocces. Duranton, *loc. cit.* Toullier, *loc. cit.*, et XIV, 269 et 270. Troplong, III, 1821.

³ Req. rej., 15 mai 1844, Sir., 44, 2, 409. La question de récompense n'a pas été agitée dans l'espèce sur laquelle cet arrêt a statué. Mais voy. à cet égard § 511, texte, n° 2, et note 32.

ciers, du paiement de toutes les dettes de la communauté auxquelles elle n'est pas personnellement obligée, et à l'égard du mari, de l'obligation de contribuer à toute espèce de dettes communes, procédassent-elles de son propre chef, autres que celles à raison desquelles elle devrait récompense à la communauté, si elle l'avait acceptée. Art. 1494.

Du reste, la femme conserve, en cas de renonciation, le droit de faire valoir toutes les reprises qu'elle eût été fondée à exercer en cas d'acceptation. Ainsi, elle a le droit de reprendre, d'une part, ses immeubles propres et ceux qui ont été acquis en remploi de ses propres aliénés ou de deniers à elle appartenant, et, d'autre part, les valeurs mobilières qui lui étaient restées propres, et notamment les créances provenant de la vente ou du partage de ses immeubles. La femme conserve également le droit de poursuivre contre le mari les récompenses et indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Les fruits des objets dont la femme est admise à exercer la reprise, et les intérêts des récompenses ou indemnités dont il vient d'être parlé, lui sont dus de plein droit à partir de la dissolution de la communauté⁴. Art. 1473.

Mais, d'un autre côté, la femme reste, malgré sa renonciation, engagée, envers le mari, au paiement des créances que ce dernier peut avoir contre elle comme chef de la communauté, et ce avec intérêts à partir de la dissolution de la communauté.

La femme reste également engagée, envers les tiers créanciers, au paiement de toutes les dettes de la communauté auxquelles elle est personnellement obligée. Il en est ainsi notamment de ses dettes antérieures au mariage, de celles qui grevaient les successions mobilières à elles échues⁵, et de celles qu'elle a contractées durant la communauté avec l'autorisation du mari, ou avec l'autorisation de la justice pour les causes indiquées par l'art. 1427. Art. 1494.

Lorsque la femme est poursuivie à raison d'une dette de cette nature, elle a un recours en indemnité contre le mari pour le montant de ce qu'elle est obligée de payer. Elle est même fondée à exiger, avant toutes poursuites, qu'on comprenne dans la liquidation de ses droits une somme égale à celle pour le montant de laquelle elle est exposée à être poursuivie à raison des dettes qu'elle a contractées avec son mari, en offrant de consigner cette

⁴ Cpr. § 511, texte, n° 1, et note 14.

⁵ Civ. rej., 23 juillet 1851, Sir., 51, 1, 753.

somme pour le compte de ce dernier⁶. Toutefois, s'il s'agissait d'une dette contractée, pendant le mariage, dans l'intérêt personnel de la femme, le mari pourrait repousser le recours qu'elle exercerait contre lui, au moyen d'une exception fondée sur la récompense qu'elle doit à la communauté pour le montant de cette dette.

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux héritiers de la femme et à ceux du mari, comme aux époux eux-mêmes. Toutefois, en cas de dissolution de la communauté par le décès de la femme, ses héritiers ne jouissent point du droit de retirer le linge et les hardes à son usage. Art. 1495, al 2.

B. DES CONVENTIONS PAR LESQUELLES LES ÉPOUX MODIFIENT LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

1. *Des conventions qui ont pour objet de restreindre ou d'étendre la communauté légale.*

§ 522.

a. *De la communauté réduite aux acquêts.*

1° La communauté se trouve réduite aux acquêts, non-seulement lorsque le contrat de mariage contient une clause qui exprime formellement cette réduction, ou, ce qui revient au même, lorsque les époux ont déclaré exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur¹, mais encore lorsqu'ils ont simplement stipulé qu'il y aurait entre eux une communauté d'acquêts².

⁶ Arg. art. 1431 cbn. 2032, n° 3. Cpr. § 427, note 13.

¹ Cette clause se confond entièrement dans ses effets avec celle par laquelle la communauté est expressément réduite aux acquêts. Toullier, XIII, 299. Cpr. note 20 *infra*.

² Merlin (*Rép.*, v° Réalisation, § 1, n° 2) et Toullier (XIII, 317) enseignent, au contraire, en se fondant sur le texte du premier alinéa de l'art. 1498, que la réduction de la communauté aux acquêts ne résulterait pas d'une pareille stipulation, et qu'il faut, pour l'opérer, une clause conçue en termes restrictifs et formellement exclusifs de la communauté légale. Mais l'interprétation que ces auteurs donnent à l'art. 1498 est évidemment forcée. Cet article, en effet, n'a pas eu pour objet de tracer une formule que les parties seraient, à peine d'inefficacité de leur convention, obligées d'employer pour réduire la communauté aux acquêts; et il n'est pas possible d'équivoquer sur l'intention de futurs époux qui

2° La communauté conventionnelle dont il est ici question se compose activement des acquêts et des revenus des biens propres des époux. Art. 1498.

On entend par acquêts tout ce que, pendant la durée de la communauté, les époux acquièrent ensemble ou séparément à titre onéreux, et tout ce qui, pendant le même intervalle de temps, provient de leur industrie³, c'est-à-dire tous les gains et profits qu'ils retirent de l'exercice de talents, de capacités, ou d'aptitudes quelconques.

La communauté réduite aux acquêts comprend donc notamment :

La propriété des compositions, littéraires, scientifiques ou artistiques, et des inventions faites durant la communauté⁴;

Les récompenses accordées à l'un des époux en rémunération de services par lui rendus⁵;

La valeur vénale d'un office conféré gratuitement au mari pendant la communauté⁶, et même celle de l'office dont il était titulaire en se mariant, lorsque le mariage est antérieur à la loi du 28 avril 1816⁷;

ont déclaré vouloir établir une communauté d'acquêts. Pothier, n° 317. Battur, II, 356. Duranton, XV, 8. Taulier, V, p. 174. Odier, II, 684. Rodière et Pont, II, 17. Troplong, III, 1855. Req. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11. Cpr. Req. rej., 1^{er} juin 1853, Sir., 53, 1, 513.

³ Le second alinéa de l'art. 1498 se sert des expressions *industrie commune*; mais il est évident que par ces expressions, qui ne sont pas complètement exactes, le législateur a voulu désigner l'industrie de l'un et de l'autre des époux.

⁴ Rodière et Pont, II, 33 et 34. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2.

⁵ Rodière et Pont, II, 39. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1873. Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., 28, 1, 14. Colmar, 20 décembre 1832, Sir., 33, 2, 186.

⁶ La nomination à des fonctions publiques ne peut être considérée, ni comme un don de fortune pour celui qui en est investi, ni comme une pure libéralité de la part du chef de l'État. On doit, en effet, supposer que les offices sont conférés aux personnes qui en sont dignes, soit par leur mérite, soit à raison des services qu'elles ont rendus. On peut donc, jusqu'à certain point, envisager la nomination à un office comme étant, du moins en partie, le fruit de l'industrie de l'époux auquel cet office a été conféré, le terme *industrie* pris en l'acception étendue qu'il a dans cette matière. Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1874. Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Agen, 2 décembre 1836, Sir., 37, 2, 309. Voy. cep. en sens contraire : Metz, 25 décembre 1835, Sir., 36, 2, 255; Bordeaux, 2 juillet 1840, Sir., 40, 2, 398.

⁷ Req. rej., 8 mars 1843, Sir., 43, 1, 305. Paris, 21 avril 1857, Sir., 57, 2, 249. — La mieux-value qu'un office, resté propre au mari, a pu acquérir pendant la communauté, tombe-t-elle dans l'actif de la communauté? La négative est incontestable, quand la mieux-value provient exclusivement de l'augmentation géné-

Enfin les gains de jeux, soit de commerce⁸, soit même de hasard, et spécialement les gains faits dans une loterie⁹.

Mais la communauté réduite aux acquêts ne comprend, ni le mobilier que les époux possédaient au jour du mariage, ni celui qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou de donation. Elle ne comprend pas non plus les purs dons ou gains de fortune, par exemple la moitié d'un trésor attribuée *jure inventionis* à l'époux qui l'a découvert¹⁰.

Les meubles ou les immeubles acquis durant la communauté, même au moyen de deniers provenant de la vente d'objets appartenant à l'un des époux, ou du remboursement d'une créance à lui propre, forment des acquêts, à moins que l'acquisition n'en ait eu lieu avec déclaration de remploi, conformément aux règles exposées au § 507¹¹.

Tout ce que les époux possèdent à la dissolution de la communauté et ce qu'ils ont possédé pendant sa durée est, jusqu'à preuve contraire, réputé acquêt.

L'un des époux n'est, en général, admis à établir contre l'autre la consistance du mobilier qu'il prétend avoir possédé au jour de

rale de la valeur des offices : *Res crescit vel perit domino*. Bordeaux, 19 février 1856, Sir., 56, 2, 271. Et cette solution nous semble devoir être également admise, alors même que la mieux-value est le résultat de l'industrie de l'époux titulaire de l'office, puisque cette mieux-value, ne constituant pas un objet distinct de l'office lui-même, ne saurait être considérée comme un acquêt dans le véritable sens de ce mot. Cpr. § 511, texte, n° 1, et note 6. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1876; Bordeaux, 29 août 1840, Sir., 41, 2, 142.

⁸ Ces gains, en effet, ne sont pas de purs dons de fortune; c'est l'industrie du joueur qui, aidé de la fortune, procure de pareils bénéfices. Duranton, XV, 12. Tessier, *op. cit.*, n° 76. Odier, II, 687. Troplong, III, 1872. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 38; Marcadé, *loc. cit.*

⁹ Pothier (n° 323) considère les gains de cette espèce comme de purs dons de fortune, et les exclut de la communauté, à moins qu'il ne soit prouvé que les billets ont été payés des deniers communs. Voy. également dans ce sens : Rodière et Pont, II, 37; Marcadé, *loc. cit.* Mais cette distinction, contraire à la présomption générale que toutes les sommes dépensées par l'un des époux ont été puisées dans la caisse commune, doit être rejetée, puisqu'il y a toujours là une convention aléatoire dont le bénéfice éventuel doit appartenir à la communauté. Voy. en ce sens : Duranton, Tessier, Odier et Troplong, *loc. cit.*

¹⁰ Pothier, n° 323. Toullier, XIII, 323. Odier, II, 687. Taulier, V, 176 et 177. Rodière et Pont, II, 36. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2. Voy. cep. Duranton, XV, 12; Troplong, III, 1871.

¹¹ Agen, 7 février 1821, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage (contrat de), p. 267, note 5. Civ. cass., 22 mars 1853, Sir., 53, 1, 467. Paris, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209.

la célébration du mariage, qu'au moyen d'un inventaire ou d'un état en bonne forme antérieur à cette époque¹². Art. 1499. Cependant les tribunaux pourraient, selon les circonstances, admettre comme établissant suffisamment la consistance de ce mobilier, un inventaire ou état dressé peu de jours après la célébration du mariage et revêtu de la signature des époux, ou même un acte de partage fait dans un temps voisin du mariage, quoiqu'en l'absence de l'autre conjoint¹³. Mais ni le mari ni la femme ne seraient reçus à justifier de leurs apports mobiliers par témoins ou par commune renommée¹⁴.

La simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que le mobilier de l'un ou de l'autre des époux est de telle valeur, n'autoriserait pas l'époux en faveur duquel elle a été faite, à établir par témoins la consistance de ce mobilier, dans le but d'en exercer la reprise en nature. Mais une pareille déclaration suffirait, sous la distinction établie par l'art. 1502, pour autoriser la reprise de la

¹² Les moyens à l'aide desquels cette preuve peut être faite varient, selon qu'il s'agit des relations des époux entre eux, ou de leurs relations avec leurs créanciers. Il n'est ici question que du premier de ces points de vue. Voy. en ce qui concerne le second, texte, nos 3 et 5 *infra*.

¹³ Pothier, nos 298 et suiv. Toullier, XIII, 305 et 306. Battur, II, 365. Bellot des Minières, III, p. 29 à 39. Duranton, XV, 18. Rodière et Pont, II, 45. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3. Troplong, III, 1882. Voy. en sens contraire : Odier, II, 694 ; Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*

¹⁴ Pothier (n° 300) accordait aux deux époux la faculté de prouver la consistance de leurs apports mobiliers par témoins, et même par commune renommée. Son opinion a été adoptée sans modification par Maleville (III, 351), et par MM. Battur (II, 367) et Rodière et Pont. Suivant Toullier (*loc. cit.*), la femme seule jouirait de cette faculté, et le mari ne pourrait faire preuve de ses apports mobiliers que par un inventaire ou par un acte équivalent. La doctrine de Pothier, même avec la modification que Toullier y apporte, nous paraît inadmissible d'après le Code Napoléon, surtout en ce qui concerne la preuve par commune renommée. Cette preuve, en effet, est d'une nature toute exceptionnelle, et ne peut être reçue que dans les cas auxquels la loi l'a formellement autorisée, ou dans des circonstances absolument analogues. Or, les art. 1415 et 1504, al. 3, ne l'admettent, même en faveur de la femme, que relativement au mobilier qui lui est échu pendant le mariage ; et le motif sur lequel reposent leurs dispositions, ne s'applique point au mobilier que la femme possédait avant le mariage. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, p. 27 et suiv. ; Duranton, XV, 18 ; Odier, II, 692 et 693 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 641 ; Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3 ; Troplong, III, 1882 ; Douai, 2 avril 1846, Sir., 47, 2, 413. Cpr. Req. rej., 17 août 1825, Sir., 26, 1, 118 ; Req. rej., 3 août 1831, Sir., 32, 1, 219 ; Req. rej., 24 avril 1849, Sir., 49, 1, 309.

somme à laquelle a été évalué le mobilier formant l'objet de cette déclaration ¹⁵.

Quant au mobilier qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, le mari est tenu de le faire constater par un inventaire en bonne forme. Lorsqu'il a négligé de remplir cette formalité relativement à une succession échue à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve par témoins, et même par commune renommée ¹⁶, de la valeur du mobilier dépendant de cette succession. Au contraire, lorsque le mari a négligé de faire constater le mobilier d'une succession à laquelle il a été lui-même appelé, il n'est pas reçu à en faire preuve par témoins, et bien moins encore par commune renommée. Il pourrait cependant suppléer au défaut d'inventaire par d'autres titres propres à justifier, tant de la consistance du mobilier à lui échu, que du montant des dettes dont ce mobilier était grevé, par exemple, au moyen d'un acte de partage non suspect. Art. 1504. Les héritiers du mari se trouvent sous ce double rapport dans la même position que leur auteur ¹⁷.

Les règles précédentes sont étrangères à l'hypothèse où l'un des époux serait débiteur d'une succession échue à l'autre pendant le mariage. Dans cette hypothèse, l'époux créancier est admis à faire preuve de l'existence de sa créance conformément au Droit commun, et comme aurait pu le faire son auteur. Mais aussi les moyens de preuve établis par le Droit commun sont-ils les seuls qui soient admissibles en pareille circonstance, même de la part de la femme qui se prétendrait créancière de son mari ¹⁸.

L'espèce d'usufruit en vertu duquel la communauté réduite aux acquêts profite de tous les fruits et revenus des biens propres des époux, est, en général, régi par les mêmes règles que celui qui appartient à la communauté légale. Ainsi, l'époux dont les biens

¹⁵ Duranton, XV, 19. Rodière et Pont, II, 47. Grenoble, 19 juillet 1851, Sir., 52, 2, 199. Orléans, 29 mars 1855, Sir., 55, 2, 401. Voy. en sens contraire : Cour de l'Île-Bourbon, 10 mai 1845, Sir., 52, 1, 497.

¹⁶ Cpr. sur ce genre de preuve, § 761, texte *in fine*.

¹⁷ Suivant MM. Rodière et Pont (II, 46), les héritiers du mari seraient, à la différence de ce dernier, admis à prouver par témoins la consistance d'un mobilier à lui échu pendant le mariage. Cette opinion ne pourrait être admise qu'autant qu'il s'agirait d'héritiers à réserve, qui prétendraient que l'omission de l'inventaire n'a été qu'un moyen détourné pour excéder la portion disponible, et qui agiraient ainsi en vertu d'un droit qui leur est personnel. Voy. en ce sens : Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3.

¹⁸ Req. rej., 29 novembre 1853, Sir., 54, 1, 641.

propres ont été améliorés par suite d'impenses faites par la communauté, doit récompense à celle-ci pour le montant de la mieux-value qui est résultée de ces impenses. Ainsi encore, l'époux sur les fonds duquel il existe, au jour de la dissolution de la communauté, des fruits pendants par branches ou par racines, doit récompense à la communauté des frais de semences et de culture¹⁹.

3° Toute clause qui, soit expressément, soit virtuellement, réduit la communauté aux acquêts, a pour conséquence d'exclure du passif les dettes, même purement mobilières, de l'un ou de l'autre des époux, au jour de la célébration du mariage, et toutes celles qui grèvent les successions ou donations qui leur échoient pendant le mariage²⁰. Art. 1498, al. 1, et arg. de cet article.

¹⁹ Cpr. § 507, texte, n° 2, et note 33. — La communauté doit-elle, par réciprocité et à la différence de ce qui a lieu dans la communauté légale, récompense aux époux pour le montant des frais de culture et de semences des fonds sur lesquels il existait des fruits au jour de la célébration du mariage? Nous le croyons : *Fructus non sunt, nisi deductis impensis*. L'art. 585, qui écarte ce principe quant à l'usufruit ordinaire, ne s'applique point à l'usufruit de la communauté. MM. Duranton (XV, 11) et Troplong (III, 1869) émettent un avis contraire, par le motif que les époux sont censés avoir voulu mettre en communauté la jouissance de leurs biens dans l'état où ils se trouvaient au jour de la célébration du mariage. M. Duranton ajoute cependant que si les frais de semences et de labours étaient encore dus au jour du mariage, ils seraient à la charge de la communauté. Ce correctif nous semble prouver qu'il ne regarde pas comme bien solide l'espèce de présomption sur laquelle il fonde son opinion. Voy. dans le sens de notre manière de voir : Rodière et Pont, II, 31; Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2.

²⁰ Cette proposition est controversée dans le cas où la communauté se trouve réduite aux acquêts par la clause de réalisation de tout le mobilier présent et futur. Cpr. note 1 *supra*. Notre opinion ne nous paraît pas susceptible de contestation sérieuse, quant aux dettes grevant les successions ou donations qui échoient à l'un des époux pendant le mariage : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*. Et si la communauté n'est évidemment pas chargée des dettes de cette nature, on ne voit pas comment elle le serait des dettes des époux au jour de la célébration du mariage, lorsque cependant tous leurs biens leur restent propres. On objecte que la loi fait tomber dans la communauté les dettes mobilières des époux au jour du mariage; qu'il faut, en conséquence, pour les en exclure, soit une convention formelle, soit une disposition expresse de la loi qui attache cette exclusion à telle ou telle stipulation; et l'on ajoute que si l'art. 1498 exclut formellement les dettes dont s'agit du passif de la communauté, dans le cas où les époux ont expressément stipulé la réduction de la communauté aux acquêts, l'art. 1500 n'attache pas le même effet à la clause de réalisation du mobilier présent et futur. Mais la réponse à cette objection est fort simple : la loi ne met les dettes mobilières des époux à la charge de la communauté que parce qu'elle fait entrer tout leur mobilier dans l'actif de cette dernière. Si donc, par

Mais les dettes contractées durant la communauté, soit par le mari, soit par la femme avec l'autorisation du mari, ou même avec la simple autorisation de justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, tombent dans le passif de la communauté, sauf récompense quant à celles qui auraient été faites dans l'intérêt personnel de l'un des époux ²¹.

La règle d'après laquelle les dettes actuelles et futures des époux sont exclues du passif de la communauté réduite aux acquêts, reçoit son application, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, que leur mobilier présent et celui qui leur est échu durant le mariage ait été constaté ou non par un inventaire ou état en bonne forme.

Pour ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers respectifs des époux sur les biens de la communauté, il faut distinguer entre les créanciers du mari et ceux de la femme.

Les créanciers du mari peuvent toujours, durant le mariage,

suite d'une stipulation quelconque, les époux se sont réservé la propriété de leur mobilier, il n'existe plus de motif pour grever la communauté de leurs dettes : *Cessante ratione legis, cessat lex*. Cpr. Pothier, n° 352. La disposition du dernier alinéa de l'art. 1514 offre un argument péremptoire à l'appui de ce raisonnement ; car elle prouve que le législateur est toujours parti du principe qu'en matière de communauté, les dettes mobilières sont une charge de l'actif mobilier. L'art. 1511 fournit également une puissante raison à l'appui de notre manière de voir. Il serait en effet contradictoire, que l'époux qui mettrait en communauté un apport déterminé, restât chargé de la totalité de ses dettes, tandis que les dettes de l'époux qui se réserverait la propriété de tout son mobilier, tomberaient dans la communauté. On objecte encore que si la clause de réalisation avait dû, dans la pensée du législateur, produire absolument les mêmes effets que celle de la communauté réduite aux acquêts, il eût été parfaitement inutile de faire de ces deux conventions l'objet de dispositions distinctes. Cette objection se réfute tout aussi facilement que la première. Il suffit de lire les art. 1500 et 1503 pour reconnaître que, dans ces articles, les rédacteurs du Code ont eu en vue, bien moins l'hypothèse de la réalisation de tout le mobilier, que celle d'une réalisation partielle, et surtout la clause d'apport. Toullier, XIII, 299. Duranton, XV, 50. Odier, II, 741. Rodière et Pont, II, 73. Taulier, V, p. 187. Marcadé, sur l'art. 1503, n° 3. Troplong, III, 1941. Voy. en sens contraire : Battur, II, 393.

²¹ Les expressions *dettes futures*, qui se trouvent dans le premier alinéa de l'art. 1498, ne sont pas complètement exactes. Il nous paraît évident que le législateur a voulu désigner par ces expressions le passif correspondant à l'actif futur exclu de la communauté, c'est-à-dire les dettes dont se trouvent grevées les successions qui échoient ou les donations qui sont faites à l'un des époux durant le mariage. Ces expressions ne comprennent donc pas les dettes dont il est question dans la proposition énoncée au texte. Cpr. Odier, II, 685 et 701 ; Rodière et Pont, II, 42 ; Troplong, III, 1890 à 1892.

poursuivre sur les biens communs, comme sur les biens personnels de leur débiteur, le paiement de ce qui leur est dû ²².

Les créanciers de la femme, au contraire, ne sont pas autorisés à agir sur les biens communs, pourvu que le mobilier qu'elle a apporté ou qui lui est échu ait été constaté par un inventaire ou état authentique. Mais en l'absence d'un pareil inventaire ou état, ils sont admis à exercer leurs poursuites sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier non inventorié du mari, Art. 1510, al. 2 et 3.

Il est bien entendu que si, par suite de l'application des règles qui viennent d'être établies quant au droit de poursuite des créanciers, une dette personnelle à l'un des époux avait été payée en valeurs de la communauté ou en effets propres à son conjoint, il y aurait lieu de la part de l'époux débiteur, soit à récompense envers la communauté, soit à indemnité envers l'autre époux.

Du reste, la communauté, quoique réduite aux acquêts, est tenue des arrérages ou intérêts, à partir du jour du mariage, des dettes même exclues de la communauté. Arg. art. 1409, n° 5.

4° Les règles développées au § 509, sur l'administration de la communauté légale, s'appliquent également à la communauté réduite aux acquêts.

Ainsi, les créanciers de la communauté sont autorisés à se venger, tant sur les biens personnels du mari que sur ceux de la communauté.

Ainsi encore, les dettes contractées par la femme durant la communauté, avec l'autorisation du mari, ou même avec la simple autorisation de justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, peuvent être poursuivies, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur ceux du mari.

5° Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les époux conservent, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, la propriété de tout le mobilier qu'ils apportent en mariage ou qui leur échoit dans la suite ²³.

²² Le principe, d'après lequel les biens communs sont censés, tant que dure la communauté, former, au regard des tiers, partie intégrante du patrimoine du mari, ne souffre aucune modification par l'effet de la réduction de la communauté aux acquêts. Mais comme ce principe ne peut plus recevoir application après la dissolution de la communauté, on doit en conclure qu'à partir de cette époque, les créanciers personnels du mari ne sont plus admis à agir que sur la moitié des biens communs afférente à leur débiteur, à supposer que le mobilier de ce dernier ait été régulièrement constaté. Troplong, III, 2044 et 2045.

²³ Pothier (n° 325), distinguant entre les propres réels et les meubles réalisés

Il en résulte que chacun d'eux profite de l'augmentation de va-

ou propres conventionnels, enseignait que la propriété de ces derniers est transférée à la communauté, et que le droit de l'époux du chef duquel ils proviennent consiste uniquement en une créance ayant pour objet la reprise de leur valeur. Mais il est à remarquer que cet auteur n'a examiné la question qu'à un seul point de vue, c'est-à-dire relativement au pouvoir du mari de disposer des meubles réalisés de la femme, et il paraît qu'il n'a été amené à donner la solution qui vient d'être rappelée, que parce qu'il ne croyait pas qu'il fût possible de justifier autrement ce pouvoir. A notre avis, il y a là une supposition erronée, et une confusion de deux questions complètement distinctes; nous pensons que tout en admettant que chacun des époux conserve la propriété de ses propres conventionnels, on peut fort bien, sans aucune contradiction, reconnaître au mari le droit d'aliéner les meubles réalisés de la femme. Cpr. texte et note 29 *infra*. Quoi qu'il en soit, plusieurs auteurs modernes, en s'appuyant de la doctrine de Pothier, décident, d'une manière absolue, que les meubles réalisés tombent pour la propriété dans la communauté, sauf seulement reprise de leur valeur. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v^o Réalisation, § 1, n^o 4; Delvincourt, III, part. I, p. 42, part. II, p. 78; Battur, II, 382; Bellot des Minières, III, p. 401; Paris, 21 janvier, 15 avril et 11 mai 1837, Sir., 37, 2, 305 à 307. Cette manière de voir nous paraît inconciliable avec les dispositions des al. 2 et 3 de l'art. 1510, qui statuent implicitement que quand les meubles réalisés de la femme ont été constatés par un inventaire ou état authentique, ils se trouvent soustraits aux poursuites des créanciers de la communauté; ce qui suppose nécessairement que dans cette hypothèse les meubles dont s'agit restent, même au regard des tiers, exclus de la communauté, et demeurent la propriété de la femme. En vain invoque-t-on à l'appui de l'opinion contraire la disposition de l'art. 1503, et la circonstance que cet article se trouve littéralement extrait de Pothier. L'art. 1503, en effet, ne concerne que la clause d'apport; il est étranger à la clause de réalisation expresse, et bien plus encore à la clause de communauté réduite aux acquêts, dont Pothier ne s'est pas même occupé. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 377 à 379, et XIII, 326; Duranton, XIV, 318, et XV, 20; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 2896; Odier, I, 278, et II, 728; Taulier, V, p. 180 à 182; Rodière et Pont, II, 51; Bugnet, sur Pothier (*loc. cit.*); Marcadé, sur l'art. 1408, n^o 8, et sur les art. 1498 et 1499, n^o 4; Gauthier, Sir., 56, 1, 865, à la note. Voy. aussi les arrêts cités aux notes 24 et 25 *infra*. Quant à M. Troplong, il résout diversement la question, suivant qu'il s'agit d'une clause, soit expresse, soit virtuelle, de réduction de la communauté aux acquêts, ou d'une simple clause de réalisation partielle; il enseigne que sous la première de ces clauses le mobilier des époux reste exclu de la communauté (III, 1902), tandis que sous la seconde les meubles réalisés y tombent (III, 1936, 1937 et 1957). A l'appui de cette distinction, dont nous n'avons trouvé de trace nulle part, l'éminent magistrat prétend que si dans la clause de réalisation partielle, l'idée de communauté prédomine toujours, il n'en est plus de même dans la clause de réduction aux acquêts, qui a pour effet de créer un système matrimonial dont le fonds est l'absence de communauté. Cette dernière proposition, contraire à toutes les idées reçues, est de plus en opposition formelle avec les art. 1497 et 1528; et dès lors la distinction proposée par M. Troplong n'a plus de base. A notre avis, la solution de la question qui nous occupe doit être la même pour le cas de réalisation partielle et pour celui de la réduction aux acquêts.

leur que les objets mobiliers à lui appartenant peuvent recevoir, et demeure, d'un autre côté, chargé des risques de perte ou de dépréciation auxquels ils sont soumis ²⁴.

Il en résulte encore que la femme dont le mobilier a été frappé de saisie par les créanciers du mari ou ceux de la communauté, est autorisée à en exercer la revendication, conformément à l'art. 608 du Code de procédure ²⁵, pourvu qu'elle puisse justifier de la propriété du mobilier revendiqué par un inventaire ou état authentique, suivant les distinctions indiquées en l'art. 1510 ²⁶.

Le principe que chacun des époux conserve la propriété de son mobilier, souffre exception en ce qui concerne les objets qui se consomment par le premier usage, ceux qui par leur nature sont destinés à être vendus, et ceux qui ont été livrés au mari sur estimation, sans déclaration que cette estimation ne devait pas valoir vente. La propriété de tous ces objets, et par suite les risques auxquels ils sont soumis, passent à la communauté ²⁷. L'époux auquel ils appartenaient, n'a qu'une créance contre la communauté, pour la valeur estimative au jour de sa dissolution de choses de même nature, lorsqu'il s'agit d'objets, d'ailleurs non estimés, qui se consomment par le premier usage, ou qui sont naturellement destinés à être vendus, et pour le montant de la valeur indi-

²⁴ Req. rej., 9 juin 1836, Sir., 36, 1, 649. Civ. rej., 16 juillet 1856, Sir., 56, 1, 865. Cpr. note 7 *supra*.

²⁵ Bruxelles, 3 juillet 1809, Sir., 15, 2, 176. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 68.

²⁶ Si un inventaire ou état en bonne forme suffit, quoique non authentique, pour établir, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, la consistance de leur mobilier respectif, il n'en est plus de même au regard de leurs créanciers. A ce point de vue, on doit se référer à l'art. 1510, qui détermine les conséquences de la séparation de dettes, tout aussi bien pour le cas où cette séparation résulte virtuellement d'une clause de communauté réduite aux acquêts, que pour l'hypothèse où elle a été formellement stipulée. Cpr. Duranton, XV, 20; Odier, II, 703. Voy. cep. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 68. — La clause par laquelle la femme se serait réservé la faculté d'établir par témoins la consistance de ses apports, resterait inefficace à l'égard des créanciers. Poitiers, 6 mai 1836, Sir., 36, 2, 472.

²⁷ Duranton, XIV, 318; XV, 21. Odier, II, 728. Rodière et Pont, II, 50 à 53. Cpr. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8. — Toullier (XIII, 326), qui professe, en général, la même doctrine, pense cependant que l'estimation donnée au mobilier de l'un des époux ne transfère point, par elle-même, à la communauté, la propriété de ce mobilier. Mais la disposition de l'art. 1551, relative au régime dotal, est applicable, *a fortiori*, à celui de la communauté. Voy. en ce sens : Paris, 11 mai 1837, Sir., 37, 2, 306.

quée au contrat de mariage, lorsqu'il s'agit d'objets livrés sur estimation. Mais aussi, dans ce dernier cas, l'époux du chef duquel les objets estimés sont tombés dans la communauté, a-t-il droit de prélever la somme fixée au contrat de mariage, malgré la diminution de valeur que ces objets ont subie²⁸.

Du reste, le mari est, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, comme sous celui de la communauté légale, administrateur de toute la fortune propre de la femme. En cette qualité, inhérente à celle de chef de la communauté, il peut valablement aliéner à titre onéreux les meubles corporels de la femme, et toucher ses capitaux ou les céder par voie de transport²⁹. Toute-

²⁸ Paris, 14 mai 1853, Sir., 54, 2, 729.

²⁹ La proposition énoncée au texte est admise par les auteurs qui, contrairement à l'opinion développée à la note 23 *supra*, décident que la propriété des meubles réalisés tombe dans la communauté, sauf seulement reprise de leur valeur. Mais les interprètes qui rejettent cette manière de voir enseignent, en général, que du moment où l'on admet que la femme conserve la propriété de ses meubles réalisés, on doit forcément en conclure que le mari n'a pas le droit de les aliéner ou de les céder, même à titre onéreux, sans son consentement. A notre avis, cette conclusion, qui repose sur une idée dont l'exactitude est loin d'être absolue, puisqu'il est des personnes qui, sans être propriétaires, ont cependant le pouvoir d'aliéner, se résout au cas particulier en une véritable pétition de principe, car il s'agit précisément de savoir si le mari n'a pas, en sa double qualité de chef de la communauté et d'administrateur des biens personnels de la femme, le pouvoir d'aliéner les meubles réalisés de cette dernière. Or, l'affirmative nous paraît clairement ressortir du rapprochement des art. 1428 et 1528. En accordant au mari le droit d'exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme, et en ne faisant porter que sur ses immeubles l'interdiction de les aliéner sans son consentement, le premier de ces articles lui reconnaît implicitement le pouvoir d'aliéner ses meubles sans son concours. En vain dirait-on que le silence de l'art. 1428, en ce qui concerne les meubles de la femme, s'explique par la circonstance que, tombant dans la communauté, le législateur n'avait pas à s'en occuper. Qui ignore, en effet, qu'il peut exister, abstraction faite de toute clause de réalisation, et sous le régime pur de la communauté légale, des meubles dont les époux conservent la propriété; et c'est bien dans cette supposition que les rédacteurs de l'article précité ont donné au mari le droit d'exercer seul toutes les actions mobilières de la femme, c'est-à-dire toutes les actions relatives aux meubles dont elle a conservé la propriété. Cela posé, l'art. 1528, d'après lequel la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé, conduit nécessairement à appliquer à la clause de réalisation, et même à la clause de communauté réduite aux acquêts, les dispositions ci-dessus analysées de l'art. 1428. Notre proposition se justifie d'ailleurs par de puissantes considérations. Lorsqu'il existe une société de biens entre les époux, c'est comme chef de cette société que le mari devient administrateur du patrimoine personnel de la femme, et l'on doit dès lors lui reconnaître, sur les biens de celle-ci, tous les

fois, si la vente ou la cession constituait un acte de mauvaise administration, le mari devrait indemniser la femme du préjudice qu'elle aurait éprouvé. Cette dernière aurait même un recours à exercer contre les tiers acquéreurs, si la vente avait eu lieu d'une manière frauduleuse, c'est-à-dire sans aucun motif d'utilité, et uniquement dans des vues de dissipation, et que les tiers se fussent rendus complices de la fraude du mari, en se rendant acquéreurs malgré la connaissance qu'ils avaient du but dans lequel il vendait.

6° La communauté réduite aux acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale.

La femme jouit, comme sous le régime de la communauté légale, et sous les mêmes conditions, de l'option d'accepter ou de répudier la communauté³⁰.

En cas d'acceptation, l'actif de la communauté se partage par moitié entre les deux époux. On procède, pour la formation de la masse à partager, et pour le partage lui-même, d'après le mode indiqué au § 519.

Les règles développées au § 520 sur la manière dont les époux sont, après le partage, tenus des dettes de la communauté, soit envers les créanciers, soit l'un à l'égard de l'autre, s'appliquent également au passif de la communauté réduite aux acquêts, sous cette modification cependant, que la femme ne peut être pour-

pouvoirs nécessaires pour faire prospérer l'association. Refuser au mari la faculté d'aliéner les meubles corporels de sa femme, ce serait le placer, au détriment de la communauté, dans l'impossibilité de convertir en deniers productifs des objets peut-être inutiles au ménage ou sujets à dépérissement. Quant aux créances de la femme, le mari étant incontestablement en droit de les toucher, non-seulement à leur échéance, mais encore par anticipation, non-seulement au moyen d'un paiement proprement dit, mais encore au moyen d'un paiement avec subrogation, ou même d'une *datio in solutum* (Req. rej., 25 juillet 1843, Sir., 51, 1, 258), on ne voit pas pourquoi il ne serait pas également autorisé à les céder. Notre manière de voir est au surplus conforme à celle des anciens auteurs, qui ont toujours considéré le droit d'aliéner les meubles de la femme comme inhérent à la qualité de chef de la communauté. Voy. Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 3, n° 18; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. IV, chap. II, sect. II, nos 8 et 9; Pothier, n° 325. La jurisprudence n'a point encore eu à se prononcer sur la question en ce qui touche les meubles corporels; mais en ce qui concerne les créances, elle incline, nous le reconnaissons, vers une solution contraire à celle que nous avons adoptée. Cpr. Paris, 15 février 1839, Sir., 40, 2, 212; Req. rej., 2 juillet 1840, Sir., 40, 1, 887; Paris, 3 janvier 1852, Sir., 52, 2, 133. Voy. aussi dans le même sens: Zachariæ, § 522, texte et note 11.

³⁰ Cpr. § 517; Limoges, 19 juin 1835, Sir., 35, 2, 465.

suivie, même sur son émolument, pour la moitié des dettes personnelles du mari, lorsque le mobilier de celui-ci a été dûment constaté ³¹.

En cas de renonciation, la femme reprend en nature, non-seulement ses immeubles, mais encore tout le mobilier qui lui est resté propre. Si le mari ne peut représenter tout ou partie du mobilier de la femme, il est tenu d'en payer la valeur estimative, à moins qu'il ne prouve que ce mobilier a péri par cas fortuit ou par suite de l'usage auquel il était destiné. Arg. art. 1566. Quant aux objets mobiliers dont la communauté était devenue propriétaire, en sa qualité d'usufruitière, ou par suite d'une estimation, la femme est créancière envers le mari, soit d'une pareille quantité d'objets de même qualité, ou de leur valeur lors de la dissolution de la communauté, soit de l'estimation sur laquelle ils ont été livrés.

Les effets de la renonciation se déterminent, au surplus, d'après les règles développées au § 521.

7° Les époux peuvent, en stipulant une communauté réduite aux acquêts, la modifier par toute sorte de conventions d'ailleurs licites. Ils sont autorisés à faire entrer dans l'actif de la communauté quelques-uns de leurs immeubles ou de leurs meubles. Ils peuvent également convenir que l'actif de la communauté se partagera entre eux par parts inégales, ou même qu'il appartiendra en totalité au survivant ³². Enfin, il leur est même permis de stipuler que la communauté sera réduite, soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers ³³.

La clause par laquelle la communauté se trouve réduite aux

³¹ Cpr. texte n° 3, et note 22 *supra*.

³² *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 373, n° 45). Duranton, XV, 22. Battur, II, 362.

³³ Cette clause donne à la vérité au mari la facilité de s'avantager au détriment de la communauté restreinte à une certaine nature d'acquêts, puisqu'il dépend de lui de faire porter ses acquisitions sur des objets qui doivent lui rester propres, plutôt que sur des objets qui tomberaient dans la communauté. Mais quelque désavantageuse que cette clause soit pour la femme, elle l'est moins encore que celle d'exclusion de communauté; et comme elle ne blesse aucune des règles auxquelles les art. 1387 à 1389 défendent de déroger, ni aucun des principes essentiels qui régissent les rapports personnels des époux, rien ne s'oppose à sa validité. Marcadé, sur l'art. 1520. Troplong, III, 1905. Cpr. aussi dans ce sens les arrêts cités aux deux notes suivantes: Voy. en sens contraire: Bellot des Minières, III, p. 24; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 447; Rodière et Pont, II, 24; Zachariæ, § 522, note 19.

acquêts immobiliers, présente cela de particulier que tous les acquêts mobiliers appartenant au mari, il ne doit jamais récompense pour les sommes qu'il a appliquées à l'amélioration de ses propres ou à l'acquittement de ses dettes, et que, tout au contraire, la femme doit indemnité au mari pour l'intégralité des deniers employés dans son intérêt personnel. La circonstance que le mari n'est soumis à aucune récompense à raison des valeurs mobilières dont il a disposé dans son intérêt personnel, ne forme point obstacle à l'application en sa faveur du premier alinéa de l'art. 1408, pour le cas où il se serait rendu acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble dont il se trouvait copropriétaire par indivis ³⁴.

Sous l'empire de la clause qui réduit la communauté, soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers, les dettes de la communauté doivent, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, être exclusivement supportées par les acquêts qui y tombent, sans que les acquêts qui restent propres au mari aient à y contribuer proportionnellement ³⁵.

§ 523.

b. *De la réalisation de tout ou partie du mobilier des époux.*

La réalisation est l'exclusion conventionnelle de l'actif de la communauté de tout ou partie du mobilier des époux. Les meubles réalisés sont appelés propres conventionnels, par opposition aux propres réels, c'est-à-dire aux immeubles, qui sont en vertu de la loi même exclus de la communauté.

La réalisation peut avoir lieu expressément ou tacitement.

Elle a lieu expressément, lorsque les futurs époux déclarent formellement exclure de la communauté, ou se réserver propre, tout ou partie de leur mobilier. Cette convention est plus spécialement appelée *clause de réalisation* ou *de stipulation de propre*.

La réalisation tacite peut, avec des effets plus ou moins com-

³⁴ Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279.

³⁵ Décider le contraire, ce serait restreindre au détriment du mari les conséquences naturelles de la clause dont s'agit. Bruxelles, 5 novembre 1823, Sir., 50, 2, 193. Caen, 21 janvier 1850, Sir., 50, 2, 197. Rouen, 29 juin et 22 juillet 1850, et 15 mars 1851, Sir., 51, 2, 385 à 391. Civ. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 833. Caen, 12 novembre 1853, Sir., 54, 2, 399. Voy. en sens contraire : Trop-Long, III, 1908; Caen, 31 mai 1828, Sir., 50, 2, 197.

plets, résulter de conventions diverses, notamment de la clause d'emploi et de celle d'apport.

Les tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain pour décider, par interprétation de l'ensemble des clauses du contrat de mariage, si telles valeurs mobilières, apportées par l'un des époux ou à lui échues pendant le mariage, sont à considérer comme exclues de la communauté¹.

1° De la clause de réalisation proprement dite.

Cette clause peut avoir pour objet, soit l'universalité du mobilier présent et futur des époux, ou une partie aliquote de cette universalité, soit tout ou partie du mobilier présent² ou du mobilier futur³ seulement, soit enfin certains meubles corporels ou incorporels spécialement déterminés.

Il n'est pas nécessaire que la réalisation ait lieu dans la même proportion pour les deux époux. L'un des conjoints peut même se réserver tout son mobilier, quoique l'autre ne réalise aucune portion du sien⁴.

Toute clause de réalisation doit, comme tendant à modifier le régime de la communauté légale, être interprétée restrictivement, en ce qui concerne les objets auxquels elle s'applique. Ainsi, la clause par laquelle l'un des époux déclare exclure de la communauté son mobilier futur, ne s'étend point au mobilier présent. Il y a plus, la clause par laquelle l'un des époux déclare se réserver propre son mobilier, ou même tout son mobilier, ne doit, en général, s'entendre que du mobilier présent. Enfin, la stipulation qui exclurait de la communauté tout ce qui écherra aux époux

¹ Req. rej., 6 décembre 1842, Sir., 43, 1, 347. Req. rej., 9 décembre 1856, Sir., 57, 1, 367. Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 609.

² Pour savoir ce que comprend le mobilier présent, il faut appliquer, *mutatis mutandis*, les principes développés au § 507, sur les immeubles que les époux sont censés avoir possédés au jour du mariage. Ainsi, par exemple, le mobilier présent comprend les créances conditionnelles appartenant aux époux au jour du mariage, quoique les conditions auxquelles elles étaient soumises ne se soient réalisées que plus tard. Pothier, n° 320. Rodière et Pont, II, 70. — Les fruits civils échus et les fruits naturels perçus au jour du mariage font également partie du mobilier présent des époux. Duranton, XV, 27.

³ Les expressions *mobilier futur* comprennent, en général, tout ce qui advient aux époux pendant le mariage à un titre lucratif quelconque, et notamment les dons de fortune.

⁴ Toullier, XIII, 298. Duranton, XV, 26. Rodière et Pont, II, 69. Troplong, III, 1931 à 1933.

par succession, ne s'étendrait pas à ce qui leur adviendrait par donation ou legs, et réciproquement⁵.

Du reste, la stipulation par laquelle les époux se réserveraient tout ou partie de leurs biens, opérerait la réalisation du mobilier dans la proportion indiquée par les parties. Celle qui porterait que les époux seront communs en biens meubles et immeubles qu'ils acquerront, opérerait la réalisation de leur mobilier présent⁶.

La clause de réalisation équivaut à une stipulation expresse de communauté réduite aux acquêts, lorsqu'elle porte sur l'universalité du mobilier présent et futur. Elle est donc, dans ce cas, entièrement régie par les principes développés au § 522.

Ces principes s'appliquent également, en ce qui concerne la partie du mobilier qui se trouve réalisée, aux clauses par lesquelles les époux ont déclaré exclure, soit leur mobilier présent ou leur mobilier futur seulement, soit une quote-part de leur mobilier. Il en résulte, par exemple, que les clauses de cette nature ont pour effet d'exclure du passif de la communauté les dettes des époux, dans la proportion du mobilier réalisé au profit de chacun d'eux⁷. Toutefois, lorsque les époux n'ont exclu de la communauté qu'une quote-part de leur mobilier, par exemple la moitié ou le tiers, leurs créanciers personnels peuvent poursuivre le paiement intégral de leurs créances sur les biens de la communauté, sauf récompense de la part de l'époux débiteur⁸.

La clause de réalisation qui ne porte que sur un ou plusieurs objets corporels ou incorporels spécialement désignés, a pour effet,

⁵ Pothier, nos 319 et suiv. Toullier, XIII, 319 et suiv. Duranton, XV, 38 et suiv.

⁶ Duranton, XV, 38. Bugnet, sur Pothier, no 317. Rodière et Pont, II, 76. Marcadé, sur l'art. 1500, no 4. — Pothier (*loc. cit.*) enseigne, au contraire, que cette clause ne renferme aucune réalisation. Mais les règles de l'interprétation grammaticale résistent évidemment à l'explication qu'il donne. Voy. cep. dans le sens de Pothier : Troplong, III, 1846.

⁷ Toullier, XIII, 325. Duranton, XV, 50. Odier, II, 741. Rodière et Pont, II, 74. Cpr. cep. Troplong, III, 1944.

⁸ Comme le mobilier réalisé consiste en pareil cas, non dans des objets individuellement déterminés, mais dans une portion indivise du mobilier de l'un des époux, dont l'autre portion est tombée dans la communauté, et qu'il se trouve par conséquent entièrement confondu avec les biens de celle-ci, on est conduit, par la force des choses, à reconnaître aux créanciers personnels de cet époux le droit de poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens de la communauté. Odier et Rodière et Pont, *loc. cit.*

soit de conserver à l'époux au profit duquel la réalisation a eu lieu, la propriété de ces objets, soit de le rendre créancier de la communauté, pour le montant de leur valeur, s'il s'agit d'objets qui se consomment par le premier usage, ou qui sont destinés à être vendus, et pour celui de leur estimation, s'il s'agit d'objets qui aient été livrés sur estimation. Les époux restent, au surplus, sous l'empire des règles relatives à la communauté légale. Ainsi, par exemple, leurs dettes mobilières au jour de la célébration du mariage, et celles qui grèvent les successions ou donations qui leur étoient, tombent dans la communauté, quelle que soit d'ailleurs la valeur des objets mobiliers spécialement réalisés.

2^o De la clause d'emploi.

La clause d'emploi est celle par laquelle l'un des futurs époux stipule qu'une certaine somme par lui apportée ou à prendre sur son mobilier, sera employée à son profit en acquisition d'immeubles⁹.

Cette clause emporte réalisation tacite de la somme qui en forme l'objet, même pour le cas où il n'en aurait pas été fait emploi¹⁰. Les effets en varient d'ailleurs suivant que l'emploi a été effectué ou qu'il ne l'a pas été. Au premier cas, les immeubles acquis à titre d'emploi deviennent propres à l'époux au profit duquel ils ont été acquis. Au second cas, l'époux qui avait stipulé l'emploi est autorisé à prélever, lors de la dissolution de la communauté, la somme réalisée à son profit.

L'emploi ne peut être considéré comme effectué qu'autant que l'acquisition a eu lieu suivant les règles posées par les art. 1434 et 1435¹¹.

Du reste, la clause d'emploi portant sur une créance de la

⁹ Bien que le Code ne s'occupe pas spécialement de cette clause, il n'est pas douteux qu'elle ne soit licite, et qu'elle ne doive produire tous les effets que les parties ont entendu y attacher. Art. 1500, al. 1, et 1528. Nîmes, 19 décembre 1830, Sir., 31, 2, 196. Voy. aussi les autorités citées aux notes suivantes.

¹⁰ Pothier, nos 316 et 327. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. XV, chap. III, sect. I, no 4. Merlin, *Rép.*, v^o Réalisation, § 1, no 5. Toullier, XIII, 318. Duranton, XV, 36. Rodière et Pont, II, 67. Odier, II, 744. Marcadé, sur l'art. 1500, no 2. Troplong, III, 1948. Voy. cep. en sens contraire, pour le cas où l'emploi ayant été stipulé dans l'intérêt du mari, ce dernier aurait négligé de l'effectuer : Lebrun, liv. III, chap. II, sect. 1, dist. 3, no 9 ; Battur, II, 393.

¹¹ Duranton, *loc. cit.* Troplong, III, 1950. Req. rej., 26 mai 1835, Sir., 35, 1, 833.

femme n'a pas en général, et à moins d'une intention contraire ressortant clairement du contrat de mariage, d'effet à l'égard du tiers débiteur de cette créance, qui se libère valablement entre les mains du mari indépendamment de tout emploi, et qui, par suite, ne peut pas exiger qu'il lui soit justifié d'un emploi au moment du paiement¹².

3° *De la clause d'apport.*

La convention d'apport peut s'établir de deux manières différentes : ou bien les époux conviennent d'apporter à la communauté tels objets mobiliers, corporels ou incorporels, spécialement désignés¹³; ou bien, ils conviennent, soit d'apporter à la communauté une certaine somme, soit de mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée¹⁴. Nous nous occuperons séparément de l'une et de l'autre de ces conventions.

a. Lorsque les époux déclarent apporter à la communauté certains objets mobiliers spécialement désignés, ils sont censés exclure de la communauté d'une manière complète, et quant à la propriété même, tout leur mobilier présent¹⁵, à l'exception seulement de ces objets.

Cette clause est, en général, régie par les mêmes principes que la clause expresse de réalisation du mobilier présent, et elle entraîne par conséquent séparation des dettes antérieures au mariage¹⁶. Mais elle a cela de particulier, d'après sa nature même,

¹² Cpr. sur cette proposition : § 510, texte et note 9; Troplong, III, 1952.

¹³ Cette convention, dont le Code ne parle que transitoirement dans l'art. 1511, participe de la clause de réalisation expresse et de la clause d'apport dont s'occupent le second alinéa de l'art. 1500 et les art. 1501 à 1504.

¹⁴ Ces deux formules, quoique différentes dans les termes, sont au fond parfaitement identiques. Ce qui le prouve, c'est que les art 1501 à 1504 appliquent précisément à la dernière qui se trouve indiquée au second alinéa de l'art. 1500 les mêmes règles que Pothier pose pour la première. Aussi les auteurs ne font-ils aucune distinction entre ces deux formules. Voy. cep. Odier, II, 759.

¹⁵ Et non leur mobilier futur. Si, comme on le reconnaît généralement, la clause par laquelle les époux déclarent exclure leur mobilier de la communauté n'emporte réalisation que du mobilier présent, la simple clause d'apport de certains objets mobiliers spécialement désignés ne doit, par la même raison, emporter réalisation tacite que du surplus du mobilier présent.

¹⁶ *Nec obstat* art. 1511. En disant que l'époux qui a déclaré apporter à la communauté un corps certain, doit faire raison à l'autre de toutes les dettes qui diminueraient son apport, cet article semble réduire, quant aux dettes, l'effet

qu'elle rend l'époux débiteur envers la communauté des objets qu'il a promis d'y apporter, qu'elle l'oblige à justifier de cet apport, et qu'elle le soumet à garantie en cas d'éviction. Arg. art. 1845.

b. A la différence de la clause de réalisation expresse, la convention par laquelle les futurs époux déclarent apporter à la communauté une certaine somme, ou mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, n'empêche pas que tout leur mobilier, tant présent que futur, ne tombe pour la propriété dans la communauté; et, d'un autre côté, elle n'emporte pas une véritable séparation de dettes, susceptible d'être opposée aux créanciers, ou même par l'un des époux à l'autre¹⁷. Cette clause a seulement pour effet de réserver, au profit des époux, l'excédant de la valeur de leur mobilier, soit présent seulement, soit présent et futur, sur la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports¹⁸. Art. 1500, al. 2, cbn. 1503.

La question de savoir si la reprise que les époux peuvent avoir à exercer portera sur la valeur de leur mobilier, tant futur que présent, ou seulement sur celle de leur mobilier présent, est une question d'intention qui doit être décidée d'après l'ensemble des clauses du contrat de mariage¹⁹. Cependant, lorsque les parties ont simplement déclaré apporter une certaine somme, ou mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, on devrait en général admettre, en l'absence

d'une pareille clause à un simple décompte à faire entre les époux. Mais l'espèce d'argument *a contrario* qu'on voudrait en tirer, pour soutenir qu'une telle clause n'entraîne pas une véritable séparation de dettes, susceptible d'être opposée aux créanciers, ne serait rien moins que concluant. Tout le mobilier présent restant exclu de la communauté, à l'exception seulement des objets particuliers que les époux ont déclaré y apporter, leurs dettes antérieures au mariage doivent de même en demeurer exclues. Ce qui explique d'ailleurs la rédaction, exacte en elle-même, et seulement incomplète, de l'art. 1511, c'est qu'il statue tant sur l'apport d'une somme déterminée que sur celui d'un corps certain, et que dans la première hypothèse il n'y a réellement pas séparation de dettes.

¹⁷ M. Troplong (III, 2048 et 2050) semble croire que la clause dont il s'agit emporte entre les époux une véritable séparation de leurs dettes antérieures au mariage, et arrive ainsi à dire que lorsque la communauté a payé une pareille dette, elle jouit d'une action en indemnité contre l'époux débiteur. Mais il confond en cela la séparation de dettes proprement dite avec la simple déduction des dettes des époux sur la valeur du mobilier affecté à leurs apports. Cpr. texte et note 30 *infra*.

¹⁸ Cpr. Req. rej., 26 février 1852, Sir., 52, 1, 352.

¹⁹ Cpr. Req. rej., 25 juillet 1852, Sir., 52, 1, 812.

de toute indication contraire, qu'elles n'ont entendu se réserver que l'excédant de la valeur de leur mobilier présent²⁰, et dans ce cas le mobilier futur tomberait, d'une manière absolue, dans la communauté, suivant les règles du Droit commun.

La communauté est à considérer comme cessionnaire, par suite d'une espèce de dation en paiement, du mobilier affecté à l'apport. Il en résulte que les créanciers de la communauté sont autorisés à poursuivre sur ce mobilier le paiement de leurs créances. Il en résulte, d'un autre côté, que la communauté est chargée de tous les risques de perte ou de dépréciation auquel ce mobilier est soumis, et, réciproquement, qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'il peut recevoir. Il en résulte enfin, que les époux ne peuvent, à la dissolution de la communauté, ni exiger la restitution en nature de ce mobilier, ni être contraints à accepter une pareille restitution²¹.

La clause d'apport peut être stipulée par l'un des futurs époux seulement. Lorsqu'elle l'est par les deux, il n'est pas nécessaire que leurs apports soient fixés à la même somme²².

La promesse d'un apport rend l'époux qui l'a faite, débiteur envers la communauté du montant de la somme à laquelle il a fixé son apport, et l'oblige, par conséquent, à justifier que la valeur du mobilier qui, d'après ce qui a été dit ci-dessus, est à considé-

²⁰ Voy. en sens opposé : Toullier, XIII, 311 et 312; Duranton, XV, 35; Odier, II, 752; Rodière et Pont, II, 99; Marcadé, sur l'art. 1503, n° 2. Ces auteurs enseignent que les clauses prévues au texte emportent réserve, tant du mobilier futur que du mobilier présent. Leur opinion, que nous avons admise dans nos premières éditions, s'appuie sur les dispositions combinées de l'art. 1503 et du second alinéa de l'art. 1500. Mais, en examinant attentivement la rédaction de ce dernier article, il est facile de se convaincre que son second alinéa a exclusivement en vue l'hypothèse où les époux ont déclaré mettre *de leur mobilier présent et futur* dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. C'est ce qu'indique clairement la particule relative *en*, qui se réfère à ce qui précède, et qu'on ne pourrait restreindre au mobilier présent sans violer les règles de la grammaire. Or, comme l'art. 1503 statue évidemment sur l'hypothèse que prévoit l'art. 1500, sa disposition est étrangère aux clauses dont nous nous occupons. Au fond, la proposition émise au texte se justifie par cette considération que les clauses de réalisation sont de droit étroit, comme toutes celles qui dérogent à la communauté légale. Voy. en ce sens : Pothier, n° 295; Delvincourt, III, p. 79; Battur, II, 388; Troplong, III, 1963.

²¹ C'est ce qu'indique clairement l'art. 1503, d'après lequel chaque époux a le droit de prélever, lors de la dissolution de la communauté, *la valeur* de ce dont son mobilier excédait sa mise en communauté. Rodière et Pont, II, 94.

²² Toullier, XIII, 298. Duranton, XV, 26. Rodière et Pont, II, 83. Troplong, III, 1931 à 1933.

rer comme affecté au paiement de l'apport, se trouve être supérieure ou au moins égale à cette somme. A défaut de cette justification, il est tenu de parfaire la somme qu'il a promise. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté. Art. 1501.

La preuve de la consistance du mobilier du mari au jour de la célébration du mariage, et de son apport réel à la communauté, résulte suffisamment de la déclaration portée au contrat de mariage que ce mobilier est de telle valeur. Art. 150, al. 1^{er}. Si cependant la femme ou ceux qui l'ont dotée s'étaient réservé la faculté d'exiger ultérieurement la justification de l'apport du mari, cette réserve devrait recevoir son effet ²³.

A la différence de l'apport du mari, celui de la femme n'est pas suffisamment justifié par la simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur ²⁴. Il faut que, soit par une quittance séparée, soit au moins par une déclaration insérée au contrat de mariage, le mari ait reconnu avoir reçu du mobilier jusqu'à concurrence de cette valeur ²⁵. Art. 1502, al. 2.

Si la consistance du mobilier que chacun des époux possédait en se mariant, n'a pas été déclarée au contrat de mariage, elle n'en est pas moins susceptible d'être établie par les divers moyens de preuve à l'aide desquels les époux sont admis, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, à justifier, l'un à l'égard de l'autre, de la consistance de leur mobilier ²⁶.

Quant au mobilier qui échoit aux époux durant la communauté, il doit être constaté par un inventaire auquel le mari est tenu de faire procéder. Le défaut d'accomplissement de cette formalité entraînerait contre lui les mêmes conséquences que si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ²⁷. Art. 1504.

²³ Duranton, XV, 44. Rodière et Pont, II, 91.

²⁴ Cette différence tient à ce que le mari, chef de la communauté, ne pourrait se donner quittance à lui-même pour la réception de son mobilier. Pothier, n° 297.

²⁵ La simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que le mari demeurera chargé du mobilier de la femme, n'équivaudrait même pas, en général, à une quittance de la réception de ce mobilier. Il en serait autrement d'une déclaration portant que le mari demeure dès à présent chargé du mobilier de la femme, ou qu'il en demeurera chargé par le fait de la célébration du mariage. Duranton, XV, 46. Rodière et Pont, II, 88 et 89. Troplong, III, 1967. Req. rej., 19 janvier 1836, Dalloz, 1836, 1, 73.

²⁶ Cpr. § 522, texte n° 2, et notes 12 à 15.

²⁷ Cpr. § 522, texte n° 2, et notes 16 à 18.

Du reste, les dispositions de l'art. 1569, relatives à la restitution de la dot de la femme mariée sous le régime dotal, ne sauraient être étendues à l'apport de la femme mariée sous le régime de la communauté ²⁸.

On doit imputer sur la somme à laquelle les époux ont fixé leur apport, le montant de tout ce qui fait partie de la dot mobilière, et notamment la valeur de la nourriture que les parents de l'un des conjoints ont, en vertu d'une clause du contrat de mariage, fournie à ces derniers, ainsi que celle des fruits d'un héritage dont les parents de l'un des conjoints lui ont abandonné la jouissance pour un certain nombre d'années ²⁹.

Le mobilier des époux au jour de la célébration du mariage ne s'impute sur la somme qu'ils ont promise pour leur apport, que déduction faite du montant de leurs dettes mobilières antérieures au mariage, qui auraient été payées par la communauté ³⁰. On déduit également, dans la même supposition, les dettes dont se trouvaient grevées les successions ou donations mobilières échues ou faites aux époux, lorsque, d'après les stipulations du contrat de mariage, les apports doivent se prendre tant sur le mobilier futur que sur le mobilier présent.

Le mobilier des époux doit être estimé en égard à sa valeur au moment où il est entré dans la communauté ³¹. Les époux sont, en général, liés par l'estimation qu'ils ont eux-mêmes faite du mobilier qu'ils possédaient au jour de la célébration du mariage. Mais la femme serait facilement admise à revenir contre l'estimation donnée au mobilier échu pendant le mariage, soit à elle-même, soit à son mari.

²⁸ Duranton, XV, 47. Rodière et Pont, II, 90. — Par suite d'une fausse interprétation de la novelle 100, la plupart des praticiens admettaient autrefois que la dot devait être présumée payée, lorsque le mariage avait duré plus de dix ans. Le parlement de Paris avait même étendu cette présomption à l'apport de la femme mariée sous tout autre régime que le régime dotal. Mais sa jurisprudence n'était pas suivie dans les autres parlements. Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 3, nos 42 à 45. Voy. au surplus sur le sens de l'art. 1569 : § 540.

²⁹ Pothier, nos 291 et 292. Battur, II, 387. Odier, II, 751. Rodière et Pont, II, 97. Troplong, III, 1960 et 1961.

³⁰ Art. 1501 et 1511. S'il en était autrement, les apports des époux ne seraient pas réels ou effectifs. Toullier, XIII, 524. Duranton, XV, 43. Odier, II, 749 et 755. Rodière et Pont, II, 101. Marcadé, sur les art. 1501 à 1503, n° 3. Troplong, III, 2048.

³¹ La raison en est que la communauté est, en pareil cas, censée recevoir le mobilier des époux en paiement de leurs apports. Pothier, n° 289. Toullier, XIII, 310. Odier, II, 750. Rodière et Pont, II, 100. Troplong, III, 1958.

Quant à l'imputation en particulier des créances proprement dites, il faut distinguer entre celles du mari et celles de la femme. Le mari est autorisé à imputer sur son apport le montant des créances qu'il justifie, soit par des contre-quittances, soit par un journal non suspect, soit par quelque autre moyen de preuve, avoir été payées durant la communauté. Il n'est pas admis à imputer contre le gré de la femme ou de ses héritiers celles de ses créances qui n'ont pas été acquittées, sauf à lui à reprendre les titres qui les constatent. La femme, au contraire, est autorisée à imputer sur son apport le montant de ses créances non payées, à moins que le mari ne prouve que, malgré les diligences faites à temps contre les débiteurs, il n'a pu en obtenir le paiement, ou que toute poursuite serait demeurée sans résultat, auquel cas la femme est seulement admise à reprendre ses titres de créances³².

En cas d'acceptation de la communauté par la femme, chacun des époux prélève, suivant la distinction ci-dessus établie³³, l'excédant de valeur, soit de tout son mobilier présent et futur, soit de son mobilier présent seulement, sur la somme qu'il a promise pour son apport. Art. 1503. Ces prélèvements s'opèrent conformément aux art. 1471 et 1472. La femme est donc, à cet égard, préférée au mari; et elle peut, en cas d'insuffisance des biens communs, exercer ses droits même sur les biens propres du mari³⁴.

Abstraction faite de ces prélèvements et de l'obligation des époux de compléter, le cas échéant, sur leurs biens propres, la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports, l'actif et le passif de la communauté se partagent d'après les règles développées aux §§ 519 et 520.

En cas de renonciation à la communauté, la femme conserve le droit de réclamer contre le mari l'excédant de la valeur de son mobilier sur la somme qu'elle a promise pour son apport.

³² En matière de créances, l'apport ne peut être considéré comme effectif qu'autant que les débiteurs se trouvaient solvables, non-seulement au moment de la célébration du mariage, mais encore à l'époque où les créances sont devenues exigibles. C'est sur cette idée que reposent les différentes propositions énoncées au texte. Pothier, n° 290. Toullier, XIII, 310. Rodière et Pont, II, 98. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1959.

³³ Cpr. texte n° 3, notes 19 et 20 *supra*.

³⁴ Cpr. § 514, texte nos 1, 5) et notes 15 à 21.

§ 524.

c. De l'ameublement de tout ou partie des immeubles des époux.

L'ameublement est la mise en communauté, d'une manière plus ou moins absolue, de tout ou partie des immeubles des époux. Art. 1505.

L'ameublement est général, lorsqu'il a pour objet, soit la totalité des immeubles présents et futurs des époux, soit leurs immeubles présents ou leurs immeubles futurs seulement, ou enfin une quote-part, soit de tous leurs immeubles indistinctement, soit de leurs immeubles présents ou de leurs immeubles futurs.

L'ameublement est particulier, lorsqu'il n'a pour objet que des immeubles spécialement indiqués, ou une quote-part de certains immeubles ainsi désignés¹.

L'ameublement, soit général, soit particulier, est déterminé, lorsque les immeubles ameublés sont mis dans la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire quant à la propriété même et sans restriction à une certaine somme. Art. 1506, al. 2². On

¹ Une désignation peut être spéciale, sans être nominative ou individuelle. Ainsi l'ameublement de tous les immeubles que l'un des époux possède dans telle commune, ou dans tel département, n'est qu'un ameublement particulier, quoique ces immeubles soient désignés d'une manière collective. Duranton, XV, 62. Rodière et Pont, II, 147. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 2.

² La définition que le deuxième alinéa de l'art. 1506 donne de l'ameublement déterminé est à la fois incomplète et fautive. Elle est incomplète, en ce qu'elle ne comprend pas l'ameublement général qui peut, tout aussi bien que l'ameublement particulier, avoir lieu d'une manière absolue. Elle est fautive, en ce qu'elle considère comme déterminé, l'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme d'un immeuble spécialement désigné, bien qu'une pareille convention ne constitue au fond, et eu égard à ses effets, qu'un ameublement indéterminé. En rejetant la définition dont s'agit, nous ne croyons pas encourir le reproche de refaire la loi, reproche que nous ne mériterions réellement qu'autant que notre classification nous mettrait en opposition avec les dispositions légales qui déterminent les conséquences des diverses espèces d'ameublement. Or, nous allons démontrer qu'il n'en est pas ainsi : Au point de vue de l'application pratique de la loi, la controverse se réduit à la question de savoir si l'ameublement, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, d'un immeuble spécialement désigné, a pour effet de rendre la communauté copropriétaire de cet immeuble, pour une partie aliquote qui se déterminerait par le rapport existant entre sa valeur estimative et le montant de l'ameublement. Contrairement à l'opinion généralement admise, MM. Rodière et Pont (II, 150, 163 et 164) et M. Troplong (III,

doit considérer comme un ameublement déterminé, dans le sens qui vient d'être indiqué, la convention qui, sans restriction à une certaine somme, mettrait en communauté une partie aliquote, par exemple la moitié ou le tiers d'un ou de plusieurs immeubles³.

1990 et 2000) enseignent l'affirmative, en se fondant sur les termes généraux du premier alinéa de l'art. 1507. Mais ils se mettent eux-mêmes en contradiction avec leur principe dans les solutions qu'ils donnent à diverses questions de détail. C'est ainsi que MM. Rodière et Pont (II, 166) et M. Troplong (III, 2001) décident qu'en cas de perte partielle de l'immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cette perte reste à la charge exclusive de l'époux qui a fait l'ameublement, en ce sens que la communauté est fondée à prendre toute la partie restante pour se remplir de ce qui lui a été promis. C'est ainsi encore que MM. Rodière et Pont (II, 166 et 180) décident qu'en cas d'augmentation de valeur de l'immeuble ameubli, l'époux profite seul de cette augmentation, de telle sorte que lors de la dissolution de la communauté, il est autorisé à reprendre cet immeuble à la seule condition de verser à la masse commune la somme formant le montant de l'ameublement. Or, ces deux solutions sont en opposition directe avec le principe que tout copropriétaire doit supporter, dans la proportion de son droit, les détériorations survenues à la chose commune, et profiter d'un autre côté de l'augmentation de valeur qu'elle a pu recevoir. Nous ajouterons que, relativement aux pouvoirs du mari sur les immeubles ameublés par la femme, l'al. 3 de l'art. 1507 et l'al. 2 de l'art. 1508 mettent absolument sur la même ligne l'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, soit d'immeubles spécialement désignés, soit de tous les immeubles. Ainsi, à quelque point de vue qu'on se place, il paraît impossible de signaler la moindre différence entre les effets de l'ameublement prétendument déterminé dont s'occupe le troisième alinéa de l'art. 1507, et l'ameublement indéterminé. Battur, II, 397. Toullier, XIII, 329. Duranton, XV, 61 et 62. Odier, II, 802. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, nos 1 à 4.

³ Toullier, XIII, 330. Duranton, XV, 62 et 63. Taulier, V, p. 190. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, no 4. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 83; Rodière et Pont, II, 165 et 167; Troplong, III, 2005. Ces auteurs, tout en reconnaissant que les éventualités de diminution ou d'augmentation de valeur de la quote-part ameublie, sont à la charge ou au profit de la communauté, prétendent que l'ameublement dont il s'agit est régi, en ce qui concerne les pouvoirs du mari, par les dispositions du troisième alinéa de l'art. 1507. Ils se fondent sur l'analogie qui existerait entre l'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme et celui d'une quote-part; ils invoquent, en outre, les termes *ameublissement en totalité* et *portion ameublie* qui se trouvent aux al. 2 et 3 de l'art. 1507. Mais l'idée sur laquelle repose la prétendue assimilation dont on se prévaut nous semble peu juridique. Nous ne comprenons pas, en effet, un droit de copropriété qui serait déterminé, non par une quote-part, mais par une certaine somme; et, en tout cas, cette prétendue copropriété ne serait pas de même nature que celle d'une quote-part. Ce qui le prouve, c'est que dans l'hypothèse de l'ameublement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, le mari est autorisé à l'hypothéquer en totalité, mais seulement pour cette somme; tandis que dans

L'ameublement est indéterminé, lorsque les immeubles ameublés ne sont mis dans la communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Art. 1506, al. 3.

L'un des époux peut valablement ameubler tout ou partie de ses immeubles, quoique l'autre se réserve la propriété de tous les siens. A plus forte raison l'un des époux peut-il consentir un ameublement déterminé, tandis que l'autre ne fait qu'un ameublement indéterminé.

L'ameublement, même déterminé, ne constitue pas par lui-même une libéralité, soit quant à la forme, soit quant au fond, sauf cependant, le cas échéant, l'application de l'art. 1527⁴.

L'ameublement étant une sorte d'aliénation, ne peut s'induire de l'intention présumable des parties et des circonstances de la cause; il ne peut résulter que de la volonté formellement exprimée de l'opérer⁵. Spécialement, la clause par laquelle l'un des époux promet d'apporter une certaine somme à prendre sur ses biens meubles et immeubles, ne renferme pas d'ameublement, à moins que cet époux n'ait en même temps déclaré que ses immeubles seraient ameublés ou sortiraient nature de conquêts, jusqu'à concurrence de la somme promise⁶.

Toute clause d'ameublement doit aussi être interprétée restrictivement en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet. Ainsi, l'ameublement des immeubles futurs ne s'étend pas aux immeubles présents. L'ameublement de tous les immeubles ne doit même, en général, s'entendre que des immeubles présents⁷.

L'hypothèse de l'ameublement d'une quote-part le mari ne peut hypothéquer que cette quote-part, mais aussi peut-il le faire sans limitation de somme. Quant à l'argument de texte, il n'est nullement concluant. Si dans le second alinéa de l'art. 1507, les rédacteurs du Code ont employé les expressions *ameublés en totalité*, ils ne l'ont évidemment fait que par opposition aux expressions *ameublés jusqu'à concurrence d'une certaine somme*; et si, dans le troisième alinéa du même article ils ont parlé de *portion ameublie*, ce n'est certainement pas pour faire allusion à l'ameublement d'une quote-part, dont ils ne se sont pas occupés, mais seulement pour indiquer la mesure dans laquelle le mari est autorisé à hypothéquer un immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

⁴ Battur, II, 394. Duranton, XV, 54. Odier, II, 799. Rodière et Pont, II, 145. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 1. Cpr. aussi § 684 *ter*, texte n° 2 et note 24.

⁵ Civ. cass. 14 novembre 1855, Sir., 56, 1, 11.

⁶ Pothier, n° 305. Odier, II, 807. Rodière et Pont, II, 153. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 3. Troplong, III, 1991 et 1992.

⁷ Pothier, n° 304. Duranton, XV, 57. Bellot des Minières, III, p. 112. Odier, II, 805. Rodière et Pont, II, 143. Marcadé, sur l'art. 1505. Troplong, III, 1986. Voy. en sens contraire Toullier, XIII, 333; Battur, II, 395.

Toutefois, cet ameublement comprendrait les immeubles acquis à titre gratuit⁸ dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage⁹.

Les effets de l'ameublement varient, selon qu'il est déterminé ou qu'il est indéterminé.

1° De l'ameublement déterminé.

1) L'ameublement déterminé, qu'il soit général ou particulier, fait passer à la communauté la propriété des immeubles qui en forment l'objet, et les assimile, d'une manière absolue, aux conquêts immeubles¹⁰.

Il en résulte que la communauté supporte seule les risques de perte ou de détérioration auxquels ces immeubles sont soumis, et qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir par une cause quelconque.

Il en résulte également que le mari peut, sans le consentement de la femme, les aliéner à titre onéreux, et même en disposer à titre gratuit pour l'établissement des enfants communs, bien qu'il s'agisse d'immeubles ameublés par la femme, et que celle-ci se soit réservé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation à la communauté¹¹. Art. 1507, al. 1 et 2, cbn. art. 1421, al. 2, et 1422, al. 1.

Il en résulte encore que les créanciers de la communauté ou du mari sont autorisés à poursuivre le recouvrement de ce qui leur est dû sur les immeubles ameublés, comme sur tous les autres biens de la communauté.

⁸ La question ne peut pas se présenter pour des immeubles acquis à titre onéreux pendant cet intervalle de temps. Voy. art. 1404.

⁹ Bellot des Minières, III, p. 112. Battur, II, p. 395. Odier, II, 806. Rodière et Pont, II, 144. Marcadé, *loc. cit.*

¹⁰ Il serait inexact de dire que l'ameublement déterminé a pour résultat d'assimiler, d'une manière absolue, aux meubles des conjoints les immeubles qui en font l'objet. Ces immeubles conservent, même entre les époux, leur nature d'immeubles, en ce qui concerne les pouvoirs d'administration et de disposition conférés au mari. Cpr. art. 1422. Si le premier alinéa de l'art. 1507 assimile les immeubles ameublés aux meubles des conjoints, c'est uniquement pour indiquer que la propriété en passe à la communauté d'une manière aussi complète que celle des meubles. Odier, II, 813. Rodière et Pont, II, 157. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 4. Troplong, III, 1983. Cpr. cep. Req. rej., 27 janvier 1858, Sir., 58, 1, 185.

¹¹ Pothier, n° 409. Rodière et Pont, II, 159 et 266. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 397. Cpr. § 528.

Il en résulte enfin que les immeubles ameublis doivent, lors du partage, être compris dans la masse commune, comme tous les autres biens de la communauté. Toutefois, l'époux du chef duquel ils proviennent ou ses héritiers ont la faculté de les reprendre, en les précomptant sur leur part pour la valeur qu'ils ont au jour du partage. Art. 1509. La femme qui renonce ne peut reprendre les immeubles par elle ameublis, en offrant d'imputer leur valeur sur le montant de ses reprises¹², à moins qu'elle n'ait stipulé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation.

2) Lorsqu'une clause d'ameublement déterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, elle rend l'époux qui a fait l'ameublement, garant envers la communauté de l'éviction de ces immeubles¹³. Il en est autrement des clauses d'ameublement général, et même, en principe, des clauses d'ameublement particulier qui ont pour objet plusieurs immeubles désignés d'une manière collective¹⁴.

3) Les clauses d'ameublement particulier laissent les époux, en ce qui concerne leurs dettes, sous l'empire des règles qui régissent la communauté légale. Ainsi, l'époux qui a fait un ameublement de cette nature reste, quelle que soit la valeur des immeubles ameublis, chargé de toutes ses dettes immobilières, et de toutes les dettes même mobilières grevant les successions ou

¹² Arg. art. 1507, al. 1, cbn. art. 1492. Toullier, XIII, 345. Bellot des Minières, III, p. 156. Odier, II, 802. Rodière et Pont, II, 183. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 5. Troplong, III, 2019.— Delvincourt (III, p. 84) est d'un avis contraire. Quant à M. Duranton (XV, 78), il laisse la question indécise, en se bornant à dire que la femme a contre elle la lettre de l'art. 1509, mais que l'esprit de la loi milite en sa faveur.

¹³ Il s'était autrefois formé trois opinions différentes sur la question de savoir si l'ameublement particulier et déterminé donnait lieu à garantie, en cas d'éviction des immeubles ameublis. Pothier, qui, dans l'*Introduction au titre de la coutume d'Orléans*, n° 53, n'avait admis la garantie que pour le cas où l'ameublement consenti par l'un des conjoints formait un apport égal à celui de l'autre, s'est, dans son *Traité de la communauté*, n° 311, rangé à l'avis de ceux qui admettaient indistinctement la garantie. Cette opinion, que nous avons embrassée, repose sur ce que le contrat de mariage rentre dans la classe des contrats à titre onéreux, et sur ce qu'un ameublement ne constitue pas en soi une libéralité. Cpr. art. 1440 et 1547; § 309; § 500, texte n° 4. Toullier, XIII, 344. Delvincourt, III, p. 83. Duranton, XV, 70. Battur, II, 401. Odier, II, 815. Rodière et Pont, II, 162. Marcadé, sur les art. 1504 à 1509, n° 5. Troplong, III, 1998.

¹⁴ En pareil cas, l'époux est fondé à dire qu'il n'a promis de mettre en communauté que les immeubles qu'il avait, et tels qu'il les avait. Duranton, XV, 72 et 73. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, *loc. cit.*

donations immobilières qui lui échoient pendant le mariage. Toutefois, il ne doit pas récompense à la communauté pour le paiement des dettes relatives aux immeubles ameublis ¹⁵.

Les clauses d'ameublisement général ont pour effet de faire tomber dans le passif de la communauté, et d'une manière absolue, c'est-à-dire sans récompense, les dettes grevant les immeubles ameublis, et qui, sans cet ameublisement, seraient restées exclues du passif de la communauté. Ainsi, lorsque l'un des

¹⁵ MM. Odier (II, 815), Rodière et Pont (II, 173), et Troplong (III, 1999), enseignent que l'époux qui a ameubli un immeuble, doit faire raison à la communauté des dettes grevant cet immeuble. Il en est sans doute ainsi des dettes immobilières et de celles qui leur sont assimilées, parce qu'elles ont pour effet d'entraîner une véritable éviction. Mais nous ne pensons pas qu'il en soit de même des dettes purement mobilières, relatives à l'immeuble ameubli, c'est-à-dire de celles qui ont été contractées pour l'acquisition, la conservation, ou l'amélioration de cet immeuble. En règle générale, toutes les dettes mobilières, antérieures au mariage, quelle qu'en soit l'origine, tombent dans le passif de la communauté, d'une manière absolue et sans récompense. Ce n'est pas sans difficulté qu'une exception a été apportée à cette règle pour les dettes concernant les immeubles propres des époux; et cette exception n'a été admise que par une considération d'équité tirée de ce que les époux, conservant la propriété de leurs immeubles, devaient aussi supporter les dettes y relatives. Or, cette considération disparaît complètement par rapport aux immeubles qui, par l'effet de l'ameublisement, sont devenus la propriété de la communauté; et l'on retombe dès lors, en ce qui concerne les dettes qui y sont relatives, sous l'empire de la règle générale que nous venons de rappeler. Il importe, d'un autre côté, de ne pas perdre de vue que la convention d'ameublisement n'engendre pas, comme la clause d'apport, l'obligation d'apporter à la communauté une valeur déterminée, et ne soumet pas l'époux par lequel cette convention a été consentie, à la nécessité de faire état à la communauté du montant des dettes qui viendraient diminuer ou même absorber l'émolument qu'elle peut retirer de l'ameublisement. En vain objecterait-on que les dettes relatives à l'immeuble ameubli constituent une cause d'éviction dont il doit garantir la communauté. Cette objection n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si, dans l'hypothèse qui nous occupe, de pareilles dettes tombent ou non d'une manière absolue dans le passif de la communauté, et qu'on ne peut pas dire que cette dernière souffre éviction, lorsqu'elle paie des dettes qui doivent rester définitivement à sa charge. D'ailleurs, les dettes mobilières, relatives à l'immeuble ameubli, fussent-elles assises hypothécairement sur cet immeuble, ne l'affecteraient pas d'une manière exclusive, comme les dettes immobilières dont il serait l'objet. Elles grevent, en effet, le patrimoine tout entier de l'époux débiteur, et ne constituent pas plus que toutes autres dettes une cause spéciale et directe d'éviction; de sorte que, si l'objection à laquelle nous répondons était fondée, on arriverait à dire, contre l'opinion généralement reçue, que l'époux qui a fait un ameublisement doit récompense à la communauté pour toutes les dettes mobilières dont le paiement serait poursuivi sur l'immeuble ameubli.

époux a ameubli tous ses immeubles présents, les dettes immobilières dont ils se trouvent grevés tombent dans le passif de la communauté. Ainsi encore, lorsque l'un des époux a ameubli tous ses immeubles futurs, la communauté est chargée, tant à son égard qu'envers les tiers, des dettes, mobilières ou immobilières, grevant les successions immobilières qui lui échoient pendant le mariage ¹⁶.

2° De l'ameublement indéterminé.

L'ameublement indéterminé ne rend pas la communauté propriétaire des immeubles qui en forment l'objet. Il n'a d'autre effet que de lui donner un droit de créance, en vertu duquel l'époux qui a consenti l'ameublement est tenu, lors de la dissolution de la communauté, de comprendre dans la masse commune, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu, les immeubles ou une partie des immeubles ameublis. Art. 1507, al. 3, et 1508.

De là résultent les conséquences suivantes :

a. Le mari ne peut, sans le consentement de la femme ¹⁷, aliéner les immeubles que celle-ci a ameublis ¹⁸. La loi l'autorise cependant à les hypothéquer sans ce consentement, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu ¹⁹. Art. 1507, al. 3, et 1508, al. 2.

b. L'époux qui a fait un ameublement indéterminé n'est pas

¹⁶ Odier, I, 814. Rodière et Pont, II, 173. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 5.

¹⁷ Ce consentement ne peut, au cas de refus de la femme, être suppléé par l'autorisation du juge. Toullier, XIII, 338. Il en serait autrement dans l'hypothèse où la femme aurait déclaré mettre dans la communauté le prix de la vente d'un ou de plusieurs de ses immeubles. Une pareille clause constitue une promesse d'apport, et non un ameublement. Duranton, XV, 66.

¹⁸ Pothier (n° 313) enseignait le contraire, en se fondant sur ce que la clause d'ameublement indéterminé doit être considérée comme renfermant un pouvoir tacite, donné par la femme au mari, d'aliéner les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a lieu. C'est avec raison que les rédacteurs du Code Napoléon ont rejeté cette doctrine.

¹⁹ Les termes *jusqu'à concurrence de la portion ameublie*, qui se trouvent dans le troisième alinéa de l'art. 1507, présentent une idée qui n'est pas exacte. L'ameublement indéterminé frappe, à l'instar d'une hypothèque, la totalité et chaque partie des immeubles qui en font l'objet. On ne peut donc, en ce qui concerne ces immeubles, parler de portion ameublie et de portion non ameublie. Le vice de rédaction que nous venons de signaler n'existe pas dans le deuxième alinéa de l'art. 1508.

débiteur de la somme pour laquelle il l'a consenti, mais des immeubles qui en font l'objet²⁰. Art. 1508, al. 1. Ainsi, lorsque la valeur de ces immeubles est inférieure à la somme pour laquelle ils ont été ameublés, l'époux qui a consenti l'ameublement n'est pas tenu de compléter cette somme sur le surplus de ses biens²¹. Ainsi encore, l'obligation de cet époux s'éteint par la perte totale des immeubles ameublés²².

Sous ces divers points de vue, la clause d'ameublement indéterminé diffère des clauses d'apport. Ces dernières, en effet, engendrent une obligation que les époux sont tenus de remplir sur tous leurs biens mobiliers, et immobiliers, présents et à venir, lors même qu'il aurait été stipulé que l'apport serait pris sur certains biens²³.

c. Lorsqu'un ameublement indéterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, l'époux qui l'a consenti est garant de l'éviction de ces immeubles, en ce sens qu'il est tenu de faire état à la communauté, jusqu'à concurrence de leur valeur au moment de l'éviction, de la somme pour laquelle il les avait ameublés²⁴. Mais si l'ameublement porte sur la totalité ou sur une quote-part des immeubles de l'un des époux, et même, en général, s'il porte sur plusieurs immeubles désignés d'une manière collective, l'époux qui l'a consenti n'est pas garant de l'éviction d'un ou de plusieurs de ces immeubles²⁵.

²⁰ Pothier, n° 314. Duranton, XV, 69. Rodière et Pont, II, 171. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 6. Troplong, III, 2007.

²¹ Delvincourt, III, p. 84. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 404. Bellot des Minières, III, p. 141. Rodière et Pont, et Marcadé, *loc. cit.* Cpr. cep. Toullier, XIII, 340.

²² Odier, II, 817. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente. — En cas de perte partielle de l'immeuble ou des immeubles ameublés, ce qui en subsiste encore au moment de la dissolution de la communauté, reste affecté à l'ameublement jusqu'à concurrence de la somme intégrale pour laquelle il a eu lieu.

²³ Duranton, Rodière et Pont, *loc. cit.*

²⁴ Cette proposition n'est pas contraire au principe d'après lequel l'époux qui a fait un ameublement indéterminé, est libéré de son obligation envers la communauté par la perte des immeubles ameublés. En effet, cette obligation, se trouvant limitée aux immeubles qui en forment l'objet, s'éteint nécessairement par la perte de ces immeubles, d'après le principe général posé par l'art. 1302. Mais elle ne s'éteint pas également par l'éviction, qui, sauf le cas d'une donation pure, soumet toujours le débiteur à des dommages-intérêts. Cpr. § 331. Toullier, XIII, 342. Duranton, XV, 70. Battur, II, 41. Odier, II, 818. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 6.

²⁵ Cpr. note 14 *supra* et les autorités citées à la note précédente.

d. L'ameublement indéterminé, soit particulier, soit général, laisse les époux, en ce qui concerne leurs dettes, sous l'empire des règles de la communauté légale. Ainsi, l'époux qui a ameubli un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, doit récompense à la communauté pour le paiement des dettes relatives à cet immeuble.

e. Les créanciers du mari ou de la communauté ne sont point admis à poursuivre leur paiement sur les immeubles ameublés par la femme. Toutefois, ceux de ces créanciers auxquels le mari aurait conféré une hypothèque conventionnelle sur ces immeubles, seraient autorisés à les frapper de saisie dans les limites de la somme pour laquelle ils ont été ameublés.

Lorsque les immeubles ameublés ont été aliénés, et que le prix d'aliénation a dépassé la somme pour laquelle l'ameublement en a eu lieu, l'époux du chef duquel ils proviennent a, pour l'excédant du prix, une créance en reprise contre la communauté²⁶.

Si, lors de la dissolution de la communauté, les immeubles ameublés se trouvent encore dans la possession des époux, celui d'entre eux qui a fait l'ameublement est tenu de les comprendre dans la masse commune. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté. Cependant, l'époux qui a consenti un ameublement indéterminé, soit général, soit particulier, est autorisé à retenir les immeubles qui en font l'objet, en tenant compte à la communauté de la somme pour laquelle il les avait ameublés²⁷. A plus forte raison, l'époux qui a ameubli plusieurs immeubles dont la valeur excède la somme pour laquelle il a fait l'ameublement, a le droit d'indiquer ceux de ces immeubles qu'il entend comprendre dans la masse commune. Du reste, lorsque la femme retire ainsi des immeubles par elle ameublés, ces immeubles restent soumis aux hypothèques dont le mari les a grevés durant la communauté²⁸.

²⁶ Odier II, 821. Rodière et Pont, II, 181. Marcadé, *loc. cit.*

²⁷ Arg. *a fortiori*, art. 1509. Odier, II, 822. Rodière et Pont, II, 180. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2018.

²⁸ Pothier, nos 310 et 314. Delvincourt, III, p. 84. Duranton, XV, 75 à 77.

§ 525.

d. *De la communauté universelle.*

Les futurs époux sont autorisés à établir une communauté universelle de tous leurs biens, meubles et immeubles, présents et à venir¹. Art. 1526².

La clause par laquelle les futurs époux déclarent mettre en communauté tous leurs biens meubles et immeubles, ne fait, en général, tomber dans la communauté que leurs immeubles présents³. Réciproquement, la clause par laquelle ils déclarent faire entrer en communauté les immeubles qui leur écherront par succession ou donation, n'embrasse pas leurs immeubles présents. Toutefois, ces clauses sont susceptibles de recevoir une interprétation plus large, par suite de leur combinaison avec les autres stipulations que renfermerait le contrat de mariage. Art. 1464.

La clause par laquelle les époux établissent une communauté universelle, ne constitue pas de sa nature une donation. Elle n'est donc pas, en général, sujette à réduction, comme excédant la quotité disponible⁴. Il en est toutefois autrement dans l'hypothèse

¹ Ainsi, la règle posée par l'art. 1837 reçoit exception en matière de communauté de biens entre époux. Cpr. § 379, texte, notes 2 et 3.

² Cet article mentionne encore la clause de communauté de tous biens présents, ou de tous biens futurs seulement. Mais comme une pareille communauté n'est autre chose que la communauté légale, modifiée tout à la fois par une clause d'ameublissement et par une clause de réalisation, nous n'avons pas cru devoir nous en occuper d'une manière spéciale. Cpr. § 523, texte et note 6 ; § 524.

³ Cpr. § 524, note 7. Duranton, XV, 221. Odier, II, 827. Glandaz, *Encyclopédie*, v^o Communauté conjugale, n^o 401. Rodière et Pont, II, 128. Marcadé, sur l'art. 1526. Troplong, III, 2193. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 333 ; Battur, II, 491. — *Quid* de la clause par laquelle les futurs époux auraient déclaré établir une communauté universelle ? Nous avons d'abord pensé que cette clause ne devait faire tomber dans la communauté que les immeubles présents. Mais, après nouvel examen de la question, il nous a paru plus naturel et plus conforme à l'intention présumable des parties, de considérer une pareille clause comme comprenant les immeubles à venir, aussi bien que les immeubles présents. Rodière et Pont, II, 127. Troplong, III, 2195. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 318 ; Duranton, XV, 222 ; Odier, II, 827.

⁴ Duranton, XV, 234. Rodière et Pont, II, 122. Troplong, III, 2189.

prévue par l'art. 1527; et même en dehors de cette hypothèse, l'avantage résultant d'une pareille clause pourrait donner lieu à une action en réduction, s'il résultait clairement des circonstances qu'elle n'a été consentie par l'un des époux que dans le but d'exercer un acte de libéralité envers l'autre⁵.

La communauté universelle de tous biens présents et à venir comprend, outre les biens qui composent l'actif de la communauté légale, tous les immeubles présents et à venir des époux, à quelque titre qu'ils les acquièrent. Mais les meubles qui, à raison de leur nature même, sont exclus de la communauté légale, restent également exclus de la communauté universelle⁶. D'un autre côté, les tiers qui font aux époux ou à l'un d'eux une donation ou un legs, ont la faculté d'y apposer la condition que les objets donnés ou légués n'entreront point en communauté. Et, dans ce cas, ces objets sont susceptibles de subrogation par suite d'échange ou de remploi, comme si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale.

Sous le régime de la communauté universelle, toutes les dettes des époux tombent indistinctement dans la communauté. Néanmoins, les dispositions des art. 1424 et 1425 sont applicables même à ce régime⁷. D'un autre côté, les dettes qui grèvent une donation ou un legs fait à l'un des époux avec réserve à son profit de la propriété des objets donnés ou légués, restent à la charge de cet époux.

Les rapports des époux, soit entre eux, soit avec les tiers, sont, malgré la clause de communauté universelle, régis par les mêmes principes que sous le régime de la communauté légale. Ainsi, par exemple, le mari peut, sans le consentement de la femme, aliéner à titre onéreux ou engager les immeubles de la communauté, sans distinction de leur origine.

En cas d'acceptation de la communauté, le partage de l'actif et du passif se fait conformément aux règles développées aux §§ 519 et 520. Toutefois, l'époux du chef duquel il était entré des immeubles dans la communauté, a le droit de les retenir lors du partage, en offrant de faire état de leur valeur⁸. Art. 1509.

⁵ Cpr. § 684 *ter*, texte n° 2 et note 24. Rodière et Pont, II, 123 et 124. Troplong, III, 2190 et suiv.

⁶ Cpr. § 507, texte n° 1, a, et notes 14 à 16.

⁷ Bellot des Minières, III, p. 317. Odier, II, 831. Rodière et Pont, II, 134.

⁸ Duranton, XV, 237. Rodière et Pont, II, 138. Voy. en sens contraire : Odier, II, 833; Troplong, III, 2203.

En cas de renonciation, la femme perd, à moins de stipulation contraire, toute espèce de droit, même sur les immeubles qui sont entrés dans la communauté de son chef. Art. 1492.

2. Des conventions qui tendent à modifier les effets de la communauté légale.

§ 526.

a. De la clause de séparation de dettes¹.

Les futurs époux peuvent, tout en faisant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, stipuler que la communauté ne sera pas chargée de leurs dettes, ou de celles de l'un d'eux.

Cette convention, appelée *clause de séparation de dettes*, ne s'applique, quelque généraux que soient les termes dans lesquels elle est conçue, qu'aux dettes dont les époux se trouvent grevés au jour de la célébration du mariage. Ainsi, les dettes que les époux contractent pendant le mariage et celles qui grèvent les successions qui leur échoient, restent, sous les distinctions établies aux §§ 508, 509 et 513, à la charge de la communauté².

Une dette est à considérer comme ayant existé dès avant la célébration du mariage lorsque le fait qui y a donné naissance est antérieur à cette époque, peu importe que la dette n'ait été liquidée que plus tard, ou qu'elle fût subordonnée à une condition qui ne s'est réalisée que pendant le mariage. Ainsi, l'amende et les réparations civiles auxquelles l'un des époux a été condamné pendant le mariage, à raison d'un délit commis avant le mariage, sont

¹ L'exclusion de la communauté de tout ou partie des dettes mobilières des époux ou de l'un d'eux peut résulter non-seulement d'une clause expresse de séparation de dettes, mais encore de différentes autres clauses qui l'entraînent virtuellement, notamment de la clause de communauté réduite aux acquêts, de la clause de réalisation du mobilier présent ou du mobilier futur, et de la clause d'apport. Comme nous avons déjà traité des effets attachés à la séparation de dettes que produisent ces différentes clauses, nous n'avons plus à nous en occuper.

² Arg. art. 1497 4^o, 1511 et 1513. Pothier, n^o 353. Duranton, XV, 90. Odier, II, 764. Rodière et Pont, II, 200. Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n^o 1. Troplong, III, 2029.

comprises dans la convention de séparation de dettes. Il en est de même des dépens auxquels l'un des époux a été condamné par suite d'un procès commencé avant le mariage³. Mais il en est, en général, autrement des dettes grevant une succession mobilière qui, ouverte dès avant le mariage au profit de l'un des époux, n'a été acceptée que depuis cette époque⁴.

Du reste, la clause de séparation de dettes s'étend non-seulement aux dettes des conjoints envers les tiers, mais encore à celles dont l'un d'eux est débiteur envers l'autre⁵.

La clause de séparation de dettes produit entre les époux les effets suivants :

a. Chacun des époux est tenu à récompense envers la communauté pour le montant des dettes restées à sa charge, lorsqu'elles ont été acquittées des deniers communs, peu importe que le mobilier respectif des époux ait ou non été constaté par un inventaire régulier. Art. 1510, al. 1 cbn. al. 2. Lorsque l'existence d'une pareille dette et son paiement pendant la communauté se trouvent établis⁶, il y a présomption qu'elle a été acquittée des deniers de la communauté⁷.

³ Pothier, nos 354 et suiv. Toullier, XIII, 351. Delvincourt, III, p. 86. Bellot des Minières, III, p. 164. Duranton, XV, 97 et suiv. Odier, II, 764 et 765. Rodière et Pont, II, 202, 203 et 205. Marcadé, *loc. cit.*, n° 2. Troplong, III, 2023 à 2026. — Lorsque l'un des époux était, dès avant le mariage, chargé d'une tutelle, qu'il a depuis continuée, le reliquat de compte n'est compris dans la séparation de dettes que pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage. Pothier, n° 359. Rodière et Pont, II, 204. Troplong, III, 2028.

⁴ La question doit se résoudre d'après l'intention présumée des parties. Or, à moins que le contraire ne résulte clairement du contrat de mariage, on doit supposer que l'époux appelé à une succession qu'il n'a point encore acceptée, n'a entendu mettre dans la communauté le mobilier dépendant de cette succession, que déduction faite des dettes dont elle se trouverait grevée. Il en serait ainsi surtout s'il s'agissait d'une succession qui ne se fût ouverte que dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. Vainement invoque-t-on, pour soutenir l'opinion contraire, le principe de la saisine et celui de la rétroactivité de l'acceptation d'une succession. Ce serait faussement appliquer ces principes que de vouloir les faire servir de base à l'interprétation d'une convention. Duranton, XV, 92. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Odier, II, 766 ; Rodière et Pont, II, 206 ; Troplong, III, 2030.

⁵ Pothier, n° 353. Odier, II, 767. Rodière et Pont, II, 201.

⁶ Le seul fait de l'extinction d'une dette ne ferait pas présumer qu'elle a été éteinte au moyen d'un paiement. Duranton, XV, 104 à 107. Odier, II, 771. Rodière et Pont, II, 212. Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 3. Troplong, III, 2032.

⁷ La raison en est que tout le mobilier présent et futur des époux tombant

La femme doit récompense, même pour le montant des dettes dont l'existence ne se trouve pas constatée par un acte ayant une date certaine antérieure au mariage⁸. Elle ne peut, en renonçant à la communauté, s'affranchir de l'obligation d'indemniser le mari des dettes qu'il a acquittées à sa décharge⁹.

b. Il ne s'opère aucune confusion entre les dettes dont les époux se trouvaient débiteurs l'un envers l'autre. Ainsi, par exemple, lorsque la femme était débitrice du mari, elle doit, en cas d'acceptation de la communauté, bonifier à celui-ci ou à ses héritiers la moitié et, en cas de renonciation, la totalité de sa dette¹⁰.

Du reste, la communauté demeure, malgré la clause de séparation de dettes, chargée, à partir du mariage, des intérêts ou ar-rérages de toutes les dettes des époux. Art. 1512.

La clause de séparation de dettes reste, durant la communauté, sans effet à l'égard des créanciers du mari. Ceux-ci sont donc autorisés, comme sous le régime de la communauté légale, et lors même que la consistance du mobilier du mari et de celui de la femme aurait été régulièrement constatée, à poursuivre le paiement de leurs créances sur tous les biens de la communauté, sans distinction des objets qui y sont tombés du chef du mari et de ceux qui y sont entrés du chef de la femme¹¹.

dans la communauté malgré la clause de séparation de dettes, les époux ne peuvent avoir d'autres ressources pour acquitter séparément leurs dettes que la vente de leurs immeubles. Duranton, XV, 104. Odier, Rodière et Pont et Marcadé, *loc. cit.*

⁸ *Nec obstat* art. 1410, al. 1. L'objet de cette disposition est uniquement de déterminer quelles sont les dettes de la femme qui, sous le régime de la communauté légale, tombent dans le passif de cette communauté. D'ailleurs, la date des actes souscrits par la femme est certaine à son égard; et la disposition de l'art 1410, al. 1, établie dans l'intérêt du mari, ne doit pas être rétorquée contre lui.

⁹ Cpr. § 511, texte n° 2, 4). Duranton, XV, 111. Odier, II, 783. Rodière et Pont, II, 219. Troplong, III, 2047.

¹⁰ Pothier, n° 353. Bellot des Minières, III, p. 159. Battur, II, 416. Duranton, XV, 102. Odier, II, 767. Rodière et Pont, II, 201.

¹¹ Cette proposition, conforme au principe que, durant la communauté, les biens communs sont censés, à l'égard des créanciers du mari, faire partie du patrimoine de ce dernier, était généralement admise dans notre ancien Droit. Renusson, part. I, chap. XI, n° 8. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. IV, n° 2. Duplessis, *De la communauté*, liv. I, chap. V, sect. II. Ferrière, sur l'art. 222 de la coutume de Paris. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. III, chap. IV, sect. VI, nos 7 et 8. Voy. aussi Pothier, n° 362 et suiv. Plusieurs auteurs modernes enseignent cependant, en se fondant sur la disposition du second alinéa de l'art. 1510, que les rédacteurs du Code ont entendu établir

Mais cette clause modifie, même durant la communauté, les droits des créanciers de la femme, lorsque le mobilier que celle-ci a apporté ou qui lui est échu pendant le mariage, a été constaté au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique¹². Dans ce cas, ces créanciers ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances que sur le mobilier qui est entré dans la communauté du chef de leur débitrice. Le mari demeure quitte envers eux, en leur abandonnant tout ce qui reste de ce mobilier, et en leur tenant compte de la valeur des objets qu'il ne représente point¹³.

Après le partage de la communauté, la clause de séparation de

sur ce point une règle contraire à l'ancienne doctrine. Voy. Battur, II, 412; Zachariæ, § 526, texte et note 9; Rodière et Pont, II, 215 à 217; Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 4; Troplong, III, 2042 et suiv. Mais l'induction qu'ils tirent de la disposition précitée, ne nous paraît point exacte. De ce qu'en l'absence d'inventaire, seul cas formellement prévu par le second alinéa de l'art. 1510, les créanciers de chacun des époux sont autorisés à poursuivre le paiement de ce qui leur est dû sur le mobilier apporté par l'autre, comme sur le surplus des biens de la communauté, il n'en résulte pas nécessairement que quand il y a eu inventaire, les créanciers du mari soient privés du droit de poursuivre le remboursement de leurs créances sur le mobilier tombé dans la communauté du chef de la femme. Ce n'est, en effet, que par un argument *a contrario* qu'on prétend justifier cette conclusion, et un pareil argument n'est point ici concluant, parce qu'il tendrait à écarter l'application du principe de droit commun rappelé en tête de la note. A notre avis, le législateur, en se servant des expressions *les créanciers de l'un et de l'autre des époux*, n'a voulu dire autre chose, si ce n'est qu'à défaut d'inventaire, les créanciers de la femme sont, tout aussi bien que ceux du mari, en droit de se venger sur le mobilier tombé du chef de ce dernier dans la communauté. Au point de vue pratique, il est d'ailleurs évident que le mari lui-même ne pourrait s'opposer à la saisie du mobilier apporté par la femme; et quant à celle-ci, elle n'aurait aucune qualité pour le faire, puisque son mobilier est, malgré la séparation de dettes, tombé d'une manière absolue dans la communauté. L'opposition de la femme aux poursuites des créanciers du mari ne se comprendrait que dans le cas où elle se serait réservé la faculté de reprendre ses apports, en renonçant à la communauté; et, dans cette hypothèse même, son opposition ne serait pas fondée à notre avis, puisque la réserve dont il s'agit n'empêchant pas que le mobilier de la femme ne tombe dans la communauté, elle ne pourrait s'en prévaloir qu'à l'aide d'une renonciation anticipée que la loi repousse. Delvincourt, III, p. 87. Bellot des Minières, III, p. 128. Duranton, XV, 110. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Communauté, n° 517. Odier, II, 773 à 777.

¹² Cet état doit, en ce qui concerne le mobilier que la femme a apporté en mariage, être antérieur à la célébration du mariage. Cependant, si la consistance de ce mobilier dépendait d'un compte de tutelle, ce compte, quoique rendu depuis le mariage, la constaterait suffisamment. Pothier, n° 363. Odier, II, 779.

¹³ Arg. *a contrario*, art. 1510, al. 2. Pothier, n° 364. Odier, II, 780. Rodière et Pont, II, 216. Troplong, III, 2041.

dettes devient efficace à l'égard tant des créanciers du mari que de ceux de la femme, lors même que le mobilier respectif des époux n'aurait pas été régulièrement constaté. Les créanciers de l'un des époux ne peuvent donc plus poursuivre l'autre en paiement de la moitié de leurs créances¹⁴.

§ 527.

b. *De la clause de franc et quitte*¹.

La déclaration que l'apport de l'un des époux est franc et quitte, c'est-à-dire qu'il n'est grevé d'aucune dette antérieure au mariage, peut être faite, soit par ses père et mère, ses ascendants, ou son tuteur, soit même par un étranger², Art. 1513.

La clause de franc et quitte n'a pas seulement pour effet de sou-

¹⁴ C'est ce que Pothier (*loc. cit.*) enseigne formellement quant aux créanciers de la femme; et sa décision doit également s'appliquer à ceux du mari, puisque le partage de la communauté fait cesser la confusion entre les biens communs et les biens propres de ce dernier. Delvincourt (III, p. 87) et M. Bellot des Minières (III, p. 180) pensent cependant que le mari reste, après le partage de la communauté, tenu envers les créanciers de la femme de la moitié de leurs créances, lorsqu'il n'a pas fait constater la consistance du mobilier de cette dernière. Ces auteurs ne s'expliquent pas, du reste, sur la position de la femme à l'égard des créanciers du mari. Voy. dans le sens de notre opinion : Duvergier, sur Toullier, XIII, 356, note 6. Rodière et Pont, II, 218. Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 3. Troplong, III, 2046.

¹ Cette clause peut être insérée dans un contrat de mariage par lequel les futurs époux déclarent se marier sans communauté, ou se soumettre au régime dotal. Toullier, XIII, 369. Duranton, XV, 135. Bellot des Minières, III, p. 209. Rodière et Pont, II, 221. — Elle diffère essentiellement de la clause par laquelle les parents de l'un des époux s'obligent à payer ses dettes antérieures au mariage, et de celle par laquelle les parents du mari ou un tiers garantissent à la femme la reprise de ses apports ou l'exécution des donations faites à son profit. Pothier, n° 372. Toullier, XIII, 367. Duranton, XV, 119 et suiv. Bellot des Minières, III, p. 209. Battur, II, 427. Odier, II, 796. Rodière et Pont, II, 230. Troplong, III, 2071 et 2072.

² La déclaration de franc et quitte émanée d'un étranger produit à sa charge les mêmes effets que si elle avait été faite par un ascendant ou par le tuteur. L'art. 1513 ne s'occupe, il est vrai, que de cette dernière hypothèse. Mais sa disposition, qui n'est pas conçue en termes restrictifs, doit, par identité de motif, recevoir application, quelle que soit la personne de laquelle émane la déclaration. Bellot des Minières, III, p. 191. Toullier, XIII, 369. Duranton, XV, 134. Odier, II, 786. Rodière et Pont, II, 223. Marcadé, sur l'art. 1513, n° 1.

mettre l'auteur de la déclaration à la garantie dont il sera ultérieurement parlé; elle oblige en outre l'époux à l'apport duquel elle s'applique, à indemniser son conjoint du montant des dettes dont il se trouvait grevé lors du mariage, et que la communauté a acquittées à sa décharge. La clause dont s'agit renferme donc virtuellement une espèce de convention de séparation de dettes³.

Cette convention tacite diffère de la clause expresse de séparation de dettes en ce qu'elle est absolument sans effet à l'égard des créanciers des époux, soit durant la communauté, soit même après sa dissolution⁴, et en ce qu'elle oblige l'époux qu'elle concerne à faire raison à son conjoint, non-seulement du principal de ces dettes, ainsi que des intérêts ou arrérages échus avant le mariage, mais encore de ceux qui ont couru durant le mariage⁵.

Le dédommagement dû à l'époux au profit duquel l'apport de l'autre a été déclaré franc et quitte, comprend non-seulement le préjudice que cet époux peut éprouver par suite de l'insuffisance des biens de la communauté ou de ceux de son conjoint pour se couvrir de ses reprises, indemnités, ou conventions matrimoniales, mais encore le dommage résultant de ce que la communauté ayant

³ La disposition de l'art. 1513, qui a virtuellement consacré ce principe, en statuant que l'indemnité due au conjoint de l'époux déclaré franc et quitte se prend avant tout sur la part de cet époux dans la communauté et sur ses biens personnels, est introductive d'un Droit nouveau. Anciennement on considérait la clause de franc et quitte comme n'ayant d'effet qu'entre le tiers qui avait fait la déclaration et l'autre conjoint. L'époux à l'apport duquel s'appliquait cette clause, n'était tenu de faire raison à la communauté de ses dettes antérieures au mariage qu'autant qu'il s'était expressément obligé à les payer séparément. Cpr. Pothier, nos 370 et suiv.; Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, nos 41 et suiv. Tous les auteurs modernes sont d'accord pour reconnaître l'innovation législative que nous venons d'indiquer, et qui s'explique par cette idée que l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte par une tierce personne, doit être considéré comme ayant adhéré à cette déclaration. Bellot des Minières, III, p. 191 à 198. Delvincourt, III, p. 89. Toullier, XIII, 364. Battur, II, 425. Duranton, XV, 116 et suiv. Odier, II, 787 et 788. Rodière et Pont, II, 222. Marcadé, sur l'art. 1513, no 1. Troplong, III, 2060 et 2061.

⁴ Delvincourt, III, p. 87. Toullier, XIII, 364. Duranton, XV, 115. Odier, II, 788. Rodière et Pont, II, 225. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2063. — M. Bellot des Minières (III, p. 198) attribue, au contraire, à la clause de franc et quitte tous les effets que la clause expresse de séparation de dettes produit à l'égard des créanciers. Mais son opinion est repoussée par le texte même de l'art. 1513 comparé à celui de l'art. 1510.

⁵ Voy. art. 1512. Pothier, no 375. Delvincourt, III, p. 87. Bellot des Minières, III, p. 202. Duranton, XV, 114. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 226. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2064.

eu à payer les dettes de son conjoint, la masse commune se trouve diminuée du montant de ces dettes⁶.

La garantie à laquelle se trouve soumise le tiers qui a déclaré franc et quitte l'apport de l'un des époux, n'est que subsidiaire. En d'autres termes, elle ne peut être exercée que dans le cas où les biens de l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte, sont insuffisants pour couvrir l'indemnité dont il est débiteur. Art. 1513, al. 1.

Le mari est autorisé à exercer, même durant la communauté, le recours en garantie qu'il peut avoir à former contre les tiers qui ont déclaré franc et quitte l'apport de la femme. Celle-ci, au contraire, ne peut agir contre les tiers qui lui doivent garantie à raison de l'apport du mari, qu'après la dissolution de la communauté. Art. 1513, al. 2.

Du reste, les tiers qui sont, en pareil cas, recherchés en garantie, ont leur recours contre l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte. Ce recours ne peut être exercé contre la femme qu'après la dissolution de la communauté, lors même que les tiers qui avaient garanti son apport, ont été poursuivis par le mari avant cette époque. Art. 1513, al. 2.

⁶ On admettait généralement dans l'ancien Droit que lorsque la femme avait été déclarée franche et quitte, le mari avait action pour se faire indemniser du préjudice que les dettes de la femme antérieures au mariage causaient à la communauté. Mais on n'était pas d'accord sur les effets de la déclaration de franc et quitte appliquée au mari. Suivant les uns, la femme n'avait de dédommagement à demander qu'à raison des pertes que les dettes du mari antérieures au mariage lui faisaient éprouver sur ses reprises et conventions matrimoniales. Suivant les autres, elle pouvait en outre, en cas d'acceptation, se faire indemniser de la diminution de sa part de communauté par suite de l'existence de pareilles dettes. Voy. pour la première opinion : Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, nos 41 et 42; Duplessis, *De la communauté*, liv. II, chap. I, sect. IV, *in fine*; Pothier, n° 366. Voy. pour la seconde opinion : Renusson, part. I, chap. XI, nos 36 et 37; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. III, chap. V, sect. I, nos 3 et 6. Il résulte nettement de la rédaction de l'art. 1513, que c'est la dernière solution que le législateur a entendu consacrer. Delvincourt, III, p. 88. Toullier, XIII, 366. Duranton, XV, 123. Bellot des Minières, III, p. 196. Odier, II, 789. Rodière et Pont, II, 229. Marcadé, sur l'art. 1513, n° 2. Trolong, III, 2059. Voy. en sens contraire : Battur, II, 425.

§ 528.

c. *De la clause par laquelle la femme stipule la reprise de son apport franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté*¹.

La femme peut, par une clause du contrat de mariage, se réserver la faculté de reprendre franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté, tout ou partie de ses apports². Art. 1514, al. 1.

Toute clause de cette nature doit, comme dérogeant aux règles de la communauté légale, être interprétée restrictivement, tant en ce qui concerne les objets dont la reprise peut être exercée, qu'en ce qui concerne les personnes admises à invoquer le bénéfice de la clause. Art. 1514, al. 1.

De là résultent plusieurs conséquences :

a. Lorsque la femme s'est réservé la faculté de reprendre le mobilier qui lui écherra durant la communauté, elle n'est point autorisée à exercer la reprise de celui qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage.

b. Lorsqu'elle a stipulé la reprise de ses apports, ou même de son mobilier, sans mentionner spécialement son mobilier futur, elle n'est autorisée à reprendre que le mobilier qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage. Art. 1514, al. 2.

c. La faculté de reprise stipulée en faveur de la femme ne s'étend point à ses enfants. Si elle a été stipulée en faveur de la femme et de ses enfants, elle ne profite ni à ses ascendants ni à ses collatéraux ; et si elle l'a été en faveur de la femme et de ses héritiers, elle ne s'étend point à ses successeurs universels, encore

¹ Lorsqu'en stipulant la reprise de son apport franc et quitte, la femme l'a fait en ajoutant qu'il resterait affranchi même des engagements qu'elle aurait contractés avec son mari et des condamnations qui seraient prononcées contre elle à raison de pareils engagements, cette addition change-t-elle la nature et l'objet de la clause, de telle sorte qu'elle devienne opposable aux tiers comme emportant une soumission partielle et conditionnelle au régime dotal ? Cpr. sur cette question, qui a été soulevée dans ces derniers temps : § 533, texte et notes 10 à 12.

² La clause par laquelle la femme se serait réservé la faculté de reprendre en cas d'acceptation tout ou partie du mobilier par elle apporté, ne serait plus celle dont s'occupe l'art. 1514, mais une espèce de réalisation portant sur la valeur de ce mobilier. Cpr. Bellot des Minières, III, p. 213 ; Rodière et Pont, II, 240 ; Troplong, III, 2105 ; Toulouse, 27 janvier 1844, Sir., 44, 2, 391.

que ceux-ci jouissent de la saisine légale, en vertu de l'art. 1006³. Art. 1514, al. 3.

Mais cette règle d'interprétation restrictive ne serait plus admissible, si elle devait avoir pour effet d'exclure du bénéfice de la reprise des parents qui, au point de vue du droit de succession, sont préférables à ceux dont la clause fait expressément mention. Ainsi, la reprise stipulée au profit de la femme et de ses collatéraux s'étend à ses enfants⁴.

Quant au terme *enfants*, il comprend les descendants à quelque degré qu'ils se trouvent, et s'applique non-seulement aux enfants à naître du mariage, mais encore à ceux que la femme peut avoir d'une précédente union⁵, et même à ses enfants naturels⁶.

Du reste, lorsque, par la dissolution de la communauté, le droit de reprise s'est une fois ouvert au profit de la femme ou des autres personnes en faveur desquelles il avait été stipulé, il passe à tous leurs successeurs universels sans distinction, et peut être exercé par leurs créanciers⁷.

³ Duranton, XV, 160 et 161. Odier, II, 850. Rodière et Pont, II, 258. Marcadé, sur l'art. 1514, n° 2. Voy. cependant Bellot des Minières, III, p. 228; Battur, II, 463. — Il est bien entendu que le légataire universel qui eût été, à défaut d'institution testamentaire, appelé à la succession en qualité d'héritier, serait admis à exercer la reprise.

⁴ L'argument *a contrario* doit faire place en pareil cas à l'argument *a fortiori*. Pothier, nos 389 et 390. Toullier, XIII, 386 et 387. Battur, II, 453. Duranton, XV, 158. Rodière et Pont, II, 253. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2082. Voy. en sens contraire : Odier, II, 849.

⁵ Pothier, n° 387. Duranton, XV, 156. Odier, II, 847. Rodière et Pont, II, 248 et 249. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2083. — Il en serait autrement si la reprise n'avait été stipulée qu'en faveur des enfants à naître du mariage. Pothier, n° 387. Duranton, XV, 157. Rodière et Pont, et Troplong, *loc. cit.*

⁶ Rodière et Pont, II, 249. Marcadé, sur l'art. 1514, n° 2. Voy. en sens contraire : Odier, II, 847. — La reprise stipulée au profit de la femme et de ses héritiers s'étend-elle à ses enfants naturels ? Après nouvel examen de la question, nous croyons devoir la résoudre par l'affirmative. Il nous paraît impossible d'admettre qu'en stipulant la reprise au profit de ses héritiers même collatéraux, la femme n'ait pas entendu la stipuler également, et à plus forte raison, en faveur de ses enfants naturels. En vain objecterait-on que ces enfants ne sont point héritiers. Cette objection, qui serait péremptoire sans doute s'il s'agissait de l'application d'une disposition légale, ne nous paraît rien moins que décisive quand il est question de l'interprétation d'une convention. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 92; Duranton, XV, 162; Odier, II, 850; Rodière et Pont, II, 251. Voy. aussi Bellot des Minières, III, p. 224.

⁷ Pothier, n° 393. Battur, II, 464. Duranton, XV, 151 et 163. Odier, II, 855 et 856. Rodière et Pont, II, 256. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2087 à 2089.

D'un autre côté, il se peut que telle personne qui, de son propre chef, ne serait pas fondée à exercer la reprise du mobilier de la femme, profite de la reprise exercée par une autre personne en faveur de laquelle elle a été réservée. C'est ainsi que, dans l'hypothèse où une femme ayant des enfants d'un premier lit n'a stipulé la reprise de son mobilier qu'en faveur des enfants à naître du nouveau mariage, les enfants du premier lit profitent de la reprise exercée par ces derniers, en ce sens que le mobilier qui en forme l'objet se partage entre eux et les enfants du second lit, comme le surplus des biens délaissés par leur mère. C'est ainsi encore que le légataire à titre universel de la femme peut être appelé à profiter de la reprise exercée par un héritier en faveur duquel elle a été réservée⁸.

La règle d'interprétation ci-dessus posée n'empêche pas que les personnes en faveur desquelles a été réservée la faculté de reprendre le mobilier de la femme, ne puissent l'exercer en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de biens, quoique, en la stipulant, les parties n'aient expressément mentionné que l'hypothèse de la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux⁹.

La clause de reprise de l'apport de la femme n'a pas pour effet de réserver à celle-ci la propriété de son mobilier. Ce mobilier tombe dans la communauté. Il en est de même des immeubles que la femme a ameublis d'une manière absolue. Ainsi, les créanciers de la communauté ou du mari peuvent frapper de saisie le mobilier de la femme, de même que les autres biens communs. Ainsi encore, la femme ne peut revendiquer contre les tiers détenteurs les immeubles ameublis que le mari a aliénés; et elle est tenue de respecter les hypothèques ou les servitudes qu'il peut avoir consenties sur ces immeubles¹⁰.

⁸ Pothier, n° 387. Duranton, XV, 149 et 165. Odier, II, 852 et 853. Rodière et Pont, II, 249 et 258. — Ces hypothèses ne sont pas les seules où une personne obtient, par le moyen d'un tiers avec lequel elle se trouve en concours, des avantages qu'elle ne serait pas admise à réclamer de son propre chef. Cpr. art. 1098 et § 690, texte et note 40; art. 757 et § 605, note 11.

⁹ Si la femme n'a mentionné que cette hypothèse, c'est parce qu'elle ne devait pas supposer que son mari la mettrait dans la nécessité de provoquer la séparation de corps ou de biens. Pothier, n° 381. Bellot des Minières, III, p. 214. Battur, II, 446. Duranton, XV, 150. Odier, II, 851. Rodière et Pont, II, 241. Troplong, III, 2085 et 2086.

¹⁰ Pothier, n° 409. Duranton, XV, 171. Odier, II, 857 et 861. Rodière et Pont, II, 266, 267 et 271. — M. Battur (II, 399 et 444) enseigne le contraire; mais son opinion est évidemment en opposition avec l'art. 1507, al. 1 et 2.

Lorsque tout ou partie du mobilier de la femme n'existe plus, les personnes autorisées à en exercer la reprise, ont droit contre le mari à une indemnité pour la valeur du mobilier manquant, sauf à ce dernier à prouver que ce mobilier a péri sans sa faute.

La consistance du mobilier dont la femme entend exercer la reprise, doit être constatée dans les formes prescrites relativement au mobilier exclu de la communauté au moyen d'une clause de réalisation. Les règles développées à ce sujet au § 522 reçoivent ici leur application.

La reprise du mobilier ne peut avoir lieu que déduction faite, d'une part, des dettes qui le grevaient et que la communauté a payées¹¹, et, d'autre part, des dettes dont la femme est, malgré sa renonciation, demeurée débitrice envers la communauté. Art. 1514, al. 4.

Quant aux dettes que la femme a contractées avec l'autorisation du mari, ou même avec celle de la justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, et qui d'ailleurs ne seraient pas de nature à donner lieu à récompense de sa part, elles restent, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, à la charge du mari. Mais vis-à-vis des tiers envers lesquels elle s'est engagée, la femme n'en demeure pas moins obligée au paiement de pareilles dettes, sauf son recours contre son mari¹².

Les intérêts des sommes qui peuvent être dues à la femme en vertu de son droit de reprise, ne courent qu'à dater de la demande en justice¹³.

¹¹ Si, au lieu de stipuler la reprise de ses apports, la femme s'était réservé la faculté de reprendre une certaine somme pour lui tenir lieu de ce qu'elle a apporté, et, à plus forte raison, si elle s'était seulement réservé la faculté de reprendre certains objets déterminés, la reprise s'exercerait sans aucune déduction des dettes grevant son apport. Pothier, n° 411. Duranton, XV, 162. Odier, II, 865. Rodière et Pont, II, 265. Marcadé, sur l'art. 1514, n° 3. Troplong, III, 2102. Voy. en sens contraire : Battur, II, 444. Il nous paraît que cet auteur n'a pas bien saisi l'hypothèse à laquelle s'applique notre solution.

¹² Caen, 28 mai 1849, Sir., 49, 2, 694.

¹³ Marcadé, sur l'art. 1515, n° 3. Cpr. Duranton, XV, 173; Nancy, 29 mai 1828, Sir., 29, 2, 231. Voy. en sens contraire : Odier, II, 868; Rodière et Pont, II, 262; Troplong, II, 2103. L'opinion que nous professons ici, n'est pas, quoiqu'on en ait dit, en contradiction avec celle que nous avons émise au § 511, texte n° 1 et note 14. Les créances pour récompenses et indemnités sont des créances qui prennent naissance durant la communauté et contre la communauté; la renonciation de la femme ne saurait anéantir ce fait, auquel se trouve attachée l'application de l'art. 1473. La créance dont nous nous occupons actuellement étant au contraire subordonnée à la renonciation de la femme, renonciation

§ 529.

d. Du préciput conventionnel¹.

Le préciput conventionnel est la clause par laquelle les futurs époux conviennent que le survivant d'entre eux, ou que l'un d'eux en cas de survie², sera autorisé à prélever sur la masse commune, avant tout partage, soit une certaine somme, soit une certaine quantité d'objets mobiliers ou immobiliers, soit enfin certains meubles ou immeubles spécialement désignés. Le préciput, d'ailleurs, peut être stipulé en usufruit seulement, aussi bien qu'en pleine propriété. Art. 1515, al. 1³.

Cette clause constitue de sa nature, non une libéralité soumise, soit quant à la forme, soit quant au fond, aux règles des donations, mais simplement une convention ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Art. 1516⁴. Il en est ainsi

qui elle-même ne peut intervenir qu'après la dissolution de la communauté, on est forcé de reconnaître que la communauté n'a jamais pu devenir débitrice d'une pareille créance, qui constitue de sa nature même une créance contre le mari, soumise comme telle à l'application de l'art. 1479. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les créances pour récompenses ou indemnités, reposant sur un motif évident d'équité, sont éminemment favorables; tandis que la créance dont il s'agit en ce moment, dérivant de l'exercice d'une faculté cohorbitante du Droit commun, ne mérite pas la même faveur.

¹ Cpr. *Traité des gains nuptiaux et de survie*, par Boucher d'Argis, Lyon, 1735, in-4°. — Plusieurs coutumes avaient établi un préciput légal au profit du survivant de deux conjoints nobles. Cpr. Pothier, nos 414 et suiv.

² Les futurs époux peuvent aussi stipuler un préciput au profit des héritiers de l'époux prémourant. Comme cette clause, d'ailleurs fort rare, est régie, *mutatis mutandis*, par les règles relatives au préciput conventionnel ordinaire, nous ne nous en occuperons pas d'une manière spéciale. Cpr. Bellot des Minières, I, p. 9, III, p. 256.

³ L'indication que donne l'art. 1515 des objets dont le préciput peut se composer, n'est pas limitative. — Les époux peuvent aussi convenir du prélèvement de plusieurs objets de nature diverse, soit cumulativement les uns avec les autres, soit sous une alternative. Pothier, nos 440 et suiv. Au dernier cas, le choix des objets à prélever appartient à l'époux au profit duquel le préciput a été stipulé. *Nec obstat* art. 1190. Duranton, XV, 184. Rodière et Pont, II, 280.

⁴ La rédaction de cet article est assez ambiguë. On serait, au premier abord, porté à en conclure, par argument *a contrario*, que le préciput constitue au fond une véritable donation, et qu'il est ainsi, comme toute disposition à titre

dans le cas même où, en vertu de la stipulation exceptionnelle permise par le premier alinéa de l'art. 1515, la femme exerce le préciput en renonçant⁵. Cependant l'avantage qui peut en résulter pour l'un des conjoints, est sujet à réduction dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3⁶.

La clause de préciput doit être restreinte aux objets que les parties ont formellement indiqués. Ainsi, lorsque la femme a stipulé la faculté de prélever, avant tout partage, les linges et hardes à son usage, elle n'est pas autorisée à retirer également ses bijoux⁷. Ainsi encore, lorsque la femme s'est réservé la faculté de prélever les bijoux qu'elle a apportés en mariage, elle n'a pas le droit de prélever ceux qui ont été achetés pendant le mariage, si ce n'est jusqu'à concurrence de ceux qu'elle avait apportés, et qui auraient été vendus ou échangés.

gratuit, sujet à réduction au profit de tout héritier à réserve sans distinction; mais telle ne nous paraît pas avoir été la pensée des rédacteurs du Code. En effet, il est hors de doute qu'ils ont voulu, dans l'art. 1516, reproduire une proposition émise par Pothier, au n° 442 de son *Traité de la communauté*. Or, il suffit de lire ce passage, pour reconnaître que Pothier ne considère la convention de préciput comme renfermant un avantage que relativement à l'application de l'édit des secondes nocces, c'est-à-dire seulement en ce qui concerne l'hypothèse où l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage. C'est donc dans ce sens que l'on doit entendre l'art. 1516, d'autant plus que cette interprétation est conforme à l'esprit général du Code sur les conventions qui ont pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Cpr. art. 1527. Elle se justifie d'ailleurs, en général, et sauf le cas où le préciput est stipulé au profit de la femme même en cas de renonciation à la communauté, par un argument *a fortiori* que fournit l'art. 1525. Bellot des Minières, III, p. 267. Battur, II, 470. Duranton, XV, 490. Odier, II, 872. Rodière et Pont, II, 277. Marcadé, sur l'art. 1516. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 94; Taulier, V, p. 203; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 246; Zachariæ, § 529, texte et note 4.

⁵ Suivant M. Troplong (III, 2124), la convention de préciput constituerait, dans l'hypothèse indiquée au texte, une donation sujette à réduction, même au profit des enfants issus du mariage. Mais nous ne comprenons pas que la renonciation de la femme puisse avoir pour effet de transformer en donation, une clause que l'éminent magistrat considère lui-même comme ne formant, en cas d'acceptation, qu'une simple convention matrimoniale. D'ailleurs toute donation suppose l'*animus donandi*. Or, ce n'est pas, en général, à titre de libéralité que la femme stipule et que le mari consent la clause dont s'agit : le préciput que la femme se réserve d'exercer même en renonçant, ne constitue d'ordinaire pour elle qu'un moyen de se soustraire aux embarras d'une liquidation de communauté, ou de se garantir contre les suites de la mauvaise administration du mari.

⁶ Voy. aussi § 684 *ter*, texte n° 2 et note 24.

⁷ Pothier, n° 440. Toullier, XIII, 408. Duranton, XV, 483. Odier, II, 874. Rodière et Pont, II, 284.

Si le préciput est illimité, c'est-à-dire s'il comprend tous les objets d'une certaine espèce qui dépendront de la communauté au jour de sa dissolution, et que la quantité ou la valeur de ces objets se trouve être excessive, eu égard à l'intention probable des parties appréciée d'après leur condition et leur fortune, les héritiers de l'époux prédécédé sont fondés à en demander la réduction, *arbitrio judicis*⁸. Il en est ainsi surtout des acquisitions faites dans la vue de grossir le préciput pendant la dernière maladie du conjoint prédécédé⁹.

Le droit au préciput ne s'ouvre de droit commun, et sauf stipulation contraire, que par la mort de l'un des époux¹⁰. Art. 1517.

Lorsque les deux époux ont péri ensemble, dans un naufrage ou dans un incendie par exemple, sans qu'on puisse établir lequel est décédé le premier, il n'y a pas lieu à l'application des présomptions de survie établies par les art. 720 à 722¹¹, et par suite les héritiers de l'un et de l'autre des époux sont également non recevables à réclamer le préciput.

En cas d'absence de l'un des conjoints, l'époux présent est autorisé, en optant pour la dissolution de la communauté, à réclamer provisoirement son préciput, à la charge de donner caution pour la sûreté des objets prélevés qu'il pourra éventuellement avoir à restituer¹². Art. 124.

⁸ Pothier, n° 441. Merlin, *Rép.*, v° Préciput conventionnel, § 2, n° 3. Battur, II, 467. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 407 ; Odier, II, 871 ; Rodière et Pont, II, 283 ; Marcadé, sur l'art. 1515, n° 1 ; Troplong, III, 2112. Ces derniers auteurs ne paraissent pas avoir parfaitement saisi l'opinion de Pothier, que nous avons voulu reproduire. Il ne s'agit pas, comme ils le supposent, de porter atteinte à la liberté pleine et entière dont jouissent les futurs époux dans la fixation du préciput, mais seulement d'empêcher que le préciput ne soit porté à une valeur exagérée, au moyen d'acquisitions faites dans ce but, et contrairement à l'intention commune des parties au moment de la passation du contrat.

⁹ Pothier, *loc. cit.* Battur, II, 468. Rodière et Pont et Marcadé, *loc. cit.*

¹⁰ D'après l'art. 1517, et avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile de l'un des conjoints donnait ouverture au préciput, aussi bien que sa mort naturelle. Cpr. § 82, texte et note 3.

¹¹ Cpr. § 53, note 8. Pothier, n° 444. Bellot des Minières, III, p. 267. Battur, II, 472. Duranton, XV, 192. Odier, II, 876. Rodière et Pont, II, 291. Marcadé, sur l'art. 1517. Troplong, III, 2127.

¹² M. Duranton (XV, 197) enseigne que le mari n'est pas, en pareil cas, tenu de fournir caution. Il se fonde sur ce que le mari étant chef de la communauté, et n'exerçant son préciput que sur les biens communs, la femme ne peut jamais avoir de restitution à lui demander. Mais cette supposition n'est pas exacte ; car il se peut que la femme reparaisse ou qu'elle donne de ses nouvelles postérieurement au décès du mari, et dans ce cas les héritiers de ce dernier doivent restituer la moitié du préciput qu'il a prélevé. Rodière et Pont, I, 779.

La séparation de corps et la séparation de biens ne donnent point, en général, ouverture au préciput. Art. 1452. La séparation de biens laisse subsister le droit éventuel au préciput, même en faveur du mari¹³. En cas de séparation de corps, l'époux qui l'a obtenue conserve seul son droit au préciput; l'époux, au contraire, contre lequel elle a été prononcée en est déchu, alors même que le préciput aurait été réciproquement établi au profit des deux conjoints¹⁴.

Lorsque la femme accepte la communauté dissoute par suite de séparation de corps ou de biens, les droits des époux se liquident provisoirement sans égard à la clause de préciput; et les objets, attribués à chacun des époux par suite de cette liquidation, restent ou doivent être mis à sa libre disposition jusqu'à l'ouverture du préciput¹⁵, époque à laquelle les héritiers du prémourant sont tenus de restituer au survivant qui aura conservé son droit au préciput, la moitié de la somme ou des objets dont il se compose. Art. 1518. Les époux qui auraient tous les deux conservé leur droit éventuel au préciput, ne sont point autorisés à se demander respectivement caution pour la sûreté de la restitution dont il vient d'être parlé. Ce droit n'appartiendrait pas même à la femme qui, ayant obtenu la séparation de corps, aurait seule conservé son droit au préciput.

Que si la femme renonce à la communauté, elle perd par cela même son droit au préciput, à moins qu'elle ne se soit réservé ce droit même en renonçant. Dans ce cas, et si la communauté s'est dissoute par une séparation de corps prononcée à sa demande, elle peut exiger de son mari une caution pour la restitution de la somme ou des objets sur lesquels porte son préciput, et qui restent provisoirement entre les mains de ce dernier¹⁶. Art. 1518 *in fine*.

¹³ *Non obstat* art. 1452. Voy. sur le véritable sens de cet article : § 515, texte n° 2, et note 18. Toullier, XIII, 394. Duranton, XV, 495. Odier, II, 882. Rodière et Pont, II, 304. Marcadé, sur l'art. 1518, n° 4.

¹⁴ Art. 1518 et arg. *a cont.* de cet article. Cpr. § 494, texte n° 3, notes 20 et 21.

¹⁵ MM. Duranton (XV, 494) et Taulier (V, p. 205, 3^e) enseignent que si la séparation de corps a été prononcée contre la femme, le mari est autorisé à garder en entier la somme ou les objets composant son préciput, en offrant de fournir caution pour la restitution de la moitié de la valeur de ce préciput, dans le cas où il viendrait à prédécéder. Mais nous ne saurions partager cette opinion, qui est contraire à la généralité de la première disposition de l'art. 1518, d'après laquelle il n'y a pas lieu, en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps, à la délivrance actuelle du préciput.

¹⁶ L'interprétation de la disposition finale de l'art. 1518 a donné lieu à divers

La femme qui a fait prononcer la séparation de biens jouit du même droit¹⁷.

La règle d'après laquelle le droit au préciput ne s'ouvre qu'au

systèmes. Celui que nous proposons prend son point de départ dans ce principe incontestable que le débiteur d'une dette, soit actuelle, soit éventuelle, ne saurait être tenu de fournir caution qu'autant qu'il s'y trouve astreint par une convention, par un jugement, ou par une disposition formelle de la loi. Nous en concluons tout d'abord que le mari ne peut, dans aucun cas, et alors même que la communauté aurait été dissoute par suite d'une séparation de corps prononcée sur sa demande, exiger de la femme qui accepte la communauté, une caution pour la restitution de la moitié de la somme ou des objets soumis à son préciput. On ne trouve, en effet, dans l'art. 1518 rien qui l'y autorise; et bien loin de là, cet article, en accordant à la femme seule le droit de demander caution, fournit contre le mari un argument *a contrario* parfaitement concluant. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, 274; Toullier, XIII, 397; Odier, II, 880; Rodière et Pont, II, 302; Marcadé, sur l'art. 1518, n° 3. Cpr. Zachariæ, § 529, note 8. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, part. I, p. 48, part. II, p. 94; Taulier, V, p. 205, n° 4. La controverse ne peut donc, à notre avis, sérieusement s'établir que sur le point de savoir si la femme qui a fait prononcer la séparation, soit de corps, soit de biens, peut demander caution au mari, même en acceptant la communauté. Les considérations suivantes nous portent à adopter la négative, et à restreindre ainsi pour la femme la faculté de demander caution au cas où elle renonce à la communauté, et où elle conserve malgré cela son droit au préciput. En disant que *la somme ou la chose que constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari*, l'art. 1518 suppose évidemment que la femme a renoncé à la communauté, car de quel droit le mari retiendrait-il, même au cas d'acceptation, la totalité de la somme ou de la chose soumise au préciput, dont la moitié tout au moins doit revenir à la femme à titre de partage, et pourquoi placerait-on cette dernière, qui cependant a obtenu la séparation de corps ou de biens, dans une position provisoire pire que celle dans laquelle elle se trouverait si aucun préciput n'avait été stipulé à son profit. D'un autre côté, la faveur spéciale que la loi a fait à la femme s'explique parfaitement, quand on la restreint au cas où elle renonce à la communauté. Cette renonciation, en effet, élève contre le mari une présomption de mauvaise administration, et rend d'autant plus nécessaires des garanties destinées à protéger les intérêts de la femme, que les valeurs formant l'objet de son préciput demeurent tout entières aux mains du mari, ce qui ne peut jamais se rencontrer pour le préciput de ce dernier qui, n'étant pas admis à renoncer à la communauté, reçoit toujours au moins la moitié des valeurs composant son préciput. Nous ajouterons que notre interprétation, qui aboutit, en définitive, à absoudre le législateur du reproche d'inconséquence ou d'inexactitude qu'on lui a adressé, trouve dans ce résultat même sa complète justification. Voy. en ce sens : Toullier, XIII, 397; Rodière et Pont, II, 302; Marcadé, sur l'art. 1518, n° 3. Voy. en sens contraire : Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, XV, 194; Taulier, V, p. 204, n° 1; Odier, II, 881; Troplong, III, 2135; Zachariæ, § 529, texte et note 7.

¹⁷ Arg. art. 1518. Battur, II, 474. Duranton, XV, 195. Odier, II, 882. Rodière et Pont, II, 304. Marcadé, sur l'art. 1518, n° 4.

décès de l'un des époux, est susceptible d'être modifiée par les parties. C'est ainsi, par exemple, que la femme peut stipuler que son droit au préciput s'ouvrira dans le cas de dissolution de la communauté, par suite de séparation de biens ou de séparation de corps prononcée à sa requête ¹⁸.

Le préciput ne peut, de sa nature, s'exercer que par voie de prélèvement sur la masse commune, composée conformément aux règles développées au § 519. Ainsi, la femme ne peut, en général, réclamer son préciput qu'en acceptant la communauté. Ainsi encore, elle ne peut, en cas d'insuffisance de la masse commune, exercer son préciput sur les biens propres du mari. Il en serait autrement, pour l'une et l'autre de ces conséquences, si la femme avait stipulé le droit de prendre son préciput, même en renonçant à la communauté. Dans cette hypothèse, elle serait autorisée à le réclamer malgré sa renonciation; et elle pourrait en poursuivre le paiement sur les biens propres du mari, quand même elle accepterait la communauté ¹⁹. Art. 1515.

Du reste, la clause de préciput n'altère en rien les droits qui, sous le régime de la communauté légale, appartiennent aux créanciers des époux. Ces créanciers peuvent donc poursuivre la vente des objets dont le prélèvement a été stipulé au profit de l'un des époux, sauf à celui-ci son indemnité pour la valeur de ces objets. Art. 1519. Cette indemnité ne peut être poursuivie que sur la part de l'autre époux dans la masse commune, à moins qu'elle ne soit due à la femme, et que celle-ci n'ait stipulé le préciput même pour le cas de renonciation à la communauté, auquel cas elle peut poursuivre son indemnité sur les biens personnels du mari ²⁰.

¹⁸ Merlin, *Rép.*, v^o Préciput conventionnel, § 1, n^o 1. Battur, II, 474. Toulhier, XIII, 398. Duranton, XV, 181 et 182. Odier, II, 874. Rodière et Pont, II, 288. Marcadé, sur l'art. 1518, n^o 4. Troplong, III, 2129 et 2130. Req. rej., 26 janvier 1808, Sir., 8, 1, 809. Limoges, 6 août 1849, Sir., 50, 2, 108.

¹⁹ Pothier, n^o 448. Duranton, XV, 187. Rodière et Pont, II, 209. — On voit, d'après cela, que la clause par laquelle la femme se réserve la faculté de reprendre, en cas de renonciation, une certaine somme pour lui tenir lieu de ses apports, lui est moins avantageuse que la clause de préciput, avec stipulation qu'elle aura droit au préciput même en cas de renonciation. La femme peut user de cette dernière clause, même en acceptant la communauté, tandis qu'elle ne peut user de la première qu'en y renonçant.

²⁰ C'est ce que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu exprimer dans l'art. 1519 par ces termes, *sauf le recours de l'époux conformément à l'art. 1515*. *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, XIII, p. 256). Odier, II, 887. Rodière et Pont, II, 310. Marcadé, sur l'art. 1519.

§ 530.

e. Des clauses tendant à modifier la règle du partage égal de la communauté.

La règle d'après laquelle la masse commune se partage par moitié entre les deux époux ou leurs héritiers, est susceptible d'être modifiée de diverses manières, et notamment par les clauses suivantes¹. Art. 1520.

1° Les futurs époux peuvent, quelle que soit l'importance respective de leurs apports, assigner, soit à l'un d'eux nommément, soit au survivant ou aux héritiers du prémourant², une part ou plus forte ou moindre que la moitié de la communauté. Cette convention peut être faite, soit purement et simplement, soit sous une condition, par exemple pour le cas où il n'y aura pas d'enfants du mariage³.

L'époux dont les droits ont été réduits, ne supporte les dettes de la communauté que dans la proportion de la part qu'il prend dans l'actif. Art. 1521, al. 1. Cette règle de contribution reste étrangère aux rapports des époux et de leurs créanciers respectifs, tant que dure la communauté; et même après sa dissolution, elle ne peut être opposée à ces derniers par le mari qu'autant qu'il s'agit de dettes personnelles à la femme, dont il n'est tenu qu'en sa qualité d'associé, et non comme chef de la communauté. Quant à la femme, elle ne peut être poursuivie pour les dettes communes qui ne procèdent pas de son chef, que dans la proportion

¹ L'énumération que renferme l'art. 1520 n'est pas limitative. Ainsi, par exemple, les époux peuvent assigner à l'un d'eux les immeubles, et à l'autre le mobilier de la communauté. Les effets de cette clause se détermineraient par des principes analogues à ceux qui régissent la convention dont s'occupe l'art. 1521. Cpr. § 522, texte et note 33. Marcadé, sur l'art. 1520. Troplong, III, 2143. Req. rej., 16 avril 1830, Sir., 33, 1, 171. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 316, note 2. — Ainsi encore les époux peuvent attribuer au survivant la totalité, soit de l'actif mobilier, soit de l'actif immobilier, en sus de sa part dans le surplus de la communauté. Douai, 17 juin 1847, Sir., 49, 2, 71.

² L'art. 1520, qui porte *à l'époux survivant ou à ses héritiers*, présente un singulier vice de rédaction. Il est évident que l'on a voulu dire, à l'époux survivant ou aux héritiers du prémourant.

³ Bellot des Minières, III, p. 278. Duranton XV, 199. Odier, II, 921. Rodière et Pont, II, 320. Marcadé, sur l'art. 1521, n° 1. Troplong, III, 2145.

de sa part dans l'actif, lorsqu'elle est inférieure à la moitié; mais aussi peut-elle l'être dans cette proportion, lorsque sa part est supérieure à la moitié. Il est du reste bien entendu que, sauf son recours tel que de droit, chacun des époux demeure tenu envers les créanciers de l'intégralité des dettes qui procèdent de son chef.

La convention par laquelle les époux, en assignant à l'un d'eux une part dans l'actif ou plus grande ou moindre que la moitié, stipuleraient que cet époux supportera les dettes communes dans une proportion différente de cette part, serait nulle, non-seulement en ce qui concerne le partage du passif, mais encore en ce qui concerne celui de l'actif⁴. En pareil cas, la communauté se partagerait donc activement et passivement comme si les époux n'avaient pas dérogé aux règles de la communauté légale, c'est-à-dire par moitié. Art. 1521, al. 2.

Lorsque la femme a stipulé une part plus forte que la moitié dans l'actif de la communauté, elle n'en jouit pas moins, ainsi que ses héritiers, des droits mentionnés aux art. 1453 et 1483⁵.

Si les époux ont assigné au survivant ou aux héritiers du prémourant une part supérieure ou inférieure à la moitié, la convention ne reçoit son exécution qu'après le décès de l'un des époux. Il en est de même de la convention par laquelle il a été assigné à l'un des époux, en cas de survie, une part plus forte que la moitié. Ainsi, lorsque la communauté vient à se dissoudre par suite de séparation de corps ou de biens, elle se partage provisoirement par moitié entre les deux époux, sans que celui d'entre eux qui peut éventuellement avoir droit à une part supérieure à la moitié, soit autorisé à demander caution à l'autre⁶.

⁴ M. Duranton (XV, 206) enseigne que si l'époux chargé de payer les dettes dans une proportion plus forte que sa part dans l'actif, consentait à les supporter dans cette proportion, ou si l'époux dispensé de contribuer aux dettes dans une proportion égale à sa part dans l'actif, offrait de les supporter dans cette proportion, l'autre époux ne serait pas admis à opposer la nullité de la convention. Mais nous ne saurions partager cette manière de voir. La disposition du deuxième alinéa de l'art. 1521 est trop explicite pour qu'il soit possible d'admettre que les rédacteurs du Code n'aient voulu frapper de nullité que la stipulation relative au partage des dettes. C'est la convention tout entière qu'ils ont déclarée nulle, en suivant l'opinion de Pothier (n° 449). Delvincourt, III, p. 93. Battur, II, 480. Odier, II, 893. Rodière et Pont, II, 325. Marcadé, sur l'art. 1521, n° 2. Trolong, III, 2150.

⁵ Odier, II, 894. Rodière et Pont, II, 326.

⁶ Cpr. § 529, texte, notes 15 et 16. Rodière et Pont, II, 327. Voy. cependant Odier, II, 895.

2° Les futurs époux peuvent stipuler que l'un d'eux ou ses héritiers n'auront à prétendre qu'une certaine somme pour tous droits de communauté.

Cette stipulation peut être faite sous telles conditions que les parties jugent convenables. Elle peut notamment être subordonnée au prédécès de l'un des époux, en ce sens qu'elle ne produira d'effet qu'à l'égard de ses héritiers, et qu'au cas de survie de cet époux la communauté se partagera par moitié. Art. 1523.

La convention dont il est actuellement question constitue un forfait, au moyen duquel la masse commune est d'avance abandonnée à l'autre époux ou à ses héritiers. L'époux dont les droits ont été ainsi fixés à une certaine somme, est fondé à la réclamer, peu importe que l'actif de la communauté, après déduction des dettes, suffise ou non pour l'acquitter. Art. 1522.

Lorsque c'est le mari ou ses héritiers qui retiennent, en vertu de la clause dont il s'agit, la totalité de la communauté, les droits et les obligations des époux ou de leurs héritiers, soit entre eux, soit à l'égard des tiers créanciers, sont, sauf le paiement de la somme promise, les mêmes que dans le cas où la femme renonce à la communauté légale. Ainsi, le mari ou ses héritiers sont tenus, soit envers les créanciers, soit envers la femme ou ses héritiers, de l'intégralité des dettes communes. Art. 1524, al. 1. Ainsi encore, les créanciers n'ont aucune action contre la femme ou ses héritiers, si ce n'est pour les dettes au paiement desquelles elle se trouve personnellement obligée; et lorsqu'elle est poursuivie à raison de pareilles dettes, elle a son recours tel que de droit contre le mari. Art. 1524, al. 2 cbn. 1494. Enfin, la femme reste débitrice des récompenses ou indemnités qu'elle peut devoir à la communauté ou au mari⁷.

Lorsque, en vertu de la clause qui a fixé les droits du mari à une certaine somme, c'est la femme qui garde la communauté, elle est tenue, tant à l'égard du mari ou de ses héritiers, qu'à l'égard des créanciers, de toutes les dettes communes. Elle ne peut cependant, quand elle a rempli les formalités prescrites par l'art. 1483, être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se trouve personnellement engagée⁸. Quant au mari, il

⁷ Battur, II, 486 et suiv. Duranton, XV, 211. Rodière et Pont, II, 333. Trolong, III, 2160.

⁸ Tout en reconnaissant que ce point est fort délicat, nous croyons devoir maintenir la solution donnée par M. Bellot des Minières (III, p. 297 et 298) et par Zachariæ (§ 530, texte et note 11). Le bénéfice que l'art. 1483 accorde à la

demeure, sauf son recours contre la femme, tenu envers les créanciers, de la totalité des dettes au paiement intégral desquelles il resterait obligé, sous le régime de la communauté légale, même après le partage de la communauté. Il est, d'un autre côté, tenu de bonifier à la femme tout ce dont il se trouve être débiteur envers la communauté.

Du reste, la clause qui autorise la femme ou ses héritiers à garder la communauté en payant une certaine somme au mari, ne les prive pas de la faculté d'y renoncer. Lorsqu'ils usent de cette faculté, ils sont affranchis de l'obligation de payer au mari la somme promise, et leur renonciation produit au surplus les mêmes effets que sous le régime de la communauté légale. Art. 1524, al. 3.

3° Les futurs époux peuvent convenir que la totalité de la com-

femme qui a fait inventaire, n'est pas incompatible avec le forfait de communauté; et il serait assurément bien difficile de le lui refuser, si elle se l'était formellement réservé par le contrat de mariage. La question est donc de savoir si l'art. 1524 dénie implicitement à la femme qui garde toute la communauté en vertu de la clause de forfait, le droit de faire usage de ce bénéfice. Au soutien de l'affirmative, on dit que cet article ne laisse à la femme d'autre alternative que d'accepter la communauté en payant toutes les dettes, ou d'y renoncer. Mais, en faisant cette argumentation, on a perdu de vue qu'à la différence du bénéfice d'inventaire, qui suppose une option à faire par l'héritier acceptant entre l'acceptation pure et simple et l'acceptation bénéficiaire, le bénéfice établi par l'art. 1483 est indépendant de toute option à faire par la femme qui accepte la communauté, et qu'il se trouve virtuellement attaché à cette acceptation même; d'où il résulte que la femme ne pourrait en être privée qu'en vertu d'une disposition formelle. On ne voit d'ailleurs pas pour quel motif le législateur qui, malgré la clause de forfait, laisse à la femme la faculté de renoncer à la communauté, lui aurait enlevé le bénéfice de n'être tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. La difficulté ne présente véritablement d'intérêt que dans le cas où, après avoir fait inventaire et avoir accepté la communauté, qui semblait d'après cet acte devoir donner un résultat avantageux, la femme serait poursuivie pour des dettes restées inconnues jusqu'alors; et il nous semble qu'en lui refusant dans ce cas le secours de l'art. 1483, on se met directement en opposition avec l'esprit de la loi, dont le but a été précisément de garantir la femme contre les mécomptes et les pertes auxquels elle pourrait se trouver exposée par l'acceptation d'une communauté en apparence prospère. Les créanciers de la communauté et les héritiers du mari ne sont d'ailleurs pas en droit de se plaindre, puisque la femme ne pourra faire usage du bénéfice dont s'agit, qu'en leur tenant compte de toutes les valeurs portées en l'inventaire, et qu'ils se trouveront ainsi dans la situation où les aurait placés sa renonciation à la communauté. Cpr. texte n° 3 et note 14 *infra*. Voy. en sens contraire: Odier, II, 904; Rodière et Pont, II, 337; Marcadé, sur l'art. 1524, n° 2; Troplong, III, 2166.

munauté appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux en cas de survie⁹. Art. 1525, al. 1.

La clause dont s'agit confère virtuellement, et sauf stipulation contraire¹⁰, à l'époux qui se trouve ainsi privé de toute part dans la communauté, ou à ses héritiers, la faculté de reprendre ses apports, c'est-à-dire tout ce qui est entré dans la communauté de son chef¹¹.

Les règles développées au § 529, relativement à l'ouverture du préciput conventionnel, s'appliquent également à la clause dont il est ici question¹². Ainsi, en cas de séparation de biens, la communauté se partage provisoirement suivant les règles ordinaires, sans égard aux stipulations dont l'effet ne doit se réaliser que par la mort de l'un des époux¹³.

Quant aux effets que cette clause produit, soit entre les époux, soit à l'égard des créanciers, ils se déterminent, en général, d'après les règles posées au numéro précédent sur le forfait de communauté. Ainsi, par exemple, la femme au profit de laquelle s'est ouverte la faculté que confère cette clause, jouit, comme sous le régime de la communauté légale, des droits que lui attribuent les art. 1453 et 1483¹⁴.

⁹ Cette clause peut, de même que les précédentes, être stipulée sous une condition, par exemple, pour le cas où il y aura des enfants du mariage.

¹⁰ MM. Battur (II, 489) et Bellot des Minières (III, p. 306), enseignent à tort qu'une pareille stipulation n'est point valable. Rodière et Pont, II, 346. Marcadé, sur l'art. 1525, n° 4.

¹¹ Bellot des Minières, III, p. 303. Rodière et Pont, II, 346. Troplong, III, 2172. Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 679. Douai, 9 mai 1849, Sir., 50, 2, 180. — Sous ce rapport, la clause dont il est ici question diffère de la clause de partage inégal et du forfait de communauté. En effet, à moins de stipulation contraire, ces dernières conventions ne donnent pas à l'époux dont les droits ont été réduits à une part inférieure à la moitié ou fixés à une certaine somme, le droit de reprendre ses apports. Duranton, XV, 201. Douai, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 537.

¹² Duranton, XV, 215 et suiv. Bellot des Minières, III, p. 300 et 301. Odier, II, 917. Rodière et Pont, II, 347.

¹³ Req. rej., 1^{er} juin 1853, Sir., 53, 1, 513.

¹⁴ La controverse dont nous avons rendu compte à la note 8 *supra*, se reproduit de nouveau dans l'hypothèse dont il est présentement question. Mais il est à remarquer qu'il n'existe pas même dans cette hypothèse de texte dont on puisse se prévaloir d'une manière plus ou moins spécieuse pour prêter au législateur l'intention de priver la femme survivante du bénéfice de l'art. 1483. Aussi croyons-nous que M. Odier (II, 913), qui émet encore sur ce point une opinion contraire à la nôtre, ne l'a fait que parce qu'il a compris qu'il y aurait contradiction à ac-

La reprise de l'apport de l'époux qui se trouve exclu de toute part dans la communauté, ne peut, à moins de stipulation contraire, avoir lieu que sous la déduction des dettes qui grevaient cet apport. Arg. art. 1514, al. 4.

Les trois clauses dont il a été traité au présent paragraphe ne constituent pas de leur nature de véritables donations, et ne doivent être considérées que comme des conventions ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Art. 1525 et arg. de cet article. L'avantage qui peut en résulter pour l'un des époux, n'est donc pas en général, et sauf l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3, sujet à réduction comme excédant la quotité disponible¹⁵. Il en serait toutefois autrement de la clause qui, tout en attribuant à l'époux survivant la totalité de la communauté, aurait refusé aux héritiers du prédécédé la faculté de reprendre les apports de leur auteur. Dans ce cas, l'avantage résultant de l'abandon de ces apports constituerait une véritable libéralité, sujette à réduction au profit de tous les héritiers à réserve indistinctement¹⁶.

II. DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ¹.

§ 531.

a. *De la clause portant que les époux se marient sans communauté.*

Lorsque les futurs époux ont déclaré se marier sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de son patrimoine. Il ne s'établit entre eux aucune société de biens; leurs dettes restent séparées; et les acquisitions que l'un d'eux fait pendant le mariage, à un titre quelconque, lui demeurent propres, sans que l'autre puisse y réclamer aucune part. Toutefois, sous ce régime, comme sous

corder le bénéfice dont s'agit à la femme qui reçoit la totalité de la communauté, sans être obligée de payer quoi que ce soit aux héritiers du mari, tout en le lui refusant au cas de forfait de communauté.

¹⁵ Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 679. Douai, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 537. Voy. cep. § 684 *ter*, texte n° 2 et note 24.

¹⁶ Delvincourt, III, p. 96. Bellot des Minières, III, p. 303. Odier, II, 923. Rodière et Pont, II, 346. Marcadé, sur l'art. 1525, n° 4. Cpr. Bruxelles, 21 juillet 1810, Sir., 11, 2, 335.

¹ Cpr. sur l'interprétation des dispositions du Code Napoléon relatives à ce régime : § 499, texte n° 2.

celui de la communauté légale, le mari a l'administration de tous les biens de la femme. Il en a de plus la jouissance en son nom personnel. Art. 1531.

1° Du droit de propriété que la femme conserve sur son patrimoine.

1) La femme reste propriétaire de tous les biens meubles et immeubles qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage, et de tous ceux qu'elle acquiert dans la suite, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Les acquisitions faites, soit par la femme seule, soit conjointement par le mari et par la femme, sont propres à cette dernière, soit pour la totalité, soit pour moitié, sans qu'à cet égard il y ait lieu d'examiner si le prix en a été payé des deniers de la femme ou de ceux du mari². Mais s'il résulte des circonstances que la femme ne s'est pas trouvée en position de payer ce prix au moyen de deniers à elle appartenant, elle doit en faire état au mari ou à ses héritiers³. Du reste, si le mari a fait, sans le concours de la

² On doit, en effet, s'en tenir au principe que la chose appartient à celui qui l'a achetée, même avec les deniers d'un tiers, sans se préoccuper de la possibilité d'avantages indirects que le mari pourrait faire à la femme, en lui fournissant les fonds nécessaires au paiement des acquisitions qu'elle ferait. Les héritiers à réserve seront toujours admis à prouver, même à l'aide de simples présomptions, l'existence et l'étendue de pareils avantages. Maleville, III, p. 342 et 343. Duranton, XV, 264 et 265. Odier, II, 957 à 960. Bordeaux, 19 mars 1830, Sir., 30, 2, 168. Toulouse, 16 décembre 1834, Sir., 35, 2, 74; Cpr. Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 97; Benoît, I, 210; Troplong, III, 2245; Riom, 22 mars 1809, Sir., 12, 2, 198; Aix, 21 mars 1832, Sir., 32, 2, 435.

³ Nous ne pensons pas que l'on puisse encore aujourd'hui invoquer comme telle la présomption légale établie contre la femme par la loi *Quintus mucius* (L. 51, D. de don. inter vir. et uxor., 24, 1), loi qui se trouve abrogée par cela même qu'elle n'a pas été reproduite par le Code. En principe, c'est donc au mari ou à ses héritiers à prouver que le prix de l'acquisition faite par la femme, quoique quittancé au nom de celle-ci, a été payé des deniers du mari. Mais, comme sous le régime exclusif de communauté, toutes les économies faites au moyen des revenus de la femme appartiennent en général au mari, la preuve à faire par ce dernier ou ses héritiers peut résulter suffisamment de l'impossibilité où se trouverait la femme d'indiquer l'origine des deniers remis au vendeur. Odier, loc. cit. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 2. Angers, 11 mars 1807, Dev. et Car., Coll. nouv., II, 2, 211. Toulouse, 2 août 1825, Sir., 26, 2, 21. Bordeaux, 19 mars 1830, Sir., 30, 2, 168. Toulouse, 17 décembre 1831, Sir., 32, 2, 585. Aix, 21 mars 1832, Sir., 32, 2, 435. Pau, 10 décembre 1832, Sir., 32, 2, 240. Toulouse, 16 décembre 1834, Sir., 35, 2, 74. Cpr. Grenoble, 1^{er} février 1812, Sir., 28, 2, 44, à la note; Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191;

femme et sans mandat de sa part, une acquisition d'immeubles en emploi de deniers à elle appartenant, ces immeubles ne deviennent propres à la femme qu'autant qu'elle a déclaré accepter l'emploi⁴.

2) La femme supporte seule le dommage résultant de la perte de ses biens, ou des détériorations qu'ils ont subies, lorsque cette perte ou ces détériorations proviennent d'une cause qui ne peut être imputée à faute au mari. C'est ainsi que la femme supporte notamment le dommage résultant de ce que des créances qui lui appartiennent ont péri ou subi des retranchements, sans qu'il y ait eu négligence de la part du mari. Arg. art. 1567.

5) Les créanciers du mari ne sont point autorisés à saisir le mobilier de la femme⁵, pourvu que la consistance en ait été constatée par inventaire ou état authentique⁶. Lorsque, à défaut de constatation régulière à l'égard des créanciers du mari, ceux-ci ont fait vendre tout ou partie du mobilier de la femme, le mari est tenu de l'indemniser de la valeur du mobilier vendu.

4) La femme peut, avec l'autorisation du mari ou de la justice, aliéner même ses immeubles, et les grever de servitudes ou d'hypothèques. Art. 1535. Mais l'aliénation qu'elle aurait faite avec la seule autorisation de justice, ne porterait aucune atteinte au droit d'usufruit appartenant au mari⁷, à moins qu'elle n'eût eu lieu pour l'une des causes indiquées en l'art. 1427.

Lorsque la femme a vendu ou cédé des objets mobiliers ou immobiliers en vertu de l'autorisation du mari, celui-ci est garant envers elle du prix de vente⁸. La même responsabilité peserait sur

Montpellier, 14 février 1843, Sir., 43, 2, 222. Voy. en sens contraire : Delvincourt et Duranton, *loc. cit.*; Benoît, I, 209; Troplong, III, 2246 et 2247; Riom, 22 mars 1809, Sir., 12, 2, 198.

⁴ Cpr. art. 1435; § 507, texte n° 3, notes 66 et 77. Duranton, XV, 263. Rodière et Pont, II, 775. Troplong, III, 2243.

⁵ Les créanciers du mari ne sont même autorisés à saisir les revenus des biens de la femme que pour la portion excédant les besoins du ménage.

⁶ Arg. art. 1540. Duranton, XV, 291. Bellot des Minières, III, p. 252. Troplong, III, 2261.

⁷ Duranton, XV, 304. Rodière et Pont, II, 776 et 782. Marcadé, sur l'art. 1535, n° 2. Voy. en sens contraire : Odier, II, 961. L'erreur dans laquelle cet auteur est tombé à notre avis, provient de ce qu'il n'a vu qu'une question de capacité là où il s'agit de savoir si des actes d'ailleurs valablement passés par la femme, peuvent avoir pour effet de porter atteinte à l'usufruit du mari.

⁸ MM. Duranton (XV, 305) et Rodière et Pont (II, 783) appliquent à cette hypothèse la disposition de l'art. 1450. Mais, ainsi que l'a fort bien fait observer M. Odier (II, 962), la responsabilité du mari est ici beaucoup plus étendue qu'au

lui, dans le cas où la vente aurait été passée avec la simple autorisation de justice, à moins cependant que la femme n'eût tout à la fois reçu le pouvoir de vendre et de toucher le prix sur sa seule quittance⁹.

5) La règle d'après laquelle la femme conserve la propriété de tout ce qui compose son patrimoine, souffre exception en ce qui concerne les objets dont on ne peut user sans les consommer, et ceux qui, par leur nature, sont destinés à être vendus. La propriété de ces objets est transmise au mari par l'effet du quasi-usufruit auquel ils sont soumis à son profit. Lorsque le mobilier de la femme comprend des choses de cette nature, les époux doivent en dresser un état estimatif; et c'est le montant de l'estimation ainsi faite que le mari est tenu de restituer à la cessation de son usufruit, peu importe que les denrées ou marchandises qu'il a reçues aient augmenté ou diminué de prix¹⁰. Art. 1532. A défaut d'état estimatif, la restitution se fait conformément à l'art. 587.

La règle ci-dessus posée souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari sur estimation, sans qu'il ait été déclaré que cette estimation ne vaudrait pas vente. Le mari devient propriétaire de ces objets, à la charge d'en restituer le prix d'estimation¹¹.

2^o Du droit d'administration et de jouissance qui appartient au mari sur les biens de la femme.

1) En qualité d'administrateur des biens de la femme, le mari jouit, en général, des pouvoirs qui lui appartiennent sur les immeubles et les meubles réalisés de celle-ci, sous le régime de la communauté.

cas de séparation de biens. Usufruitier et administrateur de toute la fortune personnelle de la femme, le mari est, en cette double qualité, obligé de tenir compte à cette dernière du montant du prix de vente, que de Droit commun il a seul qualité pour toucher. Cpr. Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 295.

⁹ Hors de cette hypothèse, le mari est responsable comme ayant dû toucher le prix. Que s'il avait été payé à la femme, sans qu'elle eût été autorisée à le recevoir sur sa seule quittance, le paiement serait nul à l'égard du mari, et ne pourrait même être opposé à la femme, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qui aurait tourné à son profit.

¹⁰ Sous ce rapport l'art. 1532 fait exception à l'art. 587.

¹¹ Cpr. art. 1551. Duranton, XV, 287. Odier, II, 967. Rodière et Pont, II, 774. Voy. cependant Bellot des Minières, III, p. 339 et 340.

Ainsi, par exemple, le mari, autorisé à exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, ne peut intenter les actions immobilières ou y défendre, que sous la distinction indiquée au § 509 ¹².

Cependant, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de la communauté pour le mobilier réalisé de la femme, le mari n'a pas le pouvoir de vendre ou de céder sans son concours, les meubles corporels ou incorporels dont elle a conservé la propriété ¹³.

2) L'usufruit auquel les biens de la femme sont soumis en faveur du mari est, en général, régi par les principes du Droit commun. Ainsi, il est tenu de faire inventaire, non-seulement du mobilier qui advient à la femme durant le mariage, mais encore de celui qu'elle a apporté en se mariant ¹⁴. Faute d'accomplissement de cette obligation, la femme est admise, à l'égard du mari ou de ses héritiers, à prouver par témoins, et même par commune renommée, la consistance de son mobilier non inventorié ¹⁵. Mais, à

¹² Cpr. § 509, texte n° 3 et note 20; § 510, texte n° 3 et note 18. Odier, II, 943. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 1. Troplong, III, 2253 à 2255. Voy. en sens contraire: Rodière et Pont, II, 769 à 771. Suivant ces auteurs, on devrait appliquer ici les dispositions de l'art. 1549. Mais nous avons déjà réfuté cette manière de voir au § 499, texte n° 2 et note 1.

¹³ Les raisons qui nous ont déterminés (§ 510, texte n° 3 et note 7; § 522, texte n° 5 et note 29) à reconnaître au mari, sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le droit d'aliéner le mobilier que la femme s'est réservé propre, n'existant pas sous le régime exclusif de communauté, nous croyons qu'on doit s'en tenir ici au principe qu'au propriétaire seul il appartient de disposer de sa chose. — Il est du reste bien entendu que les aliénations de meubles corporels consenties par le mari au profit de tiers de bonne foi, devraient être maintenues en vertu de l'art. 2279. Duranton, XV, 286 et suiv. Troplong, III, 2262. Voy. cependant Toullier, XIV, 404 et suiv.

¹⁴ Cette proposition est généralement admise quant au mobilier échu à la femme durant le mariage. Arg. art. 1445 et 1504. Toullier, XIV, 25 à 27. Duranton, XV, 289. Odier, II, 949. Taulier, V, p. 220. Elle se justifie, en ce qui concerne le mobilier que la femme apporte en mariage, par l'art. 1533 et par l'art. 600 qui est ici parfaitement applicable, puisque, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le mari est, sous le régime exclusif de communauté, usufruitier en son nom personnel du patrimoine de la femme, et que la circonstance que cet usufruit est grevé des charges du ménage, ne saurait être un motif pour dispenser le mari de l'obligation de faire inventaire. Toullier, XIV, *loc. cit.* Odier, II, 949. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 3. Troplong, III, 2248. Voy. en sens contraire: Duranton, XV, 288; Bellot des Minières, IV, p. 482 et suiv.

¹⁵ Rodière et Pont, II, 773. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente. — Du reste, quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur la question de savoir si l'usufruitier ordinaire est, à défaut d'inventaire, tenu de restituer les fruits

moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, le mari n'est point assujéti à fournir caution¹⁶.

Le mari n'a pas droit, en qualité d'usufruitier des biens de la femme, aux produits de ses talents artistiques ou littéraires, ni à ceux d'une industrie ou profession distincte et indépendante de celle qu'il exerce lui-même¹⁷. Il en est ainsi surtout des bénéfices faits par la femme dans un commerce séparé de celui du mari¹⁸. La femme demeure donc, sous la réserve de l'usufruit de ce dernier, propriétaire des capitaux provenant d'une pareille origine, et des acquisitions qu'elles a faites au moyen de ces capitaux. Toutefois, elle ne peut demander aucun compte des sommes qui, d'après les circonstances, sont à considérer comme

par lui perçus, il est incontestable qu'une pareille pénalité ne saurait être appliquée au mari qui, étant tenu de supporter les charges du ménage à partir de la célébration du mariage, doit aussi jouir à dater de la même époque des fruits et revenus de la dot.

¹⁶ Arg. art. 601 et 1550. Delvincourt, III, p. 98. Battur, II, 503. Bellot des Minières, III, p. 347. Duranton, XV, 270. Odier, II, 950. Rodière et Pont, II, 772. Troplong, III, 2248.

¹⁷ Nous croyons devoir adopter sur ce point l'opinion de Toullier (XIV, 23) et de M. Demolombe (IV, 314 à 316). Cette opinion toutefois est vivement combattue par plusieurs auteurs, qui prétendent que l'industrie est un capital dont les produits constituent de véritables fruits. Voy. Bellot des Minières, III, p. 349 et 350; Duranton, II, 480; XV, 259; Odier, II, 947; Marcadé, sur l'art. 1532, n° 3; Troplong, III, 2236. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas conforme aux idées reçues en jurisprudence. Si l'industrie peut, au point de vue économique, être considérée comme un capital, ce n'est pas une raison pour en conclure que les produits de l'industrie ne constituent, en tant qu'il s'agit de l'application des règles du Droit civil et de l'interprétation des conventions, que de simples fruits ou revenus. Les économies faites sur ces produits forment en réalité des acquêts, c'est-à-dire des biens nouveaux pour celui qui les a réalisées; et ce qui prouve que c'est bien ainsi que les rédacteurs du Code ont envisagé la question, c'est qu'ils ont indiqué dans l'art. 1498, comme des acquêts de nature différente, ceux qui proviennent de l'industrie des époux et ceux qui sont le résultat d'économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens. Nous ajouterons que le système des auteurs cités en dernier lieu tend à appliquer au régime exclusif de communauté, et ce sans aucune compensation pour la femme, les règles de la communauté légale ou de la communauté réduite aux acquêts.

¹⁸ L'art. 220 fournit un nouvel argument à l'appui de cette solution spéciale. Si les obligations contractées par une femme marchande publique obligent le mari, lorsqu'il y a communauté entre les époux, c'est parce qu'il participe aux bénéfices du commerce. On doit en conclure, par une raison inverse, que si, en l'absence de communauté, le mari n'est pas tenu des engagements contractés par sa femme, marchande publique, c'est parce qu'il n'est pas appelé à prendre part aux bénéfices. Pardessus, *Droit commercial*, I, 68. Bellot des Minières, I, p. 256 et suiv.; III, p. 350 et 351.

ayant été abandonnées au mari pour subvenir aux charges du mariage, ni, à plus forte raison, de celles qu'elle a elle-même employées aux besoins du ménage ¹⁹.

3) Le mari n'est pas tenu personnellement des dettes de la femme antérieures au mariage. Les créanciers de celle-ci ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances que sur les biens de leur débitrice. Ils sont autorisés à se venger sur la pleine propriété de ces biens, lorsque l'existence de leurs créances antérieurement au mariage est dûment établie à l'égard du mari ²⁰. Au cas contraire, ils ne peuvent exercer leurs poursuites que sur la nue propriété ²¹.

Le principe que le mari n'est pas tenu personnellement des dettes de la femme, s'applique également à celles qu'elle peut avoir contractées pendant le mariage, fût-ce même avec son autorisation. Il en est ainsi notamment, des dettes grevant les successions échues à la femme, et des engagements qu'elle a pris comme marchande publique ²².

¹⁹ Ce tempérament, qui se justifie par un argument d'analogie tiré de l'art. 1578, nous paraît concilier d'une manière équitable les intérêts du mari et ceux de la femme.

²⁰ Duranton, XV, 291. Odier, II, 954. Troplong, III, 2268. Voy. en sens contraire: Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 4. Cet auteur prétend que, même dans l'hypothèse indiquée au texte, les créanciers de la femme ne peuvent agir que sur la nue propriété de ses biens; il se fonde sur ce que l'usufruit du mari constitue un droit réel que les créanciers simplement chirographaires de la femme sont tenus de respecter. Cet argument, qui serait concluant sans doute s'il s'agissait d'un usufruit portant sur des objets particuliers, n'a aucune valeur quand il est question, comme dans l'espèce, d'un usufruit qui s'étend à l'universalité des biens du débiteur. Cpr. art. 612. Aussi l'art. 1510 admet-il implicitement que, malgré la clause de séparation de dettes, et l'existence d'un inventaire établissant la consistance du mobilier de la femme, les créanciers de celle-ci sont en droit d'agir sur la pleine propriété de ses biens, sans que le mari puisse leur opposer le droit d'usufruit qui lui appartient comme chef de la communauté. L'arrêt de la Cour de Montpellier, du 13 juin 1840 (Sir., 40, 2, 413), qu'on cite ordinairement en sens contraire, peut très-bien se concilier avec notre manière de voir. Cet arrêt a annulé une saisie-arrêt pratiquée entre les mains du mari sur une somme de 3000 fr. que sa femme lui avait apportée en dot, somme dont il était devenu propriétaire, sous obligation seulement de restitution lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, et qui ne pouvait dès lors être saisie au détriment de son droit de propriété.

²¹ Arg. art. 1410 cbn. 1328. Duranton, XV, 392. Odier, *loc. cit.* Troplong, III, 2270. Marcadé, *loc. cit.*

²² Art. 220 et arg. de cet article. Bellot des Minières, I, p. 256 et suiv.; III, p. 350 et 351. Demolombe, IV, 314 à 316. Cpr. Troplong, III, 2271 à 2273. Ce

Du reste, lorsque, à défaut d'inventaire, le mobilier de la femme se trouve de fait confondu avec celui du mari, les créanciers sont admis à saisir tout le mobilier existant en la possession de ce dernier, sauf à lui à demander la distraction de ceux des objets saisis de la propriété desquels il justifierait d'une manière positive²³.

4) Le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens de la femme cesse, non-seulement par la dissolution du mariage, mais encore par la séparation de corps ou de biens²⁴. Art. 1531.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le mari est tenu de restituer immédiatement les apports de la femme, soit à elle-même, soit à ses héritiers. Cette restitution doit se faire, sauf la modification établie par l'art. 1532, conformément aux règles ordinaires en matière d'usufruit, et non d'après les règles spéciales relatives à la restitution de la dot sous le régime dotal. Ainsi, les dispositions de l'al. 3 de l'art. 1565, de l'al. 2 de l'art. 1570 et de l'art. 1571 ne peuvent être étendues au régime exclusif de communauté²⁵. Il en est de même de celles de l'art. 1569²⁶, et du premier alinéa de l'art. 1570²⁷.

Toutefois, en cas de prédécès du mari, la femme a droit aux frais de son deuil et de celui de ses domestiques²⁸.

dernier auteur admet la proposition principale énoncée au texte, ainsi que son application aux dettes grevant les successions échues à la femme; mais il rejette cette application quant aux dettes contractées par la femme marchande publique, parce que, contrairement à l'opinion émise, texte et note 18 *supra*, il attribue au mari les bénéfices faits par cette dernière dans son commerce.

²³ Arg. art. 1510. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. IV, n° 16. Troplong, III, 2269. Cpr. Odier, II, 954; Marcadé, *loc. cit.*

²⁴ Pothier, n° 463. Duranton, XV, 273. Odier, II, 955. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 3.

²⁵ Voy. pour la justification de ces propositions, § 499, texte n° 2 et note 1. Aux autorités que nous y avons citées en faveur de notre opinion, nous ajouterons encore : Duranton, XV, 267, 299 et 300; Odier, II, 944 et 970; et Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 1.

²⁶ Cpr. § 523, note 28; et § 540, texte n° 2 et note 13.

²⁷ Cpr. § 528, note 13. Duranton, XV, 301. Bellot des Minières, III, p. 352 et 353. Odier, II, 971. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 779. Troplong, III, 2264.

²⁸ Il résulte du rapprochement des art. 1481 et 1570, que le droit pour la veuve de faire payer son deuil par la succession du mari est, en général, indépendant du régime sous lequel elle s'est mariée : *Non debet uxor propriis sumptibus lugere maritum*. Battur, II, 311. Duranton, XV, 302. Odier, II, 972. Rodière et Pont, II, 779. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 357 à 359.

Les futurs époux sont autorisés à modifier, selon leurs conventions, les effets de la clause d'exclusion de communauté. Ainsi, ils peuvent, tout en déclarant se marier sans communauté, établir entre eux une société d'acquêts. Ainsi encore, ils peuvent déclarer inaliénables les immeubles de la femme²⁹, ou convenir que celle-ci sera autorisée à toucher annuellement, sur ses seules quittances, une certaine portion de ses revenus. Art. 1534. Les économies que la femme peut faire sur les revenus qui lui ont été ainsi réservés, entrent dans son patrimoine.³⁰

§ 532.

b. *De la clause de séparation de biens.*

Les principes qui régissent la situation résultant d'une séparation de biens judiciaire sont, en général, également applicables au régime de séparation de biens contractuelle¹. Il en est ainsi notamment des règles relatives à la capacité de la femme², et de la disposition de l'art. 1450³.

Il existe cependant deux différences notables entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire.

1° Les époux séparés de biens par suite d'un jugement sont tenus de contribuer aux frais du ménage et autres charges du mariage, proportionnellement à leurs facultés respectives. Art. 1448, al. 1. Au contraire, les futurs époux sont autorisés, en stipulant la sé-

²⁹ Voy. sur ce point, § 504, texte n° 2 et note 7.

³⁰ Pothier, n° 466. Battur, II, 507. Bellot des Minières, III, p. 349. Odier, II, 973. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1534 et 1535, n° 1.

¹ Cpr. § 499, texte n° 4. Nous nous bornerons donc à renvoyer, pour l'explication des art. 1536, 1538 et 1539, au § 516, texte n° 7.

² Bellot des Minières, III, p. 366 à 368. Odier, II, 981. Demolombe, IV, 148. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 4. Troplong, III, 2282. Paris, 11 mars 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 444. Voy. cependant Rodière et Pont, II, 788 cbn. 708 à 712. Suivant ces auteurs, la femme séparée de biens contractuellement, à la différence de la femme séparée de biens judiciairement, ne pourrait aliéner son mobilier sans l'autorisation du mari ou celle de la justice. Mais en essayant de justifier cette distinction, ils n'ont pas tenu compte du premier alinéa de l'art. 1538 qui doit la faire rejeter.

³ Bellot des Minières, IV, p. 302. Duranton, XV, 316. Rodière et Pont, II, 788 cbn. 715. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 145. Marcadé, sur l'art. 1450, n° 3, et sur l'art. 1538, n° 1. Troplong, III, 2295. Voy. en sens contraire : Odier, II, 984 et 985; Toulouse, 15 mai 1834, Sir., 35, 2, 17.

paration de biens, à fixer comme ils l'entendent la part pour laquelle chacun d'eux devra contribuer à ces frais et charges. Ils peuvent même convenir qu'ils seront exclusivement supportés par l'un d'eux. A défaut de convention à cet égard, la femme contribue aux dépenses dont s'agit jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Art. 1537.

Les conventions expresses ou légalement présumées, relatives à la part pour laquelle la femme doit contribuer aux frais et charges du ménage, n'ont point un effet absolu, et sont susceptibles d'être modifiées lorsque les revenus du mari sont insuffisants pour l'accomplissement de ses obligations. En pareil cas, les tribunaux sont autorisés à fixer *ex æquo et bono* la part pour laquelle la femme devra contribuer aux dépenses dont s'agit⁴.

2° Les époux qui ont adopté le régime de la séparation de biens, ne peuvent, pendant le mariage, en faire cesser les effets, en se soumettant au régime de la communauté⁵. Au contraire, les époux judiciairement séparés de biens ont la faculté de rétablir, à chaque instant, la communauté que le jugement de séparation avait fait cesser. Art. 1451.

Du reste, lorsque les époux ont stipulé la séparation de biens, la prudence leur conseille de faire constater, au moyen d'un état en bonne forme, la consistance du mobilier que la femme possède au jour de la célébration du mariage et de celui qui lui échoit durant le mariage. A défaut d'un pareil état, les créanciers de chacun des époux sont en droit de saisir tout le mobilier qu'ils possèdent ensemble, sauf au conjoint non débiteur à demander la distraction de ceux des objets saisis de la propriété desquels il pourrait suffisamment justifier⁶.

⁴ Arg. art. 203 et 212. Cpr. art. 1448, al. 2. Seriziat, n° 320. Odier, III, 1465. Rodière et Pont, II, 696. Marcadé, sur les art. 1536 et 1537, n° 2. Trolong, IV, 3699. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 509. Cpr. cep. Poitiers, 13 mai 1856, Sir., 57, 2, 516.

⁵ Arg. art. 1395. Cpr. § 503 *bis*, texte n° 2 et note 12.

⁶ L'art. 1510 n'est sans doute pas ici applicable. Aussi la proposition énoncée au texte ne repose-t-elle pas sur cet article, mais sur la considération que, si les créanciers de l'un et de l'autre époux ne pouvaient pas saisir tout le mobilier que ceux-ci possèdent en commun, ils seraient injustement privés du droit de saisir même le mobilier de leur débiteur, par l'impossibilité où ils se trouveraient de le distinguer de celui de son conjoint. Les droits de ce dernier ne sont d'ailleurs pas sacrifiés, puisque nous lui reconnaissons la faculté de demander, conformément à l'art. 608 du Code de procédure, la distraction des objets saisis de la propriété desquels il serait à même de justifier d'une manière suffisante.

III. DU RÉGIME DOTAL.

§ 533.

Généralités sur le régime dotal. — 1° De la soumission à ce régime.

Le régime dotal est un régime qui, de sa nature, exclut toute idée de société de biens entre les époux. Il se distingue des autres régimes matrimoniaux par le caractère particulier des pouvoirs et des droits attribués au mari sur les biens dotaux, et par l'inaliénabilité dont ces biens sont frappés en principe.

Ce régime est non-seulement exceptionnel en ce qu'il déroge au Droit commun en matière de conventions matrimoniales, mais encore exorbitant au point de vue des principes généraux du Droit, à raison de l'inaliénabilité qui est attachée.

Aussi ne peut-il s'établir que par une déclaration expresse, c'est-à-dire par une clause ou un ensemble de clauses qui, n'étant pas susceptible d'une autre interprétation, ne laisse aucun doute sur l'intention des parties ¹.

Ainsi, la simple déclaration que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour emporter soumission au régime dotal. Art. 1392.

Il en est de même de la clause par laquelle la femme donne mandat au mari d'administrer ses biens, comme son procureur général et irrévocable ².

¹ L'art. 1392 exige, il est vrai, une déclaration expresse; mais il ne prescrit pas l'emploi de termes sacramentels, et ne requiert pas même une déclaration spéciale. On doit en conclure qu'il ne demande autre chose qu'une manifestation de volonté exclusive de toute ambiguïté, et sur le sens de laquelle les tiers ne puissent pas se méprendre. C'est évidemment là ce qui résulte de l'ensemble de cet article, et notamment de la disposition contenue dans son second alinéa. Bellot des Minières, IV, p. 3 à 8. Rodière et Pont, II, 375. Marcadé, sur l'art. 1393, n° 3. Troplong, I, 148. Limoges, 7 juillet 1855, Sir., 55, 2, 679. Req. rej., 21 juin 1856, Sir., 56, 2, 679. Voy. cep. Toullier, XIV, 44 et 45; Duranton, XV, 323; Odier, III, 1064; Tessier, I, p. 21.

² Dans le ressort du Parlement de Grenoble, cette clause était considérée comme entraînant soumission au régime dotal. Grenoble, 11 janvier 1840, Sir., 44, 2, 328. Mais cette ancienne jurisprudence n'est plus compatible avec la disposition de l'art. 1392. Aussi la solution donnée au texte est-elle généralement

Il en est encore ainsi de la stipulation que tous les biens présents et à venir de la femme lui seront dotaux³, et même de celle qui porterait que tels biens de la femme seront dotaux et tels autres paraphernaux⁴.

Mais il en est autrement de la clause qui déclare dotaux et inaliénables tous les biens présents et à venir de la femme⁵.

La soumission au régime dotal peut n'être que partielle ou relative, et se combiner avec l'adoption d'un autre régime. C'est ainsi que les futurs époux peuvent, tout en adoptant le régime de la communauté, déclarer dotaux et inaliénables les immeubles de la femme, ou certains de ces immeubles seulement⁶. Une pareille clause, bien que n'entraînant pas, même en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet, soumission complète au régime

admise. Benoît, *Des biens paraphernaux*, n° 7. Odier, III, 1068. Rodière et Pont, II, 374. Troplong, I, 154. Grenoble, 12 février 1830, Sir., 32, 2, 637. Grenoble, 11 janvier 1840, Sir., 44, 2, 328. Grenoble, 8 décembre 1845, Sir., 46, 2, 463. Nîmes, 22 juillet 1851, Sir., 51, 2, 630. Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449.

³ Une pareille clause peut en effet s'expliquer en ce sens, que la femme, sans vouloir se soumettre au régime dotal, a simplement entendu abandonner au mari l'administration et la jouissance de tous ses biens, comme cela a lieu sous le régime exclusif de communauté. Nous ne comprenons d'ailleurs pas quelle différence il pourrait y avoir entre le cas où la femme aurait dit que tous ses biens lui seront dotaux, et celui où elle aurait déclaré qu'elle se constitue en dot tous ses biens. Or, d'après l'art. 1392, cette dernière déclaration n'emporte pas soumission au régime dotal. Toullier, XIV, 43. Duranton, XV, 328. Troplong, I, 155. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 376 ; Marcadé, sur l'art. 1393, n° 4.

⁴ De ce que les parties ont opposé aux termes *biens dotaux*, les expressions *biens paraphernaux*, qui, dans l'exactitude du langage juridique, sont particulières au régime dotal, on ne saurait conclure avec certitude qu'elles ont entendu se soumettre à ce régime : il est possible, en effet, qu'elles aient simplement voulu exprimer par là l'idée que la femme, en abandonnant au mari l'administration et la jouissance de certains de ses biens, conserverait l'administration et la jouissance des autres ; ce qui peut avoir lieu sous le régime de communauté, ou sous le régime exclusif de communauté. Benoît, I, 5. Toullier, XIV, 45. Duranton, XV, 330 et 332. Tessier, I, p. 7. Odier, III, 1064. Req. rej., 11 juillet 1820, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 275. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 376 ; Marcadé, *loc. cit.* ; Troplong, I, 156 et 157.

⁵ La clause qui, en déclarant dotaux tous les biens de la femme sans exception, les frappe en même temps d'inaliénabilité, ne peut s'expliquer que par l'intention des parties de se soumettre au régime dotal, lorsqu'elles n'en ont pas stipulé un autre.

⁶ Voy. sur cette proposition : § 504, texte n° 2, notes 6 et 7.

dotal, imprime cependant à ces immeubles le caractère d'inaliénabilité, avec les effets qui y sont attachés sous ce régime⁷.

La soumission partielle au régime dotal ne peut également résulter que d'une déclaration expresse dans le sens ci-dessus indiqué⁸.

Ainsi, la stipulation d'une condition de remploi pour le prix d'aliénation des immeubles de la femme, mariée sous le régime de la communauté ou sous un régime exclusif de communauté, n'imprime pas à ces immeubles le caractère de la dotalité, et ne subordonne pas à la réalisation du remploi la validité de l'aliénation⁹.

Ainsi encore, la clause d'un contrat de mariage portant que la femme, en cas de renonciation, reprendra son apport franc et quitte de toutes dettes de la communauté, bien qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été condamnée, n'a pas pour effet de soumettre cet apport au régime dotal et de le frapper d'inaliénabilité¹⁰. Il en est ainsi, alors même que la femme a stipulé de plus

⁷ Rodière et Pont, II, 377. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., 36, 1, 913. Bordeaux, 8 janvier 1851, Sir., 52, 2, 401. Cpr. Duranton, XV, 331; Odier, III, 1064.

⁸ Cpr. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., 27, 2, 15; Lyon, 15 avril 1846, Sir., 46, 2, 247; Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 467.

⁹ Une stipulation de remploi se comprend très-bien comme obligation imposée au mari, même pour des biens dont les époux entendent se réserver la libre disposition, et n'implique pas nécessairement de leur part l'intention de se soumettre quant à ces biens au régime dotal. En supposant que, d'après les termes dans lesquels elle est conçue, une clause de remploi stipulée dans un contrat de mariage qui établit le régime de la communauté, fût exceptionnellement opposable aux tiers, la femme ne serait autorisée à s'en prévaloir que pour contester la validité du paiement fait sans remploi entre les mains de son mari, et non pour demander l'annulation de l'aliénation elle-même. Cpr. § 510, texte n° 3 et note 10. La nullité du paiement ne pourrait, le cas échéant, donner lieu qu'à une action en résolution, d'ailleurs soumise à toutes les règles de conservation relatives à de pareilles actions. Rodière et Pont, I, 520 à 522. Troplong, II, 1076 à 1085. Toulouse, 14 mars 1830, Sir., 30, 2, 242. Civ. cass., 29 décembre 1841, Sir., 42, 1, 5. Req. rej., 28 août 1847, Sir., 47, 1, 657. Bordeaux, 11 mai 1848, Sir., 48, 2, 482. Req. rej., 13 février 1850, Sir., 50, 1, 353. Nîmes, 23 juillet 1851, Sir., 51, 2, 630. Civ. cass., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 712. Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6. Riom, 31 mai 1858, Sir., 58, 2, 579. Chamb. réun., cass., 8 janvier 1858, Sir., 58, 1, 417. Voy. également dans ce sens : les arrêts cités à la note 6 du § 533 bis, et à la note 5 du § 541. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 7; Odier, I, 316; Lyon, 31 mars 1840, Sir., 40, 2, 323; Caen, 21 février 1845, Sir., 45, 2, 553; Caen, 27 décembre 1850, Sir., 51, 2, 410.

¹⁰ La clause par laquelle la femme est, en cas de renonciation à la communauté, autorisée à reprendre son apport franc et quitte, ne concerne de sa na-

qu'elle en exercera la reprise par préférence aux créanciers de la communauté¹¹. Mais il en serait autrement, du moins dans le sys-

ture que les rapports des époux entre eux ; et la stipulation accessoire que la reprise s'exercera même avec franchise des dettes auxquelles la femme se serait obligée, ou pour lesquelles elle aurait été condamnée, ne nous paraît pas assez positive pour rendre la clause opposable aux tiers, ni surtout pour imprimer le caractère de la dotalité à l'apport mobilier d'une femme mariée sous le régime de la communauté. En vain dit-on que la stipulation accessoire dont-il vient d'être parlé serait surabondante et sans objet, si la femme n'était pas autorisée à s'en prévaloir vis-à-vis de ses créanciers. L'objection n'est pas complètement exacte, puisque cette stipulation a pu être ajoutée pour mieux faire ressortir l'idée que la femme sera autorisée, non-seulement à reprendre son apport sans être tenue des dettes de la communauté contractées par le mari seul, mais même à réclamer de ce dernier une indemnité pour celles de ces dettes auxquelles elle se trouverait personnellement obligée. D'ailleurs, la stipulation fût-elle surabondante, ce ne serait pas une raison pour l'interpréter au détriment des tiers qui, eu égard au régime de communauté sous lequel les époux se sont mariés, ont fort bien pu n'y voir qu'une simple modification de ce régime. Rien ne serait plus dangereux, en matière de contrats de mariage, qu'un système d'interprétation suivant lequel il faudrait nécessairement étendre la portée de clauses souvent rédigées d'une manière peu intelligente, par cela seul qu'elles seraient sans objet, si on ne devait les considérer que comme renfermant la reproduction ou l'explication des dispositions de la loi. Pont, *Revue critique*, 1856, IX, p. 522 et suiv., nos 49 à 52. Gauthier, *Dissertation*, Sir., 57, 2, 673, à la note. Dijon, 3 avril 1855, Sir., 55, 2, 209. Bordeaux, 19 février 1857, Sir., 57, 2, 673. Paris, 21 janvier 1858, Limoges, 6 mars 1858, Nancy, 10 décembre 1857, Bordeaux, 21 décembre 1857, Sir., 58, 2, 314 à 322. Riom, 31 mai 1858, Sir., 58, 2, 579. Voy. en sens contraire : Olivier, *Revue pratique*, 1857, III, p. 529 et suiv. ; Civ. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 580 ; Req. rej., 16 février 1856, Sir., 56, 1, 441. Cpr. aussi : Req. rej., 14 et 15 décembre 1858, Sir., 59, 1, 229 à 233. Par ces derniers arrêts la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre diverses décisions qui avaient restreint l'effet de la clause dont nous nous occupons aux rapports des époux entre eux. Mais il est à remarquer qu'elle s'est fondée sur ce que les contrats de mariage à l'occasion desquels ces décisions ont été rendues, renfermaient des énonciations spéciales, d'où on avait pu et dû conclure que telle était effectivement l'intention des parties, de sorte qu'il ne serait pas exact de dire que la Cour suprême a abandonné le système d'interprétation qu'elle a consacré à tort, selon nous, par ses premiers arrêts.

¹¹ Cette clause additionnelle paraît avoir été insérée dans les contrats de mariage par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait admis, pendant un certain temps, que la femme, même renonçante, pouvait exercer ses reprises sur les biens de la communauté à titre de propriétaire, et conséquemment par préférence aux créanciers de cette dernière. Mais la Cour de cassation étant revenue sur cette jurisprudence par son arrêt solennel du 16 janvier 1858 (Sir., 58, 1, 10), la clause dont s'agit doit rester sans effet, puisqu'il est de principe incontestable qu'on ne peut créer de privilège par convention. Cette clause d'ailleurs, d'après les termes dans lesquelles elle est conçue, ne serait point, à notre

tème de l'inaliénabilité de la dot mobilière, s'il avait été formellement déclaré que la femme exercerait ses reprises, même au préjudice des créanciers de la communauté vis-à-vis desquels elle se serait personnellement obligée, ou envers lesquels elle aurait été condamnée. En pareil cas, ces créanciers ne pourraient, après la dissolution de la communauté, saisir les effets ou valeurs formant l'objet des reprises de leur débitrice; et d'un autre côté, toutes subrogations qu'elle aurait consenties à son hypothèque légale, seraient sans effet en ce qui concerne ces reprises¹².

§ 533 bis.

2° *De la distinction des biens de la femme en dotaux et en paraphernaux.*

Les biens de la femme mariée sous le régime dotal sont ou dotaux ou paraphernaux.

avis, opposable aux créanciers envers lesquels la femme s'est personnellement obligée, et ne les empêcherait pas de saisir les effets ou valeurs formant l'objet de ses reprises.

¹² Dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, et en présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, il paraît difficile de contester à la femme la faculté de stipuler la clause de franc et quitte de manière à la rendre opposable même aux créanciers de la communauté envers lesquels elle se serait personnellement obligée; et la légalité de la clause une fois admise, les effets indiqués au texte en découlent nécessairement. Sous ce rapport, nous croyons devoir nous écarter de l'opinion de M. Pont qui (*op. cit.*, p. 536, n° 54) rejette la clause dont s'agit, comme subordonnant à la volonté de la femme le régime sous lequel elle se trouvera mariée, en ce que, suivant qu'elle acceptera ou renoncera, elle restera, pour tous ses biens, soumise au régime de communauté, ou sera placée, quant à ses apports mobiliers, sous l'égide du régime dotal. Cette argumentation ne nous semble pas exacte, puisqu'en réalité ce n'est point entre ces deux régimes que la femme est appelée à choisir, mais seulement entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté, et que la soumission partielle au régime dotal qu'entraînera sa renonciation, ne sera que le résultat d'une option que la loi lui accorde. La question, en définitive, se réduit à savoir si, tout en se mariant sous le régime de la communauté, les futurs époux ont la faculté d'attacher à la renonciation éventuelle de la femme des effets plus étendus que ceux qui en découlent de plein droit, de manière à lui assurer, quant à son apport mobilier, les garanties du régime dotal. Or, la solution affirmative de la question ainsi posée ne nous paraît pas devoir souffrir difficulté: il est, en effet, généralement admis que les époux peuvent, dans leurs conventions matrimoniales, combiner le régime dotal avec celui de la communauté. Voy. en ce sens: Olivier, *op. cit.*, p. 551 et 552.

Le régime dotal suppose l'existence actuelle, ou tout au moins éventuelle, de biens dotaux. Si le contrat de mariage ne contenait aucune constitution de dot, et à plus forte raison s'il avait déclaré paraphernaux tous les biens présents et à venir de la femme, les époux, quoique s'étant formellement soumis au régime dotal, ne seraient, en réalité, mariés que sous un régime équivalent à celui de la séparation de biens.

Au contraire, le régime dotal n'implique pas nécessairement l'existence de biens paraphernaux. Rien n'empêche que tous les biens de la femme ne soient stipulés dotaux. Art. 1542.

La simple déclaration, faite par les époux, qu'ils entendent se soumettre au régime dotal, ne suffit pas pour frapper de dotalité quelque partie que ce soit des biens de la femme¹. Le caractère dotal n'appartient qu'aux biens auxquels il a été attribué par contrat de mariage, et à ceux qui ont été donnés à la femme en contrat de mariage. Art. 1541. Tous les autres biens de celle-ci sont paraphernaux. Art. 1574.

La volonté de rendre dotaux tels ou tels biens de la femme n'est cependant soumise, pour son expression, à l'emploi d'aucuns termes sacramentels. Elle peut résulter virtuellement ou implicitement de toute clause ou énonciation de nature à manifester clairement l'intention des parties à cet égard². Ainsi, lorsque les époux se sont mariés sous le régime dotal, on doit considérer comme dotaux, non-seulement les biens que la femme a déclarés tels, ceux qu'elle s'est constitués en dot, ou même simplement constitués, mais encore les biens qu'elle a affectés aux charges du mariage, ceux dont elle a conféré au mari l'administration et la jouissance, et même ceux que, sans autre explication, elle a déclaré apporter à ce dernier³. Il y a mieux, par cela seul que la femme s'est ré-

¹ Arg. art. 1541 cbn. 1574. Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 2, n^o 12. Benoît, *De la Dot*, I, 4; *Des biens paraphernaux*, n^o 6. Toullier, XIV, 357 et 358. Tessier, I, p. 32. Duranton, XV, 336. Sériziat, n^{os} 16 à 18. Odier, III, 1054 à 1060. Rodière et Pont, II, 396. Marcadé, sur l'art. 1541, n^o 2. Troplong, IV, 3028. Limoges, 4 août 1827, Sir., 26, 2, 82. Req. rej., 9 juin 1829, Sir., 29, 1, 313. Bordeaux, 20 janvier 1832, Sir., 32, 2, 277. Caen, 23 juin 1841, Sir., 43, 1, 165. Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 451 à 456.

² Merlin, *op. et loc. cit.* Toullier, XIV, 49. Tessier, I, p. 11. Duranton, XV, 338. Sériziat, n^o 7. Taulier, V, p. 229. Odier, III, 1062 et suiv. Rodière et Pont, II, 383 et suiv. Marcadé, sur l'art. 1541, n^o 1. Troplong, IV, 3029 et 3031.

³ Req. rej., 16 août 1843, Sir., 43, 1, 764.

servé certains biens comme paraphernaux, les autres sont à considérer comme dotaux ⁴.

Mais la simple désignation dans un contrat de mariage, contenant soumission au régime dotal, des biens possédés par la femme au moment où elle se marie, ne suffit pas pour en faire des biens dotaux. D'un autre côté, la clause par laquelle la femme, même mariée sous le régime dotal, donne au mari le mandat d'administrer tous ses biens, est également insuffisante, alors du moins qu'il existe une constitution formelle de dot restreinte à certains biens, pour rendre dotaux les biens non compris dans cette constitution ⁵. Enfin, la condition de remploi n'imprime pas à elle seule, même sous le régime dotal, le caractère de la dotalité aux biens à l'égard desquels elle a été stipulée ⁶.

En général, le doute qui peut s'élever sur la question de savoir si tels ou tels biens de la femme ont ou non été implicitement constitués en dot, doit se résoudre contre la dotalité de ces biens ⁷.

⁴ Duranton, XV, 337. Tessier, I, p. 35. Odier, III, 1069. Rodière et Pont, II, 385. Troplong, *loc. cit.* Req. rej., 16 novembre 1847, Sir., 48, 1, 25.

⁵ Le contraire a été jugé par la Cour de Grenoble, dans des espèces identiques à celle qui se trouve indiquée au texte. Voy. Grenoble, 4 mars 1848 et 12 juillet 1850, Sir., 48, 2, 439 et 51, 2, 409. Cpr. aussi Req. rej., 11 floréal an XI, Sir., 3, 1, 264. Mais ces décisions ne reposent que sur une interprétation hasardée. La femme pouvant par contrat de mariage charger son mari de l'administration de ses paraphernaux, la procuration qu'elle lui donne de gérer tout ou partie de ses biens, n'implique en aucune façon, fût-elle générale et irrévocable, l'intention de rendre dotaux les biens auxquels elle s'applique. La question serait plus délicate si, tout en portant soumission au régime dotal, le contrat de mariage ne renfermait cependant aucune constitution formelle de dot; on pourrait alors, en effet, plus facilement admettre une constitution implicite. Cependant nous pensons que, même dans cette hypothèse, une solution semblable devrait être admise, puisque de sa nature, et à moins de dispense expresse, le mandat emporte l'obligation de rendre compte des fruits et revenus, et que cette obligation est exclusive de toute idée de dotalité. Voy. en ce sens : Benoît, *Des biens paraphernaux*, n° 7; Odier, III, 1068. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 384.

⁶ Cpr. § 533, texte et note 9; § 541, texte et note 5. Riom, 19 août 1851, Sir., 52, 2, 54, Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19.

⁷ Tessier, I, p. 36, note 52; p. 95, notes 160 et 162. Odier, III, 1076. Rodière et Pont, II, 396. Troplong, IV, 3039 et suiv. Cpr. cep. Bordeaux, 27 juillet 1852, Sir., 53, 2, 78. — *Quid* de la clause par laquelle les époux déclarent *se prendre avec leurs biens et droits*? Cette clause, usitée dans le ressort du Parlement et de la Cour de Bordeaux, y a toujours été considérée, au témoignage de M. Tessier (I, p. 12, al. 1), comme emportant constitution dotal des biens présents de la femme. A notre avis, la solution devrait être différente dans les pays où il n'existerait pas un usage constant en faveur de cette interprétation, parce que la clause dont s'agit, portant sur les biens et les droits des deux époux et supposant, par

Les biens donnés à la femme en contrat de mariage⁸ sont, sauf stipulation contraire⁹, dotaux de plein droit, parce qu'ils sont présumés avoir été donnés pour subvenir aux charges du mariage¹⁰. Art. 1541. Cette règle ne s'applique pas aux biens donnés par le mari¹¹, lesquels sont à considérer comme paraphernaux, dans l'hypothèse même où la constitution dotale comprendrait tous les biens présents et à venir de la femme¹².

conséquent, une certaine réciprocité entre eux, n'est point assez précise, pour qu'on puisse en conclure avec certitude que la femme, quoique ne devant acquérir aucun droit sur les biens du mari, ait entendu lui conférer l'administration et la jouissance des siens. Odier, III, 1067. Marcadé, sur l'art. 1541, n° 1. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 385 ; Troplong, IV, 3030.

⁸ Les biens donnés à la femme, même en faveur de son mariage, mais en dehors du contrat de mariage, ne sont point comme tels frappés de dotalité. Rodière et Pont, II, 680 et 681.

⁹ Rodière et Pont, II, 682. — Cette stipulation ne peut, en général, s'induire d'une clause de paraphernalité qui ne serait pas spéciale aux biens donnés. Bordeaux, 6 juin 1848, *Journ. du Pal.*, 1858, I, p. 625. Req. rej., 27 février 1856, Sir., 56, 1, 507. Nîmes, 1^{er} février 1857, Sir., 57, 2, 477.

¹⁰ La jurisprudence des parlements variait autrefois sur la question de savoir si les biens donnés à la femme en contrat de mariage devaient, en l'absence de déclaration contraire, être considérés comme dotaux. Voy. Maleville, sur l'art. 1541 ; Benoît, I, 4 ; Tessier, I, p. 20, note 39 ; Troplong, IV, 3032.

¹¹ Tessier, I, p. 16, note 38. Odier, III, 1071. Troplong, IV, 3037. Marcadé, sur les art. 1540 et 1541, n° 1. Bordeaux, 3 août 1832, Sir., 33, 2, 34. Aix, 19 janvier 1844. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 334 ; Rodière et Pont, II, 380 ; Bordeaux, 30 avril 1850, Sir., 51, 2, 65. On peut dire, à la vérité, en faveur de cette dernière opinion, que l'art. 1541 attribue le caractère dotal à tous les biens donnés à la femme en contrat de mariage, sans en excepter ceux qui proviennent du mari. Mais cette exception n'avait pas besoin d'être exprimée, puisqu'elle résultait virtuellement de l'idée fondamentale de la dot, telle qu'elle se trouve définie par l'art. 1540. — La proposition énoncée au texte est du reste généralement admise pour le cas où la donation porte, non sur des biens présents, mais sur des biens à venir. Tessier, Rodière et Pont, *loc. cit.* Aix, 19 janvier 1844, Sir., 44, 2, 247. Bordeaux, 30 avril 1850, Sir., 51, 2, 65.

¹² Les auteurs que nous avons cités à la note précédente en faveur de notre opinion, se divisent sur ce point particulier. Suivant MM. Tessier et Odier (*loc. cit.*), les biens donnés par le mari à la femme qui s'est constitué en dot ses biens présents et à venir, se trouveraient compris dans cette constitution. A notre avis, la circonstance d'une constitution de tous biens présents et à venir n'est pas de nature à modifier la solution de la question. Si l'art. 1540 est assez puissant pour faire admettre une exception virtuelle à la seconde disposition de l'art. 1541, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas suffisant pour justifier la même exception en ce qui concerne la première partie de cet article. Voy. en ce sens : Troplong et Marcadé, *loc. cit.*

A. DES BIENS DOTAUX.

§ 534.

De la constitution de dot.

Les principes généraux sur la constitution de dot ayant été développés au § 500, nous nous bornerons à exposer ici les règles de cette matière qui se rattachent plus spécialement au régime dotal ¹.

1° La femme peut se constituer en dot, soit la totalité ou une quote-part de ses biens présents et à venir, soit la totalité ou une quote-part de ses biens présents ou de ses biens à venir seulement, soit enfin un ou plusieurs objets spécialement déterminés. Art. 1542, al. 1².

La constitution de biens présents comprend tous les objets sur lesquels la femme avait, au moment de la passation du contrat de mariage, un droit déjà ouvert, ou même un droit simplement éventuel, mais susceptible de se réaliser avec effet rétroactif. Ainsi, les biens grevés de restitution au profit de la femme sont à considérer comme faisant partie d'une constitution de biens présents, à quelque époque que la substitution vienne à s'ouvrir ³. Mais il en serait autrement des biens qui écherraient à la femme par suite d'une institution contractuelle non encore ouverte lors du contrat de mariage ⁴, ainsi que de ceux qu'elle acquerrait par l'exercice d'un retrait successoral, alors même que la cession de droits successifs serait antérieure à la constitution dotale ⁵.

A part ces indications particulières, nous nous bornerons à renvoyer pour le développement de la règle ci-dessus posée, aux explications données aux §§ 507 et 523.

¹ Ainsi on ne rappellera point ici les dispositions des art. 1544 à 1548, qui ont été expliquées au § 500.

² La disposition du premier alinéa de l'art. 1542 n'est qu'énonciative; il est hors de doute, quoique cet article ne le dise pas d'une manière expresse, que la constitution dotale peut être restreinte, soit aux biens à venir, soit à une quote-part des biens présents ou des biens à venir.

³ Duranton, XV, 349. Rodière et Pont, II, 388. Voy. en sens contraire: Tessier, I, p. 108, note 190; Odier, III, 1087.

⁴ Cpr. § 739, texte n° 3, et note 54. Tessier et Rodière et Pont, *loc. cit.*

⁵ Civ. rej., 31 mai 1859, Sir., 59, 1, 662.

La constitution de biens à venir comprend toutes les acquisitions faites par la femme à titre gratuit, à partir de la passation du contrat de mariage jusqu'à la dissolution de l'union conjugale⁶, à l'exception seulement de celles qu'à raison de la rétroactivité qui y serait attachée on devrait considérer, d'après ce qui a été dit ci-dessus, comme faisant partie de ses biens présents. Elle comprend également les produits ou bénéfices que, dans le même intervalle, la femme a retirés de l'exercice d'une industrie personnelle, ou d'un commerce distinct et indépendant de celui du mari⁷.

⁶ La séparation de biens n'empêche pas que les biens échus à la femme postérieurement au jugement qui l'a prononcée, ne revêtent le caractère de biens dotaux. Cpr. § 539, texte n° 4, et note 1.

⁷ Nous croyons devoir appliquer ici des idées analogues à celles que nous avons développées au § 531, texte et notes 17 à 19. Ces idées nous conduisent à décider : 1° que les capitaux acquis par la femme dans l'exercice d'une industrie personnelle, ou d'un commerce distinct de celui du mari, n'appartiennent pas à ce dernier à titre de fruits, mais forment de véritables acquêts, qui, sous l'empire d'une constitution dotale comprenant tous les biens à venir, revêtent le caractère de biens dotaux ; 2° que le mari ne devrait cependant aucun compte à la femme des produits journaliers qui, d'après les circonstances, seraient à considérer comme lui ayant été abandonnés pour subvenir aux besoins du ménage ; 3° que dans le cas d'une constitution de tous biens présents seulement, les capitaux acquis par la femme resteraient en dehors de la constitution de dot, et demeureraient paraphernaux. Voy. en ce sens : Sériziat, nos 3 à 6 et 321 ; Rodière et Pont, II, 684 ; Taulier, V, p. 233 et 382. Cpr. Toulouse, 2 août 1825, Sir., 26, 2, 21 ; Toulouse, 17 décembre 1831, Sir., 32, 2, 585. Deux autres systèmes ont été proposés sur ce point. Suivant Marcadé (sur les art. 1540 et 1541, n° 2) et M. Troplong (IV, 3016), l'industrie de la femme formerait en soi un véritable bien, qui se trouverait compris dans une constitution générale de dot, et dont tous les produits dès lors appartiendraient au mari à titre de fruits, sans aucune obligation de restitution. Nous avons déjà réfuté cette manière de voir au § 531, *loc. cit.* D'après un second système, défendu par M. Demolombe (IV, 315 et 316), l'industrie de la femme serait attachée d'une manière si intime à sa personnalité, que les produits mêmes de cette industrie ne sauraient être considérés comme compris dans une constitution de tous biens à venir, et formeraient par conséquent des paraphernaux. Mais cette opinion, dans le développement de laquelle notre savant collègue confond, ou du moins ne distingue pas d'une manière suffisante, le point de droit et le point de fait, ne nous paraît admissible, ni sous l'un ni sous l'autre rapport. On peut sans doute discuter en thèse abstraite la question de savoir si l'industrie d'une personne est en elle-même susceptible ou non d'être aliénée. Mais quelque opinion que l'on se forme à cet égard, il restera toujours certain que les produits éventuels de cette industrie sont susceptibles de former l'objet d'une convention et, par suite, d'être compris dans une constitution de dot. Cpr. art. 1833. Or, à notre avis, ils doivent être considérés comme faisant partie d'une constitution dotale de tous biens à venir, par cela même qu'ils n'en ont pas été exceptés. En vain M. Demolombe nous dit-il que les capitaux prové-

Mais la constitution de biens à venir ne s'étend pas à la part éventuelle de la femme dans une société d'acquêts, stipulée accessoirement au régime dotal⁸.

Les biens échus à la femme ou acquis par elle postérieurement à la dissolution du mariage ne sont pas compris dans une constitution de biens à venir⁹.

La constitution de dot doit être interprétée restrictivement en ce qui concerne les biens qui en forment l'objet. Ainsi, par exemple, lorsque la femme a déclaré, en termes généraux, se constituer tous ses biens, la constitution ne comprend que les biens présents¹⁰. Art. 1542, al. 2. On doit également conclure de cette règle que la constitution, soit de tous biens présents, soit de tous biens à venir, n'est censée faite que sous déduction des dettes dont se trouvaient grevés les biens constitués en dot, et qu'ainsi le mari ne pourrait exiger que la femme acquittât ces dettes sur ses paraphernaux¹¹.

nant de l'industrie personnelle de la femme sont le résultat d'une *qualité essentiellement paraphernale*. Il est, en effet, peu juridique d'étendre à de simples qualités ou aptitudes une distinction qui ne s'applique qu'à des biens proprement dits; et, d'un autre côté, la proposition à laquelle nous répondons n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir s'il est ou non permis de constituer en dot les produits d'une industrie. Nous ferons enfin remarquer que l'opinion émise par cet auteur sur la question actuelle ne se concilie guère avec celle qu'il adopte en matière de régime exclusif de communauté, sous l'empire duquel il n'hésite pas à attribuer au mari la jouissance des capitaux provenant de l'industrie de la femme. En effet, il reconnaît par là, d'une part, que la femme peut, par contrat de mariage, conférer au mari un droit d'usufruit sur les produits éventuels de son industrie, et, d'autre part, qu'elle le fait virtuellement en se soumettant au régime exclusif de communauté. Or, nous ne voyons pas pourquoi la femme ne pourrait pas le faire également en se soumettant au régime dotal, et pourquoi elle ne serait pas censée l'avoir fait en constituant en dot tous ses biens à venir. Le régime exclusif de communauté n'empêche pas que la femme ne se réserve valablement la jouissance de certains biens; et si le système que nous combattons était exact, on devrait, pour être conséquent, en conclure, contrairement à l'opinion professée par M. Demolombe, qu'une pareille réserve existe de plein droit, en ce qui concerne les produits éventuels de l'industrie personnelle de la femme.

⁸ Cpr. art. 1581 et § 641 *bis*. Troplong, III, 1910. Rouen, 25 juin 1844, Sir., 44, 2, 665. Civ. rej., 29 juin 1847, Sir., 47, 1, 606.

⁹ Demolombe, *Revue de législation*, 1835, II, p. 282, et Sir., 35, 2, 564. Odier, III, 1076. Rodière et Pont, II, 391. Troplong, IV, 3314. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 8. Caen, 26 juin 1835, Sir., 35, 2, 564. Civ. cass., 7 décembre 1842, Sir., 43, 1, 131.

¹⁰ Cpr. Caen, 27 décembre 1850, Sir., 51, 2, 410; Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449.

¹¹ *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*. Duranton, XV, 353. Odier, III,

2° La dot ne peut être constituée ni même augmentée durant le mariage ¹². Art. 1543. Toute convention par laquelle les époux attribueraient le caractère de dotalité à des biens auxquels il n'appartiendrait pas d'après le contrat de mariage, serait à considérer comme non avenue. Il y a mieux, les objets donnés ou légués durant le mariage, sous condition de dotalité, à une femme qui ne s'est constitué que ses biens présents, ne deviennent pas dotaux, la condition de dotalité devant être réputée non écrite ¹³. Cependant rien ne s'oppose à ce que le donateur ou testateur attribue au mari l'usufruit des biens donnés ou légués à la femme ¹⁴; et l'on

1088. Troplong, IV, 3053. Marcadé, sur les art. 1542 et 1543, n° 1. Paris, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 97. Caen, 19 juin 1852, et Rouen, 19 août 1852, Sir., 56, 2, 129 et 135. — Toutefois, il ne faut pas conclure de la maxime précitée que les époux puissent, pour payer les dettes grevant une succession échue à la femme et comprise dans sa constitution dotale, vendre les immeubles de cette succession sans permission de justice. Cpr. § 537, texte n° 5 et note 105. Voy. aussi 538, texte n° 2 et note 29.

¹² En Droit romain la dot pouvait être non-seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. Cpr. § 3, *Inst., de donat.* (2, 7). Les Parlements des pays de Droit écrit, frappés des dangers que cette législation présentait pour les tiers, proscrivirent les constitutions de dot faites après le mariage, et n'admirent l'augmentation de dot durant le mariage qu'avec certaines restrictions destinées à garantir les intérêts des tiers. Les rédacteurs du projet du Code pensèrent que ces restrictions mêmes étaient insuffisantes pour écarter toute possibilité de fraude; et leur manière de voir fut, après discussion, adoptée par le Conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 229, n° 8.

¹³ Arg. art. 1543 cbn. 900. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 14. Benoît, I, 29. Bellot des Minières, IV, p. 37. Tessier, I, p. 47. Toullier, XIV, 63. Duranton, XV, 358 et 359. Odier, III, 1098. Rodière et Pont, II, 410. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 2. Troplong, IV, 3058. — La proposition énoncée au texte, sur laquelle on est généralement d'accord, prouve que l'art. 1543 va plus loin que l'art. 1395, et que c'est à tort que certains auteurs n'ont vu dans le premier de ces articles qu'une application de la règle posée par le second. En effet, l'art. 1395 n'empêche pas que, sous le régime de communauté, le donateur ou testateur ne puisse exclure de la communauté ou y faire tomber les objets par lui donnés ou légués, bien que d'après le contrat de mariage ils dussent y entrer ou s'en trouver exclus. Art. 1401, n° 1, et 1405. L'art. 1395 serait donc à lui seul insuffisant pour justifier notre proposition, qui ne peut se déduire que de la défense spéciale portée par l'art. 1543.

¹⁴ C'est en vue de garantir les intérêts des tiers que l'art. 1543 défend d'augmenter la dot durant le mariage. Or, on ne voit pas en quoi ces intérêts seraient compromis par une disposition dans laquelle le donateur ou testateur partagerait sa libéralité entre le mari et la femme, en attribuant au premier l'usufruit des biens donnés ou légués à la seconde. Odier, III, 1099. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.*, à la note. — Le donateur ou testateur pourrait-il apposer à sa disposition la condition que les biens donnés ou légués seront inaliénables

pourrait même, suivant les circonstances, présumer que telle a été simplement son intention en les déclarant dotaux.

La défense établie par l'art. 1543 ne s'applique pas aux accroissements naturels que recevraient les biens dotaux par alluvion ou accession. Ces accroissements suivent le sort des biens auxquels ils viennent s'ajouter. Il en est de même de la jouissance des biens dotaux, dans le cas où par suite de l'extinction de l'usufruit dont ils se trouvaient grevés lors de la passation du contrat de mariage, elle ferait retour durant le mariage à la nue propriété de ces biens ¹⁵.

3° La dot n'est pas non plus susceptible d'être diminuée pendant le mariage ¹⁶. Les époux ne peuvent, ni par des conventions faites entre eux, ni par des conventions conclues avec des tiers, enlever le caractère de la dotalité à des biens auxquels il appartient en vertu du contrat de mariage. On doit en conclure que dans l'hypothèse où la femme s'est constitué tous ses biens à venir, la donation que lui feraient ses père et mère, ou autres ascendants, sous la condition que les biens donnés lui seront paraphernaux, resterait sans effet dans la mesure de la réserve à laquelle la femme peut avoir droit ¹⁷. Mais cette condition serait valable en tant qu'elle porterait sur la quotité disponible, ou bien encore si elle était apposée à une donation faite par une personne sur la succession de laquelle la femme n'avait aucun droit de réserve ¹⁸.

pendant le mariage? Voy. pour la négative : § 692, texte *in fine*, notes 23 et 24; Rodière et Pont et Marcadé, *loc. cit.*; Troplong, IV, 3059 et suiv. Voy. pour l'affirmative : Duranton, XV, 360; Sériziat, n° 25; Odier, III, 1100.

¹⁵ Cpr. L. 4, *D. de jur. dot.* (23, 3). Benoît, *De la dot*, I, 67. Sériziat, n° 323. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 2.

¹⁶ Cette règle, qui n'est pas posée d'une manière spéciale dans le chapitre consacré au régime dotal, est une conséquence de la disposition de l'art. 1395, et doit être appliquée dans le sens de cet article. Rodière et Pont, II, 683.

¹⁷ Cpr. § 507, texte et note 17.

¹⁸ On a prétendu qu'une pareille condition devait, même dans l'hypothèse indiquée au texte, être réputée non écrite, comme contrevenant à l'ordre public, en ce que la femme obtiendrait, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, l'administration et la jouissance d'une portion plus ou moins considérable de biens. Cette manière de voir nous paraît dénuée de tout fondement. Si le résultat de la disposition faite au profit de la femme peut se trouver en désaccord avec les prétentions du mari, et avec son intérêt tel qu'il croira devoir l'apprécier, cela n'autorise pas à dire que ce résultat soit contraire à l'ordre public. Sous quelque régime matrimonial qu'elle se marie, la femme est, en effet, autorisée à se réserver l'administration et la jouissance d'une certaine partie de ses biens; et l'on ne comprendrait pas comment un état de choses qu'il est

4^o Enfin, la dot ne peut, en général, ni être modifiée durant le mariage dans ses éléments constitutifs, ni dénaturée quant à la qualité des biens dont elle se compose¹⁹.

Cette règle conduit aux applications suivantes :

a. Les immeubles cédés au mari, même par un ascendant de la femme²⁰, en paiement d'une dot promise en argent, ne sont point dotaux. Art. 1553, al. 2. Ils sont propres au mari, qui devient débiteur de la dot²¹, à moins cependant que la dation en paiement n'ait été faite au profit de la femme et n'ait été acceptée par celle-ci, auquel cas les immeubles cédés deviennent paraphernaux, mais sous la charge de la jouissance du mari²².

b. Les immeubles recueillis par la femme dans la succession de celui qui lui avait constitué une dot en argent, encore due lors de son décès, ne sont point dotaux, bien que leur valeur comprenne ou représente le montant de la dot²³. Ces immeubles sont paraphernaux quant à la propriété; mais ils se trouvent soumis à la jouissance du mari jusqu'à concurrence des intérêts de la dot.

c. Les immeubles acquis avec des deniers dotaux non soumis par

permis d'établir par contrat de mariage, deviendrait contraire à l'ordre public, par cela seul qu'il aurait été établi comme condition d'une donation faite à la femme. Bellot des Minières, IV, 40. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 286. Duranton, XV, 490. Tessier, I, p. 48. Demolombe, IV, 474. Troplong, IV, 3065. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 3. Aix, 16 juillet 1846, Sir., 46, 2, 402. Req. rej., 16 mars 1846, Sir., 47, 1, 157. Nîmes, 10 décembre 1856, Sir., 57, 2, 134. Cpr. aussi les autorités citées à la note 18 du § 507, et Rouen, 7 février 1844, Sir., 45, 2, 78. Voy. en sens contraire : Benoît, *Des paraphernaux*, I, 28; Odier, III, 1102; Taulier, V, p. 232; Rodière et Pont, II, 411; Nîmes, 18 janvier 1830, Sir., 30, 2, 141. Cpr. aussi Sériziat, n° 2. Cet auteur, tout en reconnaissant que le mari n'a pas droit aux revenus des biens donnés à la femme sous la condition indiquée au texte, enseigne cependant que cette dernière n'est point autorisée à les toucher au fur et à mesure de leur échéance, et qu'ils doivent être capitalisés pour lui être restitués lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens.

¹⁹ Cette règle est comme la précédente une application de la disposition de l'art. 1395. Cpr. texte n° 3 et note 16 *supra*. Rodière et Pont, II, 412. Dijon, 17 juillet 1816, Sir., 18, 2, 129.

²⁰ *Lex non distinguit*. Duranton, XV, 433. Tessier, I, p. 242 et suiv. Odier, III, 1199.

²¹ Bellot des Minières, IV, p. 73. Toullier, XIV, 149. Duranton, XV, 425. Tessier, I, p. 216. Odier, III, 1198. Rodière et Pont, II, 413. Troplong, IV, 3195. Marcadé, sur les art. 1551 à 1553, n° 3.

²² Troplong, *loc. cit.*

²³ Arg. art. 1553. Civ. cass., 1^{er} décembre 1857, Sir., 58, 1, 257. Agen, 18 mai 1858, Sir., 58, 2, 373.

le contrat de mariage à la condition d'emploi, ne deviennent pas dotaux, encore qu'il ait été déclaré dans l'acte d'acquisition qu'ils serviraient d'emploi à ces deniers, et que la femme ait accepté cet emploi²⁴. Art. 1553, al. 1. Ces immeubles appartiennent au mari, lorsqu'il en a fait l'acquisition pour son propre compte, ou même pour le compte de la femme, mais sans mandat et sans acceptation de la part de cette dernière. Si, au contraire, l'acquisition a été faite par la femme ou acceptée par elle, les immeubles acquis des deniers dotaux deviennent paraphernaux; mais, tout en revêtant ce caractère, ils n'en sont pas moins soumis à la jouissance du mari²⁵.

d. Les immeubles livrés, soit par la femme elle-même, soit par des tiers, en remplacement d'immeubles dotaux dont le mari a été évincé, ne deviennent pas dotaux²⁶. Ceux qui sont livrés par des tiers passent, soit dans la propriété du mari, qui devient alors débiteur de la valeur des immeubles dont il a subi l'éviction, soit dans celle de la femme, en qualité de paraphernaux, suivant la distinction précédemment indiquée. Quant aux immeubles paraphernaux que la femme abandonne au mari pour l'indemniser du préjudice que lui a causé l'éviction des immeubles qu'elle s'était constitués en dot, ils restent paraphernaux pour la propriété, et le mari en acquiert seulement la jouissance²⁷.

Il est cependant à remarquer que les immeubles qui, dans l'une ou l'autre des hypothèses ci-dessus indiquées, sont entrés dans le patrimoine de la femme en qualité de paraphernaux, quoique aliénables en eux-mêmes, n'en comprennent pas moins une valeur dotale; et cette valeur, dans le système de l'inaliénabilité relative de la dot mobilière, est inaliénable en ce sens, que la femme ne

²⁴ Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 15. Duranton, *loc. cit.* Odier, III, 1189. Troplong, IV, 3181. Req. réj., 23 avril 1833, Sir., 33, 1, 637. Cpr. Civ. cass., 20 février 1849, Sir., 49, 1, 241.

²⁵ Duranton, XV, 426. Odier, III, 1187 *bis*. Troplong, IV, 3198.

²⁶ La raison en est que les immeubles livrés au mari en remplacement des immeubles dotaux dont il a été évincé, ne sont pas directement substitués à ces derniers, et sont donnés en paiement des dommages-intérêts dus à raison de l'éviction. Or, bien que ces dommages-intérêts constituent une créance dotale, les immeubles cédés en extinction de cette créance ne deviennent pas plus dotaux que ne le deviennent les immeubles acquis au moyen de deniers dotaux. Tessier, I, p. 283. Duranton, XV, 435. Odier, III, 1147. Voy. en sens contraire: Toullier, XIV, 91; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n^o 121. Voy. aussi Sériziat, nos 56 et 57.

²⁷ Duranton et Odier, *loc. cit.* Voy. en sens contraire: Toullier, *loc. cit.*

peut, ni y renoncer, ni l'affecter au paiement des engagements par elle contractés pendant le mariage²⁸.

La règle que la dot ne peut, en général, être transformée durant le mariage, s'applique, avec ses conséquences, même au cas où la constitution de dot comprend tous les biens à venir²⁹.

Mais cette règle reçoit exception lorsque, en vertu d'une fiction de subrogation, des biens nouvellement acquis sont censés prendre la place de biens dotaux aliénés. Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes :

a. Les objets acquis au moyen de deniers constitués en dot sont eux-mêmes dotaux, lorsque le contrat de mariage a stipulé l'emploi de ces deniers. Art. 1553, al. 1. Toutefois, la subrogation est subordonnée à une déclaration d'emploi faite dans l'acte même d'acquisition, et à l'acceptation par la femme, avant la dissolution du mariage, des effets de cette déclaration³⁰. On doit appliquer à

²⁸ Voy. pour le développement de cette proposition : § 538, texte n° 2 et note 22 ; § 539, texte n° 3 et note 14.

²⁹ Au point de vue de l'application de l'art. 1553, qui n'est lui-même qu'une conséquence de l'art. 1395, il importe fort peu que la constitution de dot soit particulière ou générale, et que dans ce dernier cas elle porte sur les biens présents ou sur les biens à venir. Si les biens acquis à titre gratuit par une femme qui s'est constitué tous ses biens à venir, deviennent dotaux, ils revêtent ce caractère en vertu même de la constitution dotale. Mais ce n'est pas à dire pour cela que, contrairement à cette constitution, des deniers dotaux mobiliers et aliénables puissent, par des acquisitions à titre onéreux, être convertis en immeubles dotaux inaliénables. Il y aurait là un véritable changement au contrat de mariage. Grenoble, 11 juillet 1857, Sir., 57, 2, 549. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1192. Cpr. Delvincourt, III, p. 106. Cpr. aussi sur l'acquisition par licitation, les auteurs cités aux notes 41 et 42 *infra*.

³⁰ On a contesté la nécessité de cette seconde condition, par le double motif que l'art. 1553 ne l'exige pas, et que le mari tient du contrat de mariage qui a stipulé l'emploi, les pouvoirs nécessaires pour l'effectuer au nom de la femme. Mais il est à remarquer que le législateur n'a point eu en vue, en rédigeant l'art. 1553, de déterminer les conditions de l'efficacité de l'emploi ; l'unique objet de cet article a été de trancher l'ancienne controverse qui s'était élevée sur la question de savoir si l'immeuble acquis des deniers dotaux est par cela même dotal, indépendamment de toute stipulation d'emploi. D'ailleurs, l'art. 1553 n'exige pas davantage une déclaration d'emploi faite dans l'acte même d'acquisition, et cependant on est bien forcé de reconnaître que cette condition est indispensable. Quant au prétendu mandat que l'on veut attribuer au mari, comme inhérent à la clause d'emploi, nous ne pouvons admettre qu'il s'y trouve virtuellement compris. Il ne résulte, à notre avis, de cette clause qu'une obligation pour le mari de se mettre en mesure d'effectuer l'emploi. Cpr. § 507, texte et note 77. Delvincourt, III, p. 106. Benoît, *De la dot*, I, 110. Bellet des Minières, IV, p. 75. Duranton, XV, 427 et suiv. Sériziat, n° 117. Taulier, V,

cet égard les règles posées par les art. 1434 et 1435³¹. Il y a plus, si le contrat de mariage avait déterminé la nature des biens à acquérir pour opérer l'emploi, l'acquisition ne deviendrait dotale qu'autant qu'elle aurait été faite conformément aux indications de ce contrat.

b. Les objets acquis en remploi du prix d'immeubles dotaux dont l'aliénation a été permise par le contrat de mariage sous condition de remploi, sont également dotaux. Arg. art. 1553, al. 1.

c. En cas d'aliénation d'un immeuble dotal, faite avec permission de justice pour l'une des causes indiquées en l'art. 1558, l'excédant du prix sur les besoins en vue desquels cette aliénation a été permise, reste dotal; et les acquisitions faites en remploi au moyen de cet excédant de prix sont elles-mêmes dotales³². Art. 1558, al. 8.

d. L'immeuble acquis en échange d'un immeuble dotal devient de plein droit dotal, soit pour le tout, soit jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ce dernier, suivant les règles indiquées ci-après à l'occasion de la licitation³³. La soulte payée aux époux par suite d'un pareil échange est également dotale, ainsi que l'acquisition faite en remploi de cette soulte³⁴. Art. 1559.

p. 273 et 274. Benech, *op. cit.*, n° 41. Troplong, IV, 3198. Marcadé, sur les art. 1551 à 1553, n° 3. Toulouse, 13 août 1841, Sir., 42, 2, 23. Agen, 20 juillet 1858, Sir., 59, 2, 1. Req. rej., 2 mai 1859, Sir., 59, 1, 293. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 40; Toullier, XIV, 452; Tessier, I, p. 220; Odier, III, 1194 à 1196; Rodière et Pont, II, 421 et 422.

³¹ Cpr. § 507, texte n° 3 et notes 59 à 80. Benech, *op. cit.*, nos 33 à 54, 85 à 95.

³² La disposition du dernier alinéa de l'art. 1558, *l'excédant du prix restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel*, ne laisse, à notre avis, aucun doute sur ce point. En vain objecte-t-on qu'aux termes de l'art. 1553, l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est dotal qu'autant que la condition d'emploi a été stipulée par le contrat de mariage. On a oublié, en faisant cette objection, que la disposition légale qui prescrit l'emploi n'est, comme celle qui permet l'aliénation, que purement déclarative de la volonté des parties, et qu'elles doivent être considérées, l'une et l'autre, comme faisant partie intégrante des conventions matrimoniales. Taulier, V, p. 322. Rodière et Pont, II, 562. Benech, *op. cit.*, n° 131. Troplong, IV, 3488. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 266; Odier, III, 1313.

³³ Cpr. texte n° 5 et notes 40 à 42 *infra*. Tessier, I, p. 262. Toullier, XIV, 223. Rodière et Pont, II, 522. Odier et Troplong, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1559. Voy. cep. Bellot des Minières, IV, p. 447. Suivant cet auteur, l'immeuble reçu en échange deviendrait dotal pour le tout, alors même que sa valeur excéderait celle de l'immeuble donné en échange.

³⁴ Taulier, V, p. 327. Rodière et Pont et Benech, *loc. cit.* Troplong, IV, 3508. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 263; Odier, III, 1319.

e. Lorsqu'une femme, qui s'est constitué en dot certains immeubles donnés en avancement d'hoirie, est obligée de les rapporter à la succession du donateur, et que par l'effet du partage elle a reçu dans son lot d'autres immeubles, ces derniers deviennent dotaux jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles constitués ³⁵.

f. En cas de licitation d'un immeuble dotal, indivis entre la femme et des tiers, la portion du prix afférente à celle-ci est dotale, que l'immeuble ait été adjugé à un étranger ou à l'un des copropriétaires. Il en est de même de l'acquisition faite en remploi de cette portion de prix ³⁶.

g. L'indemnité payée par suite de l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un l'immeuble dotal, est également dotale, ainsi que l'acquisition faite en remploi de cette indemnité. Les mêmes règles s'appliquent à l'indemnité payée pour l'établissement, en cas d'enclave, d'une servitude de passage sur l'immeuble dotal ³⁷.

Il est, du reste, bien entendu que dans les différentes hypothèses prévues sous les lettres *b*, *c*, *d*, *f* et *g*, l'acquisition faite en remploi de deniers dotaux ne devient elle-même dotale que moyen-

³⁵ On peut dire qu'il y a en pareil cas échange forcé. Il y a mieux, par cela même que la constitution de dot porte sur des immeubles donnés en avancement d'hoirie, elle s'applique virtuellement aux immeubles que la femme recevra par suite du partage, lors duquel elle se trouvera obligée de rapporter les immeubles constitués. Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que l'hypothèse actuelle diffère essentiellement de celle que nous avons examinée, texte n° 3 et notes 20 à 22 *supra*, puisque ce n'est pas à une dot mobilière, mais bien à une dot immobilière, que se trouvent substitués les immeubles recueillis par la femme. Enfin, le système contraire présenterait les plus graves dangers, en ce qu'il permettrait à la femme de rendre tous ses biens aliénables au mépris de la constitution dotale, en acceptant la succession au lieu d'y renoncer pour s'en tenir à son don, et même en omettant de faire usage du bénéfice de l'art. 859. Troplong, IV, 3512. Montpellier, 11 novembre 1836, Sir., 37, 2, 433. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 270.

³⁶ Art. 1559, al. 8. *Non obstat* art. 883, pour l'hypothèse où ce serait un des copropriétaires qui se rendrait adjudicataire : Cpr. § 625, texte et note 18. Merlin, *Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 7. Tessier, I, p. 283. Troplong, IV, 3485. Benech, *op. cit.*, n° 122. Rouen, 24 avril 1828, Sir., 28, 2, 190, Req. rej., 23 août 1830, Sir., 30, 1, 394. Cpr. aussi Req. rej., 10 mars 1856, Sir., 56, 1, 657. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1304.

³⁷ Les deux hypothèses indiquées au texte rentrent sous l'application des dispositions de l'art. 1558, relatives aux aliénations permises par justice ou légalement nécessaires. Loi du 3 mai 1844, art. 13. Cod. Nap., art. 682. Benech, *op. cit.*, nos 121 et 123. Req. rej., 10 décembre 1845, Sir., 46, 1, 161. Voy. cep. Rodière et Pont, II, 566.

nant l'accomplissement des conditions prescrites par les art. 1434 et 1435³⁸.

5° L'application combinée des règles posées sous les quatre numéros précédents conduit, pour le cas de partage de biens indivis entre la femme et des tiers, et pour celui où elle se rend adjudicataire sur licitation de pareils biens, aux conséquences suivantes :

a. En cas de partage d'une hérédité, ou autre universalité de biens, indivise entre la femme et des tiers, les biens qui tombent dans son lot deviennent dotaux, lorsque sa part indivise forme spécialement l'objet de la constitution de dot, ou que cette part se trouve comprise dans une constitution, soit de biens présents, soit de biens à venir. Que si la femme s'était constitué, soit ses meubles, soit ses immeubles seulement, le caractère de la dotalité s'appliquerait aux meubles ou aux immeubles tombés dans son lot, et ne s'attacherait qu'à ces biens, encore qu'elle eût reçu une part de meubles ou d'immeubles proportionnellement plus forte que celle à laquelle elle aurait eu droit, en vertu de l'art. 832, dans l'une ou l'autre de ces deux classes de biens³⁹.

b. Lorsque la femme s'est spécialement constitué sa part indivise dans un immeuble, et qu'elle se rend adjudicataire sur licitation de la totalité de cet immeuble, il ne devient dotal que dans la proportion de la part que la femme y avait, et demeure paraphernal pour le surplus⁴⁰. La même solution devrait être admise,

³⁸ Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547.

³⁹ Nous n'établissons pas cette proposition sur l'art. 883 qui, d'après notre manière de voir, est complètement étranger à la question. Cpr. § 625, texte n° 1 et note 18. Nous la fondons sur cette idée que la femme, en se constituant en dot des biens héréditaires, est censée avoir voulu se les constituer tels qu'ils lui échéeraient par le partage. La solution contraire supposerait d'ailleurs la possibilité de l'annulation du partage, par cela seul que les dispositions de l'art. 832 n'auraient pas été complètement observées ; ce qui nous paraît inadmissible, du moins en l'absence de tout concert frauduleux. Cpr. Caen, 19 mars 1839, Sir., 39, 2, 351.

⁴⁰ Cette solution est généralement admise. On la fonde d'ordinaire sur ce que la constitution de dot étant spéciale et restreinte à la part indivise de la femme, cette circonstance s'oppose à l'application de l'art. 883, que l'on considère comme devant résoudre en principe, non-seulement la question de savoir si la propriété des biens licités est acquise avec effet rétroactif, mais encore celle de savoir si les biens ainsi acquis sont ou non dotaux. A notre avis, ce point de vue n'est point exact, ainsi que nous l'établirons à la note suivante. Delvincourt, III, p. 410. Tessier, I, p. 275, n° 54. Durantou, XV, 361. Odier, III, 1305. Rodière et Pont, II, 395. Troplong, IV, 3050. Marcadé, sur les art. 1542 et 1543, n° 1. Limoges, 22 juillet 1835, Sir., 39, 2, 299.

bien que la constitution de dot portât sur tous les biens présents, et que le paiement du prix de licitation eût été effectué avec des deniers dotaux, à moins que ces deniers ne fussent sujets à emploi⁴¹. Elle s'appliquerait même, sauf cette dernière restriction, au cas où la constitution de dot comprendrait tous les biens présents et à venir⁴².

c. Lorsque la part indivise de la femme dans une succession, ou autre universalité juridique, se trouve spécialement constituée en dot, ou forme partie intégrante d'une constitution générale de tous biens présents ou de tous biens présents et à venir, et que la femme se rend adjudicataire sur licitation d'un ou plusieurs des immeubles communs, ces immeubles deviennent dotaux pour le tout, à supposer que les consorts de la femme soient exclusivement remplis de ce qui leur revient en valeurs provenant de la masse commune; et dans l'hypothèse contraire ils ne le deviennent que sous déduction d'une portion correspondante à la soulte que la femme aura à payer de ses propres deniers⁴³.

⁴¹ Nous croyons devoir nous écarter sur ce point de l'opinion suivie par la grande majorité des auteurs, qui admettent que, dans l'hypothèse prévue au texte, les immeubles acquis par la femme sur licitation deviennent dotaux pour le tout, par le motif que rien ne s'opposerait plus dans cette hypothèse à l'application de l'art. 883. A notre estime, le point de départ de cette opinion est complètement erroné. Invoquer l'art. 883 pour la solution d'une question de dotalité, c'est le détourner de son objet, et en étendre l'application en dehors de la sphère d'intérêts que le législateur a entendu régler, en consacrant la rétroactivité du partage et de la licitation. Les questions de dotalité qui peuvent s'élever à l'occasion d'acquisitions faites pendant le mariage, doivent exclusivement se décider par les dispositions combinées des art. 1543 et 1553, qui sont spéciales à la matière. Il ne saurait dépendre de la volonté de la femme d'augmenter ou de transformer sa dot durant le mariage, en se rendant adjudicataire sur licitation de la totalité d'immeubles dans lesquels elle ne possédait qu'une part indivise, au moment de la passation du contrat de mariage. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1558, n° 5. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 283, let. D.; Duranton, Odier, Rodière et Pont, *loc. cit.*; Troplong, IV, 3051 et 3052.

⁴² Cette proposition n'est pas seulement contredite par les auteurs que nous avons cités à la fin de la note précédente; elle est même rejetée par Marcadé qui, tout en écartant l'argument tiré de l'art. 883, se fonde sur ce que la dot, comprenant tous les biens à venir, n'est pas augmentée par une acquisition faite avec des deniers dotaux. En raisonnant ainsi, cet auteur a perdu de vue que ce n'est pas seulement l'augmentation de la dot, mais encore sa transformation qui se trouve formellement prohibée par les art. 1395, 1543 et 1553. Cpr. texte n° 4 et note 29 *supra*.

⁴³ Dans la première hypothèse, la femme ne reçoit en définitive que le montant de ce qui lui revient dans la masse commune, et les résultats de l'opération doivent être assimilés à ceux d'un partage ordinaire. Dans la seconde hypothèse,

§ 535.

Des droits respectifs des époux sur les biens dotaux. — 1° Des droits du mari.

Le mari a l'administration et la jouissance des biens dotaux. Art. 1549, al. 1 et 2.

1° Bien que le mari ne puisse plus être considéré comme *dominus dotis*¹, les pouvoirs dont il jouit en qualité d'administrateur des biens dotaux, sont plus étendus que ceux qui, sous le régime de la communauté, lui compètent sur les biens propres de la femme:

Ainsi, le mari a non-seulement le droit de louer, sous les restrictions indiquées aux art. 1429 et 1430, les immeubles dotaux, et de former les actions possessoires qui y sont relatives, de poursuivre le recouvrement des créances dotales, d'en donner quittance avec main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté², et de les céder par voie de transport³, de vendre les meubles dotaux corporels, enfin, de recevoir le compte de tutelle qui peut être dû à la femme lorsqu'elle s'est constitué en dot, soit

au contraire, il y a de la part de la femme acquisition nouvelle au point de vue de la dotalité, et le sort de cette acquisition est réglée par les dispositions de l'art. 1553.

¹ Cela résulte du texte même de l'art. 1549 qui, en ne conférant au mari que l'administration et la jouissance des biens dotaux, lui dénie virtuellement, du moins en général, la qualité de propriétaire de ces biens, qualité qui, même en Droit romain, ne lui appartenait pas dans un sens absolu et exclusif de tout droit de la femme. C'est aussi ce que supposent les art. 1551, 1552, 1555, 1556, 1564 à 1567. Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 7, n^o 6; v^o Usufruit, § 4, n^o 2. Tessier, *De la dot*, II, p. 121 et 177; *Questions sur la dot*, n^{os} 1 à 49. Odier, III, 1162 à 1170. Rodière et Pont, II, 397 et 436 à 439. Marcadé, sur l'art. 1549, n^o 2. Voy. en sens contraire: Troplong, IV, 3102 à 3104.

² Cette proposition s'applique même aux rentes perpétuelles faisant partie de la dot. La controverse qui existait à cet égard dans l'ancien Droit, à raison de ce que ces rentes étaient rangées dans la classe des immeubles, ne peut plus s'élever aujourd'hui en présence de la disposition de l'art. 529. Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 7, n^o 4. Tessier, II, p. 131. Benoît, I, 125. Duranton, XV, 404. Odier, III, 1175. Rodière et Pont, II, 440. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 43, 1, 576; Caen, 13 juillet 1848, Sir., 50, 2, 100; Req. rej., 1^{er} décembre 1851, Sir., 51, 1, 808.

³ C'est ce qui est aujourd'hui généralement reconnu, même dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cpr. § 537 bis, texte et note 7.

spécialement le reliquat de ce compte, soit tous ses biens présents⁴; il est, en outre, autorisé à intenter, sans le concours de la femme, les actions pétitoires concernant les immeubles dotaux⁵, à défendre à de pareilles actions⁶ et à former, en cas d'aliénation volontaire de l'immeuble affecté à une créance dotale, la surenchère admise par l'art. 2185⁷.

Il y a plus, les pouvoirs attribués au mari, quant à l'exercice des actions dotales de quelque nature qu'elles soient, sont attachés à sa personne d'une manière exclusive; et la femme est, même avec l'autorisation du mari, sans qualité pour les intenter⁸. A plus

⁴ Duranton, XV, 405. Montpellier, 20 janvier 1830, Sir., 30, 2, 121.

⁵ Les termes *d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs*, employés dans le deuxième alinéa de l'art. 1549, prouvent clairement, surtout en les rapprochant de l'art. 1428, al. 2, que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu adopter sur ce point les principes du Droit romain, d'après lesquels le mari avait l'exercice, en demandant, comme en défendant, des actions, tant réelles que personnelles, concernant les biens dotaux. Cpr. L. 11, *C. de jur. dot.* (5, 12); L. 9, *C. de rei vind.* (3, 52). Merlin, *Rép.*, v^o Puissance maritale, sect. II, § 3, art. 3, n^o 8. Duranton, XV, 394. Bellot des Minières, IV, p. 64. Benoît, I, 105. Odier, III, 1180. Rodière et Pont, II, 479. Troplong, IV, 3104 et 3105. Marcadé, sur l'art. 1549, n^o 2. — Suivant Toullier (XII, 392 et 393) et M. Tessier (I, p. 136), le mari serait bien autorisé à exercer seul les actions immobilières relatives aux biens dotaux, mais il ne pourrait agir ainsi que dans son intérêt comme usufruitier, et sans préjudicier aux droits de la femme. D'après cette opinion, les pouvoirs du mari comme administrateur des biens dotaux, seraient absolument les mêmes que ceux dont il jouit sous le régime de la communauté, relativement aux immeubles de la femme dont la communauté a l'usufruit. Mais c'est là confondre les règles essentiellement différentes des deux régimes. Cpr. § 509, texte n^o 3 et note 20.

⁶ Le droit de former une action emporte, en général, celui d'y défendre, et l'on ne voit aucun motif pour ne pas appliquer cette règle en ce qui concerne les actions dotales. Rodière et Pont, II, 482. Troplong, IV, 3107. Voy. encore les autorités citées à la note 5 *supra*. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 16 mars 1827, Sir., 28, 2, 49; Riom, 28 janvier 1844, Sir., 46, 2, 17.

⁷ Montpellier, 27 mai 1807, Sir., 7, 2, 916. Caen, 20 juin 1827, Sir., 28, 2, 183. Cpr. Civ. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11. Cet arrêt décide que, sous le régime de la communauté, le mari ne peut former une surenchère sur l'immeuble hypothécairement affecté à une créance propre de la femme. Cette décision, fondée sur le motif que la surenchère constitue l'exercice d'une action réelle immobilière, et que sous le régime de la communauté le mari n'a que l'exercice des actions mobilières ou possessoires, n'est pas contraire à la proposition émise au texte.

⁸ Duranton, XV, 402. Benoît, I, 106. Odier, III, 1177. Marcadé, sur l'art. 1549, n^o 2. Montpellier, 27 mai 1807, Sir., 7, 2, 916. Limoges, 4 février 1822, Sir., 22, 2, 247. Bordeaux, 27 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65. Grenoble, 23 avril 1858, Sir., 58, 2, 397. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 141; Bellot des Mi-

forte raison serait-elle non recevable à les exercer avec la simple autorisation de justice ⁹.

Les jugements rendus sur les actions dotales exercées par le mari ou contre lui, lient la femme, tout comme si elle avait figuré dans l'instance ¹⁰, sauf à elle à les attaquer par voie de tierce opposition, s'ils avaient été obtenus par suite d'une collusion entre le mari et l'autre partie.

Par exception à la règle qui confie au mari l'exercice des actions dotales et la défense à de pareilles actions, il ne peut, sans le concours de la femme, ni provoquer le partage de biens dotaux indivis entre elle et des tiers ¹¹, ni même défendre à la demande en

nières, IV, p. 65; Tessier, II, 835; Sériziat, n° 76; Taulier, V, p. 261; Rodière et Pont, II, 481; Zachariæ, § 535, note 2; Turin, 10 août 1811, Sir., 12, 2, 271; Lyon, 16 janvier 1834, Sir., 35, 2, 52. Cette dernière opinion nous paraît repoussée par le texte même de l'art. 1549, dont le second alinéa porte : non pas que le mari a le droit d'en poursuivre seul les débiteurs et détenteurs; mais *qu'il a seul le droit d'en poursuivre* les débiteurs et détenteurs. En vain objecte-t-on que l'autorisation du mari équivaut de sa part à un mandat. Cette assimilation est complètement inexacte : on ne saurait voir un véritable mandat dans le pouvoir donné à une personne pour agir, non point au nom du mandant, mais en son propre nom. Cpr. § 536, texte et notes 4 à 6; § 537, texte n° 1 et note 18.

⁹ La plupart des auteurs qui, contrairement à notre manière de voir, enseignent que la femme peut exercer les actions dotales avec l'autorisation de son mari, reconnaissent avec nous qu'elle ne le pourrait pas avec la simple autorisation de justice. Voy. cep. Taulier, *loc. cit.*

¹⁰ La proposition énoncée au texte ne peut souffrir difficulté, dès que l'on admet que le mari a seul qualité pour intenter les actions dotales et pour y défendre, non-seulement dans l'intérêt de son droit d'usufruit, mais quant au fonds même, comme représentant des intérêts dotaux. Duranton, XV, 398 et 399. Odier, III, 1180. Rodière et Pont, II, 483. Troplong, IV, 3106. Marcadé, *loc. cit.*

¹¹ Art. 818. Toullier, XIV, 156 et 157. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 4. Malpel, *Des successions*, n° 244. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 3. Bellot des Minières, IV, p. 137 et 412. Tessier, *De la dot*, II, note 838; *Quest. sur la dot*, nos 51 à 53. Duranton, VII, 125; XV, 395 et 396. Marcadé, sur l'art. 818, n° 2, et sur l'art. 1549, n° 3. Odier, III, 1181. Rodière et Pont, II, 484. Agen, 24 février 1809, Sir., 35, 2, 295, à la note. Nîmes, 12 mars 1835, Sir., 35, 2, 294. Paris, 14 juillet 1845, Sir., 45, 2, 501. Civ. rej., 21 janvier 1846, Sir., 46, 1, 263. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 382; Benoît, I, 127; Troplong, IV, 3108 et suiv.; Aix, 9 janvier 1810, Sir., 11, 2, 468. A l'appui de cette dernière opinion on dit que l'art. 818, décrété à une époque où il n'avait pas encore été admis que le régime dotal dût prendre place dans le Code, est étranger à la discussion, et que la question doit exclusivement se décider par la disposition générale de l'art. 1549. On ajoute que si en Droit romain le mari n'était pas autorisé à intenter seul les actions en partage (L. 2, C. de fund. dot., 5, 23); cela tenait uniquement à ce que le partage y était regardé

partage de ces biens ¹². D'un autre côté, les poursuites de saisie immobilière doivent être dirigées conjointement contre le mari et la femme ¹³. Enfin, en cas d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, l'instance en règlement de l'indemnité doit aussi, en cas de non acceptation par la femme assistée de son mari des offres de l'administration, être introduite contre les deux époux ¹⁴.

Les pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens dotaux, comme chef de l'association conjugale, ne peuvent lui être enlevés par une convention contraire. Ainsi, on doit considérer comme non avenue, la clause par laquelle la femme déclare se réserver

comme une aliénation, et que, par conséquent, il doit en être autrement aujourd'hui que le partage n'est que déclaratif et non translatif de propriété. Ces raisons nous semblent sans portée. Il est évident qu'en distinguant les objets qui tombent dans la communauté de ceux qui en sont exclus, et en n'attribuant au mari le droit de demander seul et sans le concours de la femme que le partage des objets de la première catégorie, le législateur n'a pas eu à se préoccuper de la cause en vertu de laquelle tels ou tels objets resteraient exclus de la communauté. A son point de vue, le fait même de cette exclusion devait toujours, quel qu'en fût le motif, amener la même solution. L'argument tiré de l'art. 883 est moins sérieux encore. Cet article, qui ne concerne que les effets du partage, n'a nullement pour objet de caractériser l'opération en elle-même. Or, de quelque manière qu'on envisage cette opération, il faut toujours reconnaître qu'elle emporte, de la part de chaque copartageant, renonciation à ses droits de propriété indivise sur les objets tombés aux lots de ses consorts.

¹² D'après la loi 2 au Code, *de fundo dotali* (5, 23), le mari était autorisé à défendre seul à l'action en partage. Mais la décision de cette loi ne peut plus être admise aujourd'hui en présence du second alinéa de l'art. 818, dont la disposition nous paraît bien préférable à celle du Droit romain. Il ne faut pas séparer du jugement qui ordonne un partage, les opérations nécessaires pour le consommer. Ces opérations, qui sont toujours les mêmes que le partage se fasse à l'amiable ou en justice, tendent à transformer un droit indivis sur l'ensemble des objets à partager, en un droit de propriété exclusive sur une partie de ces objets, et emportent, comme nous l'avons fait remarquer à la note précédente, abandon pour chaque copartageant de son droit indivis sur les objets tombés aux lots de ses consorts. Or, un pareil abandon exige nécessairement le concours de la femme. Nous ajouterons que dans l'action en partage, qui constitue un *judicium duplex*, chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse, et qu'ainsi, sous ce rapport encore, il n'y a pas lieu de distinguer entre la demande et la défense. Voy. en ce sens les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1846, cité à la note précédente. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*

¹³ Art. 2208. Tessier, *De la dot*, II, p. 151; *Quest. sur la dot*, n° 50. Duranton, XV, 397, et XXI, 37. Odier, III, 1182. Rodière et Pont, II, 484. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 181; Troplong, IV, 3116.

¹⁴ Arg. art. 13, 25 et 28 de la loi du 3 mai 1841.

l'administration de biens que l'intention formelle des parties a été de frapper de dotalité ¹⁵.

Mais rien n'empêche que, pour mieux garantir les intérêts de la femme, le droit du mari de toucher les créances dotales ne soit, par le contrat de mariage, subordonné à une condition d'emploi. En pareil cas, les paiements faits sans un emploi suffisant et satisfaisant ne libèrent pas les débiteurs ¹⁶. Il en serait cependant autrement, si le contrat de mariage contenait une simple clause d'emploi, sans qu'il apparût clairement que l'intention des parties a été de faire dépendre la validité du paiement de la condition *sine qua non* de l'emploi des deniers qui en forment l'objet ¹⁷.

¹⁵ Lorsque la femme s'étant réservé l'administration et la jouissance de biens qualifiés dotaux, il est cependant permis, d'après l'ensemble du contrat de mariage, d'envisager cette qualification comme le résultat d'une simple inexactitude de langage, les tribunaux peuvent, par interprétation de la volonté des parties, maintenir la clause dont s'agit, en considérant comme paraphernaux les biens improprement qualifiés dotaux; et c'est dans ce sens que paraît devoir être entendu l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1837 (Civ. rej., Sir., 37, 1, 193). Mais lorsqu'aucune supposition d'erreur n'est admissible, et qu'il est bien constaté que la femme a voulu se réserver l'administration de biens dotaux proprement dits, la clause doit être rejetée comme contraire à l'art. 1388, qui prohibe toute convention dérogatoire aux droits appartenant au mari en sa qualité de chef de l'association conjugale. Tessier, I, p. 86. Bellot des Minières, IV, p. 298 et 299. Taulier, V, p. 261 et 262. Troplong, I, 69. Marcadé, sur les art. 1387 à 1389, n° 6. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 64; Zachariæ, § 535, note 1.

¹⁶ Tessier, II, note 828. Benoît, *De la dot*, I, 110 et 112. Benech, *De l'emploi et du remploi*, nos 55 à 58. Rodière et Pont, II, 430. Troplong, IV, 3120. Marcadé, sur l'art. 1553, n° 3. Civ. cass., 9 juin 1841, Sir., 41, 1, 468. Caen, 23 novembre 1842, Sir., 43, 2, 123. Paris, 23 mars 1844, Sir., 44, 2, 131. Paris, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 499. Req. rej., 1^{er} février 1859, Sir., 59, 1, 689. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 487; Zachariæ, § 535, note 12.

¹⁷ Les auteurs cités à la note précédente, à l'appui de la solution que nous avons donnée, n'admettent pas la restriction que nous y apportons, et enseignent d'une manière absolue que, sous le régime dotal, à la différence de ce qui a lieu en matière de communauté, toute clause d'emploi est de sa nature opposable aux tiers. Mais nous ne comprenons pas la différence qu'on voudrait établir au point de vue dont s'agit entre ces deux régimes, puisque, dans le système même de l'inaliénabilité de la dot mobilière, on reconnaît généralement au mari le pouvoir de toucher et de céder les créances dotales. L'opinion contraire à celle que nous professons, ne paraît s'être accréditée que par suite d'une assimilation inexacte entre la clause d'emploi des deniers dotaux et la clause de remploi du prix provenant de l'aliénation d'immeubles dotaux déclarés aliénables sous cette condition. Si cette dernière clause est de sa nature opposable aux tiers acquéreurs, c'est parce qu'ils sont eux-mêmes obligés de l'invoquer pour défendre leur acquisition, et qu'ils ne peuvent la soustraire aux conséquences du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, qu'en acceptant et en exécutant la condi-

Comme administrateur des biens dotaux, le mari est tenu d'apporter à leur conservation tous les soins d'un bon père de famille ¹⁸. Il est responsable envers la femme de la perte ou des détériorations des biens dotaux, lorsque cette perte ou ces détériorations sont le résultat d'un défaut de soins de sa part. Il est, en particulier, responsable des créances dotales, lorsqu'il a négligé d'interrompre le cours des prescriptions auxquelles elles étaient soumises ¹⁹, ou d'en poursuivre la rentrée en temps opportun ²⁰. Art. 1562. Enfin, il doit donner aux deniers dotaux l'emploi qui leur a été assigné par le contrat de mariage. Il devient responsable de l'inefficacité ou de l'insuffisance de l'emploi, lorsqu'elle provient d'une négligence qui lui est imputable, mais non quand elle ne résulte que d'un événement imprévu ²¹.

2° La jouissance du mari sur les biens dotaux s'ouvre au jour de la célébration du mariage. Ainsi, il a droit, à partir de cette époque, à tous les fruits naturels ou civils des biens dotaux, lors même que ces biens ne lui seraient délivrés que plus tard ²². D'un autre côté, si le mari avait, dès avant le mariage, recueilli des fruits naturels, ou si, depuis le mariage, il avait perçu des fruits civils antérieurement échus, il en devrait compte à la femme, pour laquelle ces fruits seraient ou dotaux ou paraphernaux, selon

tion sous laquelle l'aliénation en a été exceptionnellement permise. S'agit-il, au contraire, d'une clause d'emploi dont les tiers n'ont aucun intérêt à se prévaloir, et qui leur est opposée comme restrictive des pouvoirs que le mari tient de l'art. 1549, les débiteurs des deniers dotaux sont naturellement en droit de la repousser, si cette restriction ne résulte pas clairement des termes dans lesquelles la clause est conçue. Voy. en ce sens : Paris, 4 juin 1831, Sir., 31, 2, 211 ; Req. rej., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 705.

¹⁸ Voy. L. 17, *D. de jur. dot.* (23, 3). Delvincourt, III, p. 105. Duranton, XV, 387 et suiv. Odier, III, 1185.

¹⁹ Il en est ainsi, lors même que la prescription a commencé dès avant le mariage. Toutefois si, au moment de la célébration, il ne restait plus que peu de jours à courir pour l'accomplissement de la prescription, le mari pourrait être déchargé de toute responsabilité, comme ne s'étant pas rendu coupable de négligence. L. 16, *D. de fund. dot.* (23, 5). Bellot des Minières, IV, p. 217. Benoît, I, 181 et suiv. Rodière et Pont, II, p. 475. Voy. cep. Sériziat, n° 216.

²⁰ Rodière et Pont, II, 477. Troplong, IV, 3589. Aix, 24 août 1829, Sir., 29, 2, 295.

²¹ Req. rej., 2 août 1853, Sir., 53, 1, 209.

²² On suit à cet égard les règles générales posées au premier alinéa de l'art. 585 et à l'art. 586. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2709. — Si cependant la jouissance du mari venait à cesser pendant la première année du mariage, il faudrait appliquer aux fruits par lui perçus ou récoltés la disposition de l'art. 1571. Duranton, XV, 450. Proudhon, *op. cit.*, V, 2711 à 2714. Troplong, IV, 3129.

qu'elle se serait constitué en dot tous ses biens présents, ou seulement des objets spécialement déterminés ²³.

L'étendue de la jouissance du mari sur les biens dotaux est, en général, régie par les règles relatives à l'usufruit ordinaire. Ainsi, il n'a aucun droit aux coupes des bois de haute futaie, non aménagés au moment de l'ouverture de son droit ²⁴.

Mais, par exception aux règles ordinaires de l'usufruit, le mari ne peut percevoir les fruits pendants par racines ou par branches, au moment de la célébration du mariage, qu'à la charge de tenir compte à la femme, lors de la restitution de la dot, des frais de labours et de semences ²⁵. D'un autre côté, le mari a droit à la bonification des impenses utiles faites sur les biens dotaux, jusqu'à concurrence de la mieux-value existante à l'époque de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens. Il a également droit à une indemnité pour la valeur des coupes de bois qu'il était autorisé à faire, et qu'il n'a point faites ²⁶. Du reste, les futurs époux peuvent, par contrat de mariage, restreindre la jouissance du mari sur les biens dotaux, en stipulant que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Art. 1549, al. 3.

²³ Benoît, II, 191 et 192. Duranton, XV, 452. Rodière et Pont, II, 442. Troplong, *loc. cit.*

²⁴ Art. 591 et 592. Tessier, II, note 882. Sériziat, n° 77. Rodière et Pont, II, 448. Troplong, *loc. cit.* Lyon, 3 mars 1845, Sir., 46, 2, 260. Caen, 25 juin 1845, Sir., 46, 2, 301. — *Quid* cependant, si la femme s'était spécialement constitué en dot une futaie non aménagée? Cpr. Benoît, I, 149; Toullier, XIV, 317; Rodière et Pont, *loc. cit.*

²⁵ Arg. art. 548. *Fructus non sunt, nisi deductis impensis. Nec obstat* art. 585 : Cpr. § 522, note 19. Benoît, I, 144. Rodière et Pont, II, 444 et 652. Troplong, *loc. cit.*

²⁶ Ces deux propositions se justifient par cette double considération que la jouissance du mari lui est accordée en compensation des charges du ménage, et qu'il joint à sa qualité d'usufruitier celle d'administrateur. On ne saurait d'ailleurs admettre qu'en faisant des améliorations sur des biens dotaux, ou en s'abstenant de faire une coupe immédiatement après l'époque déterminée par l'aménagement, le mari ait entendu exercer une libéralité au profit de sa femme. Voy. pour la première proposition : Delvincourt, III, p. 115 et 116; Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 13, n° 3; Toullier, XIV, 324 à 326; Proudhon, *op. cit.*, V, 2662; Tessier, II, p. 195; Benoît, II, 240 et suiv.; Sériziat, nos 70 et 213; Odier, III, 1425 à 1430; Taulier, V, p. 266; Rodière et Pont, II, 449 et 450; Troplong, IV, 3594; Marcadé, sur l'art. 1562, n° 1; Caen, 5 décembre 1826, Sir., 27, 2, 161; Bastia, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 333. Voy. pour la seconde proposition : Benoît, I, 147; Toullier, XIV, 314; Rodière et Pont, *loc. cit.*

Le mari est, à raison de la jouissance des biens dotaux, soumis, en général, à toutes les obligations que la loi impose à un usufruitier ordinaire. Art. 1562. Ainsi, il est tenu de faire dresser inventaire des meubles constitués en dot. Art. 600. A défaut d'accomplissement de cette obligation, la femme ou ses héritiers sont autorisés à prouver contre lui²⁷, par témoins et même par commune renommée, la consistance du mobilier dotal non inventorié²⁸, dont l'apport se trouverait d'ailleurs justifié²⁹. Le mari est également tenu de faire constater l'état des immeubles dotaux au moment de son entrée en jouissance. Art. 600. Mais, par exception aux règles sur l'usufruit ordinaire, le mari est, à moins de stipulation contraire au contrat de mariage, dispensé de fournir caution pour la restitution de la dot. Art. 1550.

La jouissance des biens dotaux étant concédée au mari, bien moins dans son intérêt personnel qu'en sa qualité de chef de l'association conjugale, et pour lui fournir les moyens de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfants, ainsi qu'aux frais du ménage, on doit en conclure qu'à la différence d'un usufruit ordinaire, cette jouissance n'est susceptible, ni de cession, ni d'hypothèque, ni de saisie³⁰. Toutefois, comme l'excédant éventuel des fruits et revenus dotaux sur les besoins de la famille constitue pour le mari un émolument dont il est appelé à profiter personnellement, rien n'empêche que cet excédant ne puisse être cédé par ce dernier, ou saisi par ses créanciers³¹. Il est, du reste, bien entendu que les

²⁷ La consistance du mobilier dotal ne peut, à l'égard des créanciers du mari, être établie qu'au moyen d'un état ayant acquis date certaine antérieurement à leurs poursuites. Cpr. art. 1328.

²⁸ Benoît, I, 167. Odier, III, 1209. Cpr. Bâtur, II, 505. — M. Duranton (XV, 412) ne paraît admettre la preuve par témoins ou par commune renommée que relativement au mobilier dotal échu à la femme pendant le mariage. Mais l'art. 600 s'applique *a fortiori* au mari usufruitier des biens dotaux, puisqu'en sa qualité d'administrateur de ces biens, il est tenu de veiller à la conservation des droits de la femme. Voy. d'ailleurs la note suivante.

²⁹ Autre chose est la preuve de l'apport de la dot, autre chose la preuve de la consistance de la dot dont l'apport se trouve d'ailleurs établi. Cpr. § 540, texte n° 2.

³⁰ Toullier, XIV, 137. Duranton, IV, 486. Odier, III, 1169. Rodière et Pont, II, 439. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4. Montpellier, 1^{er} février 1828, Sir., 28, 2, 194.

³¹ Marcadé, *loc. cit.* Req. rej., 3 juin 1839, Sir., 39, 1, 583. Req. rej., 17 mars 1856, Sir., 56, 1, 515. — Les créanciers envers lesquels la femme se serait obligée seule, avec la simple autorisation du mari, seraient-ils autorisés à saisir, au détriment de ce dernier, la portion de revenus excédant les besoins du ménage? Voy. sur cette question : § 538, texte n° 2 et note 17.

revenus échus ou perçus des biens dotaux, définitivement entrés dans le patrimoine du mari, sont à sa libre disposition, et se trouvent d'une manière absolue soumis aux poursuites de ses créanciers, sauf à la femme à demander, le cas échéant, la séparation de biens³².

§ 536.

Continuation. — 2. Des droits de la femme.

La femme conserve, en général, la propriété des biens dotaux¹. De là résultent les conséquences suivantes :

a. Le mari ne peut renoncer aux droits de la femme sur des biens dotaux, et notamment à une succession qui lui est échue².

b. La femme supporte la perte des biens dotaux ou les détériorations qu'ils peuvent subir, à moins que cette perte ou ces détériorations ne proviennent de la faute ou de la négligence du mari. Art. 1566 et 1567.

c. Les créanciers du mari ne peuvent valablement saisir, ni les immeubles dotaux, ni même les meubles corporels ou incorporels faisant partie de la dot; et le mari, en sa qualité de gardien des intérêts dotaux, est autorisé à demander la nullité des saisies portant sur des biens de cette nature³. Le même droit apparti-

³² Rodière et Pont, II, 488. Cpr. cep. Tessier, *De la dot*, I, p. 358 et 359, et *Questions sur la dot*, nos 139 à 141; Troplong, IV, 3287 et suiv. Ces derniers auteurs semblent accorder au mari l'entière disposition des revenus dotaux, sans distinction entre les revenus échus et ceux à échoir, de telle sorte que l'effet des cessions par lui passées ou des saisies pratiquées par ses créanciers, ne pourrait, même en ce qui concerne la portion de ces revenus nécessaire aux besoins du ménage, être paralysé qu'au moyen d'une demande en séparation de biens formée par la femme. Si telle était effectivement leur manière de voir, nous ne saurions y donner notre adhésion en ce qui touche les revenus à échoir, qui ne sont point encore définitivement entrés dans le patrimoine du mari. Nous pensons que ce dernier pourrait lui-même, en sa qualité de gardien des intérêts dotaux, provoquer la nullité des cessions ou des saisies dans la mesure de ce qui serait nécessaire aux besoins de la famille.

¹ Cpr. § 535, texte et note 1.

² Bellot des Minières, IV, p. 416.

³ Cette proposition, incontestable quant aux immeubles, en présence de l'art. 1554, doit être admise, quant aux meubles, comme conséquence du principe posé au texte, même dans le système de l'aliénabilité de la dot mobilière. Tessier, *Quest. sur la dot*, nos 59 et 60. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3243 à 3245. Cet auteur prétend que, par cela même que le mari peut vendre ou céder

draît à la femme, si les poursuites avaient été dirigées simultanément contre elle et contre son mari⁴. Elle devrait même, en pareil cas, proposer le moyen de nullité qui lui compète dans les délais fixés par le Code de procédure, sous peine de déchéance de toute action ultérieure en revendication contre les tiers adjudicataires des biens dotaux⁵. Que si les poursuites avaient été dirigées contre le mari seul, la femme serait sans qualité pour former la demande en distraction de ses biens induement saisis, à moins de provoquer au préalable la séparation des biens. Mais aussi conserverait-elle son action en revendication en ce qui concerne les immeubles dotaux, malgré le jugement d'adjudication prononcé contre le mari⁶.

d. Le capital d'une créance dotale dont se trouve débiteur un créancier du mari, ne se compense pas de plein droit avec la dette de ce dernier, et *vice versa*⁷. Mais il en est autrement des

les meubles dotaux, ses créanciers sont également autorisés à les saisir. Cette argumentation n'est rien moins que concluante, puisque, à notre avis du moins, ce n'est qu'en qualité d'administrateur, et non point comme propriétaire, que le mari a le droit de vendre ou de céder les meubles dotaux. Cpr. § 535, texte, notes 1 et 3. — Il est, du reste, bien entendu que si le mari avait donné en nantissement des meubles dotaux à un tiers de bonne foi, et que si particulièrement il avait garni de pareils meubles un appartement par lui loué, la saisie en serait permise en vertu de la validité même du nantissement. Troplong, IV, 3246. Tessier, *op. cit.*, nos 121 et 129. Rodière et Pont, II, 496. Paris, 2 juin 1831, Sir., 31, 2, 195. Civ. cass., 4 août 1856, Sir., 57, 1, 216.

⁴ Bien que la femme n'ait pas l'exercice des actions dotales, on ne saurait cependant lui dénier, quand elle a été mise en cause, le droit de se défendre.

⁵ Toute revendication ultérieure de la femme se trouverait repoussée, en ce qui concerne les meubles, par la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, et en ce qui touche les immeubles, par la disposition de l'art. 728 du Code de procédure et l'effet du jugement d'adjudication. Voy. sur ce dernier point les autorités citées à la note 18 du § 538.

⁶ Bordeaux, 29 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65.

⁷ L'opinion contraire est généralement admise. Voy. Duranton, XII, 415; Taulier, V, p. 260; Rodière et Pont, II, 573; Troplong, IV, 3235 et suiv.; Caen, 18 juillet 1854, Sir., 56, 2, 180. Mais cette opinion est en opposition formelle avec le principe posé en tête du paragraphe; et on ne pourrait la soutenir qu'en reconnaissant au mari le *dominium civile* de la dot. Si le mari est autorisé à toucher et à céder les créances dotales, ce n'est pas à dire pour cela qu'il en soit personnellement titulaire. Il faut toujours distinguer en lui deux personnes, celle de propriétaire de son propre patrimoine, et celle de représentant des intérêts dotaux. C'est ainsi qu'il est admis à demander l'annulation de la vente par lui consentie d'un immeuble dotal, sans qu'on puisse lui opposer la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellat exceptio*, et cela quand même il s'est formellement soumis à la garantie. Cpr. § 537, texte n° 1 et note 19. De

intérêts des créances dotales, qui se compensent de plein droit, au fur et à mesure de leur échéance, avec les intérêts et même avec le capital de la dette du mari ⁸.

D'un autre côté, rien n'empêche que le mari, poursuivi par son créancier, ne puisse lui opposer en compensation une créance dotale. Mais le créancier du mari ne jouirait pas de la même faculté dans l'hypothèse inverse ⁹.

La règle d'après laquelle la femme reste propriétaire des biens dotaux, souffre exception en ce qui concerne les choses dont on ne peut user sans les consommer, et celles qui, par leur nature, sont destinées à être vendues. La propriété de pareils objets passe au mari, par suite du quasi-usufruit auquel ils sont soumis à son profit. Arg. art. 1551.

La règle dont s'agit souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari par suite d'une estimation faite au contrat de mariage, dans l'intention de lui en transférer la propriété. Cette intention est légalement présumée quant aux objets mobiliers, à moins que les parties n'aient déclaré que l'estimation n'en emporterait pas vente. Au contraire, elle ne peut être admise, quant aux immeubles, qu'autant que les parties ont expressément déclaré que l'estimation en vaudrait vente. Art. 1551 et 1552. Le mari, devenu propriétaire d'objets qu'il a reçus sur estimation, est débiteur du prix d'évaluation, et n'est débiteur que de ce prix, peu importe que ces objets aient diminué ou augmenté de valeur.

La femme, quoique privée pendant le mariage, et jusqu'à séparation de biens, de l'exercice des actions dotales, est cependant

même aussi il faut reconnaître que la compensation légale ne saurait s'opérer entre une créance dont il est débiteur en son nom personnel, et une créance qu'il n'a pouvoir de toucher qu'en qualité d'administrateur de la dot. Le système contraire présenterait d'ailleurs les plus graves inconvénients, en ce qu'il enlèverait au mari jusqu'à la possibilité d'employer aux besoins de la famille toute créance dotale due par une personne dont il se trouverait être débiteur en son propre nom. Bidard, *Observations* sur l'arrêt de Caen ci-dessus cité, Sir., 56, 2, 180, à la note.

⁸ Les intérêts des créances dotales deviennent en effet, au fur et à mesure de leur échéance, la propriété du mari. Cpr. § 535, texte n° 2 et note 32. Bastia, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 207.

⁹ Il ne s'agit plus ici que d'une compensation facultative. Le mari est autorisé à la faire valoir, par cela même qu'il a le pouvoir de toucher la créance dotale offerte par lui en compensation à son propre créancier. Mais ce dernier, qui n'a pas le droit de saisir directement une pareille créance, ne peut pas non plus le faire indirectement sous forme de compensation.

autorisée à faire de simples actes conservatoires de ses droits, pourvu qu'ils n'exigent ni une poursuite ni l'introduction d'une action. Au cas contraire, la femme devrait au préalable former sa demande en séparation en biens, ou tout au moins faire suivre immédiatement d'une pareille demande les poursuites ou actions qu'elle aurait exercées ou introduites à titre d'actes conservatoires¹⁰.

§ 537.

De l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

1° Les immeubles dotaux, soit corporels, soit incorporels, ne peuvent, en général, être aliénés pendant le mariage, même après séparation de biens¹, ni par le mari ou par la femme séparément², ni par les deux époux conjointement. Art. 1554.

La prohibition d'aliéner les immeubles dotaux s'applique indistinctement à tous les actes de disposition entre-vifs, tels, par exemple, que la vente³, l'échange, la transaction⁴, le compromis⁵, la donation, et même l'institution contractuelle⁶. Mais elle ne s'étend pas aux dispositions de dernière volonté⁷.

¹⁰ Cpr. § 535, texte n° 1, notes 8 et 9. Rodière et Pont, II, 480.

¹ Cpr. § 539 pour la justification de cette proposition en ce qui concerne le cas de séparation de biens.

² La prohibition s'applique même aux femmes exerçant la profession de marchandes publiques. Code de commerce, art. 7.

³ Il en est ainsi même de la vente à réméré. Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190.

⁴ Cpr. § 420, texte et note 2. Tessier, I, p. 367. Duranton, XVIII, 407. Odier, III, 1247. Nîmes, 30 décembre 1830, Sir., 31, 2, 182. Voy. cep. Rodière et Pont, II, 568; Paris, 16 mai 1829, Sir., 29, 2, 256.

⁵ Arg. Code de procédure, art. 1004 cbn. 83. Tessier, I, p. 372. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 570. Troplong, IV, 3415. Montpellier, 15 novembre 1830, Sir., 31, 2, 318. Grenoble, 25 mars 1831, Sir., 32, 2, 41. Bordeaux, 22 mai 1832, Sir., 32, 2, 537. Pau, 26 mars 1836, Sir., 36, 2, 431. Req. rej., 29 janvier 1838, Sir., 38, 1, 754. Req. rej., 18 mai 1841, Sir., 41, 1, 545. Voy. cep. Riom, 8 juin 1809, Sir., 10, 2, 235. — *Quid* du partage? Voy. texte n° 6, notes 132 et 133 *infra*. — *Quid* de la licitation? Voy. texte n° 5 et notes 117 à 120 *infra*.

⁶ Cpr. § 739, texte n° 2 et note 8.

⁷ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XIII, p. 207, n° 35). Tessier, I, p. 310, note 506. Duranton, XV, 536. Odier, III, 1247. Taulier, V, p. 276. Rodière et Pont, II, 491. Req. rej., 14 août 1821, Sir., 21, 1, 433. — *Quid* de la donation faite durant le mariage par la femme au mari? On enseigne généra-

Cette prohibition a pour unique objet d'empêcher que les intérêts de la femme ou de ses héritiers, et ceux du mari comme chef de l'union conjugale, ne soient compromis par des actes faits pendant le mariage.

Il en résulte que la nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal n'est que relative, et que l'acquéreur n'est pas admis à l'opposer⁸. Il en est ainsi dans le cas même où la dotalité n'a pas été déclarée, ainsi que dans celui où l'immeuble a été vendu comme paraphernal⁹. Dans ces deux cas, l'acquéreur pourrait seulement, en vertu

lement qu'une pareille donation doit, à raison de sa révocabilité, être rangée, au point de vue qui nous occupe, dans la classe des dispositions de dernière volonté, et ne tombe pas dès lors sous la prohibition de l'art. 1554, Voy. Tessier, I, note 515 ; Duranton, *loc. cit.* ; Rodière et Pont, *loc. cit.* ; Troplong, IV, 3273 ; Zachariæ, § 507, texte et note 8. Cette solution nous paraît incontestable pour les donations portant sur des biens à venir. Nous l'admettons également quant aux donations qui auraient pour objet des biens présents, mais en ce sens seulement que les héritiers de la femme ne pourraient en contester la validité au détriment du mari survivant, puisqu'il n'existe sous ce rapport, et en ce qui concerne ces héritiers, aucune différence réelle entre une pareille donation et une disposition à cause de mort. Voy. Req. rej., 1^{er} décembre 1824, Sir., 25, 1, 135 ; Riom, 5 décembre 1825, Sir., 27, 2, 45. Mais nous croyons que la question doit encore être examinée au point de vue du préjudice qu'une donation de cette nature pourrait causer à la femme elle-même. Le mari se trouvant saisi, par l'effet même de la donation passée à son profit, des biens présents qui en forment l'objet, rien n'empêche qu'il n'en dispose et que ses créanciers ne les saisissent. Ce résultat ne présentera sans doute aucun inconvénient, tant que la femme conservera de fait la possibilité d'user de son droit de révocation. Mais il peut arriver qu'elle perde l'usage de sa raison, et qu'elle se trouve ainsi privée de l'exercice de ce droit que personne n'est autorisé à exercer en son nom. D'où il résulterait que les fruits des biens dotaux seraient détournés de la destination à laquelle ils sont affectés, et que la femme, en cas de survie, se verrait même dépouillée de la propriété des immeubles par elle donnés à son mari. Dans cette situation particulière nous estimons donc que le mari, durant le mariage, ou le tuteur de la femme, après le décès de ce dernier, serait autorisé à demander l'annulation de la donation elle-même et des actes d'aliénation consentis en vertu de cette donation.

⁸ Duranton, XV, 528. Tessier, II, p. 4, note 687. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 187. Odier, III, 1337. Rodière et Pont, II, 595. Troplong, IV, 3516 et suiv. Civ. rej., 11 décembre 1815, Sir., 16, 1, 161. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., 32, 1, 623.

⁹ Toullier, XIV, 236 à 238. Troplong, IV, 3521. Grenoble, 24 décembre 1828, Sir., 29, 2, 150. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Voy. cep. Rodière et Pont, *loc. cit.* Ces auteurs, tout en admettant la solution donnée au texte pour l'hypothèse où la dotalité de l'immeuble n'a pas été déclarée, la rejettent dans celle où il aurait été vendu comme paraphernal. Mais une pareille déclaration, quoique mensongère, ne saurait, ainsi qu'ils le supposent à tort, être assimilée à une manœuvre frauduleuse. Cpr. art. 1307 ; § 335, texte et note 15.

de l'art. 1653, se refuser à payer son prix. Que si le mari avait vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, l'acquéreur serait en droit de demander la nullité de la vente conformément à l'art. 1599¹⁰.

Il suit encore du but spécial en vue duquel la loi prohibe l'aliénation du fonds dotal, que la nullité d'une pareille aliénation ne peut être invoquée, ni par les créanciers du mari¹¹, ni même par les créanciers chirographaires de la femme, leurs créances fussent-elles antérieures au contrat du mariage¹². La même solution s'applique à la nullité des hypothèques constituées sur des immeubles dotaux. Mais les créanciers de la femme qui ont acquis des hypothèques valables sur de pareils immeubles, sont en droit de demander la nullité des aliénations ou des constitutions hypothécaires induement consenties, et qui seraient de nature à porter atteinte à leurs propres droits¹³.

Du reste, rien n'empêche qu'un tiers, ou la femme elle-même, ne garantisse valablement l'éviction du fonds dotal¹⁴.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 9. Tessier, II, p. 44. Duranton, XV, 522. Odier, III, 1338. Rodière et Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 239 et suiv.; Troplong, IV, 3522. Cpr. Req. rej., 11 décembre 1815, Sir., 16, 1, 161.

¹¹ Rodière et Pont, II, 584. Marcadé, sur l'art. 1560, n^o 5. Troplong, IV, 3530.

¹² L'opinion contraire, que nous avons admise dans nos premières éditions, nous paraît, après nouvel examen, devoir être rejetée. Bien que la faculté accordée à la femme de demander la nullité de la vente du fonds dotal, constitue pour elle un droit pécuniaire faisant partie intégrante de son patrimoine, elle ne lui est cependant concédée qu'en sa qualité de femme mariée sous le régime dotal, qualité qui lui est toute personnelle, et dont ses créanciers ne sauraient se prévaloir. Il y aurait, d'un autre côté, les plus grands inconvénients à leur permettre d'attaquer un contrat que la femme ne jugerait ni opportun ni convenable de faire révoquer. Enfin, il serait peu juridique que les créanciers antérieurs à la passation du contrat de mariage, qui avaient conservé le droit de poursuivre les biens dotaux malgré leur inaliénabilité, pussent trouver dans cette inaliénabilité même le moyen de se créer un droit de suite sur ces biens. Voy. en ce sens : Zachariæ, § 537, note 10 *in fine*; Troplong, IV, 3519; Marcadé, *loc. cit.*; Nîmes, 2 avril 1832, Sir., 32, 2, 519; Montpellier, 17 juillet 1846, Sir., 46, 2, 559; Paris, 12 janvier 1858, Sir., 58, 2, 256. Voy. en sens contraire : Tessier, II, p. 86; Sériziat, n^o 196; Odier, III, 1336; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n^o 104. Voy. aussi Rodière et Pont, II, 385.

¹³ Ces créanciers, en effet, n'agissent pas en vertu de l'art. 1166, mais en leur nom personnel, pour faire valoir un droit réel qui leur est propre. Civ. cass., 27 mai 1851, Sir., 51, 1, 385. Toulouse, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611.

¹⁴ Cette proposition est généralement admise en ce qui concerne la garantie donnée par un tiers. Cpr. § 423, texte et note 6. Mais elle est controversée en ce qui touche celle de la femme. Cpr. texte et note 39 *infra*.

La nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal peut être proposée tant par le mari que par la femme, ainsi que par les héritiers ou successeurs universels de cette dernière. Art. 1560.

Lorsqu'il s'agit d'aliénations faites par le mari seul ou avec le concours de la femme, celle-ci n'est pas réduite à l'action en nullité de ces aliénations. Elle a l'option, soit de les faire révoquer, soit de réclamer du mari ou de ses héritiers une indemnité pour la valeur des immeubles aliénés¹⁵. Elle peut, même pendant le mariage, et par mesure conservatoire, demander, dans les ordres ouverts sur le mari, une collocation provisoire ou éventuelle pour le montant de cette indemnité, qui se trouve garantie par l'hypothèque légale¹⁶.

¹⁵ La femme pourrait avoir intérêt à prendre ce dernier parti, dans le cas où l'immeuble aliéné aurait péri ou subi des dégradations par le fait de l'acquéreur devenu insolvable, ainsi que dans celui où cet immeuble n'aurait plus, à la dissolution du mariage, qu'une valeur inférieure au prix d'aliénation; et, en l'absence même d'un intérêt de cette nature, elle doit demeurer juge de la convenance qu'il peut y avoir pour elle à ne point user de son action en nullité et à se contenter d'une indemnité. En vain dit-on que l'option que nous reconnaissons à la femme est incompatible avec l'art. 1560, qui ne lui donne d'autre droit que celui de faire révoquer l'aliénation. Cet article, en effet, se bornant à régler l'exercice de ce droit, quant aux personnes qui en jouissent et quant aux époques respectives auxquelles elles peuvent en user, rien n'autorise à en conclure que le législateur ait entendu refuser à la femme ou à ses héritiers la faculté de répéter contre le mari le prix d'aliénation par lui touché. En vain également se prévaut-on de l'intérêt des créanciers de ce dernier, qui s'opposerait à ce que la femme pût, en renonçant au droit de faire annuler l'aliénation, invoquer son hypothèque légale à leur détriment. En raisonnant ainsi, on oublie qu'il s'agit ici d'une nullité relative que les créanciers du mari sont sans qualité à faire valoir, et sur l'effet de laquelle ils n'étaient pas légalement autorisés à compter. Merlin, *Quest.*, v^o Remploi, § 9. Tessier, II, p. 62. Troplong, *Des hypothèques*, II, nos 612 et suiv. Coulon, *Questions*, II, p. 324. Benech, *De l'emploi et du remploi*, nos 111 et 112. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 474. Rodière et Pont, I, 586. Civ. cass., 24 juillet 1821, Sir., 21, 1, 422. Rouen, 28 mars 1823, Sir., 24, 2, 10. Aix, 1^{er} février 1826, Sir., 28, 2, 47. Req. rej., 27 juillet 1826, Sir., 27, 1, 246. Pau, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 208. Civ. cass., 28 novembre 1838, Sir., 38, 1, 963. Req. rej., 16 novembre 1847, Sir., 48, 1, 25. Bordeaux, 8 janvier 1851, Sir., 52, 2, 401. Req. rej., 2 mai 1855, Sir., 55, 1, 420. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, I, 260; Benoît, *De la dot*, I, 261; Bellot des Minières, IV, p. 164 et suiv.; Taulier, V, p. 338; Sériziat, n^o 194; Grenoble, 8 mars 1827, Sir., 27, 2, 175; Grenoble, 31 août 1827, Sir., 28, 2, 173; Poitiers, 14 décembre 1830, et Montpellier, 7 janvier 1831, Sir., 31, 2, 214; Grenoble, 12 janvier 1835, Sir., 35, 2, 331; Caen, 11 janvier 1831 et 5 décembre 1836, Sir., 37, 2, 161; Grenoble, 7 avril 1840, Sir., 41, 2, 222.

¹⁶ Il n'est sans doute pas permis à la femme de substituer, pendant le mariage,

Le mari peut provoquer l'annulation, non-seulement des aliénations faites par la femme sans son concours, mais encore de celles qu'elle a faites avec son autorisation, ou qu'il a lui-même consenties. A plus forte raison la femme est-elle admise à revenir contre les aliénations qu'elle a faites, ou auxquelles elle a concouru. Art. 1560.

L'action en nullité compétant au mari est ouverte dès l'instant de l'aliénation; mais il n'a plus qualité pour l'exercer après la dissolution du mariage, ni même après la séparation de biens¹⁷. Quant à l'action de la femme, elle ne s'ouvre que par la dissolution du mariage ou par la séparation de biens¹⁸. Art. 1560.

L'obligation de garantie à laquelle le mari se trouverait soumis, et même la promesse par lui donnée de faire ratifier la vente de l'immeuble dotal après la dissolution du mariage, ne forment point, en général, obstacle à l'exercice de son action en nullité¹⁹.

une dot mobilière à ses immeubles dotaux. Mais s'il résulte de ce principe que la femme ne peut, tant que dure le mariage, et même après séparation de biens, demander une collocation définitive pour la valeur de ses immeubles dotaux induement aliénés, rien ne s'oppose à ce que, tout en conservant le droit de faire révoquer l'aliénation, elle réclame une collocation provisoire, pour le cas où après la dissolution du mariage elle jugerait convenable de s'en tenir à la restitution du prix d'aliénation. Voy. les autorités citées à la note précédente. Cpr. aussi § 539, texte et note 6.

¹⁷ Ce serait à tort qu'on se prévaudrait en sens contraire de la première partie du second alinéa de l'art. 1560, portant : « Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage. » Les deux alinéas de l'art. 1560 doivent, en effet, être interprétés d'une manière corrélatrice : la femme reprenant par la séparation de biens l'exercice des actions dotales, la même raison qui lui fait alors accorder l'action en nullité, doit aussi la faire refuser au mari. Odier, III, 1328. Rodière et Pont, II, 582. Troplong, IV, 3528. Marcadé, sur l'art. 1560, n° 8.

¹⁸ Tessier, II, note 761. Benoît, *De la dot*, I, 253. Sériziat, n° 184. Odier, III, 1331. Rodière et Pont, II, 583. Troplong, IV, 3541. Marcadé, *loc. cit.* Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 228; Rouen, 3 août 1833, Sir., 40, 2, 70. Suivant cette dernière opinion, la femme pourrait, même durant le mariage, et avant séparation de biens, intenter avec l'autorisation du mari l'action en nullité de la vente du fonds dotal. Mais cette manière de voir, que repoussent le texte et l'économie de l'art. 1560, est également contraire au principe posé dans le second alinéa de l'art. 1549. Cpr. § 535, texte n° 1, notes 8 et 9.

¹⁹ On ne peut, en pareil cas, opposer au mari la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. En attaquant l'aliénation d'un immeuble dotal, le mari agit bien moins en son nom personnel qu'en qualité de chef de l'union conjugale et d'administrateur des biens dotaux. On ne saurait donc repousser son action au moyen d'une exception tirée d'un engagement qui lui est personnel. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 232 et

L'action de la femme ne peut pas davantage être écartée par le motif qu'elle se serait formellement portée garante de la vente²⁰. Enfin, l'action des deux époux reste recevable malgré la circonstance que le prix de vente aurait été employé en acquisition d'immeubles pour le compte de la femme²¹.

Si l'exception de garantie ne peut en général être opposée, comme fin de non recevoir, à la demande en nullité de la vente de l'immeuble dotal, il en est cependant autrement dans les hypothèses suivantes :

a. Quand la succession du mari, sur lequel pesait l'obligation de garantie, a été acceptée purement et simplement, soit par la femme, soit par les héritiers de celle-ci²².

b. Lorsque le mari qui se trouvait soumis à la garantie, agit comme héritier de la femme, ou que les héritiers de celle-ci, autres que le mari, ont personnellement contracté l'obligation de garantie²³.

233, n° 14). Rodière et Pont, II, 583. Troplong, IV, 3525 et 3526. Grenoble, 13 février 1824, Sir., 26, 2, 40. Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1345; Zachariæ, § 537, texte et note 16. L'arrêt de la chambre des requêtes du 27 juillet 1829 (Sir., 29, 1, 370), que ce dernier auteur invoque à l'appui de son opinion, ne statue pas sur l'hypothèse dont il s'agit ici, mais sur celle dont il sera traité texte et note 22 *infra*.

²⁰ La femme, en effet, ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement, et s'enlever par une promesse de garantie donnée pendant le mariage le droit de demander la nullité de la vente de l'immeuble dotal. Odier, III, 1346. Grenoble, 16 janvier 1828, Sir., 28, 2, 315. — Nous supposons ici que l'obligation de garantie contractée par la femme est exécutoire sur ses paraphernaux. Cpr. texte et note 39 *infra*.

²¹ Il y aurait bien lieu en pareil cas à restitution du prix ; mais, comme les immeubles acquis pour le compte de la femme ne sont pas devenus dotaux, l'emploi du prix ne crée pas de fin de non recevoir contre l'action en nullité. Agen, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 535.

²² La femme ou ses héritiers pouvant, après la dissolution du mariage, valablement renoncer à l'action en nullité qui leur compète, rien ne s'oppose à ce que l'obligation de garantie, à laquelle ils se trouvent soumis du chef du mari par l'acceptation pure et simple de sa succession, produise tous ses effets et donne lieu à l'application de la règle *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Cpr. Delvincourt, III, p. 112; Tessier, II, note 706; Odier, III, 1347; Rodière et Pont, II, 581; Troplong, IV, 3553; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 4; Riom, 31 janvier 1828, Sir., 28, 2, 251; Req. rej., 27 juillet 1829, Sir., 29, 1, 370; Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 568; Civ. rej., 22 mai 1855, Sir., 55, 1, 410. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 537, note 13.

²³ Dans cette double hypothèse, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession de la femme n'empêcherait même pas l'application de la règle *Qui doit garantir ne peut évincer*. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 209; Odier, III, 1345 et 1347; Rodière et Pont, *loc. cit.*; Troplong, IV, 3552.

La nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal est susceptible de se couvrir par la confirmation ou par la prescription.

La confirmation, qui ne saurait intervenir d'une manière efficace tant que le mariage dure, et même après séparation de biens, est valable lorsqu'elle a été faite postérieurement à la dissolution du mariage²⁴, ou par testament²⁵. Conformément au Droit commun, la confirmation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Toutefois, dans l'appréciation des faits d'exécution invoqués comme emportant confirmation tacite, il convient de tenir compte de la destination spéciale de la dot, ainsi que des motifs particuliers qui ont pu porter la femme à ne pas introduire immédiatement son action en nullité; et l'exception de confirmation ne doit être admise qu'autant que les faits sur lesquels elle se fonde, sont de nature à ne s'expliquer que par la volonté bien arrêtée de la part de la femme de renoncer à son action en nullité. C'est ainsi que la réception, pendant un certain temps après la dissolution du mariage, des intérêts du prix de vente pourrait, selon les cas, être considérée comme n'emportant pas confirmation. Il en est de même des poursuites infructueuses exercées par la femme aux fins de paiement du prix de vente²⁶.

L'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal consentie, soit par les deux époux conjointement, soit par l'un des époux séparément, se prescrit par dix ans à partir de la dissolution du mariage²⁷. Art. 1560 cbn. 1304. La séparation de biens ne fait

²⁴ La confirmation est juridiquement impossible tant que subsiste la prohibition d'aliéner. Cpr. § 337. La séparation de biens ne fait pas cesser cette prohibition Cpr. § 539. Mais elle disparaît avec la dissolution du mariage; et dès lors aucun obstacle ne s'oppose plus à la confirmation. Tessier, II, note 727. Odier, III, 1358 et 1359. Rodière et Pont, II, 594. Troplong, IV, 3565. Voy. en sens contraire: Taulier, V, p. 334 et 335.

²⁵ La femme ayant la faculté de disposer par testament des immeubles dotaux, elle peut aussi confirmer de cette manière l'aliénation de pareils immeubles. Cpr. texte et note 7 *supra*. Tessier, II, p. 25. Troplong, IV, 3566. Bordeaux, 20 décembre 1832, Sir., 33, 2, 279. Riom, 2 avril 1857, Sir., 57, 2, 602.

²⁶ Cpr. en sens divers sur ces propositions: Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 8, n^o 2; Benoît, I, 258 et 259; Bellot des Minières, IV, p. 210 et suiv.; Sériziat, n^o 193; Odier, III, 1360 et 1361; Rodière et Pont, II, 594; Troplong, IV, 3564; Req. rej., 22 février 1827, Dalloz, 1827, 1, 148; Req. rej., 27 juillet 1829, Sir., 29, 1, 370; Civ. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668; Riom, 13 décembre 1847, Sir., 48, 2, 691.

²⁷ Cette proposition est généralement admise pour le cas où la vente a été consentie, soit par les deux époux conjointement, soit par la femme seule. Civ. rej., 31 mars 1841, Sir., 41, 1, 397. Voy. cep. Benoît, *De la dot*, I, 257. Mais elle

pas courir cette prescription exceptionnelle²⁸. Mais s'il s'était écoulé trente années depuis la séparation, sans que l'action en nullité eût été introduite, cette action se trouverait prescrite en

est contestée pour l'hypothèse où l'immeuble dotal a été vendu par le mari seul. Voy. Toullier, XIV, 232 ; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 554 ; Duranton, XV, 521 ; Odier, III, 1340 ; Rodière et Pont, II, 605. Suivant ces auteurs, la prescription décennale de l'art. 1304 ne serait pas applicable à cette hypothèse, par cela même que la femme n'ayant point été partie au contrat, la vente devrait être considérée à son égard comme une vente de la chose d'autrui. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas compatible avec les règles exceptionnelles du régime dotal, règles qui ne permettent pas de regarder la femme comme étant restée complètement étrangère à une vente que le mari a passée en qualité d'administrateur des biens dotaux. C'est évidemment à ce point de vue que s'est placé le législateur en rédigeant l'art. 1560, puisque, pour l'hypothèse qui nous occupe actuellement, aussi bien que pour celles dont il a été précédemment question, cet article ne donne à la femme qu'une action en nullité, et non une action en revendication. Delvincourt, III, p. 112. Troplong, IV, 3583. Marcadé, sur l'art. 1560, n° 5. Cpr. texte et note 31 *infra*.

²⁸ Pour justifier cette proposition, on se prévaut ordinairement des expressions de l'art. 1560, *sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée*, et l'on cherche à écarter la disposition de l'art. 1561, qui déclare les immeubles dotaux prescriptibles après séparation de biens, en disant que cette disposition ne concerne que l'usucapion opposée par un tiers détenteur à l'action en revendication des immeubles dotaux, et qu'elle est inapplicable à la prescription qu'invoquerait l'acquéreur de pareils immeubles pour repousser la demande en nullité dirigée contre son acquisition. Voy. Duranton, XV, 529 ; Marcadé, sur l'art. 1516, n° 2. Voy. aussi les arrêts cités à la fin de la note. Cette interprétation restrictive de l'art. 1561 ne nous paraît pas exacte. Nous croyons que, par cela même que la séparation de biens rend prescriptibles les immeubles dotaux, et restitue à la femme l'exercice des actions dotales, aucun obstacle ne s'oppose plus à ce que la prescription de l'action en nullité courre contre elle, tout aussi bien que l'usucapion. C'est ce que semble indiquer l'art. 2255, qui, en rappelant la suspension de prescription relative à l'aliénation de l'immeuble dotal, renvoie pour les effets de cette suspension à l'art. 1561, et non à l'art. 1560. Mais si l'action en nullité est susceptible de se prescrire après séparation de biens, ce n'est pas à dire pour cela que cette action soit soumise à la prescription exceptionnelle de l'art. 1304. Cette prescription, qui ne repose que sur une confirmation présumée, ne peut en effet commencer à courir qu'après la dissolution du mariage, puisque ce n'est qu'à cette époque que la confirmation devient possible. Telle est, à notre avis, la véritable raison par laquelle se justifie la proposition énoncée au texte. Cpr. Civ. cass., 1^{er} mars 1847, Sir., 47, 1, 180 ; Civ. cass., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283 ; Caen, 27 janvier 1851, Sir., 51, 2, 428. Voy. en sens contraire : Valette, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 241 ; Odier, III, 1342 ; Troplong, IV, 3375 et suiv. ; Nîmes, 4 janvier 1835, Sir., 36, 2, 50. D'après ces auteurs, la prescription de dix ans, établie par l'art. 1304, courrait à partir de la séparation de biens.

vertu de l'art. 2262²⁹, sauf le cas de suspension prévu par le n° 2 de l'art. 2256³⁰.

Que si le mari avait vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, l'action en revendication de la femme ne s'éteindrait qu'indirectement par le résultat de l'usucapion de dix à vingt ans, ou de trente ans, accomplie au profit de l'acquéreur³¹. En pareil cas, l'usucapion ne commence également à courir qu'à partir de la dissolution du mariage, et continue à demeurer suspendue malgré la séparation de biens, non pas, il est vrai, à raison de l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal, qui a cessé avec cette séparation, mais en vertu de la disposition du n° 2 de l'art. 2256. Les mêmes solutions s'appliquent à l'action en revendication que la femme dirigerait contre des sous-acquéreurs de l'immeuble dotal, aliéné soit par les deux époux, soit par l'un d'eux, sous cette modification toutefois, que l'usucapion commencerait à courir à partir de la séparation de biens, si, le mari ne se trouvant pas garant de l'aliénation, l'action de la femme n'était pas de nature à réfléchir contre lui.

En cas d'annulation de la vente d'un immeuble dotal, l'acquéreur est tenu de le délaisser immédiatement, et ne jouit d'aucun droit de retention, soit pour la restitution du prix, soit pour le remboursement des sommes qu'il est en droit de réclamer à raison d'impenses par lui faites, ou à tout autre titre³².

²⁹ Voy. pour la justification de cette proposition les explications données à la note précédente.

³⁰ Civ. cass., 24 juin 1847, Sir., 17, 1, 304. Req. rej., 11 juillet 1826, Sir., 27, 1, 287. Civ. cass., 18 mai 1830, Sir., 30, 1, 266. Req. rej., 7 juillet 1830, Sir., 31, 1, 68.

³¹ Cette hypothèse diffère complètement de celle que nous avons examinée texte et note 27 *supra*. Le mari ayant vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, on ne peut plus admettre que la femme ait été représentée au contrat. L'action qui lui compete est donc une véritable action en revendication, et non plus l'action en nullité dont s'occupe l'art. 1560. Troplong, IV, 3583. Voy. en sens contraire : Marcadé (sur l'art. 1560, n° 5), qui applique encore à cette hypothèse la prescription décennale de l'art. 1304.

³² L'exercice du droit de rétention serait inconciliable avec la destination spéciale de la dot, et la fin en vue de laquelle l'action en nullité est donnée. Odier, III, 1355. Troplong, IV, 3533 et 3555. Toulouse, 22 décembre 1834, Sir., 35, 2, 196. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190. Limoges, 21 août 1839, Sir., 40, 2, 102. Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71. Caen, 29 mars 1841, Sir., 41, 2, 353. Nîmes, 16 décembre 1841, Sir., 42, 2, 320. Limoges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 28. Req. rej., 3 avril 1845, Sir., 45, 1, 423. Civ. cass., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283. Voy. cep. Toullier, XIV, 234; Rodière et Pont, II, 589; Agen, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 535.

L'acquéreur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui a acheté dans l'ignorance de la dotalité de l'immeuble, et auquel le vice de son acquisition n'a été révélé que par la demande en nullité dirigée contre lui, ne doit la restitution des fruits qu'à partir de cette demande, peu importe qu'elle ait été introduite, soit par le mari, soit par la femme ou ses héritiers. Que si l'acquéreur a été de mauvaise foi, il faut distinguer le cas où la demande est formée par le mari, et celui où elle l'est par la femme ou ses héritiers. Au premier cas, l'acquéreur doit, en principe, la restitution des fruits à partir du jour de son entrée en jouissance. Toutefois, s'il avait payé son prix ou les intérêts de ce prix, on devrait, ce semble, admettre, pour le temps antérieur à la demande, une compensation entre les intérêts touchés par le mari et les fruits perçus par l'acquéreur. Au second cas, ce dernier ne devrait la restitution des fruits à la femme ou à ses héritiers qu'à partir de la cessation de l'usufruit du mari; mais il ne pourrait invoquer d'autre compensation, si ce n'est celle des intérêts que depuis cette époque il aurait payés à la femme elle-même ou à ses héritiers³³.

Le mari qui s'est soumis à la garantie d'éviction, ou qui a promis de faire ratifier la vente après la dissolution du mariage, est tenu envers l'acheteur, évincé sur sa demande ou sur celle de la femme, à des dommages-intérêts, dont le montant se détermine, en général, d'après les règles développées au § 355³⁴. Le mari est même passible de dommages-intérêts, indépendamment de toute promesse de garantie, par cela seul qu'en aliénant lui-même un immeuble dotal, ou en concourant à son aliénation, il en a laissé ignorer la dotalité³⁵, ou qu'il a faussement déclaré que l'aliénation

³³ Cpr. sur ces diverses propositions : Tessier, II, 776 et suiv.; Sériziat, n° 186; Odier, III, 1350; Rodière et Pont, II, 589; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 101; Troplong, IV, 3559; Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145; Civ. cass., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668; Civ. rej., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 541; Req. rej., 27 avril 1842, Sir., 42, 1, 649; Req. rej., 3 avril 1845, Sir., 45, 1, 423; Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177; Civ. rej., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283; Rouen, 13 mars 1854, Sir., 55, 2, 261.

³⁴ Il en est ainsi alors même que la dotalité de l'immeuble aurait été déclarée. Duranton, XV, 524. Odier, III, 1353. Voy. en sens contraire : Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404.

³⁵ Si l'acquéreur avait connu cette circonstance, il se trouverait privé de tout recours contre le mari, lors même que celui-ci n'aurait pas, dans l'acte d'aliénation, déclaré que l'immeuble était dotal. Arg. art. 1599. Delvincourt, III, p. 113. Bellot des Minières, IV, p. 190 et 450. Duranton, XV, 523 et 524. Troplong, IV,

en était permise par le contrat de mariage ³⁶. Art. 1560, al. 2, et arg. de cet article. Du reste, le mari est tenu de restituer le prix par lui reçu, lors même qu'il ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts.

La femme, venderesse ou covenderesse de l'immeuble dotal, n'est pas, comme le mari, passible de dommages-intérêts envers l'acheteur, par cela seul qu'elle lui en a laissé ignorer la dotalité ³⁷. Elle n'est pas même tenue, lorsqu'elle poursuit la nullité de l'aliénation, de rembourser à l'acquéreur le prix par lui payé, à moins qu'il ne prouve que ce prix a tourné au profit personnel de la femme, auquel cas il peut en réclamer la restitution sur ses biens paraphernaux ³⁸.

Mais, lorsque la femme a spécialement garanti, avec l'autorisation du mari, la vente de l'immeuble dotal, cette promesse est valable, et l'exécution peut en être poursuivie sur les biens paraphernaux ³⁹.

3535. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1560 ; Benoît, *De la dot*, I, 267 ; Rodière et Pont, II, 591 ; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 3 ; Zachariæ, § 537, note 17. Ces auteurs invoquent à l'appui de leur manière de voir le texte du deuxième alinéa de l'art. 1560, et les observations du Tribunat qui en ont amené la rédaction définitive. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 259, n° 16. Mais tout ce que l'on peut en réalité induire du changement de rédaction adopté sur la demande du Tribunat, c'est que le juge ne doit pas facilement admettre le mari à prouver, autrement que par l'acte d'aliénation, que l'acquéreur a acheté en connaissance de cause. Dans le système contraire à celui que nous professons, l'aveu même de l'acquéreur qu'il connaissait la dotalité, et que c'est par suite d'un accord entre lui et le mari qu'elle n'a point été déclarée au contrat, ne soustrairait pas ce dernier à l'obligation de garantie. Or, c'est là un résultat que nous ne croyons pas acceptable.

³⁶ Benoît, I, 268. Grenoble, 13 février 1824, Sir., 26, 2, 40.

³⁷ Arg. *a contrario* du second alinéa de l'art. 1560 combiné avec l'al. 1^{er} du même article. Rodière et Pont, II, 592. Sériziat, n° 188. Civ. rej., 23 juin 1846, Sir., 46, 1, 865. Pau, 22 novembre 1856, Sir., 57, 2, 286. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 336.

³⁸ Tessier, II, p. 48. Rodière et Pont, *loc. cit.*

³⁹ Si le législateur n'a pas cru devoir, à raison de l'état de dépendance où se trouve la femme, la soumettre, comme le mari, à des dommages-intérêts envers l'acheteur pour la simple réticence de la dotalité de l'immeuble vendu, ce n'est pas un motif pour en conclure qu'il ait entendu lui interdire la faculté de se porter garante de la vente par un engagement spécial et formel. Dans l'opinion contraire, on dépasse le but de la prohibition relative à l'aliénation des immeubles dotaux : cette prohibition, en effet, n'a d'autre fin que la conservation de la dot ; et les conséquences de la nullité destinée à la sanctionner, doivent se renfermer dans cet objet. Tessier, II, p. 76 et suiv. Durantón, XV, 530. Taulier, I, p. 335. Odier, III, 1346. Rodière et Pont, II, 592. Civ. rej., 5 mars

2° Du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, il résulte que ces immeubles ne peuvent pas, non plus, durant le mariage, être grevés d'hypothèques ou de servitudes⁴⁰, ni être engagés, soit directement par voie d'antichrèse⁴¹, soit indirectement par suite d'engagements personnels contractés par la femme⁴².

3° Pour mieux assurer la conservation de la dot, la loi déclare en général imprescriptibles, durant le mariage, les immeubles dotaux dont l'aliénation n'a pas été permise par le contrat de mariage. Art. 1561. En d'autres termes, le cours de toute prescription, soit acquisitive, soit extinctive, de nature à porter atteinte aux droits de la femme sur les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage, est en général, et sauf les modifications qui seront ci-après indiquées, suspendu pendant le mariage.

Cette proposition s'applique : *a.* à l'usucapion invoquée comme moyen d'acquisition de la propriété d'un immeuble dotal détenu sans titre ou en vertu d'un titre émané, soit d'un tiers, soit du premier acquéreur de cet immeuble; *b.* à l'usucapion invoquée comme moyen d'acquisition de droits réels sur un immeuble dotal⁴³; *c.* à la prescription par le non-usage d'un usufruit immo-

1818, Sir., 18, 1, 387. Grenoble, 16 janvier 1828, Sir., 28, 2, 315. Civ. rej., 4 juin 1851, Sir., 51, 1, 465. Req. rej., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 206; Troplong, IV, 3544; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 4; Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71; Toulouse, 19 août 1843, Sir., 44, 2, 344; Limoges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 28; Riom, 12 août 1844, Sir., 44, 2, 592; Agen, 17 juillet 1848, Sir., 48, 2, 602.

⁴⁰ Duranton, XV, 535. Pardessus, *Des servitudes*, II, 249. Odier, III, 1246 et 1247. Rodière et Pont, II, 487. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 1. Troplong, IV, 3275. — Il est bien entendu que les immeubles dotaux ne sont point affranchis des servitudes légales, par exemple de la servitude de passage en cas d'enclave. — La femme pourrait-elle, en pareil cas, consentir à l'exercice de cette servitude sur l'immeuble dotal, alors que le passage devrait, d'après l'art. 683, être pris sur un autre héritage? Cpr. note 43 *infra*.

⁴¹ Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190. Voy. cep. Civ. rej., 3 juin 1839, Sir., 39, 1, 583.

⁴² Voy. pour le développement de cette proposition, le § 538.

⁴³ Duranton, XXI, 305. Sériziat, n° 200. Rodière et Pont, II, 597. — Il résulte de là que le propriétaire d'un fonds enclavé ne peut acquérir par usucapion le droit de passer sur un immeuble dotal, si, d'après la situation des lieux et les dispositions de la loi, le passage avait dû être établi sur un autre héritage. Civ. rej., 20 janvier 1847, Sir., 47, 1, 129. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3277 et suiv. Pour justifier son opinion, le savant auteur cherche à établir que la femme

bilier constitué en dot, ou de servitudes actives établies en faveur d'un immeuble dotal⁴⁴; d. enfin, à la prescription de l'action en nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal⁴⁵.

La règle de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux ne s'applique pas aux prescriptions qui auraient commencé dès avant le mariage. Et sous ce rapport la prescription est à considérer comme ayant commencé avant le mariage, par cela seul que le fait de la possession ou du non-usage est antérieur à cette époque, bien qu'elle ait été dès son origine suspendue par la minorité de la femme, et que cette cause de suspension n'ait cessé que durant le mariage⁴⁶.

D'un autre côté, cette règle ne reçoit plus application à partir de l'époque où, par l'effet de la séparation de biens, la femme a recouvré l'exercice des actions dotales⁴⁷. Art. 1561, al. 1. Si

pourrait par convention consentir à l'exercice du passage sur le fonds dotal; il en conclut qu'une pareille convention étant licite, la prescription est-elle même possible. Mais le point de départ de cette argumentation ne nous paraît pas exact. La femme qui consent à l'exercice du passage sur son fonds dotal, alors que le passage aurait pu et dû être pris sur un autre héritage (ce qu'il faut supposer pour qu'il y ait question), concède une servitude à laquelle l'immeuble dotal n'était réellement pas soumis, et contrevient ainsi à la disposition de l'art. 1554.

⁴⁴ Duranton et Rodière et Pont, *loc. cit.*

⁴⁵ Cpr. texte n° 1 et note 28 *supra*.

⁴⁶ Grenoble, 6 décembre 1842, Sir., 43, 2, 290. Voy. en sens contraire: Duranton, XV, 537; Odier, III, 1256. D'après ces auteurs, la prescription devrait être considérée comme n'ayant commencé que du jour où elle a couru d'une manière utile, ce qui ne peut avoir lieu quand elle a été suspendue dès son principe par une cause quelconque. En raisonnant ainsi, MM. Duranton et Odier méconnaissent le véritable caractère ainsi que les effets légaux de la suspension, et ajoutent à la disposition du premier alinéa de l'art. 1561 une condition qu'elle n'exige pas. Il faut bien se garder de confondre le cas où la prescription est simplement suspendue, et celui où elle est impossible, soit par une imprescriptibilité temporaire, soit à raison de la circonstance que l'action pour l'interrompre n'est point encore ouverte. Si, dans ces derniers cas, il est vrai de dire que la prescription n'a pas commencé, il n'en est plus de même dans le premier. La suspension suppose une prescription qui a commencé de fait, et n'a d'autre effet que de rendre inutile le temps pendant lequel elle a existé. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante a décidé la question analogue que fait naître l'application de l'art. 2281, dans lequel le législateur s'est également servi des expressions *prescriptions commencées*. Voy. Req. rej., 15 décembre 1825, Sir., 27, 1, 220; Paris, 25 février 1826, Sir., 28, 2, 142; Pau, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 200; Toulouse, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 97; Grenoble, 20 janvier 1834, Sir., 34, 2, 617; Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248.

⁴⁷ Nous rappellerons cependant que la prescription décennale de l'art. 1304, que l'on voudrait invoquer contre l'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble

cependant l'action de la femme devait réfléchir contre le mari, la prescription resterait suspendue malgré la séparation de biens, et ne commencerait à courir qu'après la dissolution du mariage. Art. 2256, n° 2.

Enfin, la règle de l'imprescriptibilité est, d'après les termes mêmes dans lesquels elle a été posée, étrangère aux immeubles dotaux dont le contrat de mariage a permis l'aliénation sans restriction ni condition. Mais si l'aliénation n'en avait été autorisée qu'à charge de emploi, la règle de l'imprescriptibilité reprendrait son empire⁴⁸.

4° Les époux peuvent se réserver par le contrat de mariage la faculté d'aliéner les immeubles dotaux, ainsi que celle de les hypothéquer⁴⁹. Art. 1557.

Toute réserve de cette nature doit, comme dérogeant au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, être interprétée restrictivement. Il en résulte que la simple déclaration qu'un immeuble dotal pourra être aliéné, n'emporte pas, en général, la faculté de l'hypothéquer⁵⁰, ou de l'engager, par exemple, par voie de vente à réméré⁵¹, ni, à plus forte raison, celle de compromettre sur les contestations qui y sont relatives⁵². Il en résulte

dotal, ne commence à courir qu'après la dissolution du mariage. Cpr. texte et note 28 *supra*.

⁴⁸ Taulier, V, p. 345. Rodière et Pont, II, 600. Cpr. Montpellier, 27 décembre 1855, Sir., 57, 1, 779.

⁴⁹ On avait voulu déduire du rapprochement des art. 1554 et 1557, que les époux ne pouvaient valablement stipuler la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux. Mais l'opinion contraire, fondée sur la liberté des conventions matrimoniales, a définitivement prévalu. Taulier, V, p. 300 et 301. Troplong, IV, 3364. Marcadé, sur l'art. 1556, n° 4, et sur l'art. 1557, n° 1. Req. rej., 17 juillet 1840, Sir., 40, 1, 796.

⁵⁰ Duranton, XV, 479. Taulier, V, p. 296. Rodière et Pont, II, 501 et 502. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 1. Req. rej., 25 janvier 1830, Sir., 30, 1, 68. Civ. cass., 22 juin 1836, Sir., 36, 1, 433. Civ. cass., 16 août 1837, Sir., 37, 1, 800. Lyon, 10 juillet 1837, Sir., 37, 2, 466. Caen, 21 décembre 1837, Sir., 38, 2, 174. Poitiers, 17 juillet 1838, Sir., 39, 2, 233. Chamb. réunies, cass., 29 mai 1839, Sir., 39, 1, 449. Amiens, 1^{er} août 1840, Sir., 42, 2, 431. Cpr. Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 17. Voy. en sens contraire : Tessier, I, note 597; Grenier, *Des hypothèques*, I, 33; Sériziat, n° 140; Odier, III, 1268 et 1269; Troplong, IV, 3363 et suiv.

⁵¹ Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190.

⁵² Duranton, XV, 481. Taulier, V, p. 294. Odier, III, 1267. Rodière et Pont, II, 502. Nîmes, 26 février 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 45. Lyon, 20 août 1828, Sir., 29, 2, 68. Voy. en sens contraire : Tessier, I, note 596; Troplong, IV, 3398; Marcadé, sur l'art. 1557, n° 2; Grenoble, 12 février 1846, Sir., 46, 2, 519.

réciroquement, que la faculté de compromettre au sujet d'un immeuble dotal ou de le grever d'hypothèques, n'entraîne pas celle de le vendre⁵³. Il en résulte enfin, que le pouvoir de vendre un immeuble dotal n'emporte pas celui de l'échanger⁵⁴.

D'un autre côté, la clause qui permet l'aliénation des immeubles dotaux même sans condition de emploi, n'est d'aucune influence sur la position des créanciers de la femme. Elle ne les autorise pas à saisir ces immeubles, s'ils n'en ont pas le droit abstraction faite de cette stipulation⁵⁵. Il en est de même de la clause qui permet à la femme d'hypothéquer ses immeubles dotaux, en ce sens que les créanciers envers lesquels elle se serait simplement obligée sans leur conférer d'hypothèques, ne pourraient exercer de poursuites sur ces immeubles⁵⁶.

La clause qui autorise l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble dotal ne confère, ni au mari, ni à la femme, le pouvoir de l'aliéner ou de l'hypothéquer sans le consentement de son conjoint⁵⁷, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé au contrat de mariage⁵⁸.

Lorsque le contrat de mariage a permis l'aliénation d'un immeuble sans imposer aux époux l'obligation de faire emploi du prix, le défaut d'emploi ne vicie pas l'aliénation. L'acquéreur ne peut donc dans ce cas, ni refuser le paiement de son prix jus-

⁵³ Benoît, *De la dot*, I, 216. Toullier, XIV, 187.

⁵⁴ Taulier, V, p. 302. Odier, III, 1267. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 2. Toulouse, 7 février 1832, Sir., 33, 2, 464. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, *loc. cit.* — Mais la réserve de la faculté d'aliéner emporte celle d'échanger. Odier et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, IV, 3400. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., 32, 1, 623. Agen, 4 décembre 1854, Sir., 55, 2, 62.

⁵⁵ Bordeaux, 22 décembre 1857, Sir., 58, 2, 529.

⁵⁶ Rodière et Pont, II, 502, p. 384. Req. rej., 3 avril 1849, Sir., 49, 1, 385.

⁵⁷ Toullier, XIV, 187. Durantón, XV, 475. Odier, III, 1264. Rodière et Pont, II, 504. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 5. — La vente passée par le mari seul est donc entachée de nullité. Civ. cass., 12 août 1839, Sir., 39, 1, 840. — Mais cette nullité peut être couverte, même durant le mariage, par la confirmation de la femme dûment autorisée. Bordeaux, 21 août 1848, Sir., 48, 2, 721.

⁵⁸ La clause par laquelle la femme, après s'être réservé la faculté d'aliéner ses biens dotaux, a déclaré constituer son mari pour son mandataire général et spécial, ne suffit pas pour autoriser ce dernier à vendre seul, et sans le concours de la femme, les immeubles dotaux. Troplong, IV, 3417. Civ. cass., 12 avril 1839, Sir., 39, 1, 840. — Voy. sur les pouvoirs que la femme mineure peut, par contrat de mariage, conférer à son mari quant à l'aliénation des immeubles dotaux : § 502, texte n° 3, notes 22 et 23.

qu'à ce que l'emploi en ait eu lieu, ni exiger une caution pour la sûreté de cet emploi ⁵⁹.

Si, au contraire, le contrat de mariage n'a autorisé l'aliénation de l'immeuble dotal que sous condition de emploi, la vente n'en est valable qu'autant que cette condition a été accomplie conformément à l'intention des parties, telle qu'elle résulte de leurs conventions matrimoniales.

La faculté d'aliéner ne peut être considérée comme ayant été subordonnée à une condition de emploi que dans le cas où cette restriction ressort nettement des termes du contrat de mariage ⁶⁰. La clause par laquelle le mari est autorisé à aliéner les biens dotaux, à charge de les reconnaître et assurer, n'équivaut pas à une clause de emploi opposable aux tiers ⁶¹.

La clause de emploi est obligatoire pour le mari ; et la femme a, dès avant séparation de biens, le droit de demander que, faute par celui-ci de l'exécuter dans le délai qui lui sera imparti par le juge, elle soit autorisée à toucher le prix et à effectuer elle-même le emploi ⁶².

Le emploi doit être fait de la manière indiquée au contrat de mariage ⁶³ ; et, à défaut d'indication à cet égard, il doit avoir lieu en immeubles ou en valeurs susceptibles d'être immobilisées, par exemple en actions immobilisées de la banque de France ⁶⁴.

⁵⁹ Duranton, XV, 484. Bellof des Minières, IV, p. 118. Tessier, I, p. 403. Benech, *De l'emploi et du emploi*, n° 73. Rouen, 21 mars 1829, Sir., 30, 2, 238. Cpr. Limoges, 6 décembre 1844, Sir., 45, 2, 260.

⁶⁰ Cpr. Troplong, IV, 3412 ; Grenoble, 17 novembre 1835, Sir., 36, 2, 240.

⁶¹ Benech, *De l'emploi et du emploi*, n° 77. Troplong, IV, 3413. Req. rej., 1^{er} août 1844, Sir., 45, 1, 71. Nîmes, 26 mai 1851, Sir., 52, 2, 117. Req. rej., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 705. Req. rej., 25 février 1856, Sir., 57, 1, 26. Voy. cep. Montpellier, 13 mai 1831, Sir., 31, 2, 212.

⁶² Caen, 2 août 1851, Sir., 52, 2, 182. Req. rej., 20 décembre 1852, Sir., 53, 1, 151. Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 85.

⁶³ Rodière et Pont, II, 554. Troplong, IV, 2417. Paris, 23 mars 1844, Sir., 44, 2, 131. Rouen, 2 juin 1849, Sir., 50, 2, 320. Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177. Civ. rej., 22 février 1859, Sir., 59, 1, 521.

⁶⁴ Tessier, I, p. 409. Duranton, XV, 486. Rodière et Pont, II, 554 et 561. Benech, *op. cit.*, n° 89. Troplong, IV, 3421 et 3422. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 3. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Caen, 8 mai 1838, Sir., 48, 2, 657, à la note. Caen, 27 mai 1851, Sir., 52, 2, 64. Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177. Riom, 10 janvier 1856, Sir., 57, 2, 31. Rouen, 21 juin 1856, Sir., 57, 2, 171. — Le emploi peut-il être fait en rentes sur l'État ? Dans la situation actuelle de la législation, qui n'autorise l'immobilisation de pareilles rentes que pour le cas où elles sont destinées à faire partie d'un majorat, nous regardons la solution

La condition de remploi n'est pas remplie par une constitution d'hypothèque au profit de la femme⁶⁵. Elle ne l'est pas davantage par l'emploi du prix à l'acquittement de dettes grevant les immeubles dotaux⁶⁶, ni par une convention au moyen de laquelle les époux déclareraient attribuer, par voie de subrogation, le caractère dotal à des immeubles paraphernaux⁶⁷. Enfin, on ne peut, en principe, considérer comme un remploi suffisant la constitution d'une rente viagère sur la tête des deux époux, ou même sur celle de la femme seule⁶⁸.

Le remploi n'a pas besoin d'être fait immédiatement. Bien plus, dans le cas même où le contrat de mariage aurait fixé un délai pour l'effectuer, ce délai ne serait pas, en général, de rigueur, et le remploi pourrait être utilement fait après son expiration, à moins que le contraire n'eût été formellement stipulé⁶⁹.

Rien ne s'oppose même à ce que le remploi du prix d'un immeuble dotal aliéné avant séparation de biens, soit effectué par la femme elle-même après la séparation. Il en résulte, d'une part, que cette dernière est en droit, en offrant de faire emploi, de contraindre l'acquéreur à verser entre ses mains le prix qu'il n'aurait

négative comme préférable. Voy. dans ce sens : Caen, 8 mai 1838, Sir., 48, 2, 657, à la note ; Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177. Voy. en sens contraire : Caen, 13 novembre 1847, Sir., 48, 2, 657 ; Riom, 10 janvier 1856, Sir., 57, 2, 31.

⁶⁵ Benech, *op. cit.*, n° 77. Rodière et Pont, II, 554. Troplong, IV, 3416. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Toulouse, 7 août 1833, Sir., 34, 2, 587. Caen, 30 août 1848, Sir., 49, 2, 223. Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177. Caen, 2 août 1851, Sir., 52, 2, 182. Cpr. Bordeaux, 30 avril 1844, Sir., 44, 2, 536.

⁶⁶ L'emploi du prix de vente à l'acquittement de dettes grevant les immeubles dotaux, quelque légitime qu'il puisse être en soi, ne constitue pas un remploi. Le remploi suppose, en effet, une acquisition nouvelle venant prendre la place de l'immeuble aliéné. Si l'art. 1558 autorise l'aliénation de l'immeuble dotal pour payer les dettes de la femme d'une date certaine et antérieure au contrat de mariage, il ne l'autorise cependant qu'avec permission de justice, aux enchères, et après affiches. Or, il ne saurait dépendre des époux de s'affranchir de l'accomplissement de ces diverses conditions, en abusant de la faculté d'aliéner que le contrat de mariage ne leur a accordée qu'à charge de remploi. Troplong, IV, 3425. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 4. Montpellier, 3 janvier 1852, Sir., 54, 2, 117. Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. cep. Caen, 7 août 1849, Sir., 52, 2, 180 ; Caen, 2 février 1851, Sir., 52, 2, 440.

⁶⁷ Caen, 6 mars 1848, Sir., 48, 2, 385.

⁶⁸ Riom, 12 août 1844, Sir., 44, 2, 592. Civ. rej., 23 juin 1846, Sir., 46, 1, 865. Voy. cep. Troplong, IV, 3399 ; Caen, 17 juillet 1845, Sir., 48, 2, 134.

⁶⁹ Benech, *op. cit.*, n° 89. Troplong, IV, 3418. Nîmes, 9 août 1842, Sir., 43, 2, 73. Rouen, 21 juin 1845, Sir., 46, 2, 334.

point encore soldé⁷⁰. Il en résulte, d'autre part, que celui-ci peut, en offrant, soit de payer son prix s'il ne l'a pas acquitté, soit de le payer une seconde fois, arrêter l'action en nullité de la vente dirigée contre lui par la femme⁷¹.

Mais, après la dissolution du mariage, le remploi devient impossible, et l'acquéreur ne pourrait plus, au moyen des offres dont il vient d'être question, résister à l'action en nullité de la vente formée par la femme ou par ses héritiers⁷², à moins que, par inter-

⁷⁰ Cette proposition paraît généralement admise. Benech, *op. cit.*, n° 88. Troplong, IV, 3419. Limoges, 21 août 1840, Sir., 41, 2, 56. Cpr. Agen, 28 mars 1832, Sir., 32, 2, 288; Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., 34, 2, 201.

⁷¹ Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 8, n° 2. Sériziat, n° 419. Rodière et Pont, II, 557. Devilleneuve, Sir., 54, 1, 5, à la note. Bordeaux, 21 août 1848, Sir., 48, 2, 721. Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177. Voy. en sens contraire : Benech, *op. cit.*, n° 88; Troplong, IV, 3419; Toulouse, 22 décembre 1834, Sir., 35, 2, 196; Rouen, 19 mars 1840, Sir., 40, 2, 389; Limoges, 21 août 1840, Sir., 41, 2, 56; Lyon, 25 novembre 1842, Sir., 43, 2, 418; Lyon, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 141; Toulouse, 14 juillet 1852, Sir., 52, 2, 636. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que c'est au mari, comme administrateur des biens dotaux, qu'incombe l'obligation de remploi; que faute par lui de l'avoir accomplie au moment où son administration vient à cesser par la séparation de biens, la femme se trouve investie de l'action en révocation; et que l'acquéreur ne peut plus arrêter cette action par l'offre dont il est question au texte. Mais cette argumentation ne nous semble pas concluante. Elle ne s'appuie, en effet, sur aucun texte de loi, et ne peut trouver sa justification dans les effets de la séparation, qui ne fait que déplacer l'administration des biens dotaux, sans rien changer à leur condition, et sans altérer le caractère de dotalité et d'inaliénabilité dont ils sont frappés. Si, comme MM. Benech et Troplong en conviennent eux-mêmes, la femme peut valablement effectuer le remploi malgré la séparation de biens, on ne voit pas sur quel motif elle se fonderait pour rejeter la proposition de l'acquéreur qui lui offrirait les moyens de le faire.

⁷² Le remploi suppose que l'immeuble acquis deviendra dotal, comme l'était l'immeuble aliéné. Or, c'est ce qui ne peut plus avoir lieu pour les acquisitions faites après la dissolution du mariage. Dans le système contraire, les intérêts de la femme ou de ses héritiers ne seraient pas complètement garantis, puisque ceux mêmes des créanciers de la femme qui n'auraient point d'action sur les biens dotaux, pourraient exercer leurs poursuites sur l'immeuble prétendument acquis en remploi après la dissolution du mariage. Voy. en ce sens : Benech et Troplong, *loc. cit.*; Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145; Grenoble, 7 août 1840, Sir., 42, 2, 5; Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71; Req. rej., 27 avril 1842, Sir., 42, 1, 649; Req. rej., 17 décembre 1855, Sir., 56, 1, 201. Voy. en sens contraire : Sériziat, n° 419; Rodière et Pont, II, 557; Devilleneuve, Sir., 54, 1, 5, à la note. Cpr. aussi : Req. rej., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. Cet arrêt a été rendu dans une espèce où le remploi devait être effectué, non par le mari, mais par la femme, et où celle-ci avait formellement garanti la vente sur ses paraphernaux. Les faits particuliers de la cause peuvent, jusqu'à certain point, ex-

prétation des clauses du contrat de mariage, le juge ne vint à reconnaître que la condition de remploi avait pour but unique d'empêcher la dilapidation du prix de vente⁷³.

Sous le régime dotal, comme sous celui de la communauté, l'efficacité du remploi est subordonnée aux conditions indiquées par les art. 1434 et 1435. L'acceptation de la femme en particulier est indispensable, à moins que le contrat de mariage n'ait donné au mari le pouvoir d'effectuer le remploi sans son concours⁷⁴. Le remploi au surplus peut avoir lieu par anticipation⁷⁵.

Les frais de remploi doivent être supportés par la femme, qui les prendra sur ses paraphernaux, et à défaut de paraphernaux, sur la somme à remployer⁷⁶.

Le mari n'est point, à défaut de remploi, admis à demander lui-même l'annulation de la vente⁷⁷. La femme, au contraire, ou ses héritiers, peuvent la provoquer après la dissolution du mariage ou la séparation de biens⁷⁸, non-seulement en l'absence de remploi⁷⁹,

pliquer cette décision, qui ne saurait être considérée comme un arrêt de principe contraire à la solution donnée au texte.

⁷³ Une pareille interprétation ne devrait pas être facilement admise; et M. Devilleneuve (*loc. cit.*) nous paraît être parti d'une idée inexacte, en supposant que le remploi, de sa nature et en général, n'a d'autre objet que d'empêcher la dilapidation du prix de vente. Cpr. la note précédente.

⁷⁴ Cpr. § 534, texte, notes 30 et 31. Duranton, XV, 489. Benoît, *De la dot*, I, 110. Benech, *op. cit.*, nos 92 et suiv. Troplong, IV, 3429; II, 1137 et suiv. Voy. en sens contraire: Odier, III, 1272. — La seule circonstance que le mari aurait été autorisé à vendre seul l'immeuble dotal, n'emporterait pas pour lui le pouvoir d'effectuer, sans le concours de la femme, le remploi du prix en provenant. Benech, *op. et loc. cit.*, Voy. en sens contraire: Rodière et Pont, II, 555.

⁷⁵ Cpr. § 507, texte no 3 et note 59. Benech, *op. cit.*, no 89. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Cpr. Civ. cass., 24 novembre 1852, Sir., 52, 1, 798.

⁷⁶ Bellot des Minières, IV, p. 120. Benech, *op. cit.*, no 94. Troplong, IV, 3428. Marcadé, sur l'art. 1557, no 3. Caen, 19 juin 1852, Sir., 56, 2, 129. Cpr. Civ. rej., 5 novembre 1855, Sir., 56, 1, 204 — C'est à tort que la Cour de Caen, par deux arrêts en date du 18 novembre 1837 (Sir., 37, 2, 186) et du 7 juillet 1845 (*Journ. du Pal.*, 1845, II, 609), avait jugé d'abord que les frais du remploi devaient rester à la charge de l'acquéreur de l'immeuble dotal, et ensuite qu'ils devaient être supportés par le mari.

⁷⁷ Merlin, *Quest.*, vo Remploi, § 8, no 1. Tessier, I, p. 403. Benech, *op. cit.*, no 106. Req. rej., 29 janvier 1822, Sir., 22, 1, 270.

⁷⁸ Sauf, au cas de séparation de biens, la faculté réservée à l'acquéreur d'arrêter l'action en nullité de la femme, au moyen de l'offre dont il a été parlé texte et note 71 *supra*.

⁷⁹ Merlin, *Quest.*, vo Remploi, § 8. Tessier, I, p. 401. Duranton, XV, 485 et 486. Benech, *op. cit.*, no 99. Odier, III, 1271. Troplong, IV, 3404 à 3406. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 14. Agen, 28 mars 1832, Sir., 32, 2,

mais encore dans le cas où le remploi effectué l'a été, soit d'une façon irrégulière ou incomplète, soit d'une manière défectueuse à raison des dangers d'éviction qu'il présentait⁸⁰.

L'acquéreur est donc en droit de refuser le paiement de son prix d'acquisition jusqu'à ce qu'il lui soit justifié d'un remploi régulier, complet, et exempt de toute chance d'éviction⁸¹. S'il ne lui était proposé aucun remploi acceptable, il pourrait consigner son prix pour faire cesser le cours des intérêts à sa charge. Mais une consignation, même faite en vertu d'un jugement déclarant bonnes et valables les offres réelles, ne le déchargerait pas de l'obligation de surveiller le remploi qui serait ultérieurement effectué⁸². Du reste, l'acquéreur n'est pas garant de la dépréciation que, postérieurement à leur acquisition, les biens destinés à servir de remploi ont pu subir par des causes quelconques, fût-ce même par la négligence du mari⁸³; et il ne pourrait être recherché sous prétexte d'un remploi insuffisant qu'autant que les biens dont s'agit auraient été, au moment de leur acquisition, d'une valeur notablement inférieure à la somme à remployer⁸⁴.

5° Par exception au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, la loi en autorise l'aliénation pour les causes et sous les conditions suivantes :

1) La femme peut, avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice, donner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants⁸⁵ qu'elle aurait d'un mariage antérieur. Le juge a dans

288. Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., 34, 1, 201. Voy. aussi les arrêts cités à la note 72 *supra*. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 557; Grenoble, 16 août 1832, Sir., 33, 2, 559; Grenoble, 17 décembre 1835, Sir., 36, 2, 307.

⁸⁰ Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 114; Rodière et Pont, II, 558; Troplong, IV, 3424; Civ. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668; Caen, 3 décembre 1846, Sir., 48, 2, 133. Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, Sir., 48, 2, 384; — On doit cependant admettre que l'acquéreur ne serait pas responsable d'une éviction procédant de causes que l'on ne pouvait soupçonner, et que l'emploi de toutes les précautions commandées par la prudence, n'a pas fait découvrir.

⁸¹ Duranton, *loc. cit.* Benech, *op. cit.*, n° 115. Paris, 9 juillet 1828, Sir., 28, 2, 281. Agen, 5 janvier 1841, Sir., 41, 2, 639. Req. rej., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 651. Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, Sir., 48, 2, 384.

⁸² Bordeaux, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 129. Nîmes, 11 juin 1856, Sir., 57, 2, 172. Req. rej., 12 mai 1857, Sir., 57, 1, 580. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 486; Benech, *op. cit.*, n° 60.

⁸³ Benech, *op. cit.*, n° 62. Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 209.

⁸⁴ Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 114. Voy. cep. Duranton, XV, 486.

⁸⁵ Le mot *enfants*, dans les art. 1555 et 1556, comprend également les petits enfants. Cpr. L. 120, D. de V. S. (50, 16). Nous ne croyons pas devoir maintenir

ce cas le pouvoir d'autoriser la femme, non-seulement à raison de l'absence ou de l'incapacité du mari, mais encore sur son refus. Art. 1555.

2) La femme peut aussi, avec le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice si celui-ci est absent ou incapable⁸⁶, donner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs. Mais, au cas de refus du mari, son autorisation ne peut plus être suppléée par celle du juge⁸⁷. Art. 1556.

Toutes les fois que la femme n'est autorisée que par justice, la jouissance des immeubles dotaux donnés pour l'établissement des enfants doit être réservée au mari⁸⁸. Art. 1555, et arg. de cet article.

Le terme *établissement* s'entend dans les art. 1555 et 1556, aussi bien que dans l'art. 1422, non-seulement d'un mariage, mais de tout état ou condition de nature à procurer à l'enfant une existence indépendante⁸⁹. Le remplacement au service militaire rentre

l'opinion contraire que nous avons admise dans nos premières éditions. Toullier, XIV, 195. Tessier, I, p. 376. Sériziat, n° 154. Rodière et Pont, II, 509. Odier, III, 1278. Voy. en sens contraire : Benoît, I, 225.

⁸⁶ La loi n'ayant pas prévu le cas d'absence ou d'incapacité du mari, on reste à cet égard soumis à la règle générale, d'après laquelle le consentement de ce dernier peut être remplacé par l'autorisation de la justice. Odier, III, 1280.

⁸⁷ C'est ce qui résulte de la différence de rédaction des art. 1555 et 1556, et de la circonstance même que le législateur s'est occupé, dans deux articles distincts, des enfants communs et des enfants issus d'un précédent mariage. La position diverse des uns et des autres justifie d'ailleurs complètement la distinction établie par la loi. Il ne convenait pas de laisser à la discrétion d'un second mari le sort d'enfants pour lesquels on ne pouvait lui supposer le même degré d'affection que pour les siens, et qui, d'un autre côté, ne sont pas soumis à sa puissance. Mais il n'y avait aucun motif pour ne pas s'en remettre d'une manière absolue à la tendresse et à l'autorité du père, en ce qui concerne l'établissement de ses propres enfants. Delvincourt, III, p. 107. Bellot des Minières, IV, p. 110 et suiv. Benoît, I, 61. Sériziat, n° 154. Rodière et Pont, II, 507. Odier, III, 1207. Troplong, IV, 3344 à 3347. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 3. Limoges, 2 septembre 1835, Sir., 35, 2, 513. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 191 ; Rouen, 24 décembre 1841, Sir., 42, 2, 77. Voy. aussi : Duranton, XV, 497 ; Taulier, V, p. 285.

⁸⁸ Toutefois, en cas d'interdiction du mari, le conseil de famille de l'interdit peut, par application de l'art. 511, renoncer au droit d'usufruit de ce dernier sur les biens dotaux. Duranton, XV, 498.

⁸⁹ Arg. art. 204. Toullier, XIV, 192. Benoît, I, 222. Tessier, I, p. 376. Sériziat, n° 146. Duranton, XV, 494. Taulier, V, p. 289. Odier, III, 1279. Rodière et Pont, II, 510. Troplong, IV, 3350. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 3. — Voy. sur des espèces où il a été décidé qu'il y avait établissement dans le sens des art. 1555 et 1556 : Req. rej., 9 avril 1838, Sir., 38, 1, 442 ; Bordeaux,

même, comme condition préalable à un établissement ultérieur, sous l'application des art. 1555 et 1556 ⁹⁰.

Suivant l'opinion la plus généralement suivie, la faculté concédée par les art. 1555 et 1556 de donner les immeubles dotaux, comprend la faculté de les hypothéquer pour sûreté du paiement de la dot promise par la mère ou par le père, et même celle de les aliéner ou de les hypothéquer à l'effet de se procurer les sommes nécessaires à l'établissement des enfants ⁹¹. Quoique ces solutions, et la dernière surtout, ne soient pas sans difficulté, en ce qu'elles laissent sans garantie suffisante la part de réserve des cohéritiers du donataire dans les biens dotaux, nous croyons devoir les admettre ⁹². Mais nous ne pensons pas qu'on puisse aller jusqu'à re-

31 août 1840, Sir., 41, 2, 145; Paris, 25 août 1845, Sir., 46, 2, 161; Agen, 10 juillet 1850, Sir., 50, 2, 338. — Voy. sur des espèces dans lesquelles une décision contraire est intervenue: Riom, 7 avril 1849, Sir., 50, 2, 583; Bordeaux, 29 août 1849, Sir., 50, 2, 467; Agen, 16 décembre 1857, Sir., 57, 2, 193; Civ. rej., 27 juin 1859, Sir., 59, 1, 665.

⁹⁰ Sériziat, n° 147. Duranton, XV, 495. Taulier, Rodière et Pont, Marcadé, *loc. cit.* Troplong, IV, 3356. Rouen, 25 février 1828, Sir., 28, 2, 189. Grenoble, 21 janvier 1835, Sir., 35, 2, 310. Nîmes, 10 août 1837, Sir., 38, 2, 112. Caen, 21 juin 1844, Sir., 45, 2, 156. Caen, 19 novembre 1847, Sir., 48, 2, 592. Nîmes, 24 mars 1851, Sir., 51, 2, 326. Voy. en sens contraire: Limoges, 31 mai 1838, Sir., 39, 2, 23. Voy. aussi Agen, 5 décembre 1848, Sir., 49, 2, 45.

⁹¹ Tessier, I, p. 66. Grenier, *Des hypothèques*, I, 34. Duranton, XV, 492. Sériziat, n° 152. Taulier, V, p. 286. Odier, III, 1284. Rodière et Pont, II, 511. Troplong, IV, 3352. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 4. Rouen, 23 juin 1835, Sir., 36, 2, 93. Req. rej., 1^{er} avril 1845, Sir., 45, 1, 256. Pau, 16 avril 1855, Sir., 57, 2, 657. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente. Voy. en sens contraire: Bordeaux, 11 août 1836, Sir., 37, 2, 230; Poitiers, 17 juillet 1838, Sir., 39, 2, 233; Amiens, 1^{er} août 1840, Sir., 42, 2, 431; Caen, 23 avril 1847, Sir., 48, 2, 403.

⁹² Il existe entre la donation directe d'un immeuble dotal et la vente ou l'affectation hypothécaire d'un pareil immeuble, consentie dans le but de se procurer la somme dont on veut gratifier l'enfant à établir, une différence notable. Bien que l'enfant donataire de l'immeuble dotal soit autorisé à l'aliéner, la réserve des autres enfants reste dans ce cas garantie au moyen de l'action subsidiaire en revendication qui leur compete, en vertu de l'art. 930, contre le tiers acquéreur de cet immeuble; tandis que si l'aliénation émane directement de la mère, le tiers acquéreur est à l'abri de toute recherche, et les autres enfants n'ont qu'une action personnelle en rapport ou en réduction contre le donataire, action qui peut devenir illusoire par l'insolvabilité de ce dernier. D'après cela, et en s'attachant à la considération que l'inaliénabilité des immeubles dotaux est établie dans l'intérêt de la famille tout entière, on pourrait être porté à prendre le mot *donner*, dont se servent les art. 1555 et 1556, dans son sens technique et restreint. Toutefois, comme on ne trouve rien dans les travaux préparatoires du

connaître à la mère la faculté d'hypothéquer ses biens dotaux pour assurer la restitution de la dot apportée à son fils par sa bru⁹³.

Lorsque les biens dotaux ont été hypothéqués pour sûreté du paiement de la dot promise par la mère ou par le père, cette garantie hypothécaire n'a d'effet, du moins après la mort de la mère, que sauf la réserve des autres enfants sur la succession de cette dernière. Si, au contraire, les biens dotaux ont été vendus, ou hypothéqués pour la garantie du remboursement de sommes fournies par des tiers, la complète efficacité de la vente ou de l'hypothèque ne saurait être contestée sous prétexte d'atteinte portée à la réserve des autres enfants⁹⁴. Les tiers acquéreurs ou les créanciers ne pourraient être recherchés que si le prix de vente ou les fonds empruntés n'avaient pas reçu l'emploi en vue duquel les art. 1555 et 1556 autorisent la vente ou l'affectation hypothécaire

Code qui indique que ce côté de la question se soit présenté à l'esprit du législateur, et que les orateurs du gouvernement et du Tribunat, en expliquant les articles précités, ont parlé d'une manière générale de la faculté d'*aliéner* les immeubles dotaux pour l'établissement des enfants, nous ne croyons pas qu'on doive s'arrêter à cette interprétation restrictive, qui d'ailleurs entraînerait dans la pratique des inconvénients et des entraves souvent très-préjudiciables. — Ceci était écrit depuis quelque temps déjà, lorsque nous avons trouvé au recueil de MM. Devilleneuve et Carette (Sir., 57, 2, 657) une dissertation de M. Tailhade, dans laquelle cet honorable magistrat cherche à faire prévaloir, au moyen des idées indiquées au commencement de cette note, une opinion contraire à celle que, d'accord avec la jurisprudence et la doctrine, nous avons cru devoir adopter. Cette dissertation n'a point modifié notre manière de voir, et nous maintenons, du moins pour l'hypothèse prévue au texte, la solution que nous avons admise. Les motifs de douter qui s'étaient présentés à notre esprit ne sauraient, malgré le talent avec lequel ils ont été développés par M. Tailhade, prévaloir contre les raisons de décider qui ont déterminé notre conviction.

⁹³ Dans cette hypothèse, en effet, on ne trouve aucune libéralité exercée par la mère envers son fils : il n'existe qu'un engagement contracté par cette dernière au profit d'une tierce personne ; et la circonstance que cet engagement aurait été exigé comme condition du mariage, et consenti dans la vue de le faciliter, ne suffit pas pour le faire rentrer sous l'application des dispositions exceptionnelles des art. 1555 et 1556. Nous ajouterons qu'un cautionnement donné en prévision précisément de l'insolvabilité du fils tournerait toujours au détriment des autres enfants ; et c'est une raison de plus pour ne pas l'admettre. Limoges, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 588. Voy. en sens contraire : Montpellier, 7 juin 1825, Sir., 26, 2, 223 ; Nîmes, 30 avril 1845, Sir., 46, 2, 68 ; Bordeaux, 1^{er} mai 1850, Sir., 51, 2, 185 ; Limoges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 352.

⁹⁴ Grenoble, 1^{er} février 1849, et Rouen, 17 janvier 1852, Sir., 52, 2, 392 et 395. Voy. cep. Grenoble, 4 août 1832, Sir., 33, 2, 427 ; Nîmes, 30 avril 1845, Sir., 46, 2, 68.

du fonds dotal⁹⁵. Hors de cette hypothèse, les cohéritiers de l'enfant avantagé n'ont qu'une action personnelle en rapport ou en réduction à exercer contre ce dernier.

Du reste, la femme est autorisée à donner ses immeubles dotaux pour l'établissement de ses enfants, même dans le cas où elle a des biens paraphernaux; et lorsqu'une mère, possédant tout à la fois des biens dotaux et des biens paraphernaux, a promis une dot en argent sans exprimer sur quels biens elle serait prise, les tribunaux peuvent, par appréciation des circonstances, décider que son intention a été d'affecter ses biens dotaux, préférablement à ses paraphernaux⁹⁶. Mais dans le doute, c'est le contraire qui doit se présumer⁹⁷.

3) Les immeubles dotaux sont susceptibles d'être aliénés :

a. Pour tirer de prison le mari ou la femme⁹⁸, peu importe d'ailleurs que la dette à raison de laquelle la contrainte par corps a été exercée contre eux, dérive d'un délit, ou bien qu'elle ait une cause civile ou commerciale⁹⁹. Art. 1558, al. 2.

b. Pour fournir des aliments aux personnes auxquelles la femme peut en devoir, en vertu des art. 203, 205 et 206, et notamment pour subvenir à l'entretien des époux eux-mêmes¹⁰⁰, pour pourvoir aux frais de l'éducation des enfants¹⁰¹, et pour faire l'acquisi-

⁹⁵ Cpr. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 133; Bordeaux, 31 août 1840, Sir., 41, 2, 145; Req. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 609.

⁹⁶ Civ. cass., 18 février 1852, Sir., 52, 1, 299. Cpr. Toulouse, 13 mai 1852, Sir., 52, 2, 594.

⁹⁷ Limoges, 16 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625. Bordeaux, 27 janvier 1853, Sir., 53, 2, 252.

⁹⁸ L'aliénation ne pourrait avoir lieu, si la femme ou le mari était simplement menacé de contrainte par corps. Merlin, *Hép.*, v° Dot, § 8. Tessier, I, p. 419. Bellot des Minières, IV, p. 125. Benoît, I, 227. Toullier, XIV, 199. Duranton, XV, 509. Odier, III, 1288. Troplong, IV, 3441. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 1. Caen, 4 juillet 1826, Sir., 27, 2, 450. Rouen, 16 janvier 1838, Sir., 38, 2, 104. Civ. rej., 15 avril 1842, et Civ. cass., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 541 et 544. Voy. en sens contraire: Taulier, V, p. 310; Rodière et Pont, II, 513. Cpr. aussi Caen, 3 janvier 1853, Sir., 53, 2, 575.

⁹⁹ Tessier, I, p. 418. Benoît, I, 228. Duranton, XV, 508. Sériziat, n° 65. Taulier, V, p. 309. Odier, III, 1286 et 1287. Rodière et Pont, II, 513. Troplong, IV, 3443. Marcadé, *loc. cit.*

¹⁰⁰ Tessier, I, p. 414. Duranton, XV, 510. Rodière et Pont, II, 515. Rouen, 21 août 1820, Sir., 22, 2, 225.

¹⁰¹ Tessier, I, p. 410. Rodière et Pont, II, 515. Troplong, IV, 3450. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 2. Req. rej., 3 mai 1842, Sir., 42, 1, 493. Caen, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 585. Agen, 13 juillet 1849, Sir., 49, 2, 367. Agen, 18 juin 1851, Sir., 52, 2, 17. Nîmes, 26 juillet 1853, Sir., 53, 2, 688.

tion d'un mobilier indispensable à la famille ¹⁰². Art. 1558, al. 3.

c. Pour payer les dettes de la femme, ainsi que celles des personnes qui ont constitué la dot, en tant que la femme en est personnellement ou hypothécairement tenue ¹⁰³, pourvu que dans l'un et l'autre cas il s'agisse de dettes ayant acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage ¹⁰⁴. Art. 1558, al. 4.

d. Pour payer les dettes grevant les successions échues à la femme pendant le mariage, et comprises dans sa constitution dotale ¹⁰⁵. Arg. art. 1558, al. 4.

¹⁰² Caen, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 78. Voy. aussi Civ. rej., 5 novembre 1855, Sir., 56, 1, 204.

¹⁰³ Odier, III, 1296. Sériziat, n° 67, p. 232 et suiv. Rodière et Pont, II, 518. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. Suivant cet auteur, l'immeuble dotal pourrait être aliéné avec permission de justice, pour payer les dettes de ceux qui ont constitué la dot, alors même que la femme n'en serait ni hypothécairement ni personnellement tenue. Il prétend que la disposition de l'art. 1558 a été principalement décrétée en vue des dettes pour le paiement desquelles les créanciers n'ont aucun droit de poursuite sur les biens dotaux. Mais il ne nous paraît avoir été amené à cette manière de voir que pour avoir supposé, à tort selon nous, qu'il pouvait exister des dettes de la femme qui, quoique antérieures au mariage, ne seraient cependant pas susceptibles d'être poursuivies sur les biens dotaux. Cpr. § 538, texte et note 2. D'ailleurs, existât-il de pareilles dettes, la femme qui les a contractées en serait toujours personnellement tenue, et l'on comprendrait à la rigueur que la loi eût permis, pour en faciliter le paiement, l'aliénation des biens dotaux. Mais aller jusqu'à dire qu'il doit en être de même de dettes complètement étrangères à la femme, et dont elle n'est civilement tenue à aucun titre, c'est outrepasser le but de la loi, et faire fléchir, sans motifs suffisants, le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

¹⁰⁴ Il ne suffirait pas, pour que l'aliénation pût être autorisée, que les dettes eussent acquis date certaine antérieurement seulement à la célébration du mariage. Tessier, I, note 638. Sériziat, n° 187. Duranton, XV, 514. Taulier, V, p. 315. Odier, III, 1292. Rodière et Pont, II, 517. Troplong, IV, 3468. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 69. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 133. — Lorsqu'il s'agit de dettes commerciales, contractées par une femme qui était marchande publique avant son mariage, il faut appliquer ce que nous avons dit au § 508, texte et note 19. Cpr. aussi : § 756, texte *in fine* et note 121. Rodière et Pont, II, 516, note 3. Troplong, IV, 3466. Marinier, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 295. Req. rej., 17 mars 1830, Sir., 30, 1, 134. Civ. cass., 1^{er} décembre 1830. Dalloz, 1831, 1, 9.

¹⁰⁵ On a voulu soutenir, en se fondant sur la maxime *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*, et par la raison que les immeubles qui resteraient après le paiement des dettes seraient seuls frappés de dotalité, que les époux n'ont en pareil cas besoin d'aucune autorisation. Voy. en ce sens : Paris, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 97. Mais c'est là faire une fausse application de la maxime précitée. S'il est vrai de dire que, tous les biens d'une succession étant affectés au paiement des dettes dont elle est grevée, la valeur de l'hérédité ne peut se

e. Pour faire de grosses réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal¹⁰⁶, et par analogie, pour payer les frais et honoraires dus aux avocats et officiers ministériels chargés des intérêts de la femme dans des instances en séparation de biens¹⁰⁷. Art. 1558, al. 5.

La vente ne peut avoir lieu, même pour les causes qui viennent d'être énumérées, qu'en vertu d'une permission spéciale et préalable¹⁰⁸ donnée par le tribunal du domicile des époux¹⁰⁹. Elle doit, à peine de nullité, être faite aux enchères publiques dans les formes prescrites par l'art. 997 du Code de procédure. L'excédant du prix de vente sur les besoins reconnus par le juge reste dotal, et il doit en être fait emploi comme tel au profit de la femme. Art. 1558, al. 7.

Du reste, les tribunaux peuvent, pour les causes ci-dessus indiquées, autoriser la femme à contracter un emprunt avec constitution d'hypothèque sur ses biens dotaux¹¹⁰.

déterminer qu'en déduisant le passif de l'actif, il est inexact de prétendre que l'héritier ne deviendra propriétaire que de ce qui restera après l'acquittement des dettes. D'un autre côté, la circonstance que des biens se trouvent affectés au paiement de certaines dettes, ne peut exercer aucune influence sur la question de savoir à quelles conditions ces biens peuvent être aliénés, question qui doit se décider d'après la position personnelle du propriétaire, et lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, d'après son contrat de mariage. Devilleneuve, Sir., 56, 2, 129 à la note. Montpellier, 3 janvier 1852, Sir., 54, 2, 117. Cette solution devrait être admise même au cas où l'aliénation des immeubles dotaux aurait été permise par contrat de mariage, mais sous condition de remploi, parce que le paiement des dettes affectant ces immeubles ne saurait être considéré comme un remploi. Cpr. texte n° 4 et note 66 *supra*. Voy. cep. Devilleneuve, *loc. cit.*; Caen, 19 juin 1852, et Rouen, 19 août 1852, Sir., 56, 2, 129 et 135.

¹⁰⁶ La disposition du cinquième alinéa de l'art. 1558 ne doit pas être étendue au cas où il s'agirait de constructions nouvelles, ou de travaux qu'on prétendrait devoir augmenter la valeur de l'immeuble dotal. Rodière et Pont, II, 520. Troplong, IV, 3474. Rouen, 12 mai 1842, Sir., 42, 2, 520. Rouen, 17 mai 1844, Sir., 44, 2, 352. Paris, 11 avril 1850, Sir., 51, 2, 163. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 472. Voy. cep. Rouen, 15 avril 1842, Sir., 42, 2, 521.

¹⁰⁷ Rodière et Pont, II, 541. Caen, 14 août 1837, Sir., 38, 2, 49. Caen, 6 juillet 1842, Sir., 43, 2, 92. Caen, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 585. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 452. Voy. aussi Agen, 11 mai 1833, Sir., 38, 2, 50. — Cpr. sur le droit de poursuite des créanciers pour frais et dépens : § 538.

¹⁰⁸ Cpr. Code de procédure, art. 997, al. 2. Benoît, I, 239. Lyon, 2 mai 1833, Sir., 33, 2, 359. Rouen, 12 mai 1842, Sir., 42, 2, 520. Toulouse, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611. Nîmes, 22 avril 1856, Sir., 57, 2, 100.

¹⁰⁹ Rodière et Pont, II, 545. Voy. cep. Taulier, V, p. 320 et 321.

¹¹⁰ Duranton, XV, 507. Odier, III, 1315. Sériziat, n° 168. Rodière et Pont, II, 522. Troplong, IV, 3446. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6. Bordeaux, 1^{er} août

L'adjudicataire de l'immeuble dotal aliéné en vertu de l'art. 1558, doit payer son prix aux personnes désignées pour le recevoir par le jugement qui a permis l'aliénation. En l'absence d'indication suffisante à cet égard, il doit le verser directement entre les mains des créanciers pour le paiement desquels l'aliénation a été autorisée; et il ne serait, en général, pas libéré par un paiement fait aux époux, si ceux-ci n'avaient pas employé les fonds à leur destination¹¹¹. L'adjudicataire fera même bien, pour mettre sa responsabilité complètement à couvert, de ne vider ses mains qu'après un second jugement qui, en désignant les personnes déléguées pour recevoir le prix, aura déterminé le montant de leurs créances¹¹². Lorsque le prix de vente excède les besoins pour lesquels l'aliénation a été permise, l'adjudicataire doit en outre veiller, sous sa responsabilité, au remploi de l'excédant¹¹³. Faute de quoi il est exposé à payer cet excédant une seconde fois. Mais on ne pourrait, pour ce motif, provoquer la nullité de l'adjudication qui, d'ailleurs, aurait été faite avec autorisation de justice, et dans les formes prescrites par la loi¹¹⁴.

1834, Sir., 34, 2, 685. Rouen, 17 janvier 1837, Sir., 38, 2, 102. Rouen, 12 janvier 1838, Sir., 38, 2, 450. Grenoble, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 209. Req. rej., 1^{er} décembre 1840, Sir., 40, 1, 943. Lyon, 4 juin 1841, Sir., 41, 2, 612. Civ. rej., 24 août 1842, Sir., 42, 1, 842. Caen, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 585. Bordeaux, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611. Req. rej., 7 juillet 1857, Sir., 57, 1, 534. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 323; Bordeaux, 11 août 1836, Sir., 37, 2, 230; Rouen, 31 août 1836 et 12 janvier 1838, Sir., 38, 2, 103. — L'autorisation accordée par la justice à la femme d'aliéner un immeuble dotal emporte-t-elle celle de l'hypothéquer? Voy. pour l'affirmative : Req. rej., 30 décembre 1850, Sir., 51, 1, 29.

¹¹¹ Troplong, IV, 3487. Aix, 10 février 1832, Sir., 32, 2, 640. — La proposition énoncée au texte reste, par la force même des choses, étrangère à l'hypothèse où les époux ont été autorisés à vendre un immeuble dotal pour procurer des aliments à la famille, ou pour acheter des objets mobiliers qui se paient au comptant. Aix, 10 février 1832, Sir., 32, 2, 640. Agen, 3 décembre 1846, Sir., 46, 2, 261. Civ. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 204.

¹¹² Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 132. Req. rej., 9 janvier 1828, Sir., 28, 1, 127.

¹¹³ Cpr. Sériziat, n° 172; Odier, III, 1314; Taulier V, p. 322 et 323; Rodière et Pont, II, 360; Benech, *op. cit.*, n° 132; Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 516.

¹¹⁴ L'emploi de l'excédant du prix sur les besoins pour lesquels l'aliénation a été permise par le juge, ne constitue pas, comme le remploi à la charge duquel l'aliénation a été autorisée par le contrat de mariage, une condition de la faculté même d'aliéner, mais une simple obligation qui résulte accidentellement d'une aliénation régulièrement consommée, et dont l'inexécution ne peut dès lors réa-

Si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été permise hors des cas où le juge a le pouvoir de l'autoriser, elle serait nulle, tout comme si les époux l'avaient faite sans permission ¹¹⁵. Mais lorsque l'autorisation de justice a été accordée pour une des causes prévues par la loi, le tiers acquéreur ne peut être inquiété, sous le prétexte de la fausseté des faits allégués pour obtenir cette autorisation ¹¹⁶.

4) Lorsqu'un immeuble dotal indivis avec des tiers, ou même entre les époux ¹¹⁷, n'est pas susceptible d'être commodément partagé ¹¹⁸, le tribunal peut autoriser ces derniers à concourir ou à procéder à la licitation volontaire de cet immeuble, suivant les formes prescrites par l'art. 997 du Code de procédure ¹¹⁹. Art. 1558,

gir sur la validité de cette aliénation. Benech, *op. cit.*, n° 134. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 237 ; Sériziat et Marcadé, *loc. cit.*

¹¹⁵ Troplong, IV, 3493, 3495 et 3499. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6. Caen, 5 juillet 1826, Sir., 27, 2, 150. Civ. cass., 26 avril 1842, Sir., 42, 1, 541. Caen, 12 juin 1842, Sir., 42, 2, 462. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 472. Cpr. aussi : Grenoble, 4 juillet 1832, Sir., 33, 2, 427. Voy. en sens contraire : Devilleneuve, Sir., 42, 1, 541, à la note ; Odier, III, 1289. Cpr. aussi : Grenoble, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 209 ; Lyon, 4 juin 1841, Sir., 41, 2, 612.

¹¹⁶ Troplong, IV, 3496 et 3497. Marcadé, *loc. cit.* Caen, 12 juin 1842, Sir., 42, 2, 462. Civ. cass., 17 mars 1847, Sir., 47, 1, 576. Rouen, 29 mai 1847, Sir., 48, 2, 245. Req. rej., 14 février 1848, Sir., 49, 1, 387. Req. rej., 30 décembre 1850, Sir., 51, 1, 29. Montpellier, 22 décembre 1852, Sir., 53, 2, 69. Req. rej., 22 août 1855, Sir., 56, 1, 319. Req. rej. 7 juillet 1857, Sir., 57, 1, 734. Cpr. aussi Req. rej., 25 mai 1840, Sir., 40, 1, 699.

¹¹⁷ MM. Rodière et Pont (II, 523) enseignent que la licitation ne peut être autorisée, lorsque l'immeuble n'est indivis qu'entre le mari et la femme. Mais cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Le mari, en tant que copropriétaire, est évidemment un tiers ; et il est d'autant moins permis de le priver du droit que lui assure à ce titre l'art. 815, qu'il peut avoir un intérêt sérieux à l'exercer, pour tirer de sa portion indivise le parti le plus profitable. Rouen, 1^{er} août 1853, Sir., 54, 2, 265. Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91.

¹¹⁸ Il n'est pas nécessaire que l'immeuble soit absolument impartageable ; il suffit qu'il ne puisse être partagé sans inconvénient réel et sans perte pour les parties intéressées. Arg. art. 827. Cpr. § 624, texte n° 2 et note 15. Benoît, I, 243. Odier, III, 1300 et 1301. Rodière et Pont, II, 523.

¹¹⁹ L'alinéa 6 de l'art. 1558 nous paraît avoir eu particulièrement en vue l'hypothèse où tous les copropriétaires sont d'accord pour procéder à la licitation. Il a pour objet d'exprimer cette double idée que, malgré cet accord, la femme a besoin de l'autorisation de la justice pour concourir à la licitation, et que le juge peut, en reconnaissant l'impartageabilité, accorder cette autorisation sur simple requête et sans procédure contradictoire. Cpr. Code de procédure, art. 997. Quant au cas où la licitation serait provoquée par voie d'action, soit par les consorts de la femme, soit même par les époux, il est régi par les art. 815 et 818. Cpr. § 535, texte n° 1, notes 11 et 12. Nous croyons devoir modifier en ce sens les

al. 6. Mais il ne pourrait permettre l'aliénation de la part indivise de la femme, si ce n'est pour l'une des causes indiquées par les alinéas 2 à 5 de l'art. 1558¹²⁰.

Si la femme se rend adjudicataire de l'immeuble licité, les portions par elle acquises sur ses consorts deviennent dotales ou paraphernales, suivant les distinctions établies au § 534, texte n° 5.

Si c'est le mari qui s'est porté adjudicataire, soit en son nom personnel, soit même pour le compte de la femme, mais sans mandat de celle-ci, elle jouit du droit d'option que l'art. 1408 accorde en pareil cas à la femme mariée sous le régime de la communauté¹²¹. L'exercice et les effets de ce droit sont régis par les règles développées au § 507¹²². C'est ainsi que la femme peut exercer son option même avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens¹²³. Du reste, lorsque la femme opte pour le retrait, la question de savoir si les portions de ses consorts deviennent dotales ou paraphernales se décide d'après les mêmes distinctions que dans l'hypothèse où la femme s'est elle-même rendue adjudicataire.

Enfin, si l'immeuble est adjugé à un tiers, la portion du prix afférente à la femme est dotale, et doit, comme telle, être em-

explications données dans nos premières éditions sur la disposition de l'alinéa 6 de l'art. 1558, dont la véritable signification ne nous paraît pas avoir été indiquée d'une manière satisfaisante par les auteurs. Cpr. Odier, 1301; Rodière et Pont, II, 523 à 525; Troplong, IV, 3477 à 3480.

¹²⁰ L'opinion contraire, que professent MM. Rodière et Pont (II, 524), nous semble repoussée par le texte de l'art. 1558, qui ne permet que l'aliénation de l'immeuble commun, et non celle de la part indivise que la femme peut y avoir. Il y a d'autant plus de raison de se tenir à la lettre de la loi, qu'une vente de part indivise ne se fait le plus souvent qu'à des conditions désavantageuses. Les époux sans doute ne sont pas tenus de rester dans l'indivision; mais il ne résulte pas de là que le juge puisse les autoriser à en sortir autrement que par la voie du partage ou de la licitation.

¹²¹ La disposition de l'art. 1408 est en effet fondée sur l'état de dépendance où se trouve la femme; et elle est par cela même applicable à tous les régimes matrimoniaux. Tessier, I, p. 279, note 472. Delvincourt, III, p. 109 et 110. Toullier, XIV, 218 et 219. Duranton, XV, 363. Taulier, V, p. 237. Sériziat, n° 170. Rodière et Pont, II, 643. Babinet, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 709 et 710. Troplong, IV, 3482. Riom, 10 décembre 1836, Sir., 36, 2, 186. Riom, 20 mai 1839, Sir., 39, 2, 513. Riom, 29 mai 1843, Sir., 44, 2, 243. Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91. Voy. en sens contraire: Bellot des Minières, IV, p. 143; Odier, III, 1309. — Cpr. sur la question de savoir si l'art. 1408 s'applique aux immeubles paraphernaux, § 541, texte et note 11.

¹²² Cpr. § 507, texte n° 3 et notes 90 à 100.

¹²³ Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91.

ployée à son profit ¹²⁴. L'adjudicataire peut donc refuser le paiement de cette portion du prix, tant qu'il ne lui est pas justifié d'un emploi régulier ¹²⁵. S'il l'avait acquittée sans exiger de emploi, il pourrait être contraint à la payer une seconde fois; mais la femme ou ses héritiers ne seraient pas admis à demander pour ce motif la nullité de la licitation ¹²⁶.

5) Le juge peut permettre au mari ¹²⁷ d'échanger un immeuble dotal, mais seulement sous les trois conditions suivantes, savoir : que la valeur de l'immeuble offert en échange soit des quatre cinquièmes au moins de celle de l'immeuble dotal; que l'utilité de l'échange soit justifiée; et, enfin, que la femme y donne son consentement. L'existence des deux premières conditions doit être établie au moyen d'une vérification faite par des experts nommés d'office. Art. 1559, al. 1.

L'immeuble reçu en contre-échange devient de plein droit dotal, soit pour le tout, soit jusqu'à concurrence seulement de la valeur de l'immeuble donné en échange, suivant les distinctions indiquées au § 534 ¹²⁸. La soulte qui peut être due à la femme est également dotale, et il doit en être fait emploi conformément à ce qui a été dit ci-dessus ¹²⁹.

6° Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux n'empêche pas qu'un jugement qui a reconnu à un tiers la propriété d'un immeuble constitué en dot, ou qui a mal à propos méconnu la dotalité d'un pareil immeuble, n'acquière, pendant le mariage, l'autorité de la chose jugée ¹³⁰.

Il ne forme pas non plus obstacle à l'expropriation d'un pareil immeuble, pour cause d'utilité publique ¹³¹.

¹²⁴ Cpr. Req. rej., 10 mars 1856, Sir., 56, 1, 657.

¹²⁵ Rouen, 24 avril 1828, Sir., 28, 2, 190. Voy. aussi les autorités citées à la note 113 *supra*.

¹²⁶ Cpr. texte et note 114 *supra*.

¹²⁷ M. Taulier (V, p. 327) enseigne qu'au refus du mari, la justice pourrait permettre à la femme de conclure l'échange en réservant l'usufruit de ce dernier. Mais cette opinion nous paraît en opposition avec les principes sur l'administration de la dot, et avec l'art. 1559 qui suppose évidemment que l'échange est proposé par le mari. Rodière et Pont, II, 529. Odier, III, 1317.

¹²⁸ Cpr. § 534, texte n° 4 et note 33; texte n° 5 et notes 40 à 42.

¹²⁹ Cpr. texte, notes 113, 114, 125 et 126 *supra*.

¹³⁰ Req. rej., 26 novembre 1822, Sir., 49, 1, 641, à la note. Cpr. Crenoble, 19 novembre 1831, Sir., 32, 2, 557; Riom, 4 février 1843, Sir., 43, 2, 186. Voy. aussi § 535, texte et note 10.

¹³¹ L. du 3 mai 1841, art. 25. Cpr. § 534, texte n° 4; § 535, texte et note 14.

Enfin, ce principe ne s'oppose pas davantage à ce que les époux procèdent à l'amiable au partage en nature d'une succession indivise entre la femme et des tiers, et comprise pour sa part dans la constitution de dot¹³², sauf à se conformer à la disposition de l'al. 6 de l'art. 1558, dans le cas où il s'agirait de liciter des immeubles dépendant de la succession¹³³.

§ 537 bis.

La dot mobilière est-elle inaliénable? Dans quel sens ou dans quelle mesure la jurisprudence a-t-elle admis cette inaliénabilité?

En Droit romain, le mari avait, comme *dominus dotis*, le droit d'aliéner les meubles dotaux; et la femme n'était pas autorisée à les revendiquer contre les tiers à l'époque où devait se faire la restitution de la dot. D'un autre côté, la femme pouvait renoncer à son hypothèque légale; et la novelle 61 ne restreignit cette faculté, dont elle avait joui jusqu'alors d'une manière illimitée, que relativement à l'hypothèque qui lui compétait sur les biens compris dans une donation anténuptiale. Enfin, il n'existait en Droit romain aucune disposition qui frappa spécialement d'inefficacité, quant aux biens dotaux, les engagements contractés par la femme durant le mariage.

¹³² Troplong, IV, 3112. Bordeaux, 11 février 1836, Sir., 36, 2, 223. Req. rej., 29 janvier 1838, Sir., 38, 1, 751. Rouen, 4 décembre 1838, Sir., 39, 2, 191. Caen, 9 mars 1839, Sir., 39, 2, 351. Rouen, 23 juin 1843, Sir., 43, 2, 486. Grenoble, 18 janvier 1849, Sir., 52, 2, 395. Bordeaux, 29 avril 1856, Sir., 57, 2, 54. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 412, note 626 *in fine*; Lacoste et Raffet, *Consultation*, Sir., 36, 2, 324, à la note; Sériziat, n° 169; Rodière et Pont, II, 569. Voy. aussi Duranton, VII, 127, et XV, 506; Marcadé, sur l'art. 1549, n° 3 *in fine*, et sur l'art. 1558, n° 5. Ces deux auteurs, tout en reconnaissant que le partage peut avoir lieu à l'amiable quand il s'agit d'immeubles déterminés, se prononcent en sens contraire pour le cas où il est question du partage d'une succession. La solution que nous avons cru devoir adopter ne se fonde pas précisément sur la disposition de l'art. 883, mais sur cette idée que, lorsque la constitution de dot porte sur des droits héréditaires présents ou futurs, le caractère dotal ne s'attachera réellement et définitivement qu'aux objets échus au lot de la femme, et qu'ainsi le partage ne peut donner lieu à l'application du principe posé par l'art. 1554. Cpr. § 534, note 39. D'ailleurs l'art. 1558, al. 6, qui n'exige l'intervention de la justice que pour la licitation, conduit à reconnaître que dans la pensée du législateur le partage en nature peut se faire à l'amiable.

¹³³ Bordeaux, 11 février 1836, Sir., 36, 2, 323. Cpr. Troplong, IV, 3113.

Les conséquences de ce système législatif n'étaient atténuées que par l'hypothèque légale et privilégiée accordée à la femme, et par le sénatus-consulte velléen qui la protégeait contre les engagements contractés par voie d'intercession dans l'intérêt de son mari.

Cependant certains commentateurs avaient admis, par une interprétation erronée de la loi 30 au Code, *de jure dotium* (5, 12), que la femme était en droit de revendiquer contre les tiers les meubles dotaux aliénés par le mari, soit d'une manière absolue, soit du moins dans le cas où il se trouvait insolvable à l'époque où devait se faire la restitution de la dot¹; et, d'un autre côté, ils avaient, pour le même cas d'insolvabilité, étendu à tous les biens du mari les restrictions apportées par la novelle 61 à la faculté pour la femme de renoncer à son hypothèque légale².

En s'attachant à l'esprit de ces doctrines qui tendaient à entourer la dot mobilière de garanties plus efficaces, les parlements, tout en refusant à la femme, par application de la règle *Mobilia non habent sequelam*, le droit de revendiquer les meubles dotaux aliénés par son mari, proclamèrent le double principe que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale, et que les engagements par elle contractés durant le mariage n'étaient pas susceptibles d'être exécutés sur ses meubles dotaux³.

Le Code Napoléon n'ayant posé que quant aux immeubles dotaux le principe de l'inaliénabilité, on devait rigoureusement en conclure que la dot mobilière est à tous égards aliénable⁴. Mais la

¹ Voy. entre autres : Perezius, *Prælectiones in Cod.*, liv. V, tit. XXIII, n° 6. Despeisses, part. I, tit. XV, *De la dot*, sect. III, n° 29. Cette interprétation a été adoptée par M. Tessier (*Questions sur la dot*, n° 85) Cpr. sur le véritable sens de cette loi, qui ne s'occupe que du conflit entre les droits de la femme et ceux des créanciers hypothécaires du mari : Cujas, *ad tit. C. de jur. dot.* (5, 12).

² Voy. Brunemann, sur la loi 11, *C. ad sen. cons. vell.* (4, 29); Faber, *C.* liv. IV, tit. XXI, def. 26, liv. VIII, tit. XV, def. 3.

³ Voy. à cet égard le résumé de la jurisprudence des Parlements, présenté par M. Odier (III, 1234) et par M. Tessier (*op. cit.*, nos 91 à 99).

⁴ Voy. en ce sens : Toullier, XIV, 76 et suiv.; Duranton, XV, 542 et suiv.; Vazeille, *Du mariage*, II, 330; Coulon, *Quest. de droit*, II, p. 206; Sériziat, p. 145 et suiv.; Odier, III, 1239; Troplong, *Des hypothèques*, III, 923, et *Du contrat de mariage*, IV, 3225 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 1554, nos 2 et 3, et *Revue critique*, 1851, I, p. 602 et 622, 1852, II, p. 206 et 458, 1853, III, p. 212; Zachariæ, § 537, texte, notes 52 et 53. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 112; Benoît, I, 206; Bellot des Minières, IV, p. 88; Grenier, *Des hypothèques*, I, 34; Tessier, *De la dot*, I, p. 288 et suiv., et *Questions sur la dot*, nos 106 et suiv.; Taulier, V, p. 278 et suiv.; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Régime dotal, n° 101; Rodière et Pont, II, 494 à 498; Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 655.

jurisprudence entra dans une voie différente. Partant de l'idée que l'intention des rédacteurs du Code avait été de maintenir le régime dotal tel qu'il était pratiqué aux pays où il formait autrefois le Droit commun, les tribunaux ont fait revivre les principes consacrés par les parlements⁵. Le système auquel ils se sont arrêtés après d'assez longues fluctuations⁶, se résume dans ces deux propositions :

Le mari a le droit de disposer des meubles dotaux.

Mais la femme ne peut, par aucun acte, ni compromettre le droit de réclamer, lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, la restitution intégrale de la dot, ni renoncer à l'hypothèque légale destinée à assurer cette restitution, ni enfin faire servir par une voie quelconque sa dot mobilière au paiement des obligations qu'elle aurait contractées durant le mariage.

Le droit de disposition dont jouit le mari s'applique, non-seulement aux meubles corporels dont il est devenu propriétaire, mais encore à ceux dont la femme a conservé la propriété. Il s'étend également aux créances dotales, peu importe qu'elles soient actuellement exigibles ou qu'elles ne le soient point encore⁷. Il en

⁵ Le point de départ de cette jurisprudence est contestable en lui-même, puisque les travaux préparatoires du Code ne fournissent à cet égard aucune induction précise, et que, d'un autre côté, le chap. III du titre *Du contrat de mariage* contient un système complet de législation sur le régime dotal. Il faut d'ailleurs ne pas perdre de vue que les prohibitions d'aliéner ou de renoncer sont de droit étroit, et ne sauraient être admises que sur le fondement de textes positifs, textes qui font complètement défaut en ce qui concerne la dot mobilière. Toutefois, nous devons reconnaître que le régime dotal, avec l'inaliénabilité restreinte aux seuls immeubles, resterait incomplet et n'atteindrait qu'imparfaitement le but en vue duquel il a été établi. Cette considération, dont il est impossible de contester la justesse en présence de l'accroissement considérable de la fortune mobilière, et surtout à raison de l'abrogation du sénatus-consulte velleien, ne justifie pas sans doute les décisions de la jurisprudence au point de vue de l'interprétation rigoureuse de la loi; mais elle les explique du moins sous le rapport des exigences pratiques.

⁶ Voy. le tableau de la jurisprudence jusqu'en 1837, présenté par Devilleneuve (Sir., 37, 1, 97, à la note). Depuis lors il n'a été rendu qu'un seul arrêt dans le sens de l'aliénabilité absolue de la dot mobilière (Lyon, 16 juillet 1840, Sir., 41, 2, 241). Les autres monuments de la jurisprudence, postérieurs à cette époque, ont admis d'une manière plus ou moins formelle le système résumé au texte. Voy. les arrêts cités aux notes suivantes.

⁷ Agen, 30 novembre 1843, Sir., 44, 2, 458. Civ. rej., 12 août 1846, Sir., 46, 1, 602. Grenoble, 13 juillet 1848, Sir., 48, 2, 753. Civ. rej., 29 août 1848, Sir., 48, 1, 721. Paris, 18 décembre 1849, Caen, 13 juillet 1848, et Bordeaux, 26 mai 1849, Sir., 50, 2, 97 à 103. Bordeaux, 18 février 1850, Sir., 50, 2, 339. Civ.

résulte que la femme n'est pas admise, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, à revendiquer les meubles dotaux corporels aliénés par son mari, ni à demander la nullité des cessions des créances dotales par lui consenties. Toutefois, si les ventes ou cessions avaient été passées d'une manière frauduleuse, et que les tiers se fussent rendus complices de la fraude du mari, la femme pourrait demander la révocation de ces actes, au cas où il en résulterait pour elle un préjudice quelconque, par suite notamment de l'insolvabilité de son mari⁸.

Du reste, il ne faut pas perdre de vue que le mari ne jouit qu'en qualité d'administrateur de la dot, du droit de disposer de ceux des meubles dotaux dont la propriété ne lui a pas été transmise. Nous nous bornerons à renvoyer au § 536 pour l'explication des droits qui restent à la femme comme propriétaire de ces meubles.

L'impossibilité légale où se trouve la femme de faire aucun acte de nature à préjudicier à ses droits en ce qui concerne sa dot mobilière, conduit entre autres aux conséquences suivantes :

a. La femme ne peut, avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, céder ses reprises dotales. Elle ne peut pas davantage, avant l'une ou l'autre de ces époques, recevoir de la part des tiers, débiteurs personnels ou hypothécaires, le remboursement de ses créances dotales. Les paiements faits au mépris de ces prohibitions ne sont pas libératoires⁹.

b. La femme ne peut ni subroger à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales, ni y renoncer, ni même céder la priorité de son rang hypothécaire¹⁰, et par suite elle ne saurait

cass., 26 août 1851, et Req. rej., 1^{er} décembre 1851, Sir., 51, 1, 805 et 808. Req. rej., 18 février 1851, Sir., 53, 1, 729. Paris, 14 janvier 1854, Sir., 54, 2, 90. Voy. en sens contraire : Tessier, *De la dot*, I, p. 330, et *Questions sur la dot*, nos 68 à 78. — Cpr. aussi quant au pouvoir de transiger : Nîmes, 31 décembre 1856, Sir., 57, 2, 437.

⁸ Cpr. Civ. rej., 26 mars 1855, Sir., 55, 1, 481.

⁹ Civ. cass., 23 août 1854, Sir., 55, 1, 404. Civ. cass., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 349. Cpr. Paris, 13 février 1845, Sir., 46, 2, 175.

¹⁰ Req. rej., 28 juin 1810, Sir., 10, 1, 341. Paris, 10 août 1831, Sir., 31, 2, 289. Req. rej., 26 mai 1836, Sir., 36, 1, 775. Poitiers, 15 décembre 1836, Sir., 37, 2, 49. Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., 37, 1, 97. Paris, 11 décembre 1844, Sir., 42, 2, 64. Voy. dans le même sens les motifs des arrêts cités à la note 7 *supra*. — Quoique partisan du système de l'aliénabilité de la dot mobilière, M. Troplong reconnaît cependant (IV, 3265) que la femme ne peut valablement renoncer à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales ; il cherche à expliquer cette concession en disant que cette hypothèque constitue un droit immobilier, dont l'aliénation tombe sous la prohibition de l'art. 1554. Mais cette

valablement acquiescer à un jugement prononçant la radiation d'une inscription prise pour la conservation de ses droits dotaux¹¹.

c. La femme ne peut ni transiger ni compromettre sur ses droits dotaux mobiliers.

Les autres conséquences de l'inaliénabilité relative de la dot mobilière seront exposées aux §§ 538 et 539, où il sera traité des dettes de la femme mariée sous le régime dotal, et des effets qu'entraîne sous ce régime la séparation de biens.

Les exceptions auxquelles se trouve soumis, en vertu des art. 1555 à 1559, le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, s'appliquent également à la dot mobilière.

La clause qui permet à la femme d'aliéner ses biens dotaux emporte pour elle la faculté d'aliéner ses meubles comme ses immeubles, et par conséquent aussi, du moins en général, celle de renoncer ou de subroger à son hypothèque légale¹². Mais la clause qui permettrait seulement l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles dotaux, n'autoriserait pas la femme à renoncer à son hypothèque légale¹³.

L'inaliénabilité relative de la dot mobilière ne forme point obstacle à la prescriptibilité pendant le mariage des créances dotales¹⁴. Elle n'empêche pas que ces créances ne soient soumises à la dé-

explication n'est pas satisfaisante. L'hypothèque, en effet, n'a pas d'existence propre, et ne forme que l'accessoire de la créance à laquelle elle est attachée. Il est évident que si la femme pouvait céder ses reprises dotales, elle pourrait aussi subroger à l'hypothèque légale destinée à les garantir, de même que le mari, autorisé à céder les créances dotales, est incontestablement en droit de céder aussi les hypothèques qui en sont les accessoires. On est ainsi forcé de reconnaître que si la femme ne peut ni subroger ni renoncer à l'hypothèque légale qui lui est accordée pour assurer la restitution de ses reprises dotales, ce n'est là qu'une conséquence de l'impossibilité où elle se trouve de céder ses reprises elles-mêmes, c'est-à-dire de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

¹¹ Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

¹² Berthault, *De la subrogation à l'hypothèque légale*, n° 39. Req. rej., 1^{er} juin 1853, Sir., 53, 1, 730. Bordeaux, 16 août 1853, Sir., 54, 2, 263. Voy. cep. Riom, 22 décembre 1846, Sir., 47, 2, 195; Civ. rej., 16 décembre 1856, Sir., 57, 1, 582.

¹³ Taulier, V, p. 295 et 296. Rodière et Pont, II, n° 503, p. 384. Tessier, *Questions*, nos 118 et 119. Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., 37, 1, 97. Amiens, 19 avril 1837, Sir., 37, 2, 397. Cpr. aussi Poitiers, 15 décembre 1836, Sir., 37, 2, 49. Voy. en sens contraire : Lyon, 3 juin 1829, Sir., 29, 2, 301; Lyon, 16 mai 1832, Sir., 33, 2, 625; Lyon, 2 août 1845, Sir., 46, 2, 361. Cpr. aussi : Sériziat, n° 141; Troplong, IV, 3251.

¹⁴ Troplong, IV, 3233. Tessier, *Questions*, n° 136. Grenoble, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 417. Voy. cep. Taulier, V, p. 345; Rodière et Pont, II, 606.

chéance établie au profit de l'État par l'art. 9 de la loi du 29 janvier 1831¹⁵, et que les intérêts n'en soient prescriptibles par cinq ans, conformément à l'art. 2277¹⁶.

A plus forte raison cette inaliénabilité ne s'oppose-t-elle pas à ce que les jugements rendus au sujet de droits dotaux mobiliers n'acquiescent durant le mariage l'autorité de la chose jugée¹⁷.

§ 538.

Des dettes de la femme mariée sous le régime dotal, en ce qui concerne le droit de poursuite de ses créanciers sur les biens dotaux¹.

Le principe posé par l'art. 2092 reçoit, sous le régime dotal, d'importantes modifications, tant à raison de l'inaliénabilité des biens dotaux, que par suite du droit de jouissance qui compète au mari sur ces biens, et de la destination spéciale à laquelle leurs revenus sont affectés. Ces modifications sont plus ou moins profondes, suivant qu'il s'agit des dettes de la femme antérieures au mariage, ou de celles qu'elle a contractées durant le mariage.

¹⁵ Décret en Conseil d'état du 19 mai 1853, Sir., 54, 2, 157.

¹⁶ Limoges, 26 janvier 1828, Sir., 29, 2, 31. Bordeaux, 8 février 1828, Sir., 28, 2, 116. Agen, 18 novembre 1830, Sir., 32, 2, 57. Toulouse, 12 août 1834, Sir., 35, 2, 207. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102.

¹⁷ Cette proposition s'applique notamment aux règlements d'ordres judiciaires auxquels la femme a concouru. Riom, 4 février 1843, Sir., 43, 2, 186. Req. rej., 15 mai 1849, Sir., 49, 2, 641. Civ. cass., 18 janvier 1853, Sir., 53, 1, 5. Limoges, 4 mars 1858, Sir., 58, 2, 314 et 316. Cpr. aussi les arrêts cités à la note 130 du § 537.

¹ Nous nous sommes déjà occupés au § 535, texte n° 2, notes 30 à 32, de la question de savoir si les créanciers du mari sont ou non admis à saisir les revenus des biens dotaux. Nous avons également traité au § 536, texte et notes 3 à 6, des mesures qui peuvent être prises par les époux dans le cas où ces biens eux-mêmes seraient indûment frappés de saisie par les créanciers du mari. Au présent paragraphe, il ne doit plus être question que du droit de poursuite des créanciers de la femme. Encore n'aurons nous à l'envisager que par rapport aux biens dotaux, et quant aux dettes contractées avant séparation de biens. Ce sera au § 539 que nous examinerons quels peuvent être les droits des créanciers de la femme, à raison des dettes par elle contractées après séparation de biens, et au § 541 que nous traiterons plus spécialement du droit de poursuite sur les biens paraphernaux.

1^o Des dettes de la femme antérieures au mariage.

Les dettes de la femme antérieures au mariage peuvent être poursuivies sur les biens qu'elle s'est constitués en dot², pourvu que ces dettes aient acquis date certaine avant le contrat de mariage³. Toutefois, dans cette hypothèse même, elles ne sont susceptibles de l'être, tant que le mari conserve la jouissance des biens dotaux, que sur la nue propriété de ces biens⁴, à moins qu'elles

² La constitution de dot, qui ne fait pas sortir du patrimoine de la femme les biens qu'elle se constitue, ne saurait les soustraire au droit de gage auquel ils se trouvent soumis, en vertu de l'art. 2092, au profit de ses créanciers antérieurs. L'inaliénabilité dont ces biens sont frappés pour l'avenir ne peut avoir d'effet rétroactif. C'est bien à ce point de vue que s'est placé le législateur, en permettant dans l'art. 1558 l'aliénation des biens dotaux, pour les dettes de la femme qui ont acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage. Ces motifs doivent conduire à reconnaître que l'application du principe posé au texte est indépendante tant de la nature, hypothécaire ou simplement chirographaire, de la dette, que de la généralité ou de la spécialité de la constitution de dot, circonstances qui ne peuvent avoir d'influence que sur l'étendue du droit de poursuite à l'égard du mari, mais non sur ce droit en lui-même. Cpr. texte et note 4 *infra*. Telle n'est cependant pas l'opinion de Marcadé, qui enseigne (sur l'art. 1558, n° 3) que les dettes simplement chirographaires ne peuvent être poursuivies, même pour la nue propriété, sur les immeubles qui ont été constitués en dot d'une manière spéciale. C'est là, à notre avis, une grave erreur, dans laquelle cet auteur est tombé pour avoir faussement assimilé la constitution de dot à une aliénation. Voy. dans le sens de notre opinion : Troplong, IV, 3461 ; Marinier, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 282 et suiv.

³ Ainsi les dettes contractées par la femme dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, n'affectent pas les biens dotaux. C'est ce qui résulte implicitement de l'al. 4 de l'art. 1558. Voy. aussi art. 1404. Toullier, XIV, 208. Tessier, I, note 638. Duranton, XV, 514. Sériziat, n° 167. Taulier, V, p. 315. Odier, III, 1292. Rodière et Pont, II, 517. Troplong, IV, 3468. Marinier, *op. et loc. cit.* Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 69. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 409 et 410.

⁴ Delvincourt, III, p. 108 et 109. Tessier, I, notes 639 à 642. Duranton, XV, 512. Odier, III, 1294. Rodière et Pont, II, 518. Troplong, IV, 3461 et 3462. Marinier, *op. cit.*, p. 289, 292 et 293. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 207 ; Sériziat, n° 167 ; Taulier, V, p. 312 ; Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 11. A l'appui de cette dernière opinion, on prétend que le mari n'étant autorisé à percevoir les fruits des biens dotaux que pour les faire servir aux charges du mariage, ce droit, qui ne lui appartient qu'en qualité d'administrateur de la dot, ne constitue pas dans ses mains une jouissance distincte de la propriété et susceptible de survivre à l'aliénation du fonds. Mais cette argumentation n'est rien moins qu'exacte. C'est, en effet, comme chef de l'association conjugale, c'est-à-dire en une qualité qui lui est propre, et non comme simple mandataire légal de la femme que le mari est autorisé à jouir des biens dotaux ; et

ne soient hypothécaires, ou que la constitution de dot ne comprenne tous les biens présents⁵.

Les créanciers peuvent exercer le droit de poursuite qui leur compète, suivant les formes ordinaires, sans avoir besoin d'une permission préalable de la justice⁶, et sans être obligés, en cas de saisie immobilière, de faire au mari la sommation prescrite par l'art. 2169⁷.

A la différence des biens que la femme s'est elle-même constitués en dot, ceux qui lui ont été donnés en contrat de mariage par ses parents ou par des étrangers, ne peuvent former l'objet d'aucune poursuite de la part de ses créanciers antérieurs au contrat de mariage⁸.

Les dettes qui n'ont point acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage, sont censées avoir été contractées pendant le mariage, et se trouvent soumises, en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers, aux règles qui vont être développées

c'est en son nom personnel qu'il est appelé à profiter éventuellement de l'excédant des revenus de ces biens sur les besoins du ménage. D'un autre côté, le droit de jouissance du mari affecte directement les biens dotaux, et doit par cela même être considéré comme un véritable droit réel, opposable aux simples créanciers chirographaires. Enfin les art. 1550, 1555 et 1562 prouvent jusqu'à l'évidence que le législateur a considéré la jouissance du mari comme un droit assimilable, du moins dans une certaine mesure, à l'usufruit proprement dit. — Il est, du reste, bien entendu que si la constitution de dot avait eu lieu d'une manière frauduleuse de la part de la femme, et que le mari eût été complice de la fraude, les créanciers, même simplement chirographaires, pourraient poursuivre sur la pleine propriété des biens dotaux le paiement de leurs créances. Voy. les auteurs cités en tête de la note.

⁵ Ces deux exceptions, qui se justifient par la nature du droit hypothécaire, et par la maxime *Bona non sunt, nisi deducto ære alieno*, sont généralement admises. Bordeaux, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 679.

⁶ *Non obstat* art. 1558, al. 1 et 4. Cet article ne s'applique qu'au cas où les époux eux-mêmes veulent aliéner les biens dotaux, pour payer les dettes de la femme et éviter ainsi les poursuites de ses créanciers. Duranton, XV, 512. Odier, III, 1294. Taulier, V, p. 315. Troplong, IV, 3462. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 41. Bordeaux, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 679. Cpr. Req. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 94.

⁷ Troplong, IV, 3463. Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 41.

⁸ Ces biens ne sont entrés dans le patrimoine de la femme que frappés d'inaliénabilité, et ne peuvent par conséquent devenir le gage de ses créanciers antérieurs. Toullier, XIV, 209 et 344. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 425 ; Duranton, XV, 513 ; Bordeaux, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 679. — Quant à la question de savoir si les créanciers du tiers qui a constitué la dot, peuvent ou non agir sur les biens qu'il a donnés à la femme, elle se décide d'après les principes du Droit commun.

sous le n° 2. C'est ainsi que le paiement ne peut en être poursuivi sur les biens dotaux, même après la dissolution du mariage⁹.

2° *Des dettes contractées par la femme durant le mariage.*

Les dettes contractées par la femme durant le mariage n'affectent, en général, ni le fonds ni les revenus des immeubles dotaux¹⁰. Il en est ainsi, encore que le contrat de mariage ait permis l'aliénation ou même l'hypothèque de ces immeubles, sauf dans ce dernier cas l'effet des hypothèques valablement consenties par la femme¹¹.

Le paiement de pareilles dettes ne peut, même après la dissolution du mariage, être poursuivi sur les immeubles dotaux¹², ni

⁹ La disposition de l'art. 1558, qui n'autorise l'aliénation des biens dotaux pour l'acquittement des dettes de la femme qu'autant que ces dettes ont acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage, ne peut s'expliquer que par la présomption *juris et de jure*, que les dettes qui ne se trouvent pas dans cette condition ont été contractées postérieurement à la passation de ce contrat. Et comme il n'existe aucune raison pour attacher à la dissolution du mariage l'effet de faire cesser cette présomption, il en résulte que les dettes qui n'ont pas acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage, sont tout aussi peu susceptibles d'être poursuivies sur les biens dotaux après qu'avant cette dissolution. Duranton, XV, 511. Taulier, V, p. 313. Marinier, *op. cit.*, p. 290 à 292. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 490.

¹⁰ Arg. art. 1554. Cpr. § 537, texte n° 2. Si les engagements contractés par la femme durant le mariage pouvaient, en ce qui la concerne elle ou ses héritiers, affecter les revenus des immeubles dotaux, le but essentiel du régime dotal ne serait atteint que fort incomplètement. Aussi reconnaît-on généralement le principe posé au texte, et la controverse ne s'est élevée que sur le point de savoir si, après séparation de biens ou dissolution du mariage par la mort du mari, les créanciers de la femme ne peuvent pas du moins saisir la portion de revenus excédant les besoins du ménage. Cpr. texte et note 15 *infra*.

¹¹ Cpr. sur ce point : § 537, texte n° 4 et notes 55 à 58.

¹² Si les immeubles dotaux deviennent aliénables après la dissolution du mariage, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'ils se trouvent dès lors affectés au paiement des dettes contractées par la femme durant le mariage. Cette conclusion ne tendrait à rien moins qu'à valider l'aliénation indirecte consentie à une époque où l'aliénation directe se trouvait formellement prohibée, et à renverser ainsi toute l'économie du régime dotal. Bellot des Minières, IV, p. 94 et suiv. Benoît, II, 250. Tessier, I, p. 62. Sériziat, n° 142. Duranton, XV, 531. Odier, III, 1248. Rodière et Pont, II, 490. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 7. Riom, 2 février 1810, Sir., 14, 2, 99. Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289. Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181. Voy. encore dans ce sens les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 111; Toullier, XIV, 333, 334 et 346; Troplong, IV, 3312.

contre la femme elle-même, ni contre ses héritiers¹³. Il ne pourrait pas même l'être sur le prix des immeubles dotaux, librement aliénés par la femme devenue veuve ou par ses héritiers¹⁴.

Les revenus des immeubles dotaux ne peuvent, pas plus que la propriété de ces immeubles, être saisis après séparation de biens ou dissolution du mariage, sur la femme ou sur ses héritiers, pour le paiement des dettes contractées par celle-ci avant séparation de biens¹⁵. Toutefois, si la femme s'était réservé la faculté de tou-

¹³ On a voulu soutenir que, quand même on reconnaîtrait à la femme la faculté de soustraire ses immeubles dotaux aux engagements par elle contractés durant le mariage, ses héritiers ne devaient cependant pas jouir du même avantage. Voy. en ce sens : Paris, 13 mars 1821, Sir., 22, 2, 342; Paris, 6 décembre 1825, Sir., 27, 1, 379; Toulouse, 29 novembre 1834, Sir., 35, 2, 462; Caen, 10 janvier 1842, Sir., 42, 2, 209. Voy. aussi Troplong, IV, 3313. Mais c'est avec raison que cette opinion a été rejetée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, puisque l'inaliénabilité des immeubles dotaux est, ainsi que le prouve l'art. 1560, tout aussi bien établie dans l'intérêt des héritiers de la femme que dans celui de cette dernière. Benoît, Sériziat et Marcadé, *loc. cit.* Paris, 19 mars 1823, Sir., 25, 2, 323. Caen, 8 décembre 1828, Sir., 31, 2, 340. Paris, 12 juin 1833, Sir., 33, 2, 372. Caen, 24 décembre 1839, Sir., 40, 2, 132. Civ. cass., 16 décembre 1846, Sir., 47, 1, 194. Civ. cass., 30 août 1847, Sir., 47, 1, 740. Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289. Paris, 16 janvier 1858, Sir., 58, 2, 502.

¹⁴ On ne comprendrait pas que des engagements non susceptibles d'être exécutés sur l'immeuble dotal lui-même, pussent cependant l'être sur le prix de cet immeuble, prix qui, au point de vue de l'effet de ces engagements, représente évidemment l'immeuble. Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181. — Voy. pour le cas où l'immeuble dotal a été aliéné par un légataire universel : Paris, 9 juin 1856, Sir., 56, 2, 330.

¹⁵ Il est généralement reconnu que les revenus des immeubles dotaux ne peuvent pas, même après séparation de biens ou dissolution du mariage, être saisis en totalité pour le paiement des dettes contractées par la femme avant séparation de biens. Toulouse, 15 janvier 1824, Sir., 24, 2, 241. Civ. cass., 26 août 1828, Sir., 29, 1, 30. Req. rej., 11 janvier 1831, Sir., 31, 1, 3. Req. rej., 8 mars 1832, Sir., 32, 1, 333. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., 36, 1, 913. Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166. Rouen, 29 avril 1845, Sir., 47, 2, 164. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Mais une vive controverse s'est élevée sur la question de savoir si ces revenus ne sont pas du moins susceptibles d'être saisis, dans les circonstances et pour les causes indiquées au texte, jusqu'à concurrence de la portion excédant les besoins du ménage. Voy. pour la négative : Rodière et Pont, II, 488; Agen, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 557; Caen, 26 mars et 22 décembre 1845, Paris, 28 août 1846, Lyon, 17 décembre 1846, Sir., 47, 2, 161 à 164; Civ. cass., 4 novembre 1846, Sir., 47, 1, 201; Req. rej., 12 août 1847, Sir., 48, 1, 56; Caen, 19 décembre 1847, Sir., 48, 2, 592; Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181; Civ. cass., 28 juin 1859, Sir., 59, 1, 666. Voy. pour l'affirmative : Troplong, IV, 3302 à 3309; Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4; Tessier, *Questions sur la dot*, n° 145; Rouen, 6 mai 1828, Sir., 29, 2, 46; Paris, 14 février 1832,

cher sur ses seules quittances une partie de ses revenus dotaux, cette partie serait saisissable, même durant le mariage, dans la mesure de ce qui ne serait pas indispensable aux besoins du ménage ¹⁶.

Il n'y a pas à distinguer, pour l'application de ces différentes propositions, entre les dettes contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari, et celles qu'elle a contractées seule avec la simple autorisation de ce dernier. Il est seulement à remarquer qu'à la différence des dettes auxquelles le mari se trouve personnellement obligé, celles qu'il a simplement autorisées ne sont pas durant sa jouissance susceptibles d'être poursuivies sur la portion des revenus excédant les besoins de la famille, à moins cependant qu'il ne s'agisse de dettes qui aient tourné au profit du mari ou du ménage ¹⁷.

Si les immeubles dotaux avaient été saisis sur la femme pour des dettes par elle contractées durant le mariage, elle serait en droit, quoique non séparée de biens, d'opposer la nullité de la saisie; et elle devrait le faire, sous peine de déchéance de toute action ultérieure en revendication contre les tiers adjudicataires de ces im-

Sir., 32, 2, 296; Bordeaux, 21 août 1835, Sir., 36, 2, 49; Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289; Paris, 15 juillet 1856, Sir., 57, 2, 433. On dit à l'appui de cette dernière opinion que l'excédant des revenus sur les besoins du ménage, disponible entre les mains du mari tant qu'il conserve la jouissance de ces revenus, devient également disponible entre celles de la femme après séparation de biens ou dissolution du mariage, et que dès lors rien ne s'oppose à ce que cette dernière puisse, même durant le mariage et avant séparation de biens, engager cet excédant. Cette argumentation, toute spécieuse qu'elle soit au point de vue du Droit commun, porte à faux à notre avis, en ce qu'elle ne tient aucun compte des règles spéciales du régime dotal, dont l'objet essentiel est de faire retrouver à la femme sa dot franche et libre de tous engagements antérieurs, au moment de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage. L'argumentation que nous combattons conduirait d'ailleurs à cette conséquence, qu'au cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, l'intégralité des revenus deviendrait, par suite de la cessation du ménage, saisissable entre les mains de ses héritiers. Or, une telle conséquence est évidemment inadmissible. Cpr. § 539, texte et note 17.

¹⁶ Bordeaux, 10 avril 1847, Sir., 47, 2, 166. Civ. rej., 13 janvier 1851, Sir., 51, 1, 109. Req. rej., 17 mars 1856, Sir., 56, 1, 515.

¹⁷ En dehors de ces circonstances, la simple autorisation que le mari a donnée à l'engagement contracté par la femme, ne peut être considérée comme emportant de sa part renonciation au droit de jouissance qui lui compete sur les biens dotaux. On ne saurait appliquer au régime dotal les règles admises en matière de communauté. Cpr. Troplong, IV, 3300; Nîmes, 26 février 1851, Sir., 51, 2, 413.

meubles¹⁸. Mais elle peut encore, même après la vente des biens saisis, et tant que le prix n'en a pas été payé, demander que ce prix lui soit attribué, comme provenant de biens dotaux non affectés à l'exécution des obligations par elle contractées¹⁹. Que si des immeubles pour partie dotaux et pour partie paraphernaux avaient été saisis en totalité, la femme serait autorisée à demander la distraction d'une portion en nature représentative de la partie dotale de ces immeubles²⁰.

Les principes qui viennent d'être exposés s'appliquent, dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, tel qu'il a été développé au § 537 *bis*, au fonds et aux revenus du mobilier dotal. En d'autres termes, les créanciers envers lesquels la femme s'est engagée durant le mariage, ne peuvent, même après sa dissolution, saisir soit le capital soit les intérêts de la dot mobilière, ni même retenir ce capital ou ces intérêts par voie de compensation, ou de toute autre manière²¹.

Il en est ainsi, alors même que par suite d'actes ou d'opérations quelconques, par exemple d'acquisitions faites par la femme pendant le mariage, ou de dations en paiement effectuées, soit par le constituant, soit par le mari lui-même après séparation de biens ou dissolution de mariage, la dot mobilière se trouve représentée, en tout ou en partie, par des créances ou des immeubles non frappés de dotalité. En pareil cas, les créanciers de la femme ne pourraient saisir ces créances ou ces immeubles qu'à charge d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent; et si ces objets venaient à être volontairement aliénés, la femme serait autorisée à prélever sur le prix en provenant, cette partie de sa dot,

¹⁸ La Cour de cassation a dit avec raison que la déchéance prononcée par l'art. 728 du Code de procédure repose sur des motifs d'ordre public, qui repoussent toute distinction tirée de la nature de la nullité dont se trouve entachée la saisie, et devant lesquels doit s'effacer la règle de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Aussi, malgré quelques arrêts contraires, la jurisprudence tend-elle à se prononcer dans ce sens. Amiens, 6 mars 1847, Sir., 50, 2, 136. Caen, 14 mai 1849, Sir., 50, 2, 135. Req. rej., 30 avril 1850, Sir., 50, 1, 497. Lyon, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 774. Caen, 9 décembre 1850, Sir., 51, 2, 54. Toulouse, 14 août 1852, Sir., 53, 2, 153. Riom, 14 décembre 1852, Sir., 53, 2, 247. Limoges, 29 juin 1853, Sir., 53, 2, 646. Voy. en sens contraire : Deville-neuve, *Observations*, Sir., 49, 2, 305 à la note, et 50, 1, 497 à la note; Pau, 16 juin 1849, Sir., 50, 2, 129; Agen, 15 décembre 1851, Sir., 52, 2, 365; Poitiers, 20 juillet 1852, Sir., 52, 2, 619.

¹⁹ Req. rej., 21 janvier 1856, Sir., 56, 1, 329.

²⁰ Rouen, 8 août 1850, Sir., 51, 2, 704.

²¹ Civ. rej., 1^{er} février 1819, Sir., 19, 1, 146. Paris, 26 août 1820, Sir., 20, 2, 84.

au détriment même des créanciers auxquels elle aurait conféré hypothèque durant le mariage ²².

L'application de la règle que les dettes contractées par la femme durant le mariage n'affectent ni le fonds ni les revenus des immeubles ou des meubles dotaux, est, en général, indépendante de l'origine ou de la nature de la dette.

Cette règle s'applique aux obligations naissant de quasi-contrats, aussi bien qu'aux engagements dérivant de contrats ²³. Elle s'applique également aux dommages-intérêts dus à raison de fautes simplement contractuelles, et notamment à la différence de prix que la femme peut, en cas de folle-enchère poursuivie contre elle, être tenue de payer en vertu de l'art. 740 du Code de procédure ²⁴. Elle s'applique, enfin, aux dépens auxquels la femme a été condamnée à la suite de procès engagés avec des tiers, même au sujet de biens dotaux ²⁵.

²² Tessier, p. 248, note 410. Devilleneuve, *Observations*, Sir., 58, 1, 257, à la note. Req. rej., 31 janvier 1842, Sir., 42, 1, 110. Civ. cass., 1^{er} décembre 1857, Sir., 58, 1, 257. Agen, 18 mai 1858, Sir., 58, 2, 373. Civ. cass., 11 mai 1859, Sir., 59, 1, 481. Voy. dans le même sens les arrêts cités à la note 14 du § 539. Voy. en sens contraire : Marcadé sur l'art. 1553, n° 4 ; Troplong, IV, 3189 à 3193. Cpr. aussi : Montpellier, 21 février 1853, Sir., 53, 1, 673.

²³ La femme ne peut évidemment pas plus s'engager sur ses biens dotaux, par un fait constituant un quasi-contrat, qu'elle ne le peut par son consentement à un contrat. Voy. cep. en sens contraire : Taulier, V, p. 276 et 277. D'un autre côté, elle ne saurait se trouver obligée sur ses biens dotaux par le fait d'un tiers, puisqu'il ne s'agit plus ici d'une simple incapacité personnelle, mais d'une impossibilité réelle qui découle de l'inaliénabilité de ces biens. Cette dernière proposition ne serait susceptible de difficulté que dans le cas où la gestion entreprise par un tiers concernerait les biens dotaux. Mais, dans ce cas-là même, il faut s'en tenir au principe que les biens dotaux ne peuvent être engagés pour la conservation de la dot qu'avec l'autorisation préalable de la justice. Art. 1558, al. 4. Cpr. Tessier, I, p. 466 et suiv.; Rodière et Pont, II, 539 et 540; Troplong, IV, 3332; Req. rej., 25 février 1834, Sir., 34, 1, 208. Voy. cep. Sériziat, n° 132.

²⁴ Agen, 17 décembre 1847, Sir., 48, 2, 96. Req. rej., 21 août 1848, Sir., 48, 1, 542.

²⁵ Tessier, p. 541. Troplong, IV, 3327 et 3334. Agen, 26 janvier 1833, Sir., 33, 2, 159. Req. rej., 28 février 1834, Sir., 34, 1, 208. Rouen, 12 mars 1839, Sir., 39, 2, 351. Agen, 6 décembre 1847, Sir., 48, 2, 241. Civ. cass., 19 mars 1849, Sir., 49, 1, 365. Voy. en sens contraire : Benoît, I, 190; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780; Rodière et Pont, II, 541; Duranton, XV, 534. Cette dernière opinion nous paraît devoir être rejetée par les deux considérations suivantes : L'exercice des actions dotales appartenant exclusivement au mari, la présence de la femme dans une instance relative aux biens dotaux serait un fait tout à fait anormal, et qui par cela même ne pourrait produire contre elle aucune conséquence quant à sa dot. D'un autre côté, le fait d'avoir soutenu un

Mais, par exception à la règle ci-dessus posée, les obligations résultant de délits ou de quasi-délits commis par la femme, peuvent être poursuivies durant le mariage sur la nue propriété des biens dotaux. Après la cessation de la jouissance du mari par suite de séparation de biens ou de dissolution du mariage, ils sont même susceptibles de l'être sur la pleine propriété de ces biens ²⁶.

D'un autre côté, l'avoué chargé des intérêts de la femme dans une instance en séparation de biens est, à défaut de paraphernaux, autorisé à poursuivre sur les biens dotaux le paiement des frais de procédure ou d'exécution, ainsi que des honoraires de plaidoiries dont il a fait l'avance ²⁷.

Il est d'ailleurs bien entendu, d'une part, que les dettes contractées par la femme avec autorisation de justice dans l'un des cas prévus par les art. 1555, 1556 et 1558, sont susceptibles d'être poursuivies sur les biens dotaux ²⁸, et, d'autre part, que les dettes

procès dans lequel on succombe ne saurait, de sa nature et en l'absence de toute malveillance ou mauvaise foi, être assimilé à un délit ou à un quasi-délit.

²⁶ L'exception indiquée au texte est fondée sur un intérêt supérieur d'ordre public, devant lequel doit fléchir la règle de l'inaliénabilité de la dot. Aussi était-elle généralement admise dans notre ancien Droit. Après quelques oscillations, la doctrine et la jurisprudence l'ont définitivement consacrée. Bellot des Minières, IV, 93. Benoît, II, 255. Sirey, *Dissertation*, Sir., 25, 2, 162. Toullier, XIV, 347. Duranton XV, 533. Sériziat, n° 132. Rodière et Pont, II, 533. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 172. Troplong, IV, 3297 et 3320 à 3326. Marcadé, sur l'art. 1556, n° 2. Rouen, 12 janvier 1822, Sir., 25, 2, 163. Nîmes, 28 août 1827, Sir., 28, 2, 201. Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 2, 61. Caen, 14 mai et 17 août 1839, Sir., 39, 2, 349, et 40, 2, 12. Riom, 11 février 1845, Sir., 46, 2, 69. Civ. cass. et civ. rej., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 513 et 515. Civ. rej., 7 décembre 1846, Sir., 47, 1, 816. Nîmes, 27 avril 1847, Sir., 47, 2, 639. Agen, 6 décembre 1847, Sir., 48, 2, 241. Req. rej., 23 juillet 1851, Sir., 51, 1, 576. Req. rej., 23 novembre 1852, Sir., 52, 1, 769 et 778. Pau, 3 mars 1853, et Rouen, 31 mai 1853, Sir., 56, 2, 428 et 430. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 454 ; Odier, III, 1251 ; Agen, 25 décembre 1833, Sir., 33, 2, 159 ; Montpellier, 4 février 1842, Sir., 42, 2, 253. Voy. aussi les considérants de la cour de cassation du 25 février 1834, Sir., 34, 1, 208.

²⁷ Rodière et Pont, II, 541. Troplong, IV, 3334. Toulouse, 30 mars 1833, Sir., 33, 2, 384. Riom, 29 avril 1845, Sir., 45, 2, 506. Voy. aussi les arrêts cités à la note 107 du § 537. — La même décision devrait-elle être admise en cas de séparation de corps ? Voy. pour l'affirmative : Nîmes, 5 avril 1838, Sir., 38, 2, 346 ; Riom, 29 avril 1845, Sir., 45, 2, 506. Mais cette solution nous semble fort contestable, puisque la demande en séparation de corps n'a pas, comme la demande en séparation de biens, pour objet principal et direct la conservation de la dot. Cpr. Civ. cass., 11 juillet 1837, Sir., 37, 1, 576.

²⁸ Voy. à cet égard les développements donnés au § 537, texte n° 5.

grevant une succession échue à la femme, peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de tous les biens qui en dépendent, encore qu'elle n'ait accepté cette succession qu'avec la simple autorisation de justice, et qu'elle se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir²⁹. Mais, dans le cas même d'une pareille constitution, la poursuite ne pourrait porter sur d'autres biens que sur ceux qui font partie de l'hérédité³⁰.

Du reste, les dettes qui, contractées durant le mariage, lieraient la femme sous tout autre régime, la lient également sous le régime dotal : elles sont susceptibles d'être poursuivies sur la pleine propriété de ses biens paraphernaux ; et ses héritiers en sont tenus sur leurs biens personnels, lorsqu'ils ont accepté sa succession purement et simplement³¹.

§ 539.

Des effets de la séparation de biens sous le régime dotal.

A la différence de la dissolution du mariage, qui fait cesser pour l'avenir les effets de la dotalité, et qui rend à la femme la libre disposition de ses biens dotaux, la séparation, tout en déplaçant l'administration et la jouissance de ces biens, en laisse subsister l'inaliénabilité, ainsi que la destination à laquelle ils sont affectés.

Pour le développement complet et méthodique de la matière qui forme l'objet de ce paragraphe, il convient d'examiner successivement : quelle est, après séparation, la condition des biens de la femme en eux-mêmes ; quelle est la position personnelle de celle-

²⁹ Le droit de gage qui compète aux créanciers du défunt sur les biens héréditaires, et pour la conservation complète duquel ils sont même autorisés à demander la séparation des patrimoines, ne peut recevoir aucune atteinte du régime matrimonial, quel qu'il soit, sous lequel la femme est mariée. Cpr. § 537, texte n° 5, et note 105.

³⁰ Civ. cass., 3 janvier 1825, Sir., 25, 1, 160. Agen, 26 janvier 1833, Sir., 33, 2, 159. Req. rej., 28 février 1834, Sir., 34, 1, 208. Toulouse, 17 mars 1851, Sir., 51, 2, 411. — Il en serait ainsi dans le cas même où, s'agissant d'une succession mobilière, il n'aurait été dressé aucun inventaire. L'absence d'inventaire, qui d'ailleurs est plutôt imputable au mari qu'à la femme, ne peut être considérée comme constituant un quasi-délit. Sériziat, n° 131. Voy. aussi les trois premiers arrêts cités en tête de la note.

³¹ Benoît, I, 194. Duranton, XV, 511. Civ. cass., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 737. Toulouse, 26 mai 1843, Sir., 47, 1, 174. Riom, 18 juillet 1853, Sir., 54, 2, 692. Civ. cass., 14 novembre 1855, Sir., 56, 1, 455. Paris, 16 janvier, 1858, Sir., 58, 2, 502.

ci en tant que reprenant l'administration et la jouissance des biens dotaux; quels sont enfin les effets de ses engagements par rapport à ces biens.

1° La distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux continue de subsister dans son intégrité après séparation de biens; et les règles d'après lesquelles se détermine la consistance de la dot, ne subissent par suite de cette séparation aucune modification.

Il suit de là que les biens advenus à titre gratuit, postérieurement à la séparation de biens, à une femme qui s'est constitué en dot tous ses biens à venir, sont dotaux, tout comme s'ils lui étaient échus avant cette séparation¹.

Il en résulte, à l'inverse, que les biens cédés, en paiement de deniers dotaux, à la femme séparée de biens, et notamment ceux que lui abandonne son mari pour la couvrir de ses reprises, ne sont point dotaux².

Les immeubles dotaux sont, après séparation de biens, tout aussi inaliénables qu'ils l'étaient auparavant³. En d'autres termes,

¹ La séparation, qui laisse subsister la dotalité des biens antérieurement acquis, quoique la femme en reprenne l'administration et la jouissance, ne doit pas davantage former obstacle à ce que les biens acquis postérieurement revêtent le caractère dotal.

² Art. 1553. Cpr. § 534, texte n° 4. Tessier, I, p. 246, note 410. Duranton, XV, 436, Odier, III, 1200. Troplong, IV, 3183 à 3188. Marcadé, sur l'art. 1553, n° 4. Req. rej., 25 février 1817, Sir., 18, 1, 9. Bordeaux, 5 février 1829, Sir., 29, 2, 188. Poitiers, 5 juillet 1839, Sir., 39, 2, 546. Riom, 8 août 1843, Sir., 44, 2, 590. Montpellier, 21 février 1851 et 18 février 1853, Sir., 53, 2, 673 et 684. Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547. Cpr. Req. rej., 31 janvier 1842, Sir., 42, 1, 110. Voy. en sens contraire : Sériziat, n° 127; Montpellier, 17 novembre 1830, Sir., 31, 2, 298; Rouen, 18 novembre 1846, Sir., 47, 2, 423. — Cpr. cep. Rouen, 26 juin 1824, Sir., 25, 2, 19; Grenoble, 1^{er} juillet 1846, Sir., 47, 2, 280; texte n° 3 et note 14 *infra*.

³ Art. 1554. Arg. des mots « ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage. » *Non obstat* art. 1561, al. 2. Tout immeuble aliénable est sans doute prescriptible; mais on ne peut pas dire à l'inverse, que toute chose prescriptible soit par cela même aliénable. Cpr. *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, XIII, p. 260, n° 17). Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 11, n° 3 *in fine*. Tessier, I, p. 301, note 502. Grenier, *Des hypothèques*, I, 35. Benoît, I, 319. Duranton, XV, 519 et 520. Valette, *Revue étrangère*, 1840, VII, p. 242, note 1. Sériziat, n° 133. Odier, III, 1263 et 1268. Rodière et Pont, II, 492 et 885. Troplong, IV, 3598. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 5. Aix, 18 février 1813, Sir., 13, 2, 275. Req. rej., 19 août 1819, Sir., 20, 1, 19. Voy. encore dans ce sens, les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 114; Toullier, XIV, 253; Nîmes, 23 avril 1812, Sir., 13, 2, 209.

ils ne peuvent être aliénés ou hypothéqués que pour les causes et sous les conditions indiquées dans les dispositions exceptionnelles des art. 1555 à 1559.

Si l'aliénation n'en a été permise que sous condition de emploi, le défaut d'accomplissement de cette condition rend la vente nulle⁴.

La femme même séparée de biens ne peut, avant la dissolution du mariage, confirmer ou ratifier l'aliénation des immeubles dotaux faite en contravention à l'art. 1554⁵. Si elle avait fait comprendre dans la liquidation de ses reprises le prix d'aliénation de ces immeubles, elle pourrait sans doute demander, pour le montant de ce prix, une collocation provisoire dans les ordres ouverts sur son mari; mais elle ne serait pas autorisée à poursuivre les tiers détenteurs des immeubles frappés de son hypothèque légale⁶.

La dot mobilière reste, malgré la séparation de biens, inaliénable dans le sens et sous les rapports qui ont été expliqués au § 537 bis⁷. Ainsi, la femme même séparée de biens ne peut renoncer à ses reprises dotales, ni en compromettre par des cessions, transactions, ou autres actes, le remboursement intégral⁸.

Les revenus des biens dotaux sont, entre les mains de la femme séparée de biens, frappés d'indisponibilité, dans la même mesure qu'ils l'étaient entre les mains du mari. C'est ainsi que la femme

⁴ Cpr. § 537, texte n° 4 et notes 60 à 84. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 136. Troplong, II, 1427. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 14. Montpellier, 7 novembre 1830, Sir., 31, 2, 298. Cpr. req. rej., 9 janvier 1828, Sir., 28, 1, 127.

⁵ Cpr. § 537, texte n° 1, notes 24 et 25. Tessier, II, note 727. Odier, III, 1358. Troplong, IV, 3565.

⁶ Cpr. § 537, texte n° 1, notes 15 et 16. Rodière et Pont, II, 586. Benech, *op. cit.*, n° 111. Nîmes, 29 août 1826, Sir., 28, 2, 47. Riom, 6 décembre 1848, Sir., 49, 2, 147.

⁷ *Nec obstat* art. 1449, al. 2. Pour écarter l'objection tirée de cette disposition, qui permet à la femme séparée d'aliéner son mobilier, on se contente ordinairement de dire que l'art. 1449 est inapplicable au régime dotal. Mais le contraire nous paraît résulter de l'art. 1563 qui renvoie, pour tout ce qui concerne la séparation de biens sous ce régime, aux art. 1443 et suiv. A notre avis, la véritable raison par laquelle se justifie la proposition énoncée au texte, est que l'art. 1449, al. 2, ne statue que sur une question de capacité personnelle, et laisse entières les règles d'indisponibilité réelle fondées sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Aussi pensons-nous que dans tous les cas où cesse cette inaliénabilité purement relative, la disposition du second alinéa de l'art. 1449 doit recevoir son application. Cpr. texte n° 2 et notes 11 à 13 *infra*.

⁸ Civ. rej., 19 novembre 1833, Sir., 34, 1, 200. Civ. cass., 28 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282. Chamb. réun. cass., 14 novembre 1846, Sir., 46, 1, 824.

ne peut céder les revenus à échoir de ses biens dotaux que jusqu'à concurrence de l'excédant sur les besoins du ménage⁹.

Par exception à la règle que la séparation de biens ne modifie pas la dotalité et les effets qui s'y trouvent attachés, les immeubles dotaux, d'imprescriptibles qu'ils étaient avant la séparation, deviennent prescriptibles après qu'elle a été prononcée. Art. 1561, al. 2¹⁰.

2° La femme reprend, en vertu de la séparation, la jouissance et la libre administration de ses biens dotaux, et se trouve par cela même investie des pouvoirs dont jouissait le mari en qualité d'administrateur de la dot. Art. 1449, al. 1. Elle peut donc exiger et recevoir le remboursement de ses reprises et de ses capitaux dotaux, sans être tenue de justifier d'un emploi¹¹, à moins que le mari

⁹ Cpr. § 535, texte n° 2, notes 30 à 32. Rodière et Pont, 488. Troplong, II, 1441 et 1442.

¹⁰ Cpr. § 537, texte n° 3 et note 47.

¹¹ Cette solution, qui paraît définitivement prévaloir, a été vivement controversée. On a dit pour la combattre, que le régime dotal resterait incomplet, si la femme pouvait, comme le mari, toucher les capitaux dotaux sans être tenue d'en faire emploi, puisque les intérêts de la famille seraient désormais dépourvus de toute garantie, tandis qu'ils se trouvaient protégés par l'hypothèque légale contre les dilapidations du mari. Mais cette considération, fût-elle parfaitement fondée, n'autoriserait pas à créer pour la femme une obligation d'emploi qui n'aurait pas été établie par le contrat de mariage. On peut d'ailleurs y répondre que le système de garanties organisé par le régime dotal étant principalement dirigé contre la mauvaise administration du mari, et contre l'abus qu'il pourrait faire de son ascendant sur la femme pour obtenir son concours à des actes contraires aux véritables intérêts de la famille, on s'explique parfaitement que le législateur ait considéré ces intérêts comme suffisamment protégés, après séparation de biens, par le maintien du principe de l'inaliénabilité de la dot. Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 10. Duranton, XV, 488. Sériziat, n° 129. Odier, III, 1370 à 1372. Rodière et Pont, II, 886. Troplong, II, 1424 à 1426. Montpellier, 26 novembre 1806, Sir., 7, 2, 55. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Caen, 4 juillet 1824, Sir., 26, 2, 25. Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., 26, 1, 463. Grenoble, 29 mars 1828, Sir., 28, 2, 340. Bordeaux, 19 juin 1834, Sir., 34, 2, 661. Caen, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 165. Civ. cass., 25 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Nîmes, 29 juin 1840, Sir., 41, 2, 57. Req. rej., 11 avril 1842, Sir., 42, 1, 315. Paris, 25 avril 1843, Sir., 43, 2, 261. Limoges, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 342. Agen, ... décembre 1851, Sir., 52, 2, 116. Paris, 14 janvier 1856, Sir., 56, 2, 463. Voy. en sens contraire : Tessier, *De la dot*, I, note 550, et *Questions sur la dot*, n° 115 ; Benoît, I, 321 ; Bellot des Minières, IV, p. 228 ; Benech, *op. cit.*, nos 137 et 138 ; Bordeaux, 2 août 1813, Sir., 15, 2, 106 ; Montpellier, 22 juin 1819, Sir., 20, 2, 310 ; Montpellier, 24 mai 1823, Sir., 24, 2, 318 ; Toulouse, 7 mai 1824, Sir., 37, 2, 55 ; Toulouse, 17 mai 1827, Sir., 27, 2, 204 ; Montpellier, 29 novembre 1831, Sir., 32, 2, 471 ; Limoges, 1^{er} septembre 1834, Sir., 34, 2, 659 ; Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625 ; Agen, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 222.

n'y eût lui-même été assujetti par le contrat de mariage ¹². Elle peut même céder ses créances dotales, comme le mari aurait pu le faire ¹³. Art. 1449, al. 2.

Du reste, la capacité personnelle de la femme séparée est régie sous le régime dotal par les mêmes règles que sous celui de communauté. C'est d'après ces règles, telles qu'elles ont été développées au § 516, que doit se résoudre la question de savoir quels sont les actes que la femme peut faire sans autorisation, et quels sont ceux, au contraire, pour lesquels elle a besoin d'être autorisée par son mari ou par justice.

3° La séparation de biens ne modifiant en aucune manière le principe de l'inaliénabilité de la dot, les obligations contractées par la femme même après séparation sont, en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers sur le fonds de la dot immobilière ou mobilière, régies par les règles développées au § 538. C'est ainsi que les objets mobiliers ou immobiliers livrés par le mari en paiement des reprises dotales, quoique n'étant pas frappés de dotalité, ne peuvent cependant être saisis par les créanciers même postérieurs à la séparation, qu'à charge par eux d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent ¹⁴.

Quant aux revenus des biens dotaux, les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée depuis la séparation ne sont pas, à la vérité, privés d'une manière absolue du droit de les saisir entre ses mains ¹⁵; mais ils ne peuvent le faire que dans la limite de l'ex-

¹² Benech, *op. cit.*, n° 136. Troplong, II, 1427 et 1428. Civ. cass., 23 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Limoges, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 342.

¹³ La femme se trouvant substituée aux pouvoirs du mari en ce qui concerne l'administration de la dot mobilière, et ayant le droit de toucher le montant des créances dotales, il n'existe aucun motif solide pour lui refuser celui de les céder. Voy. en sens contraire : Tessier, *De la dot*, I, p. 347, note 548; *Questions sur la dot*, n° 114.

¹⁴ Cpr. § 538, texte n° 2 et note 22. Riom, 8 août 1843, Sir., 44, 2, 590. Montpellier, 18 février 1853, Sir., 53, 2, 684. Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547. Cpr. Grenoble, 11 juillet 1857, Sir., 57, 2, 549. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3189 à 3193; Marcadé, sur l'art. 1553, n° 4; Montpellier, 21 février 1851, Sir., 53, 2, 671. — Cpr. Rouen, 26 juin 1824, Sir., 25, 2, 19; Grenoble, 1^{er} juillet 1846, Sir., 47, 2, 280. Ces derniers arrêts sont allés trop loin en refusant d'une manière absolue aux créanciers le droit de saisir les objets cédés par le mari à la femme en paiement de ses reprises, puisque ces objets, quoique représentant des valeurs dotales, ne sont point dotaux. Voy. texte n° 1 et note 2 *supra*.

¹⁵ Il existe à cet égard une notable différence entre les engagements contractés par la femme depuis la séparation, et ceux qu'elle a contractés auparavant. Cpr. § 538, texte n° 2 et note 15.

cédant sur les besoins du ménage¹⁶. D'un autre côté, après la dissolution du mariage par la mort de la femme, les revenus des biens dotaux sont complètement insaisissables au détriment de ses héritiers, pour les engagements qu'elle a contractés en état de séparation¹⁷.

§ 540.

De la restitution de la dot.

1° Des causes qui donnent lieu à la restitution de la dot, et des personnes qui sont tenues de cette restitution.

La restitution de la dot devient exigible dans les trois circonstances suivantes :

¹⁶ La jurisprudence de la Cour de cassation a singulièrement varié sur ce point. Après avoir d'abord admis la solution indiquée au texte (Civ. rej., 10 janvier 1820, Sir., 20, 1, 152), elle avait décidé à deux reprises que les revenus des biens dotaux étaient saisissables en totalité pour les engagements contractés par la femme après séparation (Civ. cass., 9 avril 1823, Sir., 23, 1, 331. Civ. cass., 28 mars 1827, Sir., 27, 1, 299). Enfin, par ses décisions les plus récentes, elle a de nouveau consacré la doctrine pour laquelle elle s'était d'abord prononcée (Req. rej., 16 février 1834, Sir., 34, 1, 176. Civ. rej., 6 février 1840, Sir., 40, 1, 133. Civ. cass., 4 novembre 1846, Sir., 47, 1, 201). Voy. également dans ce sens : Odier, III, 1368 ; Rodière et Pont, II, 488 ; Troplong, II, 1441 et 1442, et IV, 3310 ; Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4 ; Pau, 12 mars 1824, Sir., 26, 2, 38 ; Grenoble, 14 juin 1825, Sir., 26, 2, 38 ; Paris, 14 février 1832, Sir., 32, 2, 290 ; Lyon, 4 juin 1841, Sir., 41, 2, 612.

¹⁷ Cette proposition, quelque dure qu'elle puisse paraître à l'égard des créanciers envers lesquels la femme s'est engagée après séparation de biens, nous paraît cependant être une conséquence forcée de la dotalité. Dans le système contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que de pareils engagements sont, après le décès de la femme, susceptibles d'être poursuivis sur l'intégralité des revenus des biens dotaux, puisqu'alors il n'y a plus de ménage. Or, ce résultat est inconciliable avec l'esprit et le but du régime dotal, destiné à protéger non-seulement les intérêts de la femme elle-même, mais encore ceux de ses héritiers, qui doivent retrouver les biens dotaux francs de tous les engagements qu'elle a contractés depuis la séparation, aussi bien que de ceux qu'elle aurait pris antérieurement. En vain dirait-on, qu'il serait peu rationnel que le décès de la femme privât ses créanciers du droit de saisir les revenus des biens dotaux, dans la même mesure du moins qu'ils étaient autorisés à le faire de son vivant. Pour écarter cette objection, il suffit de faire remarquer que si les créanciers peuvent saisir l'excédant des revenus dotaux sur les besoins du ménage, c'est uniquement par le motif que cet excédant est entré dans le patrimoine disponible de la femme, au fur et à mesure de l'échéance de ces revenus. Civ. cass., 1^{er} décembre 1834, Sir., 35, 1, 925. Cpr. § 538, texte n° 2 et note 15.

- a. Lorsque le mariage a été dissous. Art. 1564 et 1565.
- b. Lorsque les époux ont été séparés de corps ou de biens. Art. 1563 cbn. 341 et 1441, n^{os} 4 et 5.
- c. Lorsque l'absence de l'un ou de l'autre des époux a été déclarée¹. Art. 123².

La restitution de la dot faite par le mari avant l'une ou l'autre de ces époques, ne serait pas libératoire, sauf cependant l'imputation des objets ou valeurs que la femme posséderait encore au moment où la restitution de la dot est devenue exigible³.

Le mari ou ses héritiers sont tenus de la restitution de la dot, qu'il l'ait reçue lui-même, ou qu'elle ait été livrée de son consentement à un tiers, par exemple à son père⁴. Ce tiers est également, en cas d'insolvabilité du mari, responsable de la dot, lorsqu'il s'en est chargé. En l'absence d'engagement de sa part, la femme ne peut agir contre lui qu'en vertu de l'art. 1166, et jusqu'à concurrence seulement des valeurs dotales dont il se trouverait encore détenteur⁵.

2^o De la preuve de l'apport de la dot.

La femme⁶ n'est en général admise à réclamer la restitution de la dot qu'à charge de prouver que le mari l'a reçue. Elle doit de plus, lorsque la constitution de dot comprend un ensemble de biens présents ou à venir, établir la consistance des biens dotaux. Les moyens à l'aide desquels cette double justification peut être faite, varient selon les distinctions suivantes :

Quand la dot a été promise par un tiers, la femme peut, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, en établir la réception par témoins ou à l'aide de simples présomptions⁷. Dans cette hypothèse, la femme est même autorisée à réclamer la

¹ Voy. cependant pour l'hypothèse où les époux mariés sous le régime dotal ont stipulé une société d'acquêts : Art. 124 ; § 155, texte, notes 2 et 3.

² La restitution de la dot n'a lieu, en pareil cas, que provisoirement, c'est-à-dire sauf le retour de l'absent, et sous les conditions indiquées au § 152.

³ Tessier, II, p. 229. Toullier, XIV, 262. Rodière et Pont, II, 644. Troplong, IV, 3618.

⁴ Tessier, II, p. 255, note 995. Rodière et Pont, II, 630. Troplong, IV, 3613. Montpellier, 3 janvier 1827, Sir., 27, 2, 211. Nîmes, 12 juillet 1831, Sir., 31, 2, 220. Montpellier, 21 mars 1848, Sir., 48, 2, 592.

⁵ Rodière et Pont et Troplong, *loc. cit.*

⁶ Tout ce que nous dirons, sous ce numéro, de la femme elle-même, s'applique également à ses héritiers.

⁷ Art. 1348. Rodière et Pont, II, 629. Caen, 10 janvier 1855, Sir., 55, 2, 273.

restitution de la dot⁸, sans être tenue de prouver que le mari l'a reçue, si le mariage a duré dix ans depuis l'époque à laquelle elle était devenue exigible⁹, et que, pendant ce laps de temps, l'action en paiement fût restée ouverte¹⁰. Toutefois, le mari est admis à décliner l'obligation de restituer la dot qu'il n'aurait pas reçue, en justifiant qu'il a fait les diligences nécessaires pour s'en procurer le paiement¹¹, ou que le promettant se trouvait dans un état notoire d'insolvabilité¹². Art. 1569¹³.

⁸ L'art. 1569 ajoute : *après la dissolution du mariage*. Mais il est évident que ces expressions sont purement énonciatives, et que la disposition de cet article doit recevoir son application toutes les fois qu'il y a lieu à restitution de la dot, quelle que soit d'ailleurs la circonstance qui rende cette restitution exigible. — Il est cependant bien entendu que si la séparation de biens avait été prononcée avant les dix ans dont parle l'art. 1569, la femme ne pourrait invoquer plus tard la disposition de cet article. Tessier, II, p. 159. Rodière et Pont, II, 637 *in fine*. Cpr. texte et note 10 *infra*.

⁹ Lorsque la dot est payable en plusieurs termes, le délai de dix ans commence à courir pour chacun d'eux en particulier à dater du jour de son arrivée, et non pour tous ensemble à compter du jour de l'expiration du dernier. Bellot des Minières, IV, p. 259. Tessier, I, p. 160. Duranton, XV, 566. Rodière et Pont, II, 638. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 1. Cpr. Civ. rej., 29 août 1838, Sir., 38, 1, 769.

¹⁰ Cette seconde condition, qui n'est point exprimée dans l'art. 1569, doit, d'après les motifs sur lesquels il est fondé, être sous-entendue pour la saine application de sa disposition. C'est ainsi que la femme ne peut, sur le fondement de l'art. 1569, réclamer la restitution d'une dot constituée en avancement d'hoirie, lorsque le constituant est décédé dans les dix ans de la célébration du mariage, et que la femme est venue à sa succession. Riom, 20 juin 1857, Sir., 58, 2, 47. — Une autre conséquence de la proposition énoncée au texte se trouve déjà indiquée dans la note 8 *supra*.

¹¹ La question de savoir si les actes ou démarches faits par le mari constituent ou non des diligences suffisantes, est abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Rodière et Pont, II, 636. Troplong, IV, 3663. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. Bellot, IV, p. 261; Benoît, II, 134; Toullier, XIV, 274. Suivant ces auteurs, il faudrait que le mari justifiât de poursuites dans le sens rigoureux de cette expression.

¹² Sériziat, n° 286. Rodière et Pont, II, 637. Troplong, IV, 3664. Voy. cep. Agen, 15 décembre 1844, Sir., 45, 2, 229. — Mais le mari ne serait pas admis à prouver simplement qu'il n'a pas reçu le montant de la dot. L'opinion contraire enseignée par M. Troplong (IV, 3661), nous semble repoussée par le texte et l'esprit de l'art. 1569.

¹³ La disposition de l'art. 1569 n'a point été tirée, ainsi que l'ont supposé à tort certains auteurs, de la nouvelle 100, ou plutôt de la fausse interprétation qu'elle avait reçue dans le ressort du Parlement de Paris. Cette disposition a été en réalité puisée dans la loi 33, *D. de jure dotium* (23, 3), et dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8. Cpr. Troplong, IV, 3656; Bastia, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 481. Or, en se reportant à cette jurisprudence, on est conduit à reconnaître que l'art. 1569 est plutôt fondé sur

Lorsque la dot promise par la femme elle-même dépasse 150 fr., celle-ci n'est, en général, admise à prouver sa réception qu'à l'aide d'une quittance donnée par le mari¹⁴, soit dans le contrat de mariage même, soit dans un acte, authentique ou sous seing privé, postérieur à ce contrat¹⁵. Cependant la preuve testimoniale serait exceptionnellement admissible, s'il existait un commencement de preuve par écrit, ou si, par dol, violence, abus de la puissance maritale, la femme s'était trouvée dans l'impossibilité de rapporter une quittance de son mari. Du reste, la femme qui s'est dotée *de suo*, ne peut invoquer le bénéfice de l'art. 1569¹⁶.

la négligence du mari et sur la supposition qu'il aurait pu se faire payer s'il avait agi en temps utile, que sur une véritable présomption de réception de la dot établie contre lui. C'est ce qui ressort également des moyens à l'aide desquels il est exceptionnellement permis au mari de repousser la demande en restitution de la dot. — Il est du reste généralement admis que cet article n'a point eu pour objet d'établir en faveur de celui qui a constitué la dot une prescription spéciale, et que l'action en paiement qui compète au mari contre ce dernier, n'est soumise qu'à la prescription de trente ans. Maleville, sur l'art. 1569. Delvincourt, III, p. 118. Merlin, *op. et loc. cit.* Toullier, XIV, 277. Tessier, I, p. 155. Bellot des Minières, IV, p. 255. Benoît, I, 122. Odier, III, 1421. Rodière et Pont, II, 633. Troplong, IV, 3665. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 1.

¹⁴ Arg. art. 1502, al. 2, cbn. 1341. Benoît, II, 132. Bellot des Minières, IV, p. 19. Odier, III, 1417. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 353 ; Rodière et Pont, II, 628. Ces auteurs, qui admettent la preuve testimoniale même en dehors des circonstances indiquées dans la suite du texte, se fondent, soit sur ce que le mari se serait rendu coupable d'un quasi-délit, en omettant de donner à la femme une quittance de la dot par lui reçue, soit sur ce que celle-ci, à raison de son état de dépendance, aurait été dans l'impossibilité d'exiger une preuve littérale. La première de ces raisons nous semble porter à faux, puisque, pour pouvoir reprocher au mari de s'être rendu coupable d'un quasi-délit à son égard, la femme devrait avant tout prouver le paiement de la dot. Quant à la dépendance légale dans laquelle la femme est placée, elle ne saurait à elle seule, et indépendamment de tout abus de la puissance maritale, justifier dans cette hypothèse, complètement différente de celle qui a été examinée au § 516 (texte n° 7 et note 72), l'application de l'art. 1348.

¹⁵ Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3 ; *Quest.*, *cod.* v°, § 11. Grenier, *Des hypothèques*, I, 234. Req. rej., 2 septembre 1806, Sir., 6, 1, 461. Req. rej., 16 juillet 1817, Sir., 19, 1, 40.

¹⁶ On ne peut imputer à faute au mari de n'avoir pas poursuivi sa femme, et le rendre par ce motif responsable de la dot qu'il n'aurait pas reçue. D'ailleurs, dans l'opinion contraire, il faudrait supposer, pour que la femme eût intérêt à invoquer la disposition de l'art. 1569, que l'action en paiement de la dot à laquelle elle était soumise en qualité de constituante, s'est trouvée éteinte par l'expiration du délai de dix ans dont il est fait mention dans cet article. Or, cette supposition est évidemment inadmissible. Cpr. art. 2253 et note 13 *supra*, *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8. Delvincourt, III, p. 118. Bellot des Mi-

En ce qui concerne la preuve de la consistance d'une dot comprenant un ensemble de biens présents ou à venir, elle peut être faite par témoins, et même par commune renommée, pour le mobilier dotal non inventorié, sans qu'il y ait à cet égard à distinguer entre celui qui est échu à la femme pendant le mariage, et celui qu'elle a apporté en mariage¹⁷.

La preuve de la réception ou de la consistance de la dot peut, en général, être administrée par les moyens qui viennent d'être indiqués, non-seulement à l'égard du mari, mais encore vis-à-vis de ses créanciers, sauf à ces derniers à prouver, même par témoins, la simulation des actes dont la femme voudrait se prévaloir. Toutefois, et par exception à cette règle, en cas de saisie mobilière pratiquée contre le mari, la femme ne pourrait établir par témoins son droit de propriété sur les objets saisis, et n'aurait, si elle n'était pas à même d'en justifier par écrit, qu'un recours en indemnité contre son mari¹⁸. D'un autre côté, la même règle reçoit encore, en cas de faillite, de notables modifications¹⁹.

3^o De la manière dont la restitution de la dot doit se faire.

1) Les objets, soit immobiliers, soit mobiliers, qui font partie de la dot, doivent être restitués dans leur individualité, à l'exception cependant de ceux dont le mari est devenu propriétaire, soit par l'effet d'une estimation portée au contrat de mariage, soit à raison de leur nature même.

La restitution des objets mis à prix par le contrat de mariage *venditionis gratiâ*, se fait, quelle qu'en soit la nature, au moyen du paiement de l'estimation portée dans ce contrat²⁰. Art. 1551.

Quant aux objets mobiliers dont on ne peut faire usage sans les consommer, ou qui de leur nature sont destinés à être vendus, la restitution s'en opère, à défaut d'estimation, soit au moyen de la remise d'une pareille quantité d'objets de même qualité, soit

nières, IV, p. 257. Toullier, XIV, 277. Tessier, I, p. 156. Sériziat, n° 285. Odier, III, 1426. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 2. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 566 ; Troplong, IV, 3658. Cpr. aussi Rodière et Pont, II, 635.

¹⁷ Arg. art. 1562 cbn. art. 600. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit de la femme mariée sous le régime exclusif de communauté. Cpr. § 531, texte n° 2 et note 14. Odier, III, 1417. Voy. cep. Taulier, V, p. 352 et 353.

¹⁸ Cpr. § 531, texte n° 1, notes 5 et 6.

¹⁹ Voy. Code de commerce, art. 557 et suiv.

²⁰ La femme jouit à cet égard du privilège du vendeur. Montpellier, 26 juin 1848, Sir., 48, 2, 557.

au moyen du paiement de leur valeur au moment de la cessation de la jouissance du mari²¹. Par une faveur spéciale, la femme a le droit d'exiger la remise en nature des linges et hardes à son usage, lors même que le mari serait devenu propriétaire de ceux qu'elle a apportés en dot, par suite de leur mise à prix dans le contrat de mariage; mais dans ce cas elle est tenue de précompter, sur le prix des meubles constitués avec estimation, la valeur actuelle des linges et hardes dont elle fait la reprise²². Art. 1566, al. 2.

2) Le mari est tenu de remettre en leur état actuel les objets qui doivent être restitués dans leur individualité, sauf, d'un côté, les indemnités qu'il peut devoir à raison des détériorations provenant de l'inexécution des obligations qui lui étaient imposées en sa qualité d'administrateur et d'usufruitier, et sauf, d'un autre côté, le remboursement des sommes qui peuvent lui être dues pour impenses.

Les propositions suivantes renferment des applications de ce principe :

a. Les immeubles dotaux doivent être restitués avec tous les accroissements et les améliorations qu'ils ont reçus, soit par des événements de la nature, soit par le fait de l'homme. Mais la femme est tenue de rembourser le montant des impenses nécessaires; ainsi que la mieux-value résultant des impenses utiles qui ne se trouvaient pas à la charge du mari en sa qualité d'usufruitier²³. Ce dernier peut aussi enlever les ornements ou autres objets mobiliers par lui placés, à charge de rétablir les lieux dans leur ancien état²⁴.

Le mari qui a fait des impenses nécessaires est autorisé à les compenser avec les sommes dotales qu'il peut avoir à rembourser, et s'il n'y a pas lieu à compensation, il est en droit de refuser la restitution de l'immeuble sur lequel ces impenses ont été faites, jusqu'à ce qu'elles lui soient bonifiées. Quant aux impenses utiles, le paiement n'en peut être poursuivi sur les biens dotaux; et par suite le mari ne jouit pas, en ce qui les concerne, du droit

²¹ Arg. art. 1549, al. 2, et 1562 cbn. 587. Cpr. § 536.

²² Cpr. art. 1492, al. 2, et note 27 *infra*. — Voy. sur la portée des expressions *linges et hardes* : § 521, texte et note 2; Toullier, XIV, 268 à 271; Odier, III, 1383; Rodière et Pont, II, 612; Troplong, IV, 3646.

²³ Cpr. § 535, texte n° 2 et note 26.

²⁴ Arg. art. 599, al. 3. Delvincourt, III, p. 115 et 116. Benoît, II, 219 à 221. Tessier, II, p. 201 et 202. Odier, III, 1431. Rodière et Pont, II, 620.

de compensation ou de rétention qui lui est accordé en matière d'impenses nécessaires ²⁵.

b. En ce qui touche les meubles corporels dont la propriété est restée à la femme, le mari satisfait à l'obligation de restitution qui lui est imposée, en rendant ceux qui existent encore dans l'état où ils se trouvent. Il n'est responsable, ni de leur détérioration, ni de leur perte, lorsqu'il prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute, ou, en d'autres termes, qu'elles ont été occasionnées, soit par un cas fortuit, soit par suite de l'usage même auquel ces objets étaient destinés. Art. 1566, al. 1. A défaut de cette preuve, le mari est tenu d'indemniser la femme à raison de la détérioration de son mobilier, et de payer la valeur des objets qu'il ne peut représenter, ou du moins le prix qu'il a retiré de ceux qui ont été vendus ²⁶.

La règle qui vient d'être posée souffre modification quant aux linges et hardes de la femme, en ce que, d'une part, elle est autorisée à garder tous les objets de cette nature qui se trouvent actuellement à son usage, et en ce que, d'autre part, elle n'est tenue à aucune bonification envers le mari, quand même la valeur de ces objets serait supérieure à la valeur de ceux qu'elle a apportés en mariage ²⁷. Que si la valeur des linges et hardes qu'elle retient

²⁵ Tel était le dernier état du Droit romain, dont les dispositions sur ce point paraissent avoir été suivies dans les pays de Droit écrit. Voy. *L. uni.* § 5, *C. de rei uxoris act.* (5, 13); Cujas, sur cette loi, *ad versic. sileat ob liberos*; Despeisses, *Des contrats*, part. I, tit. XV, sect. III, nos 75 et 76. L'application sous le Code Napoléon de ces dispositions du Droit romain se justifie par l'art. 1558 qui, en permettant l'aliénation des biens dotaux pour des réparations indispensables à leur conservation, défend implicitement l'engagement de la dot pour de simples améliorations. Toullier, XIV, 326 et 327. Troplong, IV, 3640. Deux autres opinions ont été émises sur cette question. Suivant MM. Benoît (II, 245), Sériziat (no 214 et 236), et Rodière et Pont (II, 618 et 629), le droit de rétention devrait être admis même pour les impenses utiles. Quant à M. Odier (III, 1432), il rejette le droit de rétention même pour les impenses nécessaires; mais il admet la compensation pour toute espèce d'impenses.

²⁶ Si la vente avait été faite par le mari seul, sans aucun motif d'utilité et uniquement dans des vues de dissipation, il serait non-seulement redevable du prix qu'il a touché, mais de la valeur réelle des objets par lui vendus.

²⁷ Les mots *dans tous les cas*, qui se trouvent au second alinéa de l'art. 1566, y ont été mis par opposition aux mots *si les meubles dont la propriété reste à la femme*, qu'on lit dans le premier alinéa du même article, pour indiquer que la femme jouit du droit de reprendre en nature les linges et hardes à son usage actuel, même dans le cas où la propriété de ceux qu'elle a apportés en dot a passé au mari par suite de leur estimation. Il n'existe d'autre différence entre cette hypothèse et celle où la femme a conservé la propriété des linges et hardes

était inférieure à celle des objets de cette nature qu'elle a apportés, elle aurait, au contraire, droit à la bonification de la différence ²⁸.

c. Lorsque la dot comprend des créances de quelque nature que ce soit, le mari n'est pas responsable de la dépréciation qu'elles peuvent avoir subie, sans qu'il y ait eu négligence de sa part. Il se libère valablement en restituant les actes instrumentaires qui constatent l'existence de ces créances et les à-comptes qu'il a touchés ²⁹. Art. 1567.

d. Si un usufruit a été constitué en dot, le mari n'est tenu de restituer que le droit d'usufruit lui-même, et non les fruits échus pendant le mariage ³⁰. Art. 1568. Les fruits et arrérages de la dernière année se partagent conformément à la règle posée par l'art. 1571 ³¹.

4^o De la restitution des intérêts de la dot et du partage des fruits de la dernière année.

Les fruits naturels et civils des objets dotaux appartiennent à la femme ou à ses héritiers à partir, suivant la cause qui fait cesser la jouissance du mari, soit de la dissolution du mariage, soit de la demande en séparation de corps ou de biens ³², soit du jugement d'envoi en possession provisoire.

Les intérêts des sommes dotales courent de plein droit, à dater

par elle apportés, si ce n'est que, dans la première, la femme est tenue de précompter la valeur actuelle des linges et hardes qu'elle retire, tandis que, dans la seconde, elle n'a aucune bonification à faire au mari. Cette différence résulte évidemment de la rédaction restrictive de la disposition finale du deuxième alinéa de l'art. 1566, opposée aux mots *dans tous les cas*, placés au commencement de ce même alinéa. Rodière et Pont, II, 610 et 611. Marcadé, sur l'art. 1566. Voy. cependant Duranton, XV, 558. D'après cet auteur, la femme ne pourrait reprendre les linges et hardes à son usage actuel qu'à charge de payer la valeur de ceux qu'elle n'a pas apportés en dot, et qui ont été acquis pendant le mariage. Cette manière de voir est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre du deuxième alinéa de l'art. 1566.

²⁸ Rodière et Pont et Marcadé, *loc. cit.* Troplong, IV, 3645. Civ. rej., 1^{er} juillet 1835, Dalloz, 1835, 1, 384.

²⁹ Mais si le mari était devenu, en vertu du contrat de mariage, cessionnaire des créances dotales de la femme, il devrait restituer le prix de cession, sauf seulement son recours en garantie dans les cas prévus par les art. 1693 et suiv. Duranton, XV, 559. Rodière et Pont, II, 614.

³⁰ La même règle s'appliquerait au cas où une rente viagère aurait été constituée en dot. Arg. art. 588. Tessier, II, p. 279. Duranton, XV, 562. Odier, III, 1394. Rodière et Pont, II, 615. Troplong, IV, 3654.

³¹ Duranton XV, 561.

³² Arg. art. 1570 cbn. 1445, 1563, al. 2 et 311. Cpr. § 516, texte n^o 6, notes

de l'une ou de l'autre de ces époques, au profit de la femme ou de ses héritiers³³. Art. 1570.

Si le mariage a été dissous par la mort du mari, la femme peut, au lieu d'exiger les fruits et les intérêts de sa dot pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, se faire fournir, durant cet espace de temps, sa nourriture et son entretien aux dépens de la succession du mari³⁴. Du reste, quel que soit le choix de la femme, la succession du mari lui doit toujours l'habitation pendant une année, à partir de la mort de ce dernier, ainsi que les habits de deuil, sans imputation sur les fruits et les intérêts auxquels elle a droit. Art. 1570, al. 2. La femme jouirait des différents droits que lui attribue le second alinéa de l'art. 1570, lors même que le mari lui aurait fait un legs, à moins qu'il n'eût subordonné sa libéralité à la condition qu'elle renonce à ces droits³⁵.

15 et 16; § 494, texte n° 3 et note 13. Rodière et Pont, II, 645 et 859. Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 271. Voy. cependant Duranton, XV, 570; Odier, III, 1399; Troplong, IV, 3672. Suivant ces auteurs, l'usufruit du mari ne cesserait qu'à partir du jugement de séparation, parce que, disent-ils, le mari a jusque-là supporté les charges du mariage. Ce motif n'est rien moins que concluant, puisque, d'après notre manière de voir, l'obligation imposée à la femme par l'art. 1448, en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage, remonte également au jour de la demande en séparation de biens.

³³ La Cour de cassation (Req. rej., 28 mars 1848, Sir., 48, 1, 354) a cependant décidé, contrairement à l'opinion émise au texte, que les intérêts des sommes dotales dont le mari doit la restitution, ne courent, en cas de séparation de biens, que du jour du jugement qui l'a prononcée, et non du jour de la demande. Quelque graves que soient les motifs de cette décision, nous ne croyons pas pouvoir y adhérer. Il ne s'agit pas ici, comme la cour suprême paraît le supposer, de véritables intérêts moratoires, mais bien d'intérêts légaux, qui sont dus indépendamment de toute demande, et indépendamment même de la possibilité pour le débiteur de se libérer immédiatement. Si l'art. 1570 ne devait pas s'appliquer au cas de séparation de biens, comme à celui de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, on se trouverait ramené à la règle posée par l'art. 1153, de telle sorte que les intérêts ne courraient plus de droit même à partir du jugement de séparation, et ne seraient dus que du jour où ils auraient été demandés. Que si l'on admet l'extension de l'art. 1570 au cas de séparation, il n'y a plus de motifs pour ne pas y appliquer également l'art. 1445. Cpr. art. 1473; § 516, texte n° 6 et note 46.

³⁴ La femme, en optant pour ce dernier parti, perd donc, pendant une année, tout droit aux intérêts des sommes dotales ainsi qu'aux fruits naturels ou civils des immeubles dotaux. Le second alinéa de l'art. 1570 ne parle, il est vrai, que des intérêts de la dot, mais il est évident que ces expressions ont été employées comme synonymes de revenus dotaux. Duranton, XV, 574. — Cpr. sur le cas où la femme aurait reçu ses aliments au delà de l'année de deuil : Bastia, 26 décembre 1855, Sir., 56, 2, 13.

³⁵ Tessier, II, p. 264. Aix, 2 mai 1839, Sir., 39, 2, 528.

Par exception à la règle générale admise en matière d'usufruit ordinaire, les fruits naturels³⁶ et les fruits civils irréguliers³⁷ des biens dotaux³⁸ sont, en ce qui concerne la répartition à en faire, lors de la cessation de la jouissance du mari³⁹, entre ce dernier ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, entièrement assimilés à des fruits civils réguliers. Art. 1571⁴⁰. Il en résulte que les fruits des biens dotaux, de quelque nature qu'ils soient, perçus ou à percevoir pendant l'année dans laquelle la jouissance du mari vient à cesser, comme constituant le revenu de cette année⁴¹, doivent être confondus dans une seule masse, laquelle se partage entre le mari ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés à partir du jour anniversaire de la célébration du mariage jusqu'à celui de la cessation de l'usufruit⁴².

La règle de partage établie par l'art. 1571 doit être appliquée, non-seulement aux récoltes annuelles, mais encore à celles qui ne se font qu'à des intervalles de plusieurs années, de sorte que le

³⁶ Sous l'expression *fruits naturels*, nous comprenons, comme à l'ordinaire, les fruits naturels proprement dits et les fruits industriels. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2707 et 2708; Benoît, II, 195 et suiv.

³⁷ Cpr. Proudhon, *op. cit.*, II, 911; V, 2702 à 2706; Benoît, II, 205 et suiv.

³⁸ Quoique l'art. 1571 ne parle que des fruits des *immeubles* dotaux, il nous paraît incontestable que la disposition de cet article doit être étendue aux fruits naturels ou civils irréguliers de tous les biens dotaux, par exemple, au croît des animaux : *Est eadem ratio*. Rodière et Pont, II, 656. Taulier, V, p. 371.

³⁹ L'art. 1571 dit, *à la dissolution du mariage*; mais il est hors de doute que les dispositions de cet article s'appliquent à tous les cas où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du mari vient à cesser. Proudhon, *op. cit.*, V, 2696. Troplong, IV, 3678.

⁴⁰ Cet article reçoit application, même au cas où la jouissance du mari vient à cesser dans le cours de la première année du mariage. Cpr. § 535, note 22.

⁴¹ Pour déterminer quels sont les fruits de la dernière année auxquels s'applique l'art. 1571, il faut principalement s'attacher à reconnaître quels sont, eu égard aux fruits précédemment récoltés ou perçus, ceux qui doivent être considérés comme des revenus de l'année dans laquelle cesse la jouissance du mari. Cette observation suffit pour lever tous les doutes auxquels peuvent donner lieu des récoltes précoces ou tardives. Cpr. Benoît, II, 197 et 198; Proudhon, *op. cit.*, V, 2713 et 2714; Marcadé, sur l'art. 1571, n° 1. — Il résulte également de cette observation que la décision donnée par Papinien, dans la L. 7, § 2, *D. sol. matrim.* (24, 3), ne doit plus être suivie sous l'empire du Code. Cpr. Benoît, II, 202; Duranton, XV, 453; Proudhon, *op. cit.*, V, 2716 à 2734.

⁴² Ainsi, cette masse se divise en trois cent soixante-cinq parties; le mari ou ses héritiers prennent autant de ces parties que l'usufruit a duré de jours pendant la dernière année; le surplus appartient à la femme ou à ses héritiers.

mari ne peut garder les récoltes de la dernière espèce que dans la proportion de la durée de sa jouissance comparée aux intervalles qui séparent ces récoltes, et que, réciproquement, il a droit, dans la même proportion, à la récolte qui se fera à l'expiration de la période pendant laquelle sa jouissance a pris fin ⁴³.

Les frais de semence, de culture et de récolte se prélèvent sur les fruits ⁴⁴.

5° *De l'époque à laquelle la restitution peut être exigée.*

La restitution des objets dotaux dont la femme a conservé la propriété, peut, en général, être exigée immédiatement après la cessation de la jouissance du mari ⁴⁵. Art. 1564.

La restitution de la dot constituée en argent, ainsi que celle de l'estimation ou de la valeur des objets dotaux dont le mari est devenu propriétaire et du prix de ceux qu'il a valablement aliénés, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, soit en vertu de son droit d'administration ⁴⁶, ne peut, à moins de stipulation contraire ⁴⁷, et sauf le cas de séparation de biens ⁴⁸, être exigée qu'un

⁴³ Toute autre solution de cette difficulté qui n'a pas été prévue par la loi, conduirait, soit pour le mari, soit pour la femme, à de choquantes injustices, et serait évidemment contraire à l'esprit de la loi, qui a voulu prévenir de pareilles injustices, même pour des récoltes annuelles. Delvincourt, III, p. 119. Toullier, XIV, 314. Duranton, XV, 458. Proudhon, *op. cit.*, V, 2735 à 2737. Tessier, II, p. 172. Bellot des Minières, IV, p. 373. Sériziat, n° 303. Odier, III, 1407. Rodière et Pont, II, 650. Marcadé, sur l'art. 1571, n° 2. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3675.

⁴⁴ Arg. art. 548. Cpr. L. 7, § *ult.* *D. solut. matrim.* (24, 3); Tessier, II, p. 172. Benoît, II, p. 275. Duranton, XV, 449. Odier, III, 1408. Rodière et Pont, II, 650, Voy. cependant Maleville, sur l'art. 1571.

⁴⁵ Cette règle s'applique également à la restitution de la valeur de pareils objets qui auraient péri par la faute du mari.

⁴⁶ Cpr. art. 1557; § 535, texte n° 1. — Quoique l'art. 1565 ne parle expressément que des meubles mis à prix par le contrat, il nous paraît qu'il doit être appliqué à ceux dont le mari est devenu propriétaire à raison de leur nature, et même à ceux dont il a valablement disposé sans en être devenu propriétaire, puisque le motif d'équité qui sert de base aux dispositions de cet article, se reproduit toutes les fois que le mari se trouve, sans aucune faute qui lui soit imputable, dans l'impossibilité de rendre en nature les objets dotaux. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 234 et suiv.; Duranton, XV, 550; Sériziat, n° 253; Rodière et Pont, II, 620; Marcadé, sur les art. 1564 et 1565.

⁴⁷ Delvincourt, III, p. 116. Bellot des Minières, IV, p. 240. Taulier, V, p. 362. Rodière et Pont, II, 626.

⁴⁸ La disposition de l'art. 1565 est inapplicable lorsque la restitution de la dot devient exigible par suite de séparation de biens. Dans ce cas, la femme ou

an après la cessation de la jouissance du mari. Art. 1565 et arg. de cet article. La femme ou ses héritiers n'ont pas même, en pareil cas, le droit d'exiger une caution pour la garantie de cette restitution⁴⁹. La disposition de l'art. 1565 cesse d'ailleurs d'être applicable dans tous les cas où le débiteur est, de Droit commun, privé du bénéfice du terme qui lui avait été accordé⁵⁰.

6^o *Dispositions spéciales à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de la dot, et au rapport de celle-ci.*

L'hypothèque légale dont la femme jouit pour la restitution de sa dot, n'est point privilégiée quant à son rang. Art. 1572⁵¹.

Lorsqu'une fille dotée, soit par son père, soit par sa mère⁵², a épousé un homme qui se trouvait déjà insolvable lors de la constitution de dot, et qui n'avait à cette époque ni métier ni profession qui pût lui tenir lieu de bien, elle n'est tenue, en cas de perte ou de dépréciation de sa dot, de rapporter à la succession de son père ou de sa mère, que l'action qui lui compète contre le mari ou ses héritiers pour se la faire restituer, et non la dot elle-même⁵³.

ses héritiers peuvent immédiatement réclamer la remise en nature ou le paiement de la valeur de tous les objets dotaux sans distinction. Arg. art. 1563 cbn. 1444 et 1188. Duranton, XV, 553. Tessier, II, p. 258. Sériziat, n° 245. Odier, III, 1387. Rodière et Pont, II, 623. Troplong, IV, 3637. — Mais au cas de séparation de corps ou de déclaration d'absence, le mari ou ses héritiers jouissent du délai établi par l'art. 1565. Duranton, XV, 554. Rodière et Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Sériziat, n° 243.

⁴⁹ Merlin, *Rép.*, v^o Dot, § 11, n° 5.

⁵⁰ Cpr. art. 1188; § 303. Duranton, XV, 553. Odier, III, 1387. Rodière et Pont, II, 622.

⁵¹ L'objet de cet article a été d'abroger la loi 12, *C. qui pot. in pign.* (8, 18), d'après laquelle la femme se trouvait, pour la restitution de sa dot, préférée aux créanciers qui lui étaient antérieurs en hypothèque. *Exposé de motifs*, par Berlier, et *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Loché, *Lég.*, XIII, p. 297, n° 43, p. 391, n° 75). Maleville, sur l'art. 1572.

⁵² L'art. 1573 ne parle, il est vrai, que de la dot constituée par le père; mais il doit, par identité de raison, être appliqué à celle qui l'a été par la mère. Il n'existe aucun motif rationnel de distinguer entre le père et la mère, puisque le premier n'est pas plus que la seconde civilement obligé de doter ses enfants. Delvincourt, II, p. 41. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 850. Duranton, VII, 418, et XV, 576. Sériziat, n° 315. Rodière et Pont, I, 124. Troplong, IV, 3680 à 3683. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 2. Demolombe, XVI, 211. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 282. Cpr. Grenier, *Des donations*, II, 530.

⁵³ Il en est ainsi, que la dot ait été constituée en meubles ou en immeubles : *Lex non distinguit*. Vazeille, *op. et loc. cit.* Duranton, VII, 419. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 1. Voy. en sens contraire : Chabot, *Des successions*, sur

Mais si le mari n'est devenu insolvable que depuis la constitution de dot, ou bien si, à cette époque, il avait un métier ou une profession, la perte ou la dépréciation de la dot est exclusivement à la charge de la femme. Art. 1537.⁵⁴

B. DES BIENS PARAPHERNAUX.

§ 541.

1° Tous les biens de la femme qui n'ont été ni constitués en dot ni donnés par contrat de mariage, ou qui ne se trouvent pas légalement subrogés à des biens de l'une ou de l'autre de ces catégories, sont paraphernaux. Art. 1574.

Les acquisitions à titre onéreux faites, soit par la femme seule, soit conjointement par le mari et la femme, appartiennent en propre à celle-ci pour la totalité ou pour moitié, qu'elles aient été soldées de ses deniers ou de ceux du mari¹; et sauf le cas de subro-

l'art. 883, n° 12; Grenier, *op. cit.*, II, 531; Delvincourt, II, p. 41; Demante, III, 202; Demolombe, XVI, 214. — Il semble cependant que la femme ne serait pas dispensée de rapporter la valeur des immeubles dotaux dont le contrat de mariage n'avait permis l'aliénation que sous la condition de son consentement, et à la vente desquels elle aurait effectivement concouru. Rodière et Pont, I, 123.

⁵⁴ Cet article s'applique-t-il à la fille mariée sous le régime de la communauté, ou sous un régime exclusif de communauté, comme à la fille mariée sous le régime dotal? On peut dire, pour l'affirmative, que la disposition de cet article, uniquement fondée sur la négligence du père ou de la mère qui a constitué la dot, ne saurait être considérée comme la conséquence d'un principe particulier au régime dotal. Mais la négative nous paraît préférable. En effet, l'art. 1573 a été tiré de la nouvelle 97, chap. VI, et de l'authentique *quod locum* (*ad L. 4, C. de collat.*, 6, 20), dont les dispositions n'ont jamais été reçues que dans les pays de Droit écrit; et en plaçant l'art. 1573 dans le chapitre qui traite du régime dotal, les rédacteurs du Code ont clairement manifesté l'intention de ne reproduire qu'en faveur des habitudes des pays de Droit écrit une disposition qui a toujours été étrangère aux pays coutumiers. Cpr. § 499, texte n° 2 et note 1. Chabot, *op. et loc. cit.* Grenier, *op. cit.*, II, 529. Durantou, VII, 416 à 420; XV, 576. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 2. Demante, III, 185 *bis*, 11. Demolombe, XVI, 210. Voy. en sens contraire: Vazeille, *op. et loc. cit.*; Delvincourt, II, p. 41; Zachariæ, § 540, note 28. Voy. aussi Rodière et Pont, I, 125.

¹ Nous nous bornerons à renvoyer pour la justification de cette proposition aux explications données à la note 2 du § 531. Odier, III, 1187 *bis* à 1192. Nîmes, 13 août 1857, Sir., 58, 2, 360. Cpr. Grenoble, 1^{er} février 1812, Sir., 28, 2, 44, à la note; Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191; Montpellier, 14 février 1843, Sir., 43, 2, 222. Voy. en sens contraire: Riom, 22 février 1809, Sir., 12, 2, 198. Cpr. aussi Rodière et Pont, II, 685. — Mais s'il résultait des circonstances que la

gation à des biens dotaux, ces acquisitions forment des paraphernaux².

Lorsque le mari s'est rendu acquéreur, soit en son nom personnel, soit pour le compte de la femme, mais sans mandat de celle-ci et sans son concours à l'acte d'acquisition, d'un immeuble dont une part indivise formait un bien paraphernal, la femme jouit de l'option établie par l'art. 1408³.

2° A la différence des immeubles dotaux, les immeubles paraphernaux sont en principe aliénables; et par suite les engagements que la femme a valablement contractés peuvent être poursuivis sur ces immeubles, qu'ils soient ou non susceptibles de l'être sur les biens dotaux⁴.

La stipulation que les immeubles paraphernaux ne pourront être aliénés que sous condition de emploi, ne les frappe pas de dotabilité, et ne les soumet pas à une inaliénabilité relative⁵. Une pareille clause, en supposant d'ailleurs que d'après sa rédaction elle fût opposable aux tiers, n'aurait d'autre effet que de rendre non libératoires à l'égard de la femme les paiements faits sans emploi⁶.

3° La femme conserve, sauf stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux. Art. 1576, al. 1. Sa position, à ce double point de vue, est analogue à celle de la femme séparée de biens, contractuellement ou judiciairement⁷.

C'est ainsi, qu'à l'instar de la femme séparée de biens, elle peut,

femme ne se trouvait pas en position de payer de ses propres deniers le prix quittancé en son nom, elle devrait en faire état au mari ou à ses héritiers; et l'on comprend que, sous ce rapport, la position de la femme dont tous les biens sont dotaux, est moins favorable que celle de la femme qui possède des biens paraphernaux. Cpr. § 531, texte n° 1 et note 3.

² Voy. sur les différentes hypothèses dans lesquelles cette subrogation s'opère, et sur celles où elle n'a pas lieu : § 534, texte n° 5.

³ Cpr. § 507, texte n° 3, et notes 90 à 100; § 537, texte n° 5, et notes 121 à 123. Limoges, 12 mars 1828, Sir., 29, 2, 77. Toulouse, 24 janvier 1835, Sir., 35, 2, 383. Limoges, 23 décembre 1840, et 25 février 1841, Sir., 41, 2, 426. Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319. Voy. cep. Rodière et Pont, II, 686.

⁴ Cpr. § 537, texte n° 1, notes 38 et 39; § 538, texte *in fine*, et note 31.

⁵ Cpr. § 533, texte et note 9; § 533 *bis*, texte et note 6. Civ. cass., 7 juin 1836, Sir., 36, 1, 721. Lyon, 3 janvier 1838, Sir., 38, 2, 160. Req. rej., 13 février 1850, Sir., 50, 1, 353.

⁶ Cpr. § 510, texte n° 3 et note 10; § 533, texte et note 9. Req. rej., 22 avril 1857, Sir., 57, 1, 575.

⁷ Bellot des Minières, IV, p. 300. Duranton, XV, 579 et 580. Sériziat, nos 325 et 326. Troplong, IV, 3691. Marcadé, sur l'art. 1574. Cpr. § 516, texte n° 7.

sans autorisation du mari, recevoir le remboursement de ses créances⁸, ou les céder par voie de transport, et vendre ses meubles corporels⁹.

C'est ainsi encore, que la double question de savoir dans quelles limites la femme peut s'engager sans l'autorisation du mari, et si les engagements qu'elle a valablement contractés sans cette autorisation sont susceptibles d'être poursuivis sur tous ses biens paraphernaux ou sur ses meubles seulement, doit se résoudre d'après les mêmes règles que pour la femme séparée de biens¹⁰.

C'est ainsi enfin, que la femme ne peut aliéner ses immeubles, ni ester en justice à raison de droits paraphernaux quelconques, sans y être dûment autorisée. Art. 1576, al. 2.

L'analogie ci-dessus indiquée conduit également à reconnaître que l'art. 1450 doit recevoir son application en cas de vente d'immeubles paraphernaux¹¹.

⁸ Bellot des Minières, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 687. Troplong, IV, 3691. Turin, 19 janvier 1810, Sir., 11, 2, 79. Grenoble, 19 avril 1842, Sir., 43, 2, 230. Voy. en sens contraire : Benoît, *Des paraphernaux*, n° 20, p. 38 et suiv.; Odier, III, 1451 et 1452. Ces auteurs invoquent à l'appui de leur manière de voir un passage de Pothier (sur l'art. 194 de la coutume d'Orléans), dont l'authenticité nous paraît fort suspecte, vu que nous n'avons pu le trouver dans l'édition des œuvres de cet auteur que nous avons consultée.

⁹ A la vérité, le second alinéa de l'art. 1576 porte d'une manière générale, et sans distinguer entre les meubles et les immeubles, que la femme ne peut aliéner ses paraphernaux sans autorisation de son mari ou de justice. Mais le rapprochement des art. 1449, 1536 et 1538 prouve clairement que le législateur a toujours considéré l'aliénation des meubles comme rentrant, pour la femme mariée jouissant de l'administration de ses biens, dans les limites de cette administration; et de cette observation il est permis de conclure qu'il n'a eu en vue, dans la disposition ci-dessus citée de l'art. 1576, que l'aliénation des immeubles. Cette conclusion paraît d'autant moins contestable qu'il n'y avait aucun motif rationnel pour établir à l'égard des meubles une distinction entre les pouvoirs de la femme séparée de biens judiciairement ou contractuellement et ceux de la femme mariée sous le régime dotal. Cpr. § 516, texte n° 7, et note 55; § 532, texte n° 1, et note 2. Bellot des Minières, *loc. cit.* Duranton, XV, 581. Sériziat, n° 339. Voy. en sens contraire : Benoît, *op. cit.*, n° 21; Odier, III, 1449. Voy. aussi : Troplong, IV, 3691.

¹⁰ Cpr. § 516, texte n° 7, notes 75 et 76.

¹¹ Cpr. § 532, texte et note 3. Bellot des Minières, IV, p. 302. Taulier, V, p. 583. Rodière et Pont, II, 715. Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 379. Troplong, II, 1459 et 1460. Marcadé, sur l'art. 1450, n° 3. Caen, 21 mai 1851, Sir., 54, 2, 91. Caen, 15 juin 1851, et Agen, 3 décembre 1852, Sir., 52, 2, 588 et 591. Civ. cass., 27 avril 1852, Sir., 52, 1, 401. Civ. rej., 27 décembre 1852, Sir., 53, 1, 161. Paris, 7 mai 1853, Sir., 53, 2, 351. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Régime dotal, § 4, n° 1; Benoît, *Des paraphernaux*, n° 238;

4° Les revenus des biens paraphernaux appartiennent en totalité à la femme, qui peut en disposer comme elle l'entend. Toutefois, si tous ses biens sont paraphernaux, et que le contrat de mariage n'indique pas la proportion dans laquelle elle devra concourir aux charges du mariage, elle est tenue d'y contribuer jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus; et le mari peut exiger qu'elle verse entre ses mains cette part contributoire¹². Art. 1575.

5° La femme peut donner à son mari le mandat d'administrer ses biens paraphernaux. Ce mandat est irrévocable, sauf le cas de séparation de biens, lorsqu'il a été conféré par contrat de mariage. Il est, au contraire, révocable au gré de la femme, lorsqu'il a été donné par un acte postérieur. Le mari auquel un pareil mandat a été confié est tenu, comme tout autre mandataire, de ses fautes ou négligences. Mais il ne doit pas compte des fruits, à moins que le pouvoir d'administrer ne lui ait été conféré que sous la charge d'en faire état¹³, auquel cas il en devient comptable en qualité de mandataire. Art. 1577.

Lorsque le mari a joui des biens paraphernaux sans mandat de la femme, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, lors de la dissolution du mariage ou à la première demande de cette dernière, qu'à la représentation des fruits existants. Art. 1578¹⁴. Il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés; la femme ne serait pas admise à demander la restitution de leur valeur en offrant de prouver que le mari les a employés dans son intérêt personnel, et non pour les besoins du ménage¹⁵.

Dans l'application des règles qui viennent d'être posées, on doit considérer comme existants, les loyers, fermages, ou intérêts pour le montant desquels les débiteurs auraient souscrit au profit du

Sériziat, n° 347; Odier, III, 1472; Toulouse, 15 mai 1834, Sir., 35, 2, 17; Toulouse, 27 mars 1840, Sir., 40, 2, 304; Toulouse, 15 décembre 1849, Sir., 50, 2, 499.

¹² Cpr. § 516, texte n° 7 et notes 59 à 66.

¹³ Toullier, XIV, 362. Bellot des Minières, IV, p. 309. Duranton, XV, 582. Sériziat, n° 348. Odier, III, 1482. Rodière et Pont, II, 689. Troplong, IV, 3707. Voy. en sens contraire : Benoît, *op. cit.*, n° 80.

¹⁴ La disposition de cet article s'applique même au cas où la femme mariée en secondes noces a des enfants d'un premier lit. L'abandon qu'elle fait à son mari de ses revenus paraphernaux, ne constitue pas un avantage indirect tombant sous l'application des art. 1098 et 1527. Sériziat, n° 362. Req. rej., 19 décembre 1842, Sir., 43, 1, 165.

¹⁵ Toullier, XIV, 368. Odier, III, 1490 et 1491. Troplong, IV, 3707. Voy. en sens contraire : Benoît, *op. cit.*, n° 177.

mari des reconnaissances ou obligations non encore soldées, ainsi que le prix encore dû des fruits par lui vendus ¹⁶.

Tant que le mari jouit des biens paraphernaux, soit en vertu d'un mandat exprès d'administrer qui ne lui impose pas la charge de rendre compte des fruits, soit par l'effet d'un consentement tacite de la part de la femme, il est tenu de toutes les charges inhérentes à l'usufruit. Art. 1580. Toutefois, s'il avait fait des améliorations sur des biens paraphernaux, il pourrait demander la bonification de la mieux-value qui en serait résultée ¹⁷, mais jusqu'à concurrence seulement des sommes qu'il aurait prises sur sa propre fortune ¹⁸.

Quand le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme ¹⁹, il est comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés. Art. 1579. Il ne peut se soustraire à l'obligation de les restituer sous prétexte qu'il les a employés aux dépenses du ménage ²⁰. Mais il serait autorisé à déduire non-seulement la part contributoire de la femme aux charges du mariage, mais encore les frais de semence, de culture et de récolte, ainsi que les impenses nécessaires ou utiles, et même les frais de simple entretien ²¹.

¹⁶ Toullier, XIV, 365 et 366. Benoît, *op. cit.*, nos 188 et 189. Rodière et Pont, II, 690.

¹⁷ *Non obstant* art. 599 cbn. 1580. Le premier de ces articles, qui n'est pas placé sous la rubrique des *Obligations de l'usufruitier*, n'impose en effet aucune obligation à l'usufruitier, et lui refuse seulement un droit dont jouit, suivant les principes généraux, le tiers qui a fait des améliorations sur le fonds d'autrui. D'un autre côté, la disposition de cet article ne saurait, d'après sa nature exceptionnelle et rigoureuse, être étendue au mari, qui est censé avoir employé aux besoins du ménage les revenus des biens paraphernaux dont la femme lui a laissé la jouissance. Benoît, *op. cit.*, n° 187. Toulouse, 24 janvier 1835, Sir., 35, 2, 383.

¹⁸ Si, dans l'hypothèse indiquée au texte, le mari est dispensé de restituer les fruits qu'il a consommés, il n'est point pour cela autorisé à répéter la portion de revenus qu'il aurait employée dans l'intérêt de la femme, portion qui ne peut être considérée comme consommée dans le sens de l'art. 1578. Civ. rej., 12 février 1849, Sir., 49, 1, 625. Voy. cep. Nîmes, 24 mai 1849, Sir., 49, 2, 644.

¹⁹ On peut induire des termes *opposition constatée*, que la femme ne serait pas admise à prouver par témoins une opposition purement verbale. Mais on ne doit pas aller jusqu'à regarder comme indispensable une notification par acte d'huissier. Benoît, *op. cit.*, n° 225. Sériziat, n° 336. Odier, III, 1493. Troplong, IV, 3714. Cpr. Maleville, sur l'art. 1579; Toullier, XIV, 364; Bellot des Minières, IV, p. 310; Rodière et Pont, II, 691.

²⁰ Toullier, XIV, 367. Benoît, *op. cit.*, nos 227 et 228. Odier, III, 1494.

²¹ Dès que le mari est comptable de tous les fruits tant existants que consommés, il ne peut plus être question de le soumettre aux charges inhérentes à l'usufruit. Benoît, *op. cit.*, n° 229. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 692.

Appendice au régime dotal.

§ 541 bis.

De la société d'acquêts¹.

En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts. Art. 1581.

Une pareille stipulation, simplement accessoire au régime dotal, n'emporte aucune dérogation aux principes constitutifs de ce régime, en ce qui concerne la condition des biens, soit dotaux, soit paraphernaux.

Ainsi, d'une part, les immeubles dotaux restent inaliénables et imprescriptibles, avec toutes les conséquences attachées à ces deux caractères². La dot mobilière demeure pareillement inaliénable sous les divers rapports indiqués aux §§ 537 bis et 538. Spécialement, la femme ne peut, même en ce qui concerne les immeubles compris dans la société d'acquêts, renoncer pendant le mariage à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales³.

Ainsi, d'autre part, la femme conserve, sauf stipulation contraire, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, à charge cependant par elle de verser entre les mains du mari, administrateur de la société d'acquêts, les économies qu'elle aura faites sur ses revenus⁴.

¹ Cpr. sur cette matière : Tessier, *De la société d'acquêts*, 1 vol. in-8°.

² Odier, III, 1518. Rodière et Pont, II, 737 et 742. Marcadé, sur l'art. 1581, n° 2.

³ Angers, 10 août 1839, Sir., 40, 2, 130. Voy. en sens contraire : Tessier, *op. cit.*, n° 189 ; Troplong, III, 1911. Ces auteurs enseignent que la femme ne peut, même au cas de renonciation à la société d'acquêts, exercer, pour ses reprises dotales, son hypothèque légale sur les immeubles de cette société, au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée. Ils se fondent sur ce que les effets de la société d'acquêts étant régis par les règles relatives à la communauté réduite aux acquêts, on doit appliquer ici le principe généralement admis en matière de communauté, que la femme ne peut faire valoir son hypothèque légale au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est obligée. Mais ces auteurs ont perdu de vue que s'il en est ainsi sous le régime de communauté, c'est par la raison que sous ce régime la femme est toujours libre de renoncer à son hypothèque légale, tandis que, sous le régime dotal, elle ne peut par aucun acte compromettre durant le mariage l'exercice de cette hypothèque, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui s'y trouvent soumis. — *Quid* au cas d'acceptation de la société d'acquêts ? Cpr. texte et note 7 *infra*.

⁴ Sériziat, n° 387. Odier, III, 1516. Rodière et Pont, II, 737 et 738. Req. rej., 15 juillet 1846, Sir., 46, 1, 849. Agen, 17 novembre 1852, Sir., 52, 2, 591.

Sous la réserve des règles qui viennent d'être indiquées, la société d'acquêts est régie à tous égards par les dispositions des art. 1498 et 1499, telles qu'elles ont été développées au § 522⁵.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

a. Les produits de l'industrie des époux et les économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens tombent dans la société d'acquêts, sans qu'il y ait à cet égard aucune distinction à faire entre les revenus des biens du mari et ceux des biens de la femme, entre les revenus des biens dotaux et ceux des biens paraphernaux.

b. Les acquisitions faites à titre onéreux pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux époux conjointement, font partie de la société d'acquêts, sauf les cas de subrogation ou de remploi, et sauf aussi récompense s'il y a lieu.

c. L'art. 1510, qui forme le complément de l'art. 1499, s'applique à la société d'acquêts, comme à la communauté réduite aux acquêts. Par suite, la femme n'est recevable à revendiquer, comme lui appartenant, les objets mobiliers saisis sur son mari, qu'autant qu'elle est à même d'établir, par un inventaire ou état authentique, qu'elle les a apportés en mariage ou qu'ils lui sont échus durant le mariage⁶.

d. Les pouvoirs du mari sur les biens de la société d'acquêts sont les mêmes que sous le régime de la communauté légale.

e. Lors de la dissolution de la société d'acquêts par la mort de l'un des époux ou par la séparation de biens, la femme ou ses héritiers ont l'option de l'accepter ou d'y renoncer. Les effets de l'acceptation ou de la renonciation sont, en général, les mêmes que sous l'empire de la communauté légale.

Cependant l'acceptation de la société d'acquêts pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme n'emportant pas de la part de la femme renonciation à faire valoir, sur les immeubles de la société d'acquêts, même au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée, l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales⁷. Mais cette acceptation la

⁵ Art. 1581. Cpr. Civ. cass., 8 mai 1855, Sir., 55, 1, 530.

⁶ Cpr. § 522, texte n° 4, notes 25 et 26. Bordeaux, 21 janvier 1853, Sir., 53, 2, 243. Civ. rej., 19 juin 1855, Sir., 55, 1, 506.

⁷ A la vérité, la femme peut, après la dissolution du mariage, renoncer à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales ; et il semble au premier abord que le fait même de l'acceptation de la société d'acquêts emporte une pareille renonciation, du moins en ce qui concerne les immeubles faisant partie de cette société. Mais il ne faut pas oublier que les renonciations ne se pré-

rendrait non recevable à poursuivre par voie hypothécaire les acquéreurs de pareils immeubles, et ce quand même elle n'aurait pas concouru aux ventes⁸.

D'un autre côté et en cas de renonciation, la femme est admise non-seulement à exercer son hypothèque légale sur les immeubles de la société d'acquêts au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est engagée, mais même à poursuivre hypothécairement les tiers détenteurs de pareils immeubles, encore qu'elle ait concouru aux aliénations⁹.

f. Les droits respectifs des époux sur les fruits des biens dotaux pendant la dernière année du mariage se règlent, non par application de la disposition spéciale de l'art. 1571, mais d'après les principes sur l'usufruit de la communauté¹⁰. Il en est ainsi alors même que la femme renonce à la société d'acquêts¹¹.

sument pas; et il pourrait se présenter, même en dehors du cas où la femme ayant fait inventaire jouirait du bénéfice de l'art. 1483, des circonstances telles qu'il ne fût plus permis de considérer l'acceptation de la société d'acquêts comme impliquant de sa part l'intention de renoncer aux avantages particuliers que lui assure le régime dotal. Odier, III, 1520. Civ. rej., 28 juin 1847, Sir., 47, 1, 493. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1913.

⁸ En acceptant la société d'acquêts, la femme confirme les aliénations consenties par le mari des immeubles faisant partie de cette société, et se rend par cela même non recevable à poursuivre hypothécairement les acquéreurs de ces immeubles. Il y a, en effet, incompatibilité formelle entre l'action hypothécaire que la femme voudrait diriger contre ces acquéreurs, et l'acceptation par laquelle elle s'est soumise à la garantie d'éviction.

⁹ En vertu de la rétroactivité attachée à la renonciation de la femme, le mari est censé avoir toujours été propriétaire exclusif des immeubles compris dans la société d'acquêts. Et comme la femme n'a pu durant le mariage compromettre par aucun acte l'exercice de son hypothèque légale, il en résulte que son concours aux actes d'aliénations ne saurait la rendre non recevable à poursuivre hypothécairement les acquéreurs des immeubles aliénés par le mari.

¹⁰ Tessier, II, p. 169, note 893. Rodière et Pont, II, 741. Troplong, III, 1867.

¹¹ Rouen, 3 mars 1853, Sir., 54, 2, 31. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 741.

DEUXIÈME SECTION.

De la filiation. — Des devoirs inhérents à la paternité et à la maternité. — De la puissance paternelle. — Des droits de famille.

INTRODUCTION.

§ 542.

Le lien de parenté qui existe entre le père ou la mère et l'enfant, se nomme paternité ou maternité, quand on l'envisage dans la personne du père ou de la mère, et filiation, quand on le considère dans la personne de l'enfant.

Les relations de paternité ou de maternité et de filiation peuvent être l'ouvrage de la nature, ou le résultat d'une fiction légale.

Les enfants dont la filiation est l'ouvrage de la nature, sont ou légitimes ou illégitimes, suivant que les personnes au commerce desquelles ils doivent le jour, étaient ou non mariées lors de leur conception. Les enfants conçus hors mariage sont cependant aussi, jusqu'à certain point, réputés légitimes, lorsqu'ils naissent après la célébration du mariage de leurs parents¹. Quant aux enfants conçus et nés hors mariage, ils peuvent, à moins qu'ils ne soient issus d'un commerce adultérin ou incestueux, être légitimés par le mariage de leurs parents; et par suite de leur légitimation, ils sont assimilés à des enfants légitimes qui seraient nés de ce mariage.

Les enfants dont la filiation est le résultat d'une fiction légale, sont les enfants adoptifs.

CHAPITRE PREMIER.

DES ENFANTS LÉGITIMES, ET DES ENFANTS LÉGITIMÉS.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 203 à 211; art. 312 à 333; art. 371 à 387. Loi des 15, 22 novembre et 6 décembre 1850. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du mariage, de la puissance paternelle, etc.*, par Louis Astruc; Toulouse 1758,

¹ Cpr. sur la position de ces enfants, et sur celle des enfants conçus après la dissolution du mariage de leur mère : § 545, texte nos 1 et 2.

1 vol. in-8°. *De la puissance paternelle*, par Pierre Ayrault. *Dissertation sur la puissance paternelle, d'après les principes du Droit naturel, du Droit romain et de l'ancien Droit français, comparés à ceux du Code civil*, par Blœchel; Strasbourg 1806, in-4°. *Qui filii sint legitimi? Dissertatio inauguralis ad capita C. N. de la filiation des enfants légitimes et des preuves de la filiation des enfants légitimes*, auctore G. A. W. du Roi; Heidelberg 1812, 1 vol. in-8°. *Lois des familles, ou Essai sur l'histoire de la puissance paternelle et sur le divorce*, seconde édition, augmentée d'un *Essai sur la filiation légitime*, par Nougarede; Paris 1814, 1 vol. in-8°. *De la paternité et de la filiation*, par Delamalle; Paris 1817, in-8°. *Essai sur la puissance paternelle*, par Chrestien de Poly; Paris 1820, 2 vol. in-8°. *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, par Vazeille; Paris 1825, 2 vol. in-8°. *Traité des puissances maritale, paternelle et tutélaire*, par Chardon; Paris 1841, 3 vol. in-8°. *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles, et des successions irrégulières*, par Richefort; Paris 1843, 3 vol. in-8°. *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*, par Valette; Paris 1859, 1 vol. in-8°.

1. DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

§ 543.

Notions générales.

Un enfant ne pouvant se dire légitime qu'autant qu'il a été conçu, ou que du moins il est né pendant le mariage de ses parents, la filiation légitime suppose toujours un mariage, et même en général un mariage valable.

Celui qui prétend à l'état d'enfant légitime, doit donc établir au préalable, et ce conformément aux règles développées au § 452 bis, la célébration d'un mariage entre son père et sa mère¹. S'il en rapporte la preuve, et que les personnes intéressées à contester sa légitimité opposent la non-existence ou la nullité du mariage, c'est à elles à justifier de leur exception, qui doit, tant sous le rapport de sa recevabilité que quant au fond, être appréciée d'après les règles exposées dans la théorie du mariage. Du reste, l'exception de nullité du mariage, opposée à la prétention de l'enfant, fût-elle recevable et fondée, n'entraînerait pas l'illégitimité de ce dernier, si le mariage auquel il rattache sa filiation avait été contracté de bonne foi².

¹ Cpr. § 452 bis, texte et notes 7, 15 à 25.

² Cpr. art. 201 et 202; § 460.

Lorsque l'existence d'un mariage valable, ou d'un mariage nul mais contracté de bonne foi, se trouve établie, la prétention de l'enfant qui soutient être issu de ce mariage, donne lieu à des questions diverses, suivant qu'il est reconnu que le prétendant est l'enfant de la femme mariée qu'il indique comme sa mère, ou que sa filiation maternelle n'est pas constante.

Dans la première de ces hypothèses, les seules questions que puisse soulever la prétention de l'enfant, sont celles de savoir, s'il a pour père le mari de sa mère, et si la paternité de ce dernier est légitime.

Dans la seconde hypothèse, le litige porte principalement sur la question de savoir si le prétendant est l'enfant de la femme mariée qu'il indique comme sa mère; et les questions concernant la paternité du mari ne se présentent qu'en seconde ligne, ou ne sont pas même soulevées.

A cette distinction se rattache celle des diverses actions relatives à la filiation légitime. Ces actions sont, ou des actions en réclamation d'état, ou des actions en contestation d'état, suivant qu'elles ont pour objet de faire attribuer à un individu l'état d'enfant légitime, dont il n'est en possession ni de droit ni de fait, ou de lui enlever cet état, lorsqu'il s'en trouve en possession. Les actions en contestation d'état (*sensu lato*) se subdivisent en actions en désaveu, en actions en contestation de légitimité³, et en actions en contestation d'état proprement dites.

³ Toute action en désaveu, c'est-à-dire en dénégation de la paternité du mari de la mère de l'enfant, renferme nécessairement aussi dénégation de la légitimité de cet enfant. Cela explique comment, dans l'art. 317, les termes *contester la légitimité* ont pu être employés comme synonymes du mot *désavouer*, qu'on lit dans les art. 312, 313 et 314. Si le législateur a cru devoir réserver cette dernière expression pour le cas où le désaveu est formé par le mari lui-même, en la remplaçant par les termes *contester la légitimité*, lorsqu'il est formé par ses héritiers, c'est sans doute parce qu'il a pensé que ces derniers ne peuvent ni avouer, ni désavouer, dans la rigueur du mot, un fait de paternité qui leur est complètement étranger. Il faut donc bien se garder de confondre l'action en contestation de légitimité dont parle l'art. 317 avec l'action en contestation de légitimité dont il est question en l'art. 315. La première est une véritable action en désaveu, et se trouve régie par les mêmes principes que celle-ci. La vérité de cette proposition ressort bien évidemment de l'art. 318, dans lequel le législateur qualifie de désaveu l'acte par lequel les héritiers du mari dénie la paternité de ce dernier. Pour éviter toute confusion, nous appellerons toujours action en désaveu, celle qui a pour objet de dénier la paternité du mari, quelles que soient d'ailleurs les personnes qui intentent cette action. Toullier, II, 834, à la note. Demolombe, V, 103. Civ. cass., 31 décembre 1834, Sir., 35, 1, 545.

Première hypothèse. Les questions relatives à l'hypothèse où la maternité est constante, peuvent donner lieu, soit à une action en désaveu, soit à une action en contestation de légitimité⁴.

Lorsqu'une femme mariée est accouchée, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution ou son annulation, mais avant l'expiration du délai fixé en l'art. 315, d'un individu dont la filiation maternelle se trouve constatée au moyen d'un acte de naissance qui indique cette femme comme sa mère, et dont l'identité avec l'enfant dénommé en l'acte de naissance n'est pas contestée, cet individu, dont la filiation paternelle peut seule être mise en question⁵, est de droit en possession de l'état d'enfant légitime que la loi lui attribue⁶, et il ne peut, en général, en être privé que par une action en désaveu⁷.

Quand une veuve, ou une femme dont le mariage a été annulé, est accouchée, après l'expiration du délai fixé en l'art. 315, d'un enfant dont la filiation maternelle est d'ailleurs constante, cet enfant n'est pas, malgré sa naissance tardive, illégitime de plein droit. Mais l'état d'enfant légitime auquel il prétendrait, peut lui être enlevé, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une action en désaveu, par une simple action en contestation de légitimité.

L'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité, dont il sera plus amplement traité aux §§ 545 et 545 bis, diffèrent essentiellement l'une de l'autre. Dans la première, le litige

⁴ Mais elles ne peuvent être soulevées, d'une manière principale, que par l'une ou l'autre de ces actions. Les développements qui seront donnés dans la suite de ce paragraphe et au § 545, prouveront, en effet, que l'enfant dont la filiation maternelle est constante, se trouve de droit en possession de l'état d'enfant légitime du mari de sa mère, tant que cet état ne lui a pas été enlevé par une action en désaveu, ou une action en contestation de légitimité. Il résulte de là que si cet individu ne se trouve pas de fait en possession des avantages attachés à l'état d'enfant légitime, l'action qu'il intente dans le but de se les procurer, ne constitue pas une action en réclamation d'état. Il en résulte encore qu'il n'existe pas d'action en aveu de paternité opposée à l'action en désaveu, ni d'action en réclamation de légitimité opposée à l'action en contestation de légitimité.

⁵ A moins que l'acte de naissance ne soit lui-même attaqué.

⁶ Il en est ainsi, quelque erronées que puissent être les énonciations de l'acte de naissance, en ce qui concerne la filiation paternelle. Cpr. § 544, texte n° 1 et notes 9 à 11. L'action en rectification des erreurs que contient à cet égard l'acte de naissance, ne constitue donc pas une action en réclamation d'état. Cpr. Paris, 6 janvier 1834, Sir., 34, 2, 131.

⁷ Voy. une exception à cette dernière partie de notre proposition, au § 545, texte n° 1, notes 11 et 12.

porte principalement sur le point de savoir si le mari est le père de l'enfant; et la légitimité ou l'illégitimité de celui-ci n'est que la conséquence de la solution affirmative ou négative de cette question. Au contraire, le litige soulevé par la seconde action porte exclusivement sur la légitimité, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'enfant est le fruit du mariage auquel il veut rattacher sa filiation; et la solution de cette question ne découle pas nécessairement de la paternité du mari, puisque l'enfant peut être illégitime, quoiqu'il ait pour père un individu qui est ou qui a été marié avec sa mère⁸.

Seconde hypothèse. Lorsque la filiation maternelle d'un individu n'est pas justifiée au moyen de la production d'un acte de naissance qui le déclare né de la femme mariée qu'il prétend être sa mère⁹, ou lorsque, à défaut de possession d'état, son identité est contestée¹⁰, la question de savoir si cet individu est l'enfant des deux époux du mariage desquels il se dit issu, peut se présenter sous un double point de vue. Si cet individu n'est pas actuellement, ou n'était pas au moment de son décès¹¹, en possession de l'état d'enfant légitime, et qu'il réclame cet état ou qu'on le réclame en son nom, la demande formée à cet effet constitue une action en réclamation d'état. Si, au contraire, cet individu se trouve actuellement, ou se trouvait au moment de son décès, en possession de l'état d'enfant légitime, et qu'on vienne à le lui contester, la demande intentée à cet effet constitue une action en contestation d'état proprement dite¹².

⁸ Cpr. § 545, texte n° 1, notes 11 et 12, texte n° 2, note 35.

⁹ Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où l'acte de naissance contient, en ce qui concerne la filiation maternelle, des erreurs matérielles, et tellement évidentes qu'il n'en résulte aucune incertitude sur la réalité de cette filiation. Il ne peut, dans ce dernier cas, être question que d'une demande en rectification de l'acte de naissance, et non d'une action en réclamation d'état. Duranton, III, 152. Aix, 17 août 1808, Sir., 9, 2, 272. Mais il en serait autrement, si l'identité de la mère réclamée et de la femme désignée dans l'acte de naissance n'était pas certaine. Cpr. § 544, texte n° 1, et note 10.

¹⁰ Il en est, en pareil cas, de l'individu dont l'identité est contestée, comme de l'héritier dont la qualité n'est pas reconnue, et qui, par cela même, ne peut faire valoir les avantages attachés à la saisine légale qu'après avoir justifié de cette qualité. Cpr. art. 724. La possession de droit de l'état d'enfant légitime n'est attachée à un acte de naissance qu'autant que l'individu qui prétend se l'appliquer sans avoir de fait la possession de cet état, a justifié de son identité au moyen d'une action en réclamation d'état. Cpr. Proudhon, II, p. 78; Duranton, III, 152.

¹¹ Pau, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57.

¹² Il en serait ainsi, même dans le cas où, en contestant à un individu l'état

Les demandes en réclamation d'état et en contestation d'état, *sensu lato*, sont dispensées du préliminaire de conciliation. Elles sont communicables au ministère public. Elles doivent sur appel être jugées en audience solennelle¹³. Du reste, ces demandes s'intentent, s'instruisent, et se jugent comme toute autre action civile. Ainsi, lorsque la preuve testimoniale est recevable en matière d'état, les tribunaux sont, comme en toute autre matière, appréciateurs souverains de la pertinence des faits allégués, et ils sont autorisés à rejeter la preuve testimoniale, si elle ne leur paraît pas relevante¹⁴.

§ 544.

De la preuve de la filiation des enfants légitimes.

1° La filiation des enfants nés pendant le mariage, ou avant l'expiration du délai indiqué en l'art. 315¹, se prouve par des actes de naissance régulièrement inscrits dans les registres de l'état civil. Art. 319. L'acte de naissance inscrit sur une feuille volante, ou rédigé sur la déclaration de personnes qui n'ont pas reçu de la loi mission à cet effet, ne fait pas foi de la filiation².

d'enfant légitime, on lui dénierait la possession d'état dont il se prévaut. Pau, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57.

¹³ Code de procédure, art. 48 et 83. Décret du 30 mars 1808, art. 22.

¹⁴ Code de procédure, art. 253. Cpr. Code Napoléon, art. 46 et 323. Req. rej., 12 décembre 1827, Sir., 28, 1, 172. Pau, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57. Req. rej., 19 mai 1830, Sir., 30, 1, 216.

¹ Sous l'expression *enfants légitimes*, l'intitulé du chap. II du titre *De la paternité et de la filiation*, désigne tous les enfants en faveur desquels milite, soit la présomption de légitimité attachée à la conception pendant le mariage, soit la fiction de légitimité attachée à la naissance pendant le mariage. Ainsi, les dispositions de ce chapitre s'appliquent non-seulement aux enfants conçus pendant le mariage, mais même à ceux qui, quoique conçus avant le mariage, sont nés depuis sa célébration. C'est ce qui résulte déjà du rapprochement des intitulés des chap. I et II de ce titre. C'est ce que feront également ressortir les explications qui seront données à la note 8 du § 545. Ces dispositions, au contraire, sont étrangères aux enfants nés après le délai fixé par l'art. 315, en tant que leur filiation maternelle ne serait pas reconnue par les parties intéressées. Cpr. § 545, texte n° 2, notes 29 à 35.

² Un acte de naissance inscrit sur une feuille volante pourrait à la vérité être admis, selon les circonstances, pour prouver le fait de la naissance. Cpr. § 64,

Que si un acte de naissance, d'ailleurs régulier, avait été inscrit tardivement et sans jugement de rectification, il appartiendrait aux tribunaux d'en apprécier la force probante suivant les circonstances³.

L'acte de naissance prouve la filiation qu'il indique, bien qu'il ne soit pas corroboré par la possession d'état; il la prouverait, quand même l'enfant qui se prévaut de cet acte aurait une possession d'état contraire aux énonciations qu'il renferme⁴. Mais s'il est contesté qu'un acte de naissance s'applique à celui qui l'invoque, sans avoir une possession d'état conforme à cet acte, la preuve qu'il veut en faire ressortir ne devient complète qu'autant qu'elle est accompagnée de celle de l'identité⁵. Cette dernière preuve peut, en général, se faire par témoins, quoiqu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, ni de présomptions de nature à y suppléer⁶.

L'acte de naissance fait, directement et par lui-même, pleine foi de la maternité de la femme mariée inscrite comme mère de l'en-

texte et note 14; § 65, texte et note 8. Mais autre est la preuve de la naissance, autre la preuve de la filiation. En attachant à l'acte de naissance l'effet de prouver la filiation maternelle et par suite la filiation paternelle, indépendamment de tout concours à cet acte de la part du père ou de la mère, la loi s'écarte des règles ordinaires sur la force probante des actes instrumentaires, et par cela même cet effet reste subordonné à l'accomplissement des conditions prescrites pour garantir la sincérité des actes de l'état civil. Art. 319 et arg. de cet article. Cpr. § 65, texte et note 3. Toullier, II, 863 et 867. Duranton, III, 119 et 126. Marcadé, sur l'art. 319, n° 1. Demolombe, V, 190 et 191.

³ L'obligation de faire la déclaration de naissance dans les trois jours de l'accouchement est principalement établie dans un but de police, et n'a qu'un rapport indirect avec la force probante de l'acte de naissance. Toutefois, la tardiveté de cette déclaration pourrait, selon les cas, atténuer la foi due à l'acte de naissance. Cpr. § 60, texte et note 11. Demolombe, V, 192 et 193. Caen, 3 mars 1836, Sir., 38, 2, 486.

⁴ Arg. *a contrario* art. 320 cbn. 319. Duranton, I, 298 à 310; III, 112. Delvincourt, I, p. 213. Lassaulx, I, p. 372. Du Roi, p. 14. Demolombe, V, 202.

⁵ Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 4, n° 5. Proudhon, II, p. 78. Toullier, II, 854. Duranton, III, 122. Demolombe, V, 200 et 201.

⁶ *Non obstat* art. 323. Autre chose est de justifier une action en réclamation d'état, à l'appui de laquelle aucun acte de naissance n'est représenté, autre chose est de prouver qu'un acte de naissance est applicable à celui qui le produit. Toullier, II, 883. Duranton, III, 123. Du Roi, p. 26. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 449. Demolombe, V, 203. Paris, 13 floréal an XIII, Sir., 7, 2, 765. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 213 et 214; Req. rej., 27 janvier 1818, Sir., 18, 1, 149; Bordeaux, 25 août 1825, Sir., 26, 2, 163. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. III, n° 3; Req. rej., 5 avril 1820, Sir., 20, 1, 320.

fant⁷, malgré l'admission de l'action en désaveu formée par le mari ou par ses héritiers⁸.

L'acte de naissance prouve aussi, mais seulement indirectement, et en vertu de la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*⁹, la paternité du mari de la femme qui y est indiquée comme mère de l'enfant. Il importe peu à cet égard que cette dernière n'ait été désignée que sous son nom de famille, et non sous celui de son mari, ou qu'elle ait été qualifiée de femme non mariée¹⁰. Il est également indifférent que l'enfant ait été inscrit comme né d'un père inconnu, ou d'un autre père que le mari¹¹.

⁷ Mais la force probante de l'acte de naissance peut, sous ce rapport, être combattue sans inscription de faux. Cpr. § 65, texte et note 5. Valette, sur Proudhon, II, p. 80, obs. 2. Demolombe, V, 204. Marcadé, sur l'art. 319, n° 2.

⁸ Loin de détruire la force probante de l'acte de naissance en ce qui concerne la filiation maternelle, l'admission de l'action en désaveu la corrobore. En vain dirait-on que l'enfant à l'égard duquel le désaveu a été admis, se trouvant par là même rangé dans la classe des enfants illégitimes, ne peut plus prouver sa filiation maternelle conformément aux dispositions des art. 319 et suiv. Pour appliquer sainement ces dispositions, il faut considérer l'état des enfants, tel qu'il est au moment de leur naissance, en vertu de la présomption ou de la fiction de légitimité qui milite en leur faveur, et non tel qu'il a été ultérieurement fixé par suite de l'admission d'une action en désaveu.

⁹ Voy. sur la nature de cette présomption et sur les moyens à l'aide desquels elle peut être combattue : Art. 312 et 313 ; § 545, texte n° 3.

¹⁰ Ces circonstances ne sont point, par elles-mêmes, de nature à invalider la force probante de l'acte de naissance quant à la maternité de la femme indiquée comme mère de l'enfant, lorsqu'il ne s'élève d'ailleurs aucun doute sur l'identité de celle-ci ; et dès lors, cet acte prouve également, malgré ces circonstances, la paternité du mari. L'acte de naissance n'est destiné à constater que la naissance et la filiation de l'enfant ; et non le mariage des personnes dont il se prétend issu. Sous ce dernier rapport, on ne peut pas plus invoquer l'acte de naissance contre l'enfant, qu'il ne peut lui-même l'invoquer en sa faveur. Cpr. § 452 bis, texte et note 22. Delvincourt, I, p. 208. Toullier, II, 863. Duranton, III, 114 et 115. Valette, sur Proudhon, II, p. 81, obs. 3. Marcadé, sur l'art. 319, n° 2. Richafort, I, 122. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 450 à 453. Demolombe, V, 195 à 197. Paris, 9 avril 1813, Sir., 13, 2, 310. Paris, 28 juin 1819, Sir., 20, 2, 7. Toulouse, 14 juillet 1827, Sir., 28, 2, 202. — Voy. cep. Paris, 15 juillet 1808, Sir., 9, 2, 112 ; Req. rej., 22 janvier 1811, Sir., 11, 1, 200 ; Paris, 5 mars 1814, Sir., 14, 2, 161. Ces arrêts, qui statuent plutôt en fait qu'en droit, ne sont pas en réalité contraires à notre manière de voir : ils ont simplement jugé qu'il n'était pas justifié, dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, que la mère désignée dans l'acte de naissance fût identiquement la même que la femme mariée à laquelle on prétendait attribuer la maternité de l'enfant.

¹¹ L'acte de naissance n'est pas destiné à prouver directement la filiation paternelle. Son objet, sous ce rapport, consiste uniquement à fournir la preuve de

2° L'individu qui se trouve, par quelque cause que ce soit, dans l'impossibilité de produire son acte de naissance¹², peut

l'un des éléments à l'aide desquels la loi détermine elle-même cette filiation. Cet élément, c'est la filiation maternelle. Tout acte de naissance qui prouve la maternité d'une femme mariée, prouve également la paternité du mari de cette femme, en vertu d'une présomption que la loi a attachée au fait même du mariage, indépendamment de toute autre condition. Art. 312, al. 1. Les énonciations contraires à cette présomption ne sauraient avoir pour effet de la détruire, car elle ne peut être combattue qu'à l'aide du désaveu. Cpr. § 545, texte n° 3. En vain invoquerait-on, pour défendre l'opinion contraire à celle que nous avons émise au texte, les dispositions de l'art. 325, évidemment inapplicables au cas où l'enfant produit un acte de naissance qui désigne sa mère. Cpr. art. 323 et 324. En vain dirait-on encore que l'enfant ne peut diviser son acte de naissance. La doctrine de l'indivisibilité du titre ne saurait être admise en matière de filiation, parce que le titre de l'enfant, quant à sa filiation paternelle, est dans la loi même, et qu'on ne peut le priver du bénéfice de ce titre par des énonciations insérées dans un acte auquel il n'a même pas participé. La doctrine de l'indivisibilité du titre avait, au surplus, déjà été proscrite par l'ancienne jurisprudence des arrêts et par le Droit intermédiaire. Cpr. décret du 19 floréal an II. Le consul Cambacérès essaya vainement de la faire revivre, lors de la discussion au Conseil d'état; et depuis la promulgation du Code, elle a été presque généralement repoussée par les auteurs et par les tribunaux. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 23). Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 7. Toullier, II, 858, 859, 860, 862 et 896. Duranton, III, 115 à 119 et 138. Bonnier, *Des preuves*, n° 432. Valette, sur Proudhon, Marcadé, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, et Demolombe, *loc. cit.* Paris, 6 janvier 1834, Sir., 34, 2, 131. Montpellier, 20 mars 1838, Sir., 39, 2, 279. Req. rej., 19 mai 1840, Sir., 40, 1, 524. Voy. encore les arrêts cités à la note 10 *supra*. Cpr. cep. Delvincourt, I, p. 213; Du Roi, p. 60.

¹² La première rédaction de l'art. 320 portait : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » D'après cette rédaction, l'application de l'art. 320 aurait été restreinte aux cas prévus par l'art. 46. Mais, lors de la discussion au Conseil d'état, le consul Cambacérès fit observer qu'il serait possible que l'enfant n'eût pas été inscrit sur les registres, ou qu'il y eût été porté sous de faux noms, et qu'on ne saurait sans injustice le rendre responsable d'une négligence ou d'une fraude qui lui est complètement étrangère. Ce fut par suite de cette observation, et pour généraliser la disposition de l'article, qu'on remplaça les mots : « si les registres sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu, » par ceux-ci : « à défaut de ce titre. » Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 27, art. 2; p. 76 et 77, n° 8; p. 147, art. 7. Ainsi, l'enfant peut se prévaloir de sa possession d'état, sans être obligé de justifier qu'il se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 46, et d'indiquer la cause qui l'empêche de produire son acte de naissance. *Rapport* de Lahary, et *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 251 et 252, n° 21; p. 301 et 302, n° 24). Delvincourt, I, 213. Locré, sur l'art. 320. Lassaulx, I, 371. Toullier, II, 871, 872 et 880. Duranton, III, 127. Marcadé, sur les art. 320 et 321, n° 1. Demolombe, V, 206. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 547, texte et note 6.

prouver sa filiation en justifiant de la possession constante de l'état d'enfant légitime. Art. 320.

La possession d'état résulte d'une réunion suffisante de faits tendant à établir, entre un individu et les époux du mariage desquels il se dit issu, un rapport de filiation d'une part, de paternité et de maternité d'autre part¹³. Art. 321, al. 1. Les principaux de ces faits, que dans le langage de la science on désigne par les termes *nomen*, *tractatus*, *fama*, sont énumérés dans l'art. 321, al. 2 à 4¹⁴, dont la disposition, rédigée d'une manière purement énonciative, n'a pour but, ni d'exclure les faits qui ne s'y trouvent pas indiqués, ni de subordonner la possession d'état à la réunion de tous ceux qui s'y trouvent énoncés¹⁵. A plus forte raison n'est-il pas nécessaire que le réclamant prouve, comme au cas prévu par l'art. 323, l'accouchement de la femme dont il prétend être l'enfant¹⁶.

La preuve des faits à l'aide desquels s'établit la possession d'état, peut se faire par témoins, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, ou de présomptions de nature à y suppléer¹⁷.

Les adversaires de l'enfant sont toujours admis, non-seulement

¹³ Ainsi, un enfant ne peut, en scindant la preuve de sa filiation maternelle et celle de sa filiation paternelle, se borner à justifier de sa possession d'état quant à la mère qu'il réclame, et se placer ensuite, relativement au mari de cette dernière, sous la protection de la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, qui ne s'applique qu'au cas où la filiation maternelle est directement établie au moyen de la preuve de l'accouchement. Marcadé, sur l'art. 321, n° 1. Richefort, I, 92. Demolombe, V, 211. Cpr. Paris, 11 juin 1814, Sir., 15, 2, 17. Voy. cep. Bonnier, *op. cit.*, n° 138 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 456 ; Toulouse, 4 juin 1842, Sir., 43, 2, 507.

¹⁴ Quoique la plupart des faits indiqués par cet article ne se rapportent qu'au père, et soient étrangers à la mère, il ne faut pas en conclure que l'enfant puisse être admis à établir sa possession d'état quant au mari seul, sans justifier d'aucuns faits de nature à la prouver quant à la femme. La preuve de la filiation par la possession d'état doit se faire simultanément et indivisément, tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père. Arg. art. 321, al. 1. Marcadé, Demolombe, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Paris, 25 mai 1852, Sir., 52, 2, 289.

¹⁵ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, *Rapport* de Lahary, et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 200, n° 19 ; p. 251 et 252, n° 21 ; p. 302 et 303, n° 25). Loché, sur l'art. 321. Duranton, III, 132. Favard, *Rép.*, v° Filiation, § 1, n° 3. Du Roi, p. 86. Demolombe, V, 208. Req. rej., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 405. Cpr. Req. rej., 19 mai 1830, Sir., 30, 1, 216.

¹⁶ Toulouse, 4 juin 1842, Sir., 43, 2, 507.

¹⁷ Le second alinéa de l'art. 323 est évidemment étranger à l'hypothèse actuelle. Bonnier, *op. cit.*, n° 133. Demolombe, V, 212. Pau, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57. Toulouse, 4 juin 1842, Sir., 43, 2, 507.

à faire la preuve contraire des faits par lui articulés, mais encore à combattre les conséquences qu'il veut en tirer, en administrant de leur côté la preuve d'autres faits tendant à établir qu'il a une possession d'état différente de celle qu'il entend s'attribuer.

La question de savoir si la possession d'état est constante, c'est-à-dire si les faits à l'aide desquels on prétend l'établir, sont en nombre suffisant, s'ils sont dûment justifiés, et s'ils ne sont pas détruits par des faits contraires, est entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux¹⁸.

Alors même que la possession d'état est constante, on peut encore efficacement combattre la preuve de la paternité et de la maternité qui en découle, soit en démontrant qu'il n'existe aucun enfant issu du mariage, ou que les enfants qui en sont nés sont décédés¹⁹, soit en produisant un acte de naissance qui donne à l'enfant une filiation différente de celle qu'il entend s'attribuer²⁰, sauf à celui-ci à faire usage, dans ce dernier cas, de la faculté que lui accorde l'art. 323.

3° L'individu qui se trouve, pour quelque motif que ce soit²¹,

¹⁸ Demolombe, V, 208. Civ. rej., 8 janvier 1806, Sir., 6, 1, 307. Req. rej., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 405. Req. rej., 19 mai 1830, Sir., 30, 1, 216.

¹⁹ Toullier, II, 880, n° 2. Marcadé, sur les art. 320 et 321, n° 2. Demolombe, V, 216. Cpr. Crim. rej., 2 mars 1809, Sir., 9, 2, 300.

²⁰ Arg. art. 320. La possession d'état ne prouve la filiation qu'à défaut d'acte de naissance. Si cet acte est produit, et qu'il soit contraire à la possession d'état, il en neutralise les effets. Proudhon, II, p. 84 et 85. Duranton, III, 129. Demolombe, *loc. cit.*

²¹ Pour être admis à la preuve testimoniale de la filiation, il n'est pas nécessaire de justifier, conformément à l'art. 46, de la non-existence ou de la perte des registres de l'état civil, et d'indiquer la cause à raison de laquelle l'acte de naissance n'est pas produit. Cpr. note 12 *supra*. Ce qui ne peut laisser aucun doute à cet égard, c'est que l'art. 323 assimile le cas où l'acte de naissance n'est pas produit, à celui où l'enfant dont on représente l'acte de naissance, soutient avoir été inscrit sous de faux noms. Seulement ne peut-on, hors des cas explicitement ou implicitement prévus par l'art. 46, être admis à la preuve par témoins, qu'avec un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions graves de nature à y suppléer, tandis qu'en justifiant de la non-existence ou de la perte des registres, l'admission de la preuve testimoniale n'est pas subordonnée à cette dernière condition. Telle est la seule manière de concilier les art. 46 et 323. C'est donc à tort que Toullier (II, 884 à 887), Richefort (I, 108) et Marcadé (sur l'art. 324, n° 2) enseignent que la preuve testimoniale n'est recevable en matière de filiation que sous la double condition de l'absence de registres et de l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou de présomptions graves de nature à y suppléer. Duvergier, sur Toullier, II, 887, note a. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 460. Demolombe, V, 233 et 234. Cpr. Duranton, I, 293; Req. rej., 12 décembre 1827, Sir., 28, 1, 172.

dans l'impossibilité de produire son acte de naissance, et de suppléer à cette production en justifiant de la possession constante de l'état d'enfant légitime, peut prouver sa filiation par témoins. Il est admis à la faire, quand même la filiation réclamée serait contredite par une possession d'état contraire²². Art. 323, al. 1.

L'individu qui a été inscrit comme né de père et mère inconnus, et celui auquel on oppose un acte de naissance qui lui donne une filiation différente de celle qu'il veut s'attribuer, peuvent aussi prouver leur filiation par témoins, mais à charge, quant au dernier, de justifier qu'il a été inscrit sous de faux noms²³. Art. 323, al. 1. Il en est ainsi, même dans le cas où ces individus auraient une possession d'état contraire à la filiation à laquelle ils prétendent, pourvu que d'ailleurs cette possession d'état ne soit pas conforme à leur acte de naissance²⁴.

Dans les différentes hypothèses qui viennent d'être indiquées, la preuve testimoniale de la filiation n'est admissible qu'autant qu'il existe, soit un commencement de preuve par écrit qui rende vraisemblables les faits dont la justification est imposée au réclamant²⁵, soit des présomptions résultant de faits dès lors constants, et qui aient assez de gravité pour déterminer l'admission de cette preuve. Art. 323, al. 2. Les tribunaux sont souverains appréciateurs de la gravité des présomptions et du degré de vraisemblance que présente le commencement de preuve par écrit²⁶. Du reste, ce commencement de preuve peut indifféremment résulter, soit de titres de famille, soit des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, soit d'actes publics, ou même privés, émanés d'une personne engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si

²² Arg. *a contrario* art. 322, al. 1. Il résulte, en effet, de la disposition de cet article, que l'action en réclamation d'état n'est irrecevable que dans le cas où la possession d'état est conforme à l'acte de naissance, ce qui n'a pas lieu dans l'hypothèse indiquée au texte, où nous supposons que l'acte de naissance n'est pas représenté. D'ailleurs, l'art. 323 ne distingue pas. Locré, sur l'art. 323. Du Roi, p. 16. Démolombe, IV, 241.

²³ Cette preuve peut être faite sans inscription de faux contre l'acte de naissance. Cpr. § 65, texte et note 5; texte et note 7 *supra*. Toullier, II, 905. Vaillette, sur Proudhon, II, p. 89, note a. Voy. en sens contraire: Merlin, *Rép.*, v^o Maternité, n^o 6; Proudhon, II, p. 88.

²⁴ Art. 322, al. 1, et arg. *a contrario* de cet article. Cpr. note 22 *supra*.

²⁵ Arg. art. 1347. Démolombe, V, 249.

²⁶ Cpr. art. 1353. Démolombe, V, 249 et 250. Req. rej., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 405. Paris, 11 juin 1814, Sir., 15, 2, 17. Aix, 22 novembre 1825, Sir., 27, 2, 239. Civ. rej., 11 avril 1826, Sir., 26, 1, 336. Req. rej., 6 août 1839, Sir., 39, 1, 562.

elle était vivante. Mais il ne saurait être tiré d'écrits émanés d'autres personnes. Art. 324²⁷.

L'individu qui veut prouver sa filiation par témoins, doit établir l'accouchement de la femme mariée qu'il réclame pour sa mère, et son identité avec l'enfant qu'elle a mis au monde²⁸. La preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à démontrer que le réclamant n'est pas l'enfant de la femme dont il prétend être né²⁹.

Ce dernier n'a, du reste, d'autres justifications à faire que celles qui viennent d'être indiquées. La maternité une fois prouvée, le mari de la mère est légalement présumé être le père de l'enfant³⁰. Toutefois, la présomption de paternité qui milite contre le mari, n'est plus ici qu'une présomption légale ordinaire, qui peut, même hors des cas prévus par les art. 312 et 313, être détruite au moyen de toute espèce de preuve contraire, dont l'appréciation est entièrement abandonnée aux tribunaux³¹. Art. 325.

²⁷ La disposition de cet article est certainement limitative, en ce qui concerne les auteurs des écrits d'où l'on prétendrait tirer le commencement de preuve. Art. 1347, al. 2. Demolombe, V, 245. — Mais c'est évidemment à tort que Marcadé (sur l'art. 324, n° 2), en s'attachant au sens rigoureux des mots *actes privés*, soutient que les simples lettres missives ne peuvent pas servir de commencement de preuve. Ces lettres, en effet, forment l'élément le plus ordinaire et le plus important de la preuve de la filiation. Demolombe, V, 246.

²⁸ Cpr. art. 341, al. 2. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, V, 254.

²⁹ Art. 325. Elle peut donc s'administrer par témoins, même sans commencement de preuve par écrit. Delvincourt, sur l'art. 325. Demolombe, V, 255.

³⁰ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 80). Proudhon, II, p. 73 et 74. Toullier, II, 893. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 585, n° 4. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 406. Req. rej., 13 février 1839, Sir., 40, 1, 117. — Il est bien entendu que si le mari n'avait pas été partie au jugement qui a déclaré la maternité, ce jugement ne pourrait lui être opposé même sous ce rapport, et en tant qu'on voudrait en faire découler contre lui une présomption de paternité. Art. 1351. Demolombe, V, 257 et 258. Cpr. § 544 *bis*, texte et note 26.

³¹ La raison en est, comme l'a fort bien expliqué Bigot-Préameneu dans l'*Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, VI, p. 201, n° 21) que « lorsque l'enfant n'a ni « possession constante, ni titre, ou lorsqu'il a été inscrit, soit sous de faux « noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une présomp- « tion très-forte qu'il n'appartient pas au mariage, » et que cette présomption doit, sinon neutraliser, du moins atténuer les effets de la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Aussi, la simple impossibilité morale de cohabitation, quoique non accompagnée des circonstances prévues par l'art. 313, suffit-elle pour faire admettre en pareil cas la non-paternité du mari. *Discussion au Conseil d'état et Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VI, p. 74 et suiv., n° 8; p. 177, n° 13). Locré, sur l'art. 325. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 4, n° 7. Toullier, II, 894 et 895. Duranton, III, 137. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 90. Du Roi, p. 75. Valette, sur Proudhon, II, p. 75 et suiv., note a.

Il y a mieux, s'il résultait de documents produits par l'une ou l'autre des parties, ou des faits mêmes articulés par le réclamant, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la femme dont il soutient être né, son action devrait être écartée par fin de non-recevoir, comme tendant à établir une filiation adultérine³². Toutefois, lorsque pour contester la recevabilité de l'action en réclamation d'état, on se borne à opposer une reconnaissance émanée d'un autre que du mari de la femme dont le réclamant demande à prouver la maternité, et que ce dernier parvient à faire annuler cette reconnaissance pour vice de fond ou de forme, aucun obstacle ne s'oppose plus à l'admission de sa réclamation. Que si, tout en repoussant la reconnaissance, il n'avait pas de moyens suffisants pour la faire annuler, il appartiendrait aux tribunaux d'apprécier quelle est, d'après les circonstances de la cause, la présomption qui doit l'emporter, ou de celle de paternité illégitime, qui résulte de la reconnaissance, ou de celle de paternité légitime, qui s'attacherait à la preuve de la filiation maternelle, et par suite d'accueillir ou de rejeter la fin de non-recevoir opposée à la réclamation d'état³³.

Richefort, I, 348 et 349. Taulier, I, p. 395 et 396. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 462 et 463. Marcadé, sur l'art. 325, n° 1. Demolombe, V, 259. Poitiers, 29 juillet 1808, Sir., 8, 2, 311. Req. rej., 9 novembre 1809, Sir., 10, 1, 77. Bordeaux, 13 février 1838, Sir., 38, 2, 406.

³² Art. 342. Demolombe, V, 567. Rouen, 26 juillet 1838, Sir., 38, 2, 401. Req. rej., 22 janvier 1840, Sir., 40, 1, 120. Req. rej., 22 février 1843, Sir., 43, 1, 180. Bordeaux, 25 mai 1848, Sir., 48, 2, 561. Req. rej., 1^{er} mai 1849, Sir., 49, 1, 618.

• ³³ Le débat portant sur une fin de non-recevoir d'ordre public, cette fin de non-recevoir doit être appréciée, dès avant l'examen du fond, d'après l'état des faits établis au moment où elle est proposée. Or, l'on ne saurait écarter *de plano* la reconnaissance comme contraire à la prohibition de l'art. 335, puisque la maternité n'est pas encore constante; et, d'un autre côté, on ne peut pas non plus s'arrêter exclusivement à la reconnaissance que le réclamant repousse, en offrant de prouver sa filiation maternelle à l'égard d'une femme mariée. Quant à la présomption de paternité légitime du mari de cette femme, elle n'a pas encore de base certaine, et se trouve d'ailleurs contestée par le fait même de la fin de non-recevoir opposée au réclamant. Dans cette situation complexe, où l'on se trouve placé entre deux présomptions légales qui se balancent, le seul moyen pour le juge de sortir de la difficulté que fait naître la fin de non-recevoir proposée, est d'apprécier d'après les circonstances quelle est celle de ces présomptions qui doit prévaloir. A ce point de vue, la circonstance que le réclamant aurait une possession d'état conforme à la reconnaissance, devrait, quoique ne constituant pas une fin de non-recevoir légale et absolue, être prise en sérieuse considération. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 406; Req. rej., 13 février 1839, Sir., 40, 1, 117; Paris, 18 juillet 1856, Sir., 56, 2, 588; Req. rej., 27 janvier 1857, Sir., 57, 1, 177.

Les règles développées au § 545 *bis* sur les personnes auxquelles compète l'action en désaveu, et sur les délais dans lesquels elle doit être intentée, sont d'ailleurs inapplicables à l'exception, et même à l'action au moyen de laquelle on conteste, dans le cas prévu par l'art. 323, la filiation paternelle que l'enfant prétend s'attribuer³⁴.

§ 544 *bis*.

Continuation. — De l'action en réclamation d'état et de l'action en contestation d'état proprement dite.

1^o L'action en réclamation d'état ne compète, en général, qu'à l'enfant.

Cependant les héritiers et successeurs universels¹ de ce dernier ont, par exception à cette règle, le droit d'introduire la demande en réclamation d'état, lorsque leur auteur est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité, sans avoir renoncé à l'action qui lui compétait². Art. 329³.

D'un autre côté, les héritiers et successeurs universels de l'enfant sont autorisés à suivre la demande en réclamation d'état introduite par ce dernier⁴, à moins qu'il ne s'en fût désisté formelle-

³⁴ Cette exception ou cette action constitue moins une exception ou une action de désaveu qu'une exception ou une action en contestation d'état, qui se trouve régie, tant en ce qui concerne les personnes auxquelles elle compète, que relativement aux délais dans lesquels elle doit être formée, par les principes qui seront exposés au paragraphe suivant. Merlin, *Quest.*, v^o Légitimité, § 2. Demolombe, V, 145, 146 et 260. Paris, 5 juillet 1843, Sir., 44, 2, 185. Caen, 17 mars 1847, Sir., 48, 2, 93. Req. rej., 11 avril 1854, Sir., 54, 1, 259. Cpr. Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145; Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., 31, 1, 81; Riom, 7 juin 1844, Sir., 45, 2, 21.

¹ Le terme *héritiers* est, dans les art. 329 et 330, employé *sensu lato*, pour désigner tous les successeurs universels de l'enfant. Cpr. § 546 *bis*, note 2. Proudhon, II, p. 119 à 121. Toullier, II, 914. Duranton, III, 158 et 159. Du Roi, p. 43. Marcadé, sur l'art. 330, n^o 2. Demolombe, V, 297. — Les art. 329 et 330 ne sont pas applicables aux parents de l'enfant qui ne seraient pas ses héritiers. Proudhon, II, p. 119. Toullier, II, *loc. cit.* Demolombe, V, 296.

² Arg. art. 330. *Non obstat* art. 328. Cpr. texte et note 14 *infra*. Duranton, III, 156. Taulier, I, p. 400. Marcadé, sur l'art. 330, n^o 4. Demolombe, V, 290.

³ Les héritiers et successeurs universels de l'enfant décédé après l'âge de vingt-six ans ne jouiraient pas de l'action en réclamation d'état, quand même ils offriraient de prouver que leur auteur n'a jamais connu son véritable état. *Lex non distinguit*. Toullier, II, 910. Duranton, III, 151. Demolombe, V, 294.

⁴ *Omnes actiones, quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent*. L. 139, *D. de R. J.* (50, 17).

ment, et que le désistement n'eût été accepté⁵, ou que la demande n'eût été déclarée périmée, par défaut de poursuites pendant trois années à compter du dernier acte de la procédure⁶. Et, dans ces deux cas, les héritiers et successeurs universels pourraient encore renouveler la demande, s'ils se trouvaient dans les conditions et les délais ci-dessus indiqués, c'est-à-dire si l'action elle-même n'était pas éteinte⁷.

Les descendants de l'enfant auquel compéterait, ou aurait compété, une action en réclamation d'état, ne sont, ni de son vivant, ni même après son décès, admis à exercer une pareille action de leur propre chef. Leur position est la même que celle de tous autres héritiers, et ils ne peuvent agir que sous les mêmes conditions que ces derniers⁸.

⁵ Code de procéd., art. 402 et 403. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, V, 293.

⁶ Cpr. Code de procédure, art. 397 à 401. Nous croyons devoir rétracter l'opinion que nous avons émise dans nos premières éditions, en disant que la péremption s'opère en pareil cas de plein droit. Il nous paraît, en effet, que par cela même que le législateur n'a pas réglé d'une manière spéciale dans l'art. 330 les conditions de l'efficacité du désistement ou de la péremption, il s'en est référé à cet égard aux règles ordinaires. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, V, 292.

⁷ La péremption et le désistement n'entraînent que l'extinction de l'instance, et non celle de l'action. Code de procédure, art. 401 et 403, al. 1. En vain opposerait-on les termes de l'art. 329, *qui n'a pas réclamé*, pour en conclure que cet article n'est plus applicable au cas où l'enfant a lui-même formé une demande en réclamation d'état. Si le législateur avait voulu attacher à ces termes un sens restrictif, il eût rédigé la fin de l'art. 329 de la manière suivante : « *qu'autant qu'il n'a pas réclamé, et qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq ans de sa majorité.* » La différence qui existe entre cette rédaction et celle de l'art. 329 démontre clairement que les termes dont il s'agit n'y ont pas été insérés pour indiquer une des conditions de la recevabilité de l'action en réclamation d'état intentée par les héritiers de l'enfant, mais bien pour exprimer l'idée suivante qui paraît avoir dominé le législateur : Quoique le silence de l'enfant puisse, comme entraînant une présomption de renonciation à son action, élever une fin de non-recevoir contre la réclamation de ses héritiers, il n'en doit cependant être ainsi, que dans le cas où ce silence a duré assez longtemps pour donner quelque poids à cette présomption. Duranton, III, 156 et 157. Marcadé, sur l'art. 330, n° 6. Demolombe, V, 289 à 291. Cpr. Maleville, sur l'art. 330. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 217 ; Du Roi, p. 44 ; Allemand, *Du mariage*, II, 823 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 469 ; Zachariæ, § 545 b, texte et note 12.

⁸ Au point de vue purement théorique, il y aurait eu sans doute de sérieuses raisons pour établir une distinction entre les descendants de l'enfant, dont l'état personnel dépend de celui de ce dernier, et les autres héritiers, qui n'ont jamais à faire valoir que des droits pécuniaires. Mais le législateur n'a pas fait cette distinction ; et il n'est pas permis de la suppléer en présence des termes généraux

Quant aux créanciers de l'enfant, ils ne sont pas, à la vérité, admis à former, au nom de ce dernier, une véritable réclamation d'état; mais lorsqu'ils ont introduit de son chef une action ayant pour objet un intérêt pécuniaire et actuel, rien ne s'oppose à ce qu'ils fassent valoir à l'appui de leur demande les moyens propres à faire reconnaître le véritable état de leur débiteur⁹.

A la différence de l'action en réclamation d'état, l'action en contestation d'état compète à toute personne intéressée. Il n'est pas même nécessaire que l'intérêt soit pécuniaire. Ainsi, lorsqu'un individu s'attribue le nom et les titres qui forment l'apanage exclusif d'une famille, tout membre de cette famille a le droit de contester à cet individu l'état auquel il prétend, afin de lui faire interdire d'en prendre le nom et les titres¹⁰.

2° L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant¹¹. Art. 328. Mais elle se prescrit à l'égard de ses héritiers et successeurs universels par trente ans à dater du jour de son décès¹². Arg. *a cont.* art. 328 cbn. 2262.

des art. 329 et 330. La loi d'ailleurs peut très-bien se justifier au point de vue de l'intérêt social. Si l'on avait accordé aux descendants de l'enfant le droit d'exercer de leur propre chef l'action en réclamation d'état, il n'y aurait eu aucun motif pour en restreindre l'exercice aux descendants du premier ou du second degré; et cette action, imprescriptible de sa nature, se serait ainsi perpétuée de génération en génération, au grand détriment du repos des familles. Cpr. note 12 *infra*. Toullier, II, 910. Duranton, III, 151. Demolombe, V, 302 à 305. Req. rej. 9 janvier 1854, Sir., 54, 1, 689. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 330, n° 3; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 470.

⁹ Cpr. § 312, texte, notes 20 et 29. Valette, sur Proudhon, II, p. 122, note *a*. Marcadé, sur l'art. 1166, n° 2. Cpr. Demolombe, V, 282 à 285.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 2, n° 6. Demolombe, V, 325. Req. rej., 25 février 1823, Sir., 23, 1, 281. Civ. cass., 3 avril 1826, Sir., 26, 1, 357. Req. rej., 18 mars 1834, Sir., 35, 1, 300.

¹¹ Il ne faut pas confondre avec les actions de cette nature les actions d'un intérêt pécuniaire dont la recevabilité se trouverait subordonnée à l'admission d'une réclamation d'état, telles, par exemple, qu'une action en pétition d'hérédité ou en partage de succession. Ces dernières se prescrivent, malgré l'imprescriptibilité de la réclamation d'état, par le laps de temps ordinaire. Toullier, II, 909. Delvincourt, I, p. 216. Duranton, III, 149 à 150. Demolombe, V, 281.

¹² L'art. 328 ne déclarant l'action en réclamation d'état imprescriptible qu'à l'égard de l'enfant, on est forcé d'en conclure qu'elle se prescrit à l'égard de ses héritiers, même en ligne descendante. Sous ce rapport, l'art. 328 admet, par exception au principe général, que l'état peut se perdre par la prescription. Le législateur paraît avoir supposé qu'après la mort de l'enfant, l'action en réclamation d'état qui lui compétait, ne peut plus avoir pour ses héritiers d'autre objet qu'un intérêt pécuniaire. Mais, quoique cette supposition soit évidemment

L'action en contestation d'état est imprescriptible, qu'elle soit exercée contre l'enfant lui-même, ou contre ses ayants droit¹³.

3° La renonciation faite par l'enfant à une action en réclamation d'état, ne le lie pas lui-même ; mais elle peut être opposée à ses héritiers et successeurs universels¹⁴.

La renonciation à une action en contestation d'état n'est obligatoire, ni pour celui qui l'a faite, ni, à plus forte raison, pour les autres personnes intéressées à contester l'état de l'enfant qui se prévaut de cette renonciation¹⁵.

4° L'action en réclamation d'état et l'action en contestation d'état sont également irrecevables, lorsque l'état de l'enfant se trouve établi au moyen d'un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil¹⁶, et d'une possession d'état conforme à cet acte. Art. 322. Il en est ainsi, quand même on prétendrait que l'enfant a été inscrit sous de faux noms¹⁷, ainsi que dans le cas où on allè-

erronée en ce qui concerne les descendants de l'enfant, dont l'état personnel dépend de celui de leur auteur, la conclusion qui se tire du texte de la loi n'en demeure pas moins certaine. Delvincourt, sur l'art. 329. Proudhon, II, p. 121. Toullier, II, 910. Duranton, II, 151. Demolombe, V, 305 à 308. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 330, n° 3. Ce dernier auteur a cru pouvoir répondre à la considération que nous avons présentée à la fin de la note 8 *supra*, en disant que le repos des familles ne serait pas sérieusement compromis par l'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état accordée aux descendants de l'enfant, puisque les actions en pétition d'hérédité qui pourraient leur appartenir se prescriraient toujours par trente ans. Cette réponse, qui ne peut avoir de valeur que pour les successions ouvertes au décès de l'enfant ou dans un délai rapproché de ce décès, ne tient aucun compte de celles qui viendraient à s'ouvrir dans un avenir plus ou moins éloigné, et auxquelles des descendants de ce dernier prétendraient avoir droit.

¹³ L'état ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription. Toullier, II, 808. Duranton, III, 145 et 146. Demolombe, V, 328 et 329. — Ici encore, il importe de ne pas confondre l'action en contestation d'état avec les actions d'un intérêt pécuniaire, qui y sont subordonnées. Proudhon, II, p. 124 à 126. Duranton, II, 148. Demolombe, V, 330. Cpr. note 11 *supra*.

¹⁴ Arg. *a pari et a contrario*. Art. 328. Cpr. note 12 *supra*. *Observations du Tribunal* (Locré, *Lég.*, VI, p. 178, n° 15). Locré, V, p. 188. Toullier, II, 914. Delvincourt, sur l'art. 330. Duranton, III, 144. Demolombe, V, 280 et 290.

¹⁵ Arg. art. 6 et 2045 du Code Napoléon, et 1004 du Code de procédure. Cpr. § 420, texte n° 4 et note 13. Demolombe, V, 331 à 334. Voy. cep. Req. rej., 18 avril 1820, Sir., 22, 1, 224.

¹⁶ Tel est le sens des termes *titre de naissance*, employés par l'art. 322. Arg. art. 319 et 320. Demolombe, V, 223. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 406.

¹⁷ Autrement l'art. 322 se trouverait complètement neutralisé par l'art. 323. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. III, n° 4. Du Roi, p. 34 et suiv. Demolombe, V, 226. Cpr. § 544, texte n° 3, notes 22 à 24. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 322 ; Lassaulx, I, 362.

guerait que les énonciations de l'acte de naissance sont le résultat d'une substitution d'enfant ou d'une supposition de part ¹⁸.

L'application de l'art. 322 suppose que l'identité de l'enfant avec l'individu pour lequel a été dressé l'acte de naissance, est constante. Il en résulte que cette identité peut toujours être contestée au moyen de la preuve, soit d'une substitution d'enfant faite postérieurement à l'acte de naissance, soit d'une altération matérielle commise après coup dans les énonciations de cet acte ¹⁹.

Il est du reste bien entendu, que la fin de non-recevoir qui résulte de l'art. 322, ne s'applique qu'aux actions en contestation d'état proprement dites, et qu'elle ne s'étend pas aux actions en contestation de légitimité fondées, soit sur la tardiveté de la naissance de l'enfant, soit sur son adultérinité, soit enfin sur la non-existence ou la nullité du mariage dont il se prétend issu ²⁰.

5° Les tribunaux civils d'arrondissement, en première instance, et les Cours impériales, en seconde instance, sont seuls compétents pour statuer sur les actions, soit en réclamation, soit en contestation d'état ²¹. Art. 326. L'auteur d'un délit de suppression d'état, ou de supposition de part ²², ne peut être poursuivi au cri-

¹⁸ Demolombe, V, 224. Bordeaux, 4 août 1857, Sir., 58, 2, 202.

¹⁹ Valette, sur Proudhon, II, p. 85, note b. Bonnier, *Des preuves*, n° 136. Demolombe, V, 222, 223 et 225.

²⁰ Toullier et Duvergier, II, 881 et 882. Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Bonnier, *op. cit.*, n° 137. Demolombe, V, 229. Douai, 8 mars 1845, Sir., 45, 2, 321. — C'est évidemment à tort que la Cour de Montpellier (2 mars 1832, Sir., 32, 2, 610) a appliqué l'art. 322 dans une espèce où la légitimité d'un enfant était contestée, à défaut de production de l'acte de célébration du mariage des personnes qui lui avaient donné le jour. Cpr. art. 197; § 452 bis, texte et note 18.

²¹ Les tribunaux de commerce et les juges de paix sont incompétents pour statuer, même incidemment, sur une question d'état. Cpr. Code de procédure, art. 426. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 1, nos 2 et 3. Valette, sur Proudhon, II, p. 115, note a. Demolombe, V, 265 et 266.

²² Quoique l'art. 327 ne mentionne expressément que le délit de suppression d'état, il s'applique virtuellement au crime de supposition de part, puisqu'on ne peut attribuer un état faux à un enfant qu'en supprimant son état véritable. Cpr. Code pénal, art. 345. Merlin, *Rép.*, v° Supposition de part, § 2, n° 2. Demolombe, V, 273. Crim. cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, Sir., 4, 1, 366. Crim. rej., 2 mars 1809, Sir., 9, 1, 300. Crim. cass., 24 juillet 1823, Sir., 24, 1, 135. Crim. cass., 9 juin 1838, Sir., 38, 1, 1008. — Mais l'art. 327 ne s'applique pas au délit d'exposition d'enfant, ni même au délit d'enlèvement ou de séquestration d'un enfant sur l'état duquel il ne s'élève aucune difficulté. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, VI, p. 161 et 162, n° 15). Mangin, *De l'action publique*, I, 190. Leseyllier, *Droit criminel*, IV, 1519. Demolombe, V, 275. Crim. cass., 26 septembre 1823, Sir., 24, 1, 107. Crim. cass., 12 décembre 1823, Sir., 24, 1, 181.

minel, ni par la partie lésée, ni même par le ministère public²³, avant le jugement définitif des tribunaux civils sur la question d'état. Art. 327²⁴.

6° Les jugements rendus sur une demande en réclamation ou en contestation d'état n'ont, conformément à la règle générale posée par l'art. 1351, l'autorité de la chose jugée qu'au regard de ceux qui y ont été parties ou dûment représentés²⁵.

²³ La thèse contraire, soutenue par Merlin (*Quest.*, v° Question d'état, § 2) devant la Cour de cassation, n'y a pas prévalu. La jurisprudence paraît invariablement fixée dans le sens de l'opinion énoncée au texte, en faveur de laquelle s'est aussi prononcée la grande majorité des auteurs. Toullier, II, 903, et IX, 151. Duranton, III, 165. Proudhon et Valette, II, p. 93 à 96. Bonnier, *Des preuves*, n° 153. Mangin, *op. cit.*, I, 188. Demolombe, V, 270. Crim. cass., 9 février 1810, Sir., 11, 1, 57; Req. rej., 30 mars 1813, Sir., 13, 1, 239. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente et ceux que rapporte Merlin (*Rép.*, v° Supposition de part, § 2, n° 27). Voy. en sens contraire : Richefort, I, 24 et 151; Marcadé, sur l'art. 327, n° 2.

²⁴ Ainsi, par exception à la règle générale d'après laquelle le criminel tient le civil en état (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 3, al. 2, et Code de procédure, art. 239 et 240), c'est au contraire le civil qui tient le criminel en état, dans le cas prévu par l'art. 327. La disposition de cet article a pour objet d'empêcher la violation indirecte du principe qui défend de prouver la filiation par témoins sans commencement de preuve par écrit, ou du moins sans présomptions graves de nature à y suppléer. Art. 323. Cpr. § 544, texte n° 3. *Discussion au Conseil d'état, Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 161 et 162, note 15; p. 203, n° 22; p. 308, n° 27). Mais cette raison n'est peut-être pas suffisante pour justifier la disposition exceptionnelle de l'art. 327, du moins en ce qui concerne l'action publique. Cpr. Demolombe, V, 171.

²⁵ Arg. art. 100. Cpr. § 63, texte, notes 14 et 15. Beaucoup d'auteurs modernes enseignent, conformément à une opinion qui était autrefois généralement admise, qu'en matière d'état les jugements rendus avec le légitime contradicteur, c'est-à-dire avec la personne qui a le principal intérêt à la contestation, ont l'autorité de la chose jugée à l'égard de la famille tout entière. Voy. Vinnius, § 13, *Inst. de act.* (4, 6), n° 1; Huberus, *Inst. de actionibus*, n° 15; d'Argentré, *Avis sur les partages des nobles*, quest. 27; Proudhon, II, p. 109 et 110; Toullier, X, 216 à 233; Duranton, III, 161, XIII, 527; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 147. Mais Merlin (*Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 2 à 11, art. 2, nos 2 à 5) nous paraît avoir réfuté, de la manière la plus victorieuse, cette doctrine, qui ne repose que sur une fausse interprétation des lois romaines. Cpr. L. 25, *D. de statu hominum* (1, 5); LL. 9 et 30, *D. de liberali causa* (40, 12); L. ult. *C. eod. tit.* (7, 16); L. 1, § 16, LL. 2 et 3, *D. de agnos, et alend. liber.* (25, 3). En vain essaierait-on de la défendre en invoquant l'indivisibilité de l'état, et l'inconvénient que présenterait en pareille matière, l'application des règles générales sur l'autorité de la chose jugée. D'un côté, en effet, l'état n'est indivisible qu'autant qu'on le considère d'une manière abstraite : il ne l'est pas

Ainsi, le jugement qui déclare un individu enfant légitime d'une femme mariée, n'a point l'autorité de la chose jugée contre le mari de cette femme, s'il a été rendu en l'absence de ce dernier²⁶.

Par la même raison, le jugement rendu, après la mort de l'enfant, sur l'action en contestation d'état dirigée contre quelques-uns de ses héritiers, ne profite, ni ne préjudicie aux autres²⁷.

Enfin, le jugement qui statue sur l'action en réclamation d'état formée contre quelques membres de la famille seulement, ne peut pas plus être opposé aux parents qui n'y ont point figuré, soit par eux-mêmes, soit par leur auteur, qu'il ne peut être invoqué par eux. Il en serait ainsi, quoique la femme et le mari du commerce desquels l'enfant se prétend issu, eussent été parties au litige. Dans ce cas-là même, le jugement qui a terminé le procès, ne profite, ni ne préjudicie, aux membres de la famille qui n'y ont pas été parties et qui n'y ont point été représentés²⁸.

en ce qui concerne les conséquences légales qui s'y trouvent attachées. D'un autre côté, la doctrine que nous combattons ne fait pas complètement disparaître l'inconvénient ci-dessus signalé, puisque ses partisans reconnaissent eux-mêmes que s'il existe plusieurs contradicteurs légitimes, le jugement rendu avec l'un d'eux ne peut être opposé aux autres, ni invoqué par eux. Enfin, la combinaison des art. 100 et 1351 prouve à notre avis, de la manière la plus formelle, que le législateur n'a pas voulu s'éloigner, en matière d'état, des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Cpr. notes 26 à 28 *infra*. Voy. en ce sens : Valette, sur Proudhon, II, p. 112 et 113, obs. 2; Richefort, I, 130; Demolombe, V, 307 à 321.

²⁶ C'est ce qu'admettent également, du moins en ce qui concerne la question de paternité, les auteurs qui défendent la doctrine du légitime contradicteur, par la raison que la femme ne saurait être considérée comme légitime contradicteur, relativement à la filiation paternelle. Proudhon, II, p. 73 à 75. Toullier, X, 225. Duranton, III, 102, et XIII, 526. Civ. cass., 6 janvier 1809, Sir., 9, 1, 49. Cpr. § 544, note 30 *in fine*.

²⁷ Cette proposition est incontestable, même dans l'hypothèse où l'on admettrait la doctrine du légitime contradicteur. Tous les héritiers de l'enfant doivent, en effet, dans le cas prévu au texte, être considérés comme légitimes contradicteurs à la demande en contestation d'état.

²⁸ C'est surtout par cette solution que notre théorie diffère, sous le point de vue pratique, de celle des auteurs indiqués dans la note 25 *supra*. Il est sans doute très-exact de dire que le contradicteur naturel à une action ayant pour objet la constatation d'un fait, est celui auquel ce fait est imputé. Aussi ne concevons-nous pas que la question de filiation pût, du vivant du père et de la mère, être jugée en leur absence. Mais pour pouvoir conclure de là que le jugement rendu avec eux a, vis-à-vis des tiers qui n'y ont pas été parties, l'autorité de la chose jugée, il faudrait aller jusqu'à dire que le père et la mère sont les seules personnes qui aient, exclusivement à toutes autres, qualité pour contredire à une demande en réclamation d'état. Or, c'est ce qui ne saurait se soutenir. En

Il importe du reste de remarquer, pour l'application de la règle ci-dessus posée :

a. Que les héritiers, en ligne directe ou collatérale, des personnes contre lesquelles une action en réclamation d'état a été admise, sont à considérer comme ayant été représentés au jugement par leurs auteurs, en ce qui concerne les successions délaissées par ces derniers, mais qu'ils ne sont censés y avoir été représentés que par rapport à ces successions²⁹.

b. Que les membres de la famille non encore nés au moment où le jugement est rendu, sont censés y avoir été représentés par la totalité des membres existants à cette époque³⁰.

effet, si toute personne intéressée a le droit de contester à l'enfant l'état dont il est en possession de droit ou de fait, à plus forte raison doit-elle avoir qualité pour défendre à une action intentée par celui qui réclame un état dont il n'est pas en possession. Enfin, comme l'individu en faveur duquel milite la possession d'état la mieux établie, reste malgré cela soumis à l'action en contestation d'état, s'il ne représente un acte de naissance conforme à cette possession, il est impossible d'admettre que l'état d'un enfant, qui ne saurait être assuré d'une manière irréfragable par la reconnaissance volontaire et formelle de ses père et mère, devienne inattaquable par suite de la mauvaise défense de ces derniers sur l'action en réclamation dirigée contre eux.

²⁹ Merlin, *Rép.*, v^o Question d'état, § 3, art. 1, n^o 7. Civ. cass., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 249. Montpellier, 24 janvier 1822, Sir., 24, 2, 58.

³⁰ Merlin, *op. et v^o cit.*, § 3, art. 2, n^{os} 3 et 4. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, II, p. 112 et 113, obs. 2; Demolombe, V, 321. Quoique l'opinion de ces derniers auteurs soit peut-être plus conforme à l'extrême rigueur des principes, différentes considérations tirées des nécessités pratiques et de l'intérêt des familles nous ont empêchés de nous y arrêter. Ne faut-il pas que l'enfant privé de la possession de son état ait les moyens de faire reconnaître définitivement, pour lui-même et pour ses descendants, sa véritable filiation; et quand il a mis en cause tous les membres de la famille alors existants, serait-il rationnel et équitable de l'obliger à recommencer la lutte chaque fois que la famille s'augmenterait d'un nouveau membre? Un pareil système conduirait à cette conséquence, que si des successions collatérales venaient à s'ouvrir dans l'avenir le plus éloigné, on pourrait toujours contester aux descendants de l'enfant leur qualité de parents légitimes, en contestant la filiation de leur auteur, et ce quand même elle aurait été judiciairement reconnue avec tous les membres de la famille alors existants. Or, cette conséquence est d'autant moins admissible, que le temps aura nécessairement amené la perte des preuves à l'aide desquelles l'enfant a triomphé dans sa réclamation. Nous ajouterons, pour répondre à l'exemple donné par M. Valette, que la question ne présenterait aucun intérêt pécuniaire quant aux successions des personnes contre lesquelles la réclamation a été admise, puisque tous leurs héritiers sont censés sous ce rapport avoir été représentés au jugement. Cpr. texte et note 29 *supra*.

§ 545.

De la présomption de paternité attachée, en faveur de l'enfant conçu pendant le mariage, à la preuve de la filiation maternelle. — De la position de l'enfant conçu avant le mariage. — De celle de l'enfant conçu après sa dissolution.

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari de la femme qui l'a mis au monde. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*¹. Art. 312, al. 1.

La question de savoir si un enfant a réellement pour père le mari de sa mère, se confond ainsi, en thèse générale, avec celle de savoir s'il a été conçu pendant le mariage. Pour résoudre cette dernière question, il faut rechercher l'époque à laquelle remonte la conception de l'enfant, qui, quoique né pendant le mariage, peut avoir été conçu avant sa célébration, et qui, réciproquement, peut avoir été conçu pendant le mariage, quoique né depuis sa dissolution.

Comme la gestation est susceptible d'une durée plus ou moins longue, le législateur ne pouvait, sans se mettre en opposition avec les données de l'expérience, déterminer d'une manière précise le moment de la conception, en assignant à la grossesse une durée fixe et invariable. Il a dû se borner à fixer les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue, en prenant à cet égard pour base l'opinion des physiologistes les plus accrédités².

D'après le système de la loi, la conception se place nécessairement dans l'intervalle de temps antérieur à la naissance de l'enfant qui se trouve compris entre le terme de la gestation la plus longue et celui de la gestation la plus courte. D'un autre côté, la loi considère la conception comme ayant été possible à chaque

¹ Cpr. *De l'influence de la règle Pater is est quem nuptiæ demonstrant, sur la légitimité des enfants, d'après les principes du Droit français et du Droit badois*, en allemand, par Baurittel; Fribourg 1825, in-8°.

² Cpr. L. 12, *D. de stat. hom.* (1, 5); L. 3, §§ 11 et 12, *D. de suis et leg. hæred.* (38, 16); *Précis présenté au Conseil d'état sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, par Fourcroy (Loché, *Lég.*, VI, p. 50 et suiv.); *Considérations médico-légales sur quelques lois anciennes et nouvelles, et principalement sur différents articles du Code Napoléon*, en allemand, par Masius, Rostock 1811, in-8°.

instant de l'intervalle de temps qui vient d'être indiqué, en laissant à l'enfant la faculté de la reporter au moment le plus favorable à ses intérêts³.

Nous aurons donc à examiner d'abord quel est l'effet de la fixation légale des limites de la durée de la gestation, relativement à la position de l'enfant contre lequel elle s'élève, soit à raison de sa naissance précoce, soit à raison de sa naissance tardive. Nous aurons ensuite à voir quel en est l'effet, en ce qui concerne l'enfant en faveur duquel elle milite, et quelle est, dans ce cas, l'étendue de la règle qui attribue au mari la paternité de cet enfant.

1^o *De la durée de la gestation la plus courte. — De l'enfant conçu avant le mariage.*

La fin de la gestation la plus courte qu'admette la loi, est fixée au commencement du cent quatre-vingtième jour⁴, depuis et non compris celui auquel la conception légitime est devenue possible⁵.

³ Civ. cass., 23 novembre 1842, Sir., 43, 1, 5. Orléans, 10 août 1843, Sir., 43, 2, 399. Cpr. texte n° 3, notes 38 et 39 *infra*.

⁴ Il résulte de l'art. 314 que le désaveu n'est admissible, pour conception antérieure au mariage, qu'autant qu'il est dirigé contre un enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. L'enfant qui est né dans le cent quatre-vingtième jour commencé, est donc présumé conçu pendant le mariage. Or, la loi n'a pu établir cette présomption qu'en admettant la possibilité d'une gestation finissant régulièrement au commencement du cent quatre-vingtième jour de la conception. Toullier, II, 791 et 792. Duranton, III, 44. Cpr. Delvincourt, I, 202.

⁵ *Dies a quo non computatur in termino*. Cpr. § 49, texte et note 14. M. Duranton (III, 44) enseigne cependant qu'à raison de la faveur due à l'enfant, cette règle doit ici recevoir exception. Voy. dans le même sens : Marcadé, sur l'art. 312, n° 2. On peut ajouter à l'appui de ce système, que l'art. 314 n'admet le désaveu pour conception antérieure au mariage, qu'autant que l'enfant contre lequel il est dirigé est né *avant le cent quatre-vingtième jour du mariage*, et qu'en s'exprimant ainsi, au lieu de dire *avant le cent quatre-vingtième jour à dater de celui du mariage*, le législateur a voulu donner à entendre qu'on doit comprendre dans le délai de cent quatre-vingts jours celui de la célébration du mariage, c'est-à-dire celui auquel la conception légitime est devenue possible. Nous croyons, malgré cela, devoir persister dans l'opinion que nous avons émise. Si la faveur due à l'enfant exige qu'en cas de naissance précoce, on comprenne dans le délai de cent quatre-vingts jours celui auquel le mariage a été célébré, elle exige, au contraire, qu'en cas de naissance tardive, on exclue du délai de trois cents jours celui auquel le mariage a été dissous. C'est ce qu'ont parfaitement senti MM. Duranton et Marcadé; et c'est pour cela que, tout en rejetant l'application de la règle *Dies a quo non computatur in termino* dans le cas dont s'occupe l'art. 314, ils admettent que cette règle doit être appliquée dans le cas prévu par l'art. 315. Mais une pareille doctrine est tout à fait inconci-

En d'autres termes, un enfant qui naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, non compris celui de la célébration, est réputé conçu avant le mariage⁶. Cette présomption est absolue.

Toutefois, comme il est possible qu'un pareil enfant, quoique conçu avant le mariage, ait pour père le mari de sa mère, et que cela est même probable, si ce dernier ne le désavoue pas, le législateur a érigé en présomption légale la paternité du mari. Cette présomption, attachée au fait même de la naissance pendant le mariage, est indépendante des énonciations insérées dans l'acte de naissance relativement à la filiation paternelle, pourvu que cet acte constate, d'une manière certaine, la filiation maternelle⁷. La présomption de paternité qui s'élève contre le mari, cesse par le désaveu; mais elle ne peut être détruite que par ce moyen.

À côté de la présomption qui attribue au mari la paternité de

liable avec les dispositions du deuxième alinéa de l'art. 312, dans l'hypothèse duquel on est forcé de calculer de la même manière le délai de la gestation la plus courte et celui de la gestation la plus longue, sans qu'il soit possible tout à la fois d'exclure le jour *a quo* du premier de ces délais, et de le comprendre dans le second. Il faut donc s'arrêter dans l'un et l'autre cas à un système de supputation uniforme. Toullier (II, 791 et 792), plus conséquent que MM. Duranton et Marcadé, rejette d'une manière absolue l'application de la règle ci-dessus citée, dans la matière qui nous occupe, et calcule l'un et l'autre délai de manière à y comprendre le jour *a quo*. Nous avons cru devoir accorder la préférence au système qui exclut ce jour, parce qu'il est conforme aux principes généraux sur la supputation des délais, qu'il est le seul conciliable avec les termes de l'art. 312, « jusqu'au cent quatre-vingtième jour *avant* la naissance », et qu'il n'est nullement contraire au texte de l'art. 314, sainement interprété. En effet, les délais de jours se comptant *non de momento ad momentum*, *sed de die ad diem* (cpr. art. 2260), il faut, pour savoir quel a été le cent quatre-vingtième jour du mariage, faire abstraction du nombre d'heures qui se sont écoulées depuis le moment de la célébration jusqu'à l'expiration du jour où elle a eu lieu, puisque ce nombre d'heures, quel qu'il soit, ne forme pas un jour complet. Voy. dans ce sens : Zachariæ, § 546, texte et note 2; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 430; Demolombe, V, 17 à 19. Voy. en sens contraire : Le Gentil (Sir., 57, 2, 370 à la note). Suivant ce jurisconsulte, les délais fixés par les art. 312, 314 et 315 devraient se calculer non de jour à jour, mais d'heure à heure. Voy. également Valette, *Explication sommaire*, p. 163 et suiv., nos 3 à 6.

⁶ Ainsi, pour savoir si un enfant doit être réputé conçu avant le mariage ou pendant le mariage, il faut compter le nombre de jours qui se sont écoulés depuis la célébration jusqu'à l'accouchement, en excluant le jour du terme *a quo*, et en comprenant le jour du terme *ad quem*. Si cette opération donne un résultat inférieur à cent quatre-vingts jours, l'enfant sera réputé conçu avant le mariage. Le résultat est-il, au contraire, égal ou supérieur à cent quatre-vingts jours, l'enfant sera réputé conçu pendant le mariage.

⁷ Cpr. § 544, texte n° 1, notes 10 et 11.

l'enfant non désavoué, vient se placer une fiction légale analogue à celle sur laquelle est fondée la légitimation par mariage subséquent, fiction par suite de laquelle cet enfant est réputé légitime, quoique conçu avant le mariage⁸. Mais sa légitimité ne remonte,

⁸ On a longuement discuté au Conseil d'état le point de savoir comment devait être traduite la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, c'est-à-dire si l'on n'attacherait la présomption de légitimité qu'au fait de la conception durant le mariage, ou si on l'étendrait même au fait de la naissance durant le mariage, sauf à admettre l'action en désaveu dans le cas où la conception serait antérieure à l'union conjugale. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 41 et suiv., nos 15 à 18). C'est ce dernier système qui a prévalu, puisque l'art. 314 n'ouvre qu'une action en désaveu au mari qui prétend que l'enfant né durant le mariage a été conçu auparavant. Cet enfant n'est donc pas illégitime de plein droit ; il ne peut le devenir que par suite d'un désaveu. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais quelle sera jusque-là la position de cet enfant ? A cet égard, les auteurs se sont demandé s'il devait être assimilé à un enfant légitime conçu dans le mariage, ou si on devait seulement le placer sur la même ligne qu'un enfant légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. M. Demolombe (V, 57 à 63), et M. Valette (*Explication sommaire*, p. 156), qui s'était d'abord prononcé en sens contraire (sur Proudhon, II, p. 22 et suiv.), adoptent la première opinion. Delvincourt (I, p. 204 et 205), Zachariæ (§ 546, texte et note 3) et M. Duranton (III, 20 et 21) enseignent la seconde. A notre avis, la question a été mal posée, et par suite aussi mal résolue dans un sens que dans l'autre. D'un côté, il n'est pas exact de placer l'enfant dont s'agit sur la même ligne qu'un enfant simplement légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. En effet, l'art. 331 n'applique la légitimation qu'aux enfants nés hors mariage, et l'intitulé du chap. I, du titre *De la paternité et de la filiation*, donne la qualification d'*enfants légitimes* à tous les enfants nés dans le mariage. D'ailleurs, l'enfant dont nous nous occupons jouit du bénéfice de la légitimité, indépendamment de toute reconnaissance antérieure au mariage, par cela seul qu'il n'est pas désavoué. Il en jouit, lors même qu'il est le produit d'un commerce incestueux ; si l'obstacle qui s'opposait au mariage a été ultérieurement levé par des dispenses. Et sous ces deux rapports, il en est autrement, en matière de légitimation. Cpr. art. 331 et note 11 *infra*. Mais, d'un autre côté, l'enfant dont il est ici question ne peut pas, quoique légitime, être placé sur la même ligne que l'enfant qui a été conçu durant le mariage. En effet, la légitimité de ce dernier, étant le résultat de l'existence réelle du mariage lors de la conception, n'est subordonnée à aucune autre condition ; les effets en remontent au jour même de la conception ; l'enfant n'en peut être privé que dans les cas exceptionnels où le désaveu est admis aux termes des art. 312 et 313. La légitimité du premier, au contraire, n'étant que le produit d'une fiction, est subordonnée à la possibilité de cette fiction ; les effets n'en remontent qu'au jour du mariage ; l'enfant peut, en général, en être privé par un désaveu pur et simple, qui n'est soumis à aucune condition ou justification, et qui ne cesse d'être recevable que dans les cas exceptionnels indiqués par l'art. 314. En vain dit-on, pour justifier l'assimilation absolue de l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, à l'enfant né et conçu pendant le mariage, que

comme celle de l'enfant légitimé, qu'au jour du mariage; et c'est seulement à partir de cette époque qu'il est admis à s'en prévaloir⁹. Ainsi, il ne pourrait pas réclamer, à titre de parent légitime, les successions qui se seraient ouvertes dans l'intervalle du jour de sa conception à celui de la célébration du mariage¹⁰.

La fiction de légitimité admise en faveur de l'enfant ne peut, en

le premier ne peut, comme le second, être privé de son état d'enfant légitime que par un désaveu, et non par une simple contestation de légitimité. Cette argumentation repose sur une confusion manifeste entre la question de paternité et celle de légitimité. Nous reconnaissons que la filiation paternelle d'un enfant né pendant le mariage ne saurait, en dehors d'un désaveu formé par le père ou, le cas échéant, par ses héritiers, être contestée sous aucun prétexte. Mais il ne résulte nullement de là, que sa légitimité ne puisse être combattue que par la voie du désaveu. Que, par exemple, un homme devenu veuf se remarie deux mois après la dissolution de son premier mariage, et qu'un mois après la célébration du second sa nouvelle femme vienne à accoucher, une impossibilité absolue s'opposera à ce que cet homme soit le père légitime de l'enfant qu'elle aura mis au monde; et ce serait un véritable scandale, si l'absence de désaveu de la part du mari, reconnaissant ainsi tacitement sa paternité, devait avoir pour effet de maintenir un pareil enfant dans la position et les droits d'un enfant légitime, malgré la réclamation des personnes intéressées à se prévaloir de son adultérinité. D'ailleurs, la légitimité de l'enfant même conçu pendant le mariage pouvant toujours être contestée pour cause d'adultérinité, au moyen d'une demande en nullité de mariage, fondée sur ce qu'au moment de sa conception le mari de sa mère se trouvait encore engagé dans les liens d'une précédente union, le même moyen de contestation doit *a fortiori* être admis pour combattre la légitimité d'un enfant conçu avant le mariage. Cpr. Req. rej., 14 février 1857, Sir., 57, 1, 779. D'après ces considérations, nous persistons à croire que l'on doit, en combinant entre elles les assimilations indiquées par les auteurs, et qui prises séparément seraient l'une et l'autre trop absolues, poser la question et la résoudre ainsi que nous l'avons fait au texte. Cpr. Marcadé, sur l'art. 314, n° 1.

⁹ La légitimité de l'enfant étant subordonnée à l'existence du mariage, les effets n'en sauraient remonter au delà du jour où il a été célébré. On ne pourrait, d'ailleurs, faire rétroagir la légitimité sans porter atteinte à des droits irrévocablement acquis à des tiers; et cette considération seule suffirait au besoin pour trancher toute difficulté. Voy. les autorités citées à la note suivante.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Succession, sect. 1, § 2, art. 5, n° 1. Valette, sur Proudhon, II, p. 22 et 23. Marcadé, sur l'art. 314, n° 1. Civ. cass., 11 mars 1811, Sir., 11, 1, 129. Paris, 21 décembre 1812, Sir., 13, 2, 88. Riom, 9 juillet 1840, Sir., 40, 2, 362. — M. Demolombe (V, 64), tout en attribuant d'une manière absolue la qualité d'enfant légitime à l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis celui du mariage, reconnaît cependant avec nous qu'il serait sans droit à réclamer les successions ouvertes avant la célébration; et pour sauver cette inconséquence, il dit que l'enfant est présumé n'avoir été conçu que depuis le mariage. Mais une pareille présomption est complètement inadmissible, puisqu'elle est contraire à la nature des choses et à la disposition légale qui fixe à cent quatre-vingts jours la durée de la gestation la plus courte. Cpr. la note suiv.

général, comme la présomption de paternité sur laquelle elle repose, être détruite que par le désaveu. Il en serait cependant autrement si, lors de la conception de l'enfant, un empêchement dirimant, non susceptible d'être levé par des dispenses et fondé, soit sur l'existence d'une première union, soit sur la parenté ou l'alliance, se fût invinciblement opposé à la célébration à cette époque du mariage ultérieurement contracté ¹¹. Quoique, dans ce cas, la fiction ne cesse pas de plein droit, l'enfant peut du moins être privé du bénéfice de la légitimité au moyen d'une simple action en contestation de légitimité, ouverte à tout intéressé ¹².

¹¹ La légitimité d'un enfant ne peut être que l'effet de sa conception pendant le mariage, ou d'une fiction par laquelle la loi suppose que ses père et mère étaient mariés à l'époque de la conception. Or, comme en déclarant légitime l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis celui de la célébration, la loi n'a pas dû, pour rester conséquente à elle-même, partir de la supposition que la conception de cet enfant est réellement postérieure au mariage, il en résulte que sa légitimité ne peut être en définitive que le résultat de la fiction ci-dessus indiquée. Mais les fictions légales s'arrêtent aux limites de la possibilité légale. Arg. art. 331. Celle dont il s'agit ici ne pourrait donc plus être invoquée, si tout mariage entre les père et mère de l'enfant avait été absolument impossible lors de sa conception. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si à cette époque le mari avait encore été engagé dans les liens d'un précédent mariage. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimation, sect. II, § 2, n^o 7. Plaidoyer de Bellart pour Nugent contre Masson (*Annales du barreau français*, IX, p. 193 et suiv.). Duranton, III, 24 et 25. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Demolombe, V, 63; Valette, *Explication sommaire*, p. 156. — Il en serait autrement si l'obstacle existant lors de la conception avait consisté dans un empêchement de parenté ou d'affinité qui eût, dès cette époque, été susceptible d'être levé au moyen de dispenses. Rien n'empêche, en pareil cas, qu'on étende la fiction jusqu'à supposer que la concession des dispenses date du jour de la conception. Duranton, III, 26. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 331, n^o 3. Cet auteur s'est livré à une longue discussion pour réfuter notre manière de voir; mais il nous fait dire ce que nous n'avons pas dit, et toute son argumentation est à côté de la question. La légitimité de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis celui du mariage, n'est pas le résultat d'une légitimation proprement dite, mais d'une fiction attachée au fait de sa naissance durant le mariage. Si cette fiction est, quant à ses effets, analogue à celle sur laquelle repose la légitimation, elle en diffère cependant d'une manière essentielle, en ce que son application n'est pas subordonnée au concours des conditions indiquées en l'art. 331, et ne s'arrête que devant un obstacle absolu qui ne permettrait pas de supposer un mariage valable au moment de la conception.

¹² Cpr. texte n^o 2. Si personne ne conteste la légitimité de l'enfant, il continuera d'en jouir à la faveur du silence gardé par les parties intéressées. Mais celui qui voudra contester la légitimité pourra le faire sans recourir au désaveu, parce que la question ne porte pas, en pareil cas, sur la paternité du mari, et

Aux termes de l'art. 314, le désaveu de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage n'est pas admissible dans les hypothèses suivantes :

a. Lorsque le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.

b. Lorsqu'il a concouru, en qualité de déclarant ou de témoin¹³, à la rédaction de l'acte de naissance qui désigne sa femme comme mère de l'enfant¹⁴, et que, sans faire de réserves¹⁵, il a signé cet acte ou déclaré ne savoir signer¹⁶.

c. Quand, après la naissance de l'enfant ou même aupara-

qu'en admettant cette paternité, l'illégitimité de l'enfant n'en serait pas moins constante. Cpr. note 8 *supra*; § 545 *bis*, texte n° 2. Duranton, III, 25 et 37.

¹³ La présence matérielle du mari, lors de la rédaction de l'acte de naissance, ne suffit pas; il faut qu'il ait concouru à cet acte. C'est évidemment en ce sens qu'on doit entendre le mot *assister* dont se sert le n° 2 de l'art. 314, puisque la suite de ce numéro suppose que le mari a été appelé à signer l'acte de naissance, et que par conséquent il y a figuré, soit comme déclarant, soit comme témoin. Du Roi, p. 59. Demolombe, V, 69.

¹⁴ Le concours du mari à un acte de naissance qui ne désignerait pas sa femme comme mère de l'enfant, n'emporterait pas une reconnaissance tacite de la paternité. Mais la désignation de la mère suffit, et l'indication du mari comme père de l'enfant n'est pas nécessaire pour produire ce résultat. En effet, l'art. 314, n° 2, ne l'exige pas, et cela, par la raison bien simple qu'il s'agit, non d'une reconnaissance expresse, mais d'une reconnaissance tacite de la paternité. Or, comme tout enfant né d'une femme mariée est, jusqu'à désaveu, réputé avoir pour père le mari de cette femme, ce dernier, en concourant à un acte destiné à constater la maternité de sa femme, reconnaît implicitement sa paternité, par cela seul qu'il ne la dénie pas. Du reste, si l'acte de naissance ne se bornait pas à garder le silence sur la filiation paternelle, et que ses énonciations se trouvassent en opposition avec la présomption qui attribue la paternité au mari, si, par exemple, l'enfant y était désigné comme né d'un père inconnu, il est bien évident qu'on ne pourrait tirer du concours du mari à cet acte une fin de non-recevoir contre lui. Demolombe, V, 70.

¹⁵ Les réserves s'opposent à ce qu'on puisse attacher au concours du mari à l'acte de naissance une reconnaissance tacite de la paternité. Ici ne s'applique pas la maxime *Protestatio contra actum non valet*, parce qu'il n'y a rien d'absolument incompatible entre les réserves et le fait à l'occasion duquel elles ont eu lieu. Arg. art. 56, cbn. Code pénal, art. 346. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 46, n° 21). Demolombe, V, 71.

¹⁶ Quoique tacite, la reconnaissance de paternité élève en pareil cas une fin de non-recevoir absolue, que le juge est obligé d'admettre, dès que le concours du mari à l'acte de naissance est constant, et qu'il n'a point été accompagné de réserves. Il n'en est pas de même des autres faits dont on voudrait induire une reconnaissance tacite, lesquels restent abandonnés, sous ce rapport, à l'appréciation du juge. Cpr. la note suivante.

vant, il s'en est, soit expressément, soit tacitement reconnu le père¹⁷, ou quand il a renoncé à son droit de désaveu¹⁸.

d. Lorsque l'enfant est venu mort au monde, ou lorsque, né vivant, il est mort par suite de non-viabilité¹⁹, à une époque plus ou moins rapprochée de sa naissance²⁰.

La preuve des faits sur lesquels reposent les fins de non-recevoir qui viennent d'être énumérées, est, dans tous les cas, à la charge du défendeur à l'action en désaveu²¹. C'est donc à lui, par exemple, qu'incombe l'obligation de prouver que le père a eu connaissance de la grossesse avant le mariage²². La preuve contraire, réservée

¹⁷ La proposition énoncée au texte ne peut souffrir difficulté en ce qui concerne la reconnaissance expresse. Arg. *a fortiori* art. 314, n° 2. Delvincourt, sur l'art. 314. Toullier, II, 824. Duranton, III, 32. Marcadé, sur l'art. 314, n° 2. Demolombe, V, 76. Quant à la reconnaissance tacite que, dans nos premières éditions, nous n'avions pas cru devoir admettre en dehors du fait prévu par le n° 2 de l'art. 314, nous pensons, après nouvel examen, que sous le mérite de la distinction indiquée à la note précédente, il est permis de la faire résulter de tous autres faits de nature à l'établir. *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 296 et 297). Toullier, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, V, 76.

¹⁸ Une renonciation ou une reconnaissance consignée dans un acte sous seing privé serait parfaitement suffisante. L'art. 334 est, d'après la lettre et l'esprit de la loi, étranger à la matière qui nous occupe. Toullier, Duranton et Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, V, 75.

¹⁹ Si l'enfant naît vivant et viable, son décès, quelque rapproché qu'il soit de sa naissance, n'est pas un obstacle au désaveu, pourvu qu'il présente encore quelque intérêt. Lassaulx, I, p. 349. Demolombe, V, 111. Cpr. Besançon, 29 prairial an XIII, *Jurisprudence du Code civil*, IV, 452.

²⁰ La rédaction primitive de l'art. 314 subordonnait l'admissibilité du désaveu à la condition de la survie de l'enfant, pendant dix jours au moins à dater de sa naissance. La question de viabilité dépendait, dans ce système, du nombre de jours pendant lequel l'enfant avait vécu. Mais cette disposition, contre laquelle on éleva de graves objections au sein même du Conseil d'état, fut retranchée sur les observations du Tribunat, et remplacée par le n° 3 de l'art. 314, suivant lequel la question de viabilité doit, sur l'avis des gens de l'art, se décider d'après la durée de la gestation. Cpr. § 53, texte, notes 3 et 4; *Discussion au Conseil d'état*, *Observations du Tribunat* et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 40, n° 14; p. 145, n° 1^{er}, art. 3; p. 157 et suiv., n° 5; p. 171, n° 6; p. 296 et 297, n° 16); Proudhon, II, p. 12; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. XI, § 1, n° 6; Du Roi, p. 62.

²¹ *Reus excipiendo fit actor.*

²² Delvincourt, sur l'art. 314. Duranton, III, 29. Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Filiation*, p. 549, n° 13. — La connaissance de la grossesse peut être établie au moyen de tous les genres de preuves que la loi reconnaît. Il ne s'agit pas ici d'un fait juridique, mais d'un fait pur et simple, dont la justification est susceptible de se faire, soit par témoins, soit au moyen de simples présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit. *Discussion au*

au demandeur, doit porter sur la non-existence des faits auxquels sont attachées les fins de non-recevoir dont il est question, et l'on ne pourrait repousser ces dernières à l'aide de circonstances qui, sans détruire les faits sur lesquels elles reposent, tendraient seulement à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant²³.

Les dispositions des art. 316 à 318 sur les délais dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée, et sur les personnes qui sont admises à la former, s'appliquent au désaveu dont il est ici question, comme à celui dont il sera traité sous le n° 3 ci-après²⁴. Ces dispositions seront développées au § 545 *bis*.

Du reste, les fins de non-recevoir ci-dessus indiquées et celles qui résultent des art. 316 à 318, sont les seules qui soient susceptibles d'être opposées à l'action en désaveu.

Au fond, le demandeur en désaveu n'a, dans l'hypothèse dont il s'agit, aucune preuve à faire pour établir que le mari n'est pas le père de l'enfant²⁵. Le désaveu fait, par lui-même, complètement évanouir la présomption de paternité qui militait contre le mari. Il replace l'enfant désavoué dans la position d'un enfant naturel dont la filiation paternelle est incertaine. Cet enfant n'est

Conseil d'état (Locré, *Lég.*, VI, p. 156 et 157, nos 4 et 5). Locré, IV, p. 61. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 1, n° 6. Proudhon, II, p. 21 et 22. Toullier, II, 826. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, V, 66. — Le défendeur à l'action en désaveu pourrait-il être admis à établir des faits de fréquentation antérieurs au mariage, pour en induire que le mari a eu connaissance de la grossesse? L'affirmative est, à notre avis, une suite nécessaire de la proposition ci-dessus développée, et nous rejetons, comme beaucoup trop absolue, la solution négative donnée par Proudhon (II, p. 19 et 20). Toutefois nous ne pensons pas, avec Toullier (II, 826), que la preuve des faits de fréquentation élève nécessairement contre le mari la présomption qu'il a connu la grossesse. La question, sous ce point de vue, nous paraît abandonnée à l'appréciation du juge. Cpr. art. 1353. Merlin, *op. et loc. cit.* Duranton, III, 30. Valette, sur Proudhon, II, p. 20, note a. Allemand, *Du mariage*, II, 711 et 712. Demolombe, V, 67.

²³ Ainsi, par exemple, le mari contre lequel on invoquerait l'une des fins de non-recevoir indiquées dans le premier numéro de l'art. 314, ne serait pas admis à prouver qu'il a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme à l'époque correspondante à celle de la conception. *Nec obstat* art. 312, al. 2 : En épousant la femme qu'il savait enceinte, ou en concourant à l'acte de naissance de l'enfant dont elle est accouchée, le mari a renoncé à son action en désaveu. Toullier, II, 823. Duranton, III, 28. Demolombe, V, 80.

²⁴ Cpr. Duranton, III, 22; Liège, 12 fructidor an XIII, Sir., 6, 2, 24.

²⁵ Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 4 *in fine*. Proudhon, II, p. 19. Duranton, III, 23. Demolombe, V, 56. Liège, 12 fructidor an XIII, et Req. rej., 25 août 1806, Sir., 6, 2, 24 et 952.

pas même admis à prouver la paternité du mari ²⁶, si ce n'est dans le cas exceptionnel prévu par l'art. 340 ²⁷. Mais, si dans ce cas le mari est déclaré père de l'enfant, celui-ci doit être réputé légitime, en vertu de la fiction légale dont il a déjà été question ²⁸.

2° *De la durée de la gestation la plus longue. — De l'enfant conçu après la dissolution du mariage.*

La fin de la gestation la plus longue qu'admette la loi, est fixée à l'expiration du trois centième jour ²⁹, depuis et non compris celui où la conception légitime a cessé d'être possible ³⁰. En d'autres termes, l'enfant qui naît après le trois centième jour à dater de la dissolution ou de l'annulation du mariage, non compris le jour auquel elle a eu lieu, est réputé conçu après le mariage ³¹. Art. 315. Cpr. art. 312.

²⁶ La recherche de la paternité est, en général, interdite aux enfants naturels. Art. 340. Or, l'enfant dont il s'agit se trouve évidemment dans cette catégorie. D'une part, en effet, sa naissance précoce élève contre lui la présomption qu'il a été conçu avant le mariage, et cette présomption absolue ne peut être combattue par aucune preuve contraire. D'autre part, le désaveu a détruit la présomption de paternité qu'avait fait naître en sa faveur sa naissance durant le mariage. Il résulte d'ailleurs de l'art. 314 que, dans l'hypothèse prévue par cet article, le désaveu ne peut, en général, être combattu que par des fins de non-recevoir, et non par des moyens de fond. Ainsi, des faits de fréquentation antérieurs au mariage ne sauraient être invoqués à l'effet de prouver la paternité du mari. Demolombe, V, 78.

²⁷ Arg. *a fortiori*, art. 340. Proudhon, II, p. 21. Demolombe, V, 79.

²⁸ La reconnaissance forcée produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Cpr. § 567, texte et note 11. Demolombe, *loc. cit.*

²⁹ La légitimité d'un enfant ne pouvant être contestée qu'autant qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage, il faut en conclure que celui qui est venu au monde avant la fin du trois centième jour, est encore réputé conçu pendant le mariage, puisque les délais de jours ne se comptent pas *de momento ad momentum*, *sed de die ad diem*, et qu'ils ne s'accomplissent qu'avec l'expiration du dernier jour du terme. Art. 2260 et 2261. Toullier, II, 828. Duranton, III, 44. Marcadé, sur l'art. 312, n° 2. Demolombe, V, 18. Voy. cep. Legentil et Valette, aux endroits indiqués à la note 5 *supra*.

³⁰ *Dies a quo non computatur in termino*. Cpr. note 5 *supra*. Duranton, Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 201; Toullier, II, 792; Proudhon, II, p. 37; Zachariæ, § 546, texte et note 18.

³¹ Ainsi, pour savoir si un enfant doit être réputé conçu pendant ou après le mariage, il faut compter le nombre de jours qui se sont écoulés depuis la dissolution du mariage jusqu'à l'accouchement, en excluant de ce calcul le jour du terme *a quo* et celui du terme *ad quem*. Si cette opération donne un résultat supérieur à trois cents jours, l'enfant sera réputé conçu après le mariage. Le résultat est-il égal ou inférieur à trois cents jours, l'enfant sera réputé conçu dans le mariage.

Cette présomption est en elle-même absolue. Toutefois, elle ne rend pas illégitime de plein droit l'enfant contre lequel elle s'élève³². Cet enfant ne pourrait être privé que par un jugement de la légitimité à laquelle il prétendrait. Il résulte de là, que s'il se trouve de fait en possession des avantages et des droits attachés à la légitimité, il continuera d'en jouir, tant que sa légitimité ne sera pas judiciairement contestée. Il en résulte encore, que s'il vient à réclamer les avantages et les droits de la légitimité, on ne pourra repousser sa réclamation qu'en le faisant, par voie d'exception, déclarer illégitime. Il en résulte enfin, que sa légitimité ne peut plus être contestée par ceux qui l'ont reconnu comme légitime, ou qui ont renoncé à l'action que la loi leur ouvrait pour le faire déclarer illégitime³³.

Mais toutes les fois que la légitimité d'un enfant est contestée à raison de sa naissance tardive, le juge saisi de la contestation n'a d'autre question à examiner que celle de savoir si cet enfant est véritablement né hors du délai indiqué par l'art. 315. En cas d'affirmative, il doit nécessairement déclarer son illégitimité, sans qu'il lui soit permis de le reconnaître pour légitime, en admettant, contre la présomption de la loi, que sa conception remonte à une époque antérieure à la dissolution du mariage³⁴, et

³² Arg. art. 315. En permettant de contester la légitimité de l'enfant né après le trois centième jour à dater de la dissolution du mariage, cet article suppose nécessairement que l'illégitimité de cet enfant n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle doit être déclarée par le juge. Ce qui ne peut d'ailleurs laisser aucun doute à cet égard, c'est que le Tribunat avait proposé de rédiger l'art. 315 de manière que l'illégitimité de l'enfant résultât, *ipso jure*, de sa naissance tardive, et que cette proposition ne fut pas admise par le Conseil d'état. Pourquoi, en effet, la loi déclarerait-elle illégitime un enfant dont personne ne conteste la légitimité? Il ne s'agit ici que d'intérêts privés, et dès lors l'action de la loi doit se trouver circonscrite dans les limites des contestations auxquelles la collision de ces intérêts peut donner lieu. Cpr. *Observations du Tribunat et Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 172, n° 8; p. 298, n° 17). Proudhon et Valette, II, p. 39. Marcadé, sur l'art. 315. Demolombe, V, 82 à 84. Voy. cep. Toullier, II, 828.

³³ Duranton, III, 102. Demolombe, V, 87. Req. rej., 13 avril 1820, Sir., 21, 1, 8. Angers, 11 avril 1821, Sir., 22, 2, 177.

³⁴ Il résulte de la discussion au Conseil d'état et des opinions émises par les orateurs du gouvernement et du Tribunat, qu'on a voulu, en fixant à trois cents jours le terme le plus long des naissances tardives, faire cesser les incertitudes de la physiologie et les fluctuations de la jurisprudence, et tracer au juge une règle dont il ne pût s'écarter sous aucun prétexte. Cpr. *Discussion au Conseil d'état, Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 38, n° 8; p. 41, n° 15; p. 194, n° 7; p. 243, n° 14; p. 286, n° 11). La même conséquence résulte du second al. de l'art. 312, dont la disposi-

moins encore, en se fondant sur la circonstance que les deux époux auraient continué de vivre ensemble après la dissolution de leur mariage par suite de divorce³⁵.

tion absolue règle, d'une manière invariable, le terme le plus court des naissances précoces et le terme le plus long des naissances tardives. L'art. 315, sainement interprété, est en parfaite harmonie avec cette manière de voir. L'objet de cet article est en effet de fixer, d'une part, le terme après lequel l'enfant doit être réputé conçu hors du mariage, en reproduisant à cet égard la disposition du deuxième alinéa de l'art. 312, et d'indiquer, d'autre part, que, malgré la présomption qui s'élève contre lui, cet enfant n'est pas illégitime de plein droit. Mais si les parties intéressées ont la faculté de contester ou de ne pas contester la légitimité de l'enfant né après le trois centième jour à dater de la dissolution du mariage, et si l'intervention du juge est nécessaire pour déclarer son illégitimité, il n'est pas permis de conclure de là que l'admission ou le rejet de la contestation de légitimité soit abandonné à l'appréciation du juge. L'art. 312, al. 2, dit aussi : « Le mari *pourra* désavouer l'enfant, s'il prouve, etc. », et il n'est entré dans l'esprit de personne de soutenir que le législateur, en s'exprimant ainsi, ait donné au juge le pouvoir de s'écarter de la double présomption légale que cet article établit relativement à la durée de la gestation, et de rejeter l'action en désaveu qui serait d'ailleurs complètement justifiée. On a cependant prétendu que la légitimité de l'enfant étant seulement susceptible de contestation, son illégitimité ne découlait pas nécessairement de sa naissance tardive. Cette objection, à laquelle nous avons répondu d'avance, repose sur un paralogisme évident, et sur une fausse acception attribuée au mot *contester*, que l'art. 315 emploie, non dans le sens de *débattre* ou de *discuter*, mais dans celui de *dénier* ou de *méconnaître*. L'illégitimité de l'enfant n'est point, il est vrai, le résultat immédiat de la tardiveté de sa naissance. Mais de ce qu'elle a besoin d'être déclarée, on ne saurait conclure qu'elle n'est pas une conséquence forcée de la contestation de légitimité fondée sur le fait, d'ailleurs incontestable, de la naissance tardive de l'enfant. Voy. en ce sens : Proudhon et Valette, II, p. 41 à 46; Delvincourt, I, p. 202 et 203; Toullier, II, 828 et 829; Duranton, III, 56 à 59; Richefort, I, 43; Fievet, *Revue étrangère et française*, 1841, VIII, p. 52 et suiv.; Duvergier, sur Toullier, II, 829, note a; Taulier, I, p. 385; Marcadé, sur l'art. 315, n° 2; Demolombe, V, 85 et 86; Grenoble, 12 avril 1807, Sir., 9, 2, 288; Aix, 8 janvier 1812, Sir., 12, 2, 214. Quoique ces deux arrêts aient statué tant en fait qu'en droit, ils n'en ont pas moins décidé la question en thèse générale, et n'ont invoqué que subsidiairement les considérations qui militaient contre la légitimité de l'enfant. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 3, n° 5; Favard, *Rép.*, v° *Paternité*, n° 6; Locré, sur l'art. 315; Du Roi, p. 79 et suiv.; Troplong, *Des donations*, II, 606; Zachariæ, § 546, texte et note 22; Limoges, 18 juin 1840, Sir., 40, 2, 509.

³⁵ Lahary et Duveyrier, orateurs du Tribunat, ont évidemment erré, en admettant que l'enfant pourrait, à raison de cette circonstance, être déclaré légitime. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 244, n° 14; p. 298, n° 17. Autre chose est la filiation paternelle, autre chose est la légitimité. L'enfant, eût-il pour père le ci-devant mari de sa mère, n'en serait pas moins illégitime, puisque sa conception remonterait à une époque où le mariage qui avait uni ses parents se trouvait dissous. Toullier, II, 837. Proudhon, II, p. 42 à 44.

On exposera au § 545 *bis*, les règles auxquelles est soumise l'action en contestation de légitimité, en ce qui concerne les personnes auxquelles elle appartient, les délais dans lesquels elle doit être intentée, et les effets qu'elle produit.

3° *De l'enfant conçu pendant le mariage. — De l'étendue de la règle qui attribue au mari la paternité de cet enfant.*

Tout enfant dont une femme mariée est accouchée dans l'intervalle écoulé entre le commencement du cent quatre-vingtième jour, depuis et non compris celui de la célébration du mariage, et la fin du trois centième jour, depuis et non compris celui de la dissolution ou de l'annulation du mariage, est censé avoir été conçu pendant le mariage³⁶.

Cette présomption est irréfragable en ce sens qu'elle ne peut, au préjudice de l'enfant, être combattue par aucune preuve contraire³⁷. Mais elle ne saurait être invoquée comme absolue contre l'enfant qui, dans un intérêt légitime, voudrait placer sa conception à une époque postérieure à la dissolution du mariage, ou même la faire remonter à une époque antérieure à la célébration³⁸. Ainsi, par exemple, lorsqu'un enfant né deux cent quatre-vingt-dix jours après la dissolution du premier mariage de sa mère, a été reconnu par un homme qui plus tard a épousé cette dernière, on ne pourrait contester la reconnaissance et la légitimation qui en a été la suite, sur le seul fondement de la présomption résultant de l'art. 315³⁹. Il en est de même dans le cas où un enfant né cent quatre-vingt-dix jours après le mariage de sa mère, a été reconnu par un homme qui a ultérieurement contracté mariage avec cette dernière.

³⁶ Cpr. notes 4 à 6, et 29 à 31 *supra*.

³⁷ Suivant M. Demolombe (V, 96 à 99), la présomption d'après laquelle l'enfant né dans les trois cents jours depuis celui de la dissolution du mariage, est réputé conçu pendant le mariage, pourrait être, non-seulement répudiée par ce dernier, mais encore combattue par tous ceux qui y ont intérêt, alors du moins qu'il aurait été reconnu comme enfant naturel tout à la fois par sa mère et par un tiers. Cette opinion, que notre savant collègue n'émet qu'avec une certaine hésitation, est, à notre avis, contraire à l'esprit et au but des art. 312 et 315. Il nous paraît en effet certain, que les présomptions admises par ces articles sont exclusivement établies en faveur de l'enfant; et si ce dernier peut les répudier, lorsqu'il a un intérêt légitime à le faire, ce n'est pas une raison pour reconnaître au tiers le droit de les contester.

³⁸ Cpr. texte et note 3 *supra*.

³⁹ Demolombe, *loc. cit.* Civ. cass., 23 novembre 1842, Sir., 43, 1, 5. Orléans, 10 août 1843, Sir., 43, 2, 399.

A côté de cette première présomption, la loi en admet une seconde, par suite de laquelle le mari est réputé le père de l'enfant que sa femme a conçu pendant le mariage. Art. 312, al. 1.

Cette seconde présomption, qui, d'après la nature même des choses, est étrangère au cas où l'enfant ne justifie de sa filiation maternelle qu'indirectement et à l'aide de la possession d'état, s'applique donc seulement au cas où cette filiation se trouve directement établie par la preuve de l'accouchement⁴⁰. Dans ce cas-là même, cette présomption n'est pas absolument irréfragable; son degré de force varie, suivant que la filiation maternelle de l'enfant qui s'en prévaut, est constatée par un acte de naissance, ou ne se trouve établie que par la preuve testimoniale.

Première hypothèse. Si la filiation maternelle est constatée par un acte de naissance, la présomption de paternité qui milite contre le mari, ne peut être détruite qu'au moyen d'une action en désaveu. Cette action n'est admise que sous les conditions et dans les cas suivants :

a. Elle l'est, en premier lieu, lorsque le mari s'est trouvé, soit pour cause d'éloignement⁴¹, soit par l'effet de quelque accident⁴²

⁴⁰ Cpr. § 544, texte n° 2 et note 13.

⁴¹ L'éloignement doit avoir été tel que toute réunion, même momentanée, entre les deux époux, ait été physiquement impossible dans l'intervalle de temps où se place la conception : *In dubio prævaleat ergo favor partus*. Du reste, c'est là une question de fait dont la solution est abandonnée à l'appréciation du juge. Voy. *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 289, n° 13); Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 2; Loché et Maleville, sur l'art. 312; Lascaux, I, 338; Toullier, II, 808; Duranton, III, 40; Paris, 9 août 1813, Sir., 13, 2, 310; Paris, 2 janvier 1815, Sir., 16, 2, 206; Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145; Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., 31, 1, 81; Grenoble, 21 décembre 1830, Sir., 32, 2, 607; Req. rej., 2 juin 1840, Sir., 41, 1, 717; Montpellier, 24 décembre 1857, Sir., 59, 2, 524. Ce dernier arrêt va jusqu'à admettre que des faits d'impossibilité morale de cohabitation peuvent, suivant les circonstances, s'élever au niveau d'un obstacle matériel, et donner lieu à l'application du second alinéa de l'art. 312. Mais en statuant ainsi, la Cour de Montpellier nous paraît avoir dépassé les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux. A notre avis, sa décision aurait pu être déférée à la censure de la Cour de cassation comme constituant une fausse application du second alinéa de l'art. 312, et une violation du premier alinéa du même article. — Voy. spécialement sur le cas d'emprisonnement ou de détention dans un asile d'aliénés, des deux époux ou de l'un d'eux : Merlin, *loc. cit.*; Proudhon, II, p. 24; Duranton, III, 41; Chardon, *Dol et fraude*, II, 153; Richefort, I, 15; Allemand, *Du mariage*, II, 695; Taulier, I, p. 380; Demolombe, V, 30; Toulouse, 28 juillet 1808, Sir., 8, 2, 317; Civ. cass., 24 juillet 1844, Sir., 44, 2, 626; Paris, 5 mars 1853, Sir., 54, 2, 122.

⁴² L'accident doit avoir rendu le mari absolument incapable d'engendrer pen-

arrivé depuis le mariage ⁴³, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, pendant l'intervalle qui a couru depuis le commencement du trois centième jour jusqu'à la fin du cent quatre-vingtième jour avant et non y compris celui de la naissance de l'enfant.

Si le mariage a été dissous à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, on peut, pour compléter cet intervalle, joindre au temps qui s'est écoulé depuis le commencement de cette impossibilité jusqu'à la dissolution du mariage, tout le temps postérieur à cette dernière époque. Réciproquement, si le mariage a été célébré à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, on peut joindre au temps qui s'est écoulé depuis la célébration du mariage jusqu'à la cessation de cette impossibilité, tout le temps antérieur à la célébration du mariage. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant ne saurait être privé du bénéfice de la légitimité que par suite d'un désaveu soumis aux règles ci-dessus exposées ⁴⁴.

Le demandeur en désaveu n'a d'autre preuve à faire dans le cas actuel que celle de l'impossibilité physique de cohabitation ⁴⁵.

dant l'intervalle de temps auquel remonte la conception. Le doute qui s'élèverait sur l'impuissance accidentelle du mari, devrait se résoudre en faveur de l'enfant. Du reste, la loi n'ayant ni défini ni énuméré les accidents susceptibles de produire l'impuissance, elle a, par cela même, encore abandonné ce point à l'appréciation des tribunaux. Toutefois, il résulte de la discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, VI, p. 36 et 37, n° 5; p. 149, n° 3), que le législateur a voulu attacher au mot *accident* l'idée d'une impuissance évidente et matérielle, résultant, par exemple, d'une blessure ou d'une mutilation. Nous pensons donc, contrairement à l'opinion émise par Duveyrier dans son discours au Corps législatif (Locré, *Lég.*, VI, p. 290, n° 14), qu'une maladie interne ne saurait être regardée comme un accident, dans le sens de l'art. 312. Duranton, III, 42. Voy. cep. Proudhon, II, p. 27 et 28; Toullier, II, 810; Demolombe, V, 32.

⁴³ L'impuissance, même accidentelle, mais antérieure au mariage, ne peut, en général, par les raisons qui seront développées en la note 59 *infra*, être invoquée à l'appui d'un désaveu. Delvincourt, I, p. 206. Marcadé, sur l'art. 312, n° 3. Demolombe, V, 33 et 35. — Il en serait cependant autrement s'il s'agissait d'une impuissance temporaire de sa nature. Demolombe, V, 36.

⁴⁴ Duranton, III, 44. Demolombe, V, 38. Civ. cass., 23 novembre 1842, Sir., 43, 1, 5. Voy. cep. Zachariæ, § 546, note 19; Bruxelles, 15 juillet 1822, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 544, § 2.

⁴⁵ Le jugement qui aurait admis le divorce ou la séparation de corps pour cause d'adultère, en se fondant sur la naissance d'un enfant conçu à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, emporterait-il chose jugée sur l'existence de cette impossibilité physique de co-

Cette preuve suffit à elle seule pour établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, et pour entraîner l'illégitimité de ce dernier, sans qu'il puisse combattre les conséquences qui résultent de cette impossibilité autrement qu'en démontrant qu'elle n'existait réellement pas. Art. 312, al. 2.

b. L'action en désaveu est admise en second lieu, lorsque la femme s'est rendue coupable d'adultère, et que la naissance de l'enfant dont elle est accouchée a été cachée au mari. Sous ce rapport, le recel de la grossesse peut, selon les circonstances, équivaloir au recel de la naissance elle-même⁴⁶.

La preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance sont à la charge du demandeur en désaveu⁴⁷, qui doit établir l'existence de l'un et de l'autre de ces faits⁴⁸. Mais il n'est pas

habitation, en ce qui concerne le désaveu ? La négative a été jugée avec raison, selon nous, par un arrêt de la Cour de Grenoble du 21 décembre 1830, Sir., 32, 2, 607.

⁴⁶ Req. rej., 7 janvier 1850, Sir., 50, 1, 113. Cpr. Req. rej., 8 décembre 1851, Sir., 52, 1, 161. Voy. aussi Montpellier, 24 décembre 1857, Sir., 59, 2, 524.

⁴⁷ Le demandeur en désaveu n'est pas obligé de prouver qu'il a ignoré la naissance ; il suffit qu'il établisse qu'on la lui a cachée. Il en résulte que la preuve à administrer pour établir le recèlement de la naissance, porte sur des faits positifs et non sur un fait négatif. C'est évidemment à tort que Delvincourt (I, p. 207 et 208), appliquant ici la maxime *Factum negantis nulla est probatio*, dont il a d'ailleurs mal saisi le véritable sens, met à la charge du défendeur en désaveu la preuve du non-recèlement de la naissance. Duranton, III, 50. Marcadé, sur l'art. 313, n° 2. Demolombe, III, 41.

⁴⁸ La jurisprudence, au contraire, incline à décider que la preuve spéciale de l'adultère n'est pas exigée, en ce qu'elle résulterait virtuellement de celle du recèlement de la naissance et des faits de nature à établir la non-paternité du mari. Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., 31, 1, 81. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., 38, 1, 854. Cpr. Civ. rej., 8 juillet 1812, Sir., 12, 1, 377 ; Paris, 29 juillet 1826, Sir., 27, 2, 185 ; Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145 ; Paris, 5 juillet 1843, Sir., 44, 2, 185. Mais cette doctrine nous paraît également en opposition avec le texte de l'art. 313, et avec l'esprit dans lequel il a été rédigé. En effet, dire que l'enfant ne peut être désavoué même pour cause d'adultère, à moins que la naissance n'ait été cachée, c'est exprimer, en d'autres termes, que l'enfant peut être désavoué pour cause d'adultère, quand sa naissance a été cachée ; c'est exiger, en définitive, la double preuve de l'adultère et du recèlement de la naissance. S'il devait exister le moindre doute à cet égard, il serait levé par les déclarations unanimes des orateurs du gouvernement et du Tribunat, qui tous exigent, outre la justification de l'impossibilité morale de cohabitation, la double preuve ci-dessus indiquée. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu ; *Rapport au Tribunat*, par Lahary ; *Discours au Corps législatif*, par Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 193, n° 5 ; p. 240, n° 11 ; p. 295, n° 157). En vain prétend-on, dans les arrêts dont nous combattons la doctrine, que la preuve spéciale de l'adultère

nécessaire que la preuve en soit faite dès avant l'introduction de l'action en désaveu⁴⁹. Il n'est pas même exigé qu'ils aient été reconnus comme constants par un jugement préalable à la décision du fond de la contestation : le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsqu'ils se trouvent constatés l'un et l'autre dans le jugement qui admet le désaveu⁵⁰.

est inutile et surabondante, puisqu'elle ressortira suffisamment et par voie de conséquence des faits tendant à démontrer que le mari n'est pas le père de l'enfant. Cette argumentation, plus spécieuse que solide, confond le cas prévu par l'art. 313 avec celui dont s'occupe le second alinéa de l'art. 312. Lorsqu'il est démontré que le mari s'est trouvé dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme à l'époque où se place la conception, cette preuve entraîne forcément celle de l'adultère. Dans l'hypothèse, au contraire, dont il est actuellement question, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant, n'est que le résultat de circonstances de nature à faire présumer ce fait, mais qui ne le démontrent pas d'une manière infaillible. Or, quelle est, dans la pensée du législateur, telle qu'elle se manifeste par le texte même de l'art. 313, la plus grave de ces circonstances, après le recel de la naissance? C'est l'adultère de la femme, dont la preuve est ainsi exigée comme un des éléments indispensables pour justifier l'action en désaveu. Nous reconnaissons bien que la preuve de l'adultère peut se faire au moyen de simples présomptions. Nous admettrons même que parmi les faits articulés pour prouver la non-paternité, ceux qui se rapportent à la conduite de la femme ou à ses relations avec son mari peuvent être d'une gravité telle qu'ils emporteront pour le juge la conviction de l'adultère. Mais il ne faut pas confondre cette question de fait et d'appréciation avec la question de droit que nous examinons. Nous persistons donc à croire que le juge ne peut accueillir l'action en désaveu qu'en constatant tout à la fois le recel de la naissance, l'adultère de la femme et l'existence de faits accessoires propres à démontrer la non-paternité du mari. Cpr. Duvergier, sur Toullier, II, 816; Duranton, III, 52; Proudhon et Valette, II, p. 30 à 33; Marcadé, sur l'art. 313, n° 3; Demolombe, V, 40 à 46. Voy. cep. Zachariæ, § 546, note 20; Richefort, I, 24; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 433; Demante, *Cours* II, p. 53 et 54; Valette, *Explication sommaire*, p. 170 et 171, n° 9.

⁴⁹ Duranton, III, 51. Demolombe, V, 42 et 49. Voy. en sens contraire, en ce qui concerne l'adultère : Toullier, II, 815. C'est à tort que Toullier invoque à l'appui de son opinion l'autorité de Merlin, qui n'a jamais soutenu que l'adultère dût être constaté par un jugement antérieur à l'action en désaveu. Cet auteur pensait, au contraire, que la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance pouvaient être faites incidemment à l'action en désaveu, mais il prétendait que ces circonstances devaient être reconnues par un jugement passé en force de chose jugée, avant que le demandeur pût être admis à la preuve des faits de non-paternité.

⁵⁰ Marcadé, sur l'art. 313, n° 3. Demolombe, V, 43 et 49. Civ. rej., 8 juillet 1812, Sir., 12, 1, 377. Metz, 29 décembre 1825, Sir., 27, 2, 186. Paris, 29 juillet 1826, Sir., 27, 2, 185. Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145. Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., 31, 1, 81. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., 38, 1, 854. Pau, 5 juillet 1843, Sir., 44, 2, 183. L'opinion contraire, soutenue par Merlin devant la Cour

L'adultère est susceptible de s'établir par tous les genres de preuves que la loi admet, et notamment au moyen de simples présomptions, par exemple d'absences faites par la femme, ou de relations qu'elle a entretenues avec un tiers. Quant à la preuve du recel de la naissance, elle peut suffisamment résulter de la circonstance que l'enfant a été inscrit aux registres de l'état civil comme né de père inconnu ⁵¹.

La preuve de l'adultère de la femme et celle du recèlement de la naissance ne suffisent pas pour justifier l'action en désaveu, qui ne doit être accueillie qu'autant que les présomptions résultant de ces deux circonstances sont corroborées par d'autres faits propres à établir que le mari se trouvait, à l'époque où se place la conception, dans l'impossibilité morale de cohabiter avec sa femme ⁵². L'appréciation de ces faits, que le défendeur à l'action en désaveu est admis à combattre par des indices contraires, est abandonnée aux tribunaux ⁵³. Art. 313.

de cassation en 1812, n'y a point prévalu. Depuis, cet auteur paraît avoir abandonné cette manière de voir; car il avoue qu'il a été entraîné à la défendre plutôt par l'autorité des orateurs du gouvernement et du Tribunat, que par sa conviction personnelle. Voy. *Rép.*, v^o *Légitimité*, sect. II, § 2, n^o 5. Un examen plus attentif des opinions émises par ces orateurs aurait peut-être convaincu Merlin qu'ils se sont moins occupés de préciser l'époque à laquelle devait être administrée la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance, que d'indiquer la nécessité de l'une et l'autre de ces preuves pour l'admissibilité de l'action en désaveu.

⁵¹ Demolombe, V, 50. Paris, 28 juin 1819, Sir., 20, 2, 7. Paris, 4 décembre 1820, Sir., 21, 2, 98. Paris, 5 juillet 1843, Sir., 44, 2, 185.

⁵² Nous avons cru devoir présenter ici une rédaction différente de celle de l'art. 313, en nous servant des termes *impossibilité morale de cohabitation*, admis par l'ancienne jurisprudence des arrêts, et qui ont été reproduits, tant dans la discussion au Conseil d'état que dans le rapport de Lahary et le discours de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 69 et 70, n^{os} 2 et 3; p. 227, n^o 6; p. 241, n^o 12; p. 285, n^o 9; p. 292, n^o 15). Notre rédaction nous paraît exprimer d'une manière plus précise les idées du législateur, parce qu'elle indique quelle doit être la nature des faits à l'aide desquels le demandeur en désaveu pourra, après avoir établi le recèlement de la naissance et l'adultère de la femme, compléter la preuve mise à sa charge. Cette preuve peut résulter, entre autres, de l'âge avancé du mari, de son état valétudinaire, de l'éloignement qui existait entre sa résidence et celle de sa femme dans le temps correspondant à celui de la conception, enfin, de la mésintelligence qui régnait à cette époque entre les époux. Cpr. Delvincourt, I, p. 208; Duranton, III, 53 et 54; Toullier, II, 817 et 818; Bedel, *Traité de l'adultère*, n^o 77; Marcadé, sur l'art. 313, n^o 1; Demolombe, V, 51; Rennes, 8 juin 1843, Sir., 44, 2, 249; Req. rej., 14 février 1854, Sir., 54, 1, 225.

⁵³ Toullier, II, 817. Delvincourt, I, p. 208. Demolombe, V, 54 et 55. — Lors-

c. Enfin, l'action en désaveu est encore admise en cas de séparation de corps, conformément à la loi des 15, 22 novembre et 6 décembre 1850, dont l'article unique porte :

« Il sera ajouté à l'art. 313 du Code civil un paragraphe ainsi conçu : — En cas de séparation prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'art. 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Dans le cas prévu par cette loi, le mari n'a aucune preuve à faire pour justifier son désaveu, qui est par lui-même péremptoire. La femme et le tuteur *ad hoc* de l'enfant ne peuvent le combattre qu'en prouvant qu'il y a eu une réunion de fait entre les époux dans l'intervalle de temps où se place la conception⁵⁴.

L'action en désaveu dont il s'agit dans les trois cas précédents, s'éteint par toute espèce de renonciation expresse ou tacite⁵⁵. Elle n'est pas recevable, lorsque l'enfant est venu mort au monde, ou lorsque, né vivant, il a été déclaré non viable⁵⁶.

Les règles concernant les personnes auxquelles compète cette action, les délais dans lesquels elle doit être intentée, et les effets qu'elle produit, seront développés au § 545 *bis*.

L'enfant dont la filiation maternelle se trouve constatée par un

qu'il résulte de faits reconnus constants par le tribunal saisi de l'action en désaveu, des indices tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, ce tribunal peut admettre le désaveu sans être obligé d'ordonner une preuve testimoniale. Req. rej., 4 avril 1837, Sir., 37, 1, 439.

⁵⁴ Les difficultés qu'avait fait naître la rédaction un peu embarrassée de la loi transcrite au texte, ont été levées par les explications qu'a données M. Valette, l'un des auteurs de l'amendement qui a remplacé le projet présenté par M. Demante. Les propositions énoncées au texte ne sont que le résumé de ces explications. Valette, *Lettre à M. Arbey*, Sir., 58, 2, 689 à la note; et *Explication sommaire*, p. 171 et suiv., n° 10. Voy. dans ce sens : Demante, *Cours*, II, 40 *bis*, 1; Duvergier, *Collection des lois*, L, p. 473; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1855, VI, p. 212; Quénault, *même Revue*, 1857, XI, p. 308; Hérold, *Revue pratique*, 1859, VII, p. 310; Paris, 18 février 1854, Sir. 54, 2, 81; Req. rej., 9 décembre 1857, Sir., 58, 1, 97; Bordeaux, 16 juin 1858, Sir. 58, 2, 690. Voy. en sens contraire : Marcadé sur l'art. 313, n° 4; Amiens, 30 juin 1853, Sir., 53, 2, 81.

⁵⁵ Demolombe, V, 162. Cpr. texte n° 1, notes 13 à 18 *supra*.

⁵⁶ Arg. art. 314, n° 3. Sans intérêt point d'action. Duranton, III, 34. Demolombe, V, 111. Cpr. texte n° 1, notes 19 et 20 *supra*. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 206; Proudhon, II, p. 33 et 34; Zachariæ, § 546, texte et note 32.

acte de naissance ne peut, quelles que soient d'ailleurs les énonciations de cet acte relativement à sa filiation paternelle⁵⁷, être désavoué que dans les trois cas ci-dessus indiqués. Ainsi, on ne doit ranger parmi les causes de désaveu, ni l'impuissance naturelle du mari⁵⁸, qu'elle résulte de la faiblesse latente de ses parties sexuelles ou d'un vice apparent de conformation⁵⁹, ni l'état de séparation de fait⁶⁰, ni la déclaration de la mère qui aurait reconnu l'illégitimité de l'enfant⁶¹. Ces deux dernières circonstances peuvent seulement, dans le cas prévu par l'art. 313, être invoquées comme

⁵⁷ Cpr. § 544, texte n° 1, notes 10 et 11.

⁵⁸ Il en serait ainsi, quand même la naissance de l'enfant aurait été cachée au mari, de telle sorte que celui-ci ne pourrait se prévaloir de son impuissance naturelle pour se dispenser de prouver l'adultère de la femme et les faits de non-paternité, ni même invoquer cette impuissance comme devant faire présumer qu'il n'est pas le père de l'enfant. C'est ce qui ressort des travaux préparatoires du Code : L'art. 313 se trouvait primitivement rédigé de la manière suivante : « Le mari ne pourra désavouer l'enfant, soit en excipant d'adultère de la part de la femme, soit en alléguant son impuissance naturelle, à moins que la naissance de l'enfant ne lui ait été cachée. » Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 156, art. 2. Mais le Tribunal ayant demandé la suppression des mots *impuissance naturelle*, en se fondant sur l'impossibilité ou du moins la grande difficulté de prouver cette impuissance, on rédigea l'art. 313 dans les termes que le Code reproduit, pour mieux faire ressortir encore l'idée du Tribunal, et pour indiquer que l'allégation de l'impuissance naturelle ne pourrait, dans quelque circonstance que ce fût, être invoquée à l'appui d'un désaveu. Cpr. *Observations du Tribunal* (Locré, *Lég.*, VI, p. 170, n° 4). Demolombe, V, 34.

⁵⁹ Merlin, qui distingue, en ce qui concerne la validité du mariage, entre l'impuissance naturelle manifeste et l'impuissance naturelle non manifeste, convient lui-même que cette distinction ne doit pas être admise dans la matière qui nous occupe. Voy. *Rép.*, v° Impuissance, n° 2 ; v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 4 ; § 464, texte n° 6, notes 37 à 39. Son opinion, sous ce rapport, est d'autant moins contestable, qu'en rejetant l'impuissance naturelle comme cause de désaveu, le législateur a non-seulement été déterminé par la difficulté et le scandale que présenterait la preuve d'une impuissance non manifeste, mais encore par un motif de haute moralité, qui s'oppose à ce que le mari puisse se prévaloir de son impuissance même manifeste, lorsque la cause en est tout à la fois permanente et antérieure au mariage. Dans ce cas, il aurait à se reprocher d'avoir trompé sa femme. Or, *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. *Discussion au Conseil d'état* et *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 36 et 37, n° 5 ; p. 292, n° 14 *in fine*). Duranton, III, 47. Marcadé, sur l'art. 312, n° 3. Demolombe, V, 33.

⁶⁰ L'opinion contraire, émise dans les motifs d'un arrêt de la cour de Corse, du 24 mars 1825 (Sir., 27, 2, 153), est en opposition flagrante avec l'esprit et le texte de l'art. 313.

⁶¹ Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 6. Marcadé, sur l'art. 313, n° 3. Demolombe, V, 48.

des indices d'une impossibilité morale de cohabitation ou de l'adultère de la femme ⁶².

Seconde hypothèse. Lorsque, à défaut d'acte de naissance ou de possession d'état, l'enfant est obligé de recourir à la preuve testimoniale pour établir sa filiation maternelle, toute personne intéressée est admise à combattre, en tout temps, et par tous les moyens tendant à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant, la présomption de paternité attachée à la constatation de la filiation maternelle ⁶³. Art. 325.

Le mari, autorisé à repousser ainsi la réclamation de l'enfant à quelque époque qu'elle vienne à se produire, n'est cependant pas obligé de l'attendre; il peut la devancer en formant son action en désaveu, et ce, bien que l'enfant désavoué n'ait pas été inscrit sous le nom de sa femme ⁶⁴. La même faculté semble devoir être accordée aux héritiers du mari ⁶⁵.

⁶² Merlin, *op. et vo cit.*, sect. II, § 2, nos 3 et 6. Demolombe, V, 51. Liège, 12 fructidor an XIII, Sir., 6, 2, 24.

⁶³ Voy. pour le développement de cette proposition, § 544, texte n° 3, notes 30, 31 et 34.

⁶⁴ L'action en désaveu qui peut appartenir au mari, n'est pas subordonnée par la loi à la condition que l'enfant dont sa femme est accouchée ait été inscrit sous le nom de celle-ci. D'un autre côté, le seul fait de l'accouchement d'une femme mariée établit par lui-même, au profit de l'enfant, le droit imprescriptible de la réclamer pour mère, et d'invoquer la présomption de paternité attachée à sa filiation maternelle. Ainsi placé sous le coup d'un danger toujours persistant, le mari a par cela même un intérêt légitime à le faire cesser. On doit d'autant moins hésiter à le décider, que les preuves de l'illégitimité pourraient disparaître par l'effet du temps ou de toute autre circonstance. Cpr. § 746, texte et note 3. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, I, p. 384 et suiv. Paris, 6 janvier 1849, Sir., 49, 2, 657. Req. rej. 4 février 1851, Sir., 51, 1, 208. Paris, 4 juillet 1853, Sir., 53, 2, 372. Req. rej. 14 février 1854, Sir., 54, 1, 225.

⁶⁵ La Cour de cassation (Civ. rej. 5 avril 1854, Sir., 54, 1, 293) a cependant jugé le contraire, en se fondant sur la disposition de l'art. 317, qui ne fait courir le délai accordé aux héritiers du mari pour contester la légitimité de l'enfant que du jour où il s'est mis en possession des biens de ce dernier, ou de l'époque où ils ont eux-mêmes été troublés par l'enfant dans cette possession. Mais en tirant de cet article la conséquence que l'action des héritiers est subordonnée à l'existence d'une prétention élevée par l'enfant, la Cour de cassation nous paraît avoir confondu la question de l'ouverture ou de la recevabilité de cette action avec celle de la déchéance à laquelle elle est soumise. Ces deux questions sont complètement distinctes, et le texte de l'art. 317, aussi bien que les travaux préparatoires du Code, prouvent que le législateur n'a eu en vue que la fixation d'un délai de déchéance. Il ne faudrait d'ailleurs pas s'arrêter aux expressions *contester la légitimité*, dont se sert l'art. 317, puisque l'action des héritiers n'est au fond que l'action en désaveu qui appartenait au mari. Il existe, il est vrai, entre la position

Pour terminer l'explication des art. 312 et 315, il reste à examiner un cas particulier qui se prête également à l'application de l'un ou de l'autre de ces articles.

Lorsqu'une femme dont le mariage a été dissous ou annulé, s'est remariée avant l'expiration du délai indiqué par l'art. 228, et qu'elle accouche, après le commencement du cent quatre-vingtième jour à dater de celui de la célébration du second mariage, et avant la fin du trois centième jour à dater de celui de la dissolution ou de l'annulation du premier mariage, d'un enfant dont la conception peut ainsi, aux yeux de la loi, avoir eu lieu pendant le premier comme pendant le second mariage, il appartient aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, et dans le doute, d'après le plus grand intérêt de l'enfant, quel est celui des deux maris qui doit en être réputé le père ⁶⁶.

§ 545 bis.

Continuation. — De l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité.

1° Le mari et ses héritiers, ou successeurs universels¹, jouissent privativement à toute autre personne du droit de désaveu. Art. 312, 313, 314 et 317.

du mari et celle des héritiers cette différence, que les intérêts pécuniaires de ces derniers se trouveront couverts par la prescription trentenaire; mais comme ils resteront exposés pendant tout ce laps de temps à la menace d'une réclamation de la part de l'enfant, et au danger du dépérissement des preuves de son illégitimité, ils ont, tout comme le mari, un intérêt sérieux et actuel à exercer immédiatement leur action en désaveu pour se soustraire à ces éventualités. Cpr. § 545 bis, texte et note 26.

⁶⁶ Deux présomptions légales, également puissantes, se trouvent ici en collision, sans que la loi ait déterminé celle qui doit l'emporter sur l'autre. La solution de la difficulté se trouve par cela même abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Delvincourt, I, p. 127. Proudhon et Valette, II, p. 49 à 51. Duranton, III, 63. Duvergier sur Toullier, II, 666. Voy. cep. Demolombe, V, 93 à 94. Suivant cet auteur, l'enfant devrait dans la règle être présumé appartenir au second mari.

¹ Le terme *héritier* est, dans l'art. 317 comme dans plusieurs autres, employé *sensu lato*, pour désigner toutes les personnes appelées à succéder au défunt à titre universel. Il n'existe, en effet, aucune raison de distinguer entre les héritiers proprement dits et les autres successeurs universels. Le droit de désaveu doit également passer aux uns et aux autres, comme formant, quant aux résultats pécuniaires qu'il peut avoir, une partie intégrante de l'hérédité à laquelle ils se trouvent appelés. *Rapport* de Lahary et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 247, n° 16; p. 299, n° 19). Proudhon et Valette, II, p. 60 à 68. Duranton, III,

Ce droit ne compète pas aux parents du mari en leur seule qualité de parents². Il n'appartient pas davantage à la femme ou à ses héritiers, ni aux parents maternels en général³.

Nul ne peut, du vivant du mari, exercer en son nom le droit de désaveu qui lui appartient. Il en est ainsi, notamment de ses créanciers⁴, et même de son tuteur, dans le cas où il aurait été judiciairement interdit⁵.

69, 80 et 81. Marcadé sur l'art. 317, n° 1. Demolombe, V, 123 à 125, 127 et 129. — Toullier (II, 835) semble ne donner le droit de désaveu qu'aux successeurs universels jouissant de la saisine. Delvincourt (I, p. 209) et M. Taulier (I, p. 388), au contraire, l'accordent même aux légataires à titre particulier. La première de ces opinions repose sur une distinction arbitraire; et la seconde, sur une confusion évidente entre l'action en désaveu, qui ne peut être exercée que du chef du mari, et l'action en contestation de légitimité, qui compète *nomine proprio* à toute personne intéressée. Cpr. texte et note 43 *infra*. Proudhon et Valette, *loc. cit.* Bedel, *op. et loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, II, 130. — Sous le terme *héritiers* nous comprendrons, dans la suite de ce paragraphe, tous les successeurs universels du mari.

² Proudhon, II, p. 57. Toullier, II, 835. Duranton, III, 72. Demolombe, V, 131 à 133. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 209.

³ Toullier, II, 835. Duranton, III, 77. Demolombe, V, 135. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. IV, § 1, n° 1; Delvincourt, I, p. 210.

⁴ Cpr. § 312, note 33. Marcadé, sur l'art. 317, n° 1. Demolombe, V, 114 et 115.

⁵ Bedel, *Traité de l'adultère*, nos 79 et suiv. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 725. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° *Légitimité*, § 8; Pont, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 347; Demolombe, V, 116 à 118; Civ. cass., 14 juillet 1844, Sir., 44, 1, 626. Il existe sans doute en faveur de cette dernière opinion de très-graves considérations, qui se tirent surtout du danger du dépérissement des preuves. Mais quelque puissantes qu'elles soient, elles ne sauraient prévaloir sur la nature même du désaveu, qui est pour le mari une question de conviction personnelle et intime, en même temps qu'une question d'honneur, dont il doit rester le seul appréciateur. Nous n'hésiterions cependant pas à accorder au tuteur de l'interdit le droit de former le désaveu, si, contrairement à notre manière de voir (cpr. texte, notes 17 et 25 *infra*), il fallait admettre que les délais indiqués en l'art. 316 courent contre le mari malgré son état d'interdiction. Mais alors et par voie de conséquence, on serait aussi obligé de reconnaître que l'inaction du tuteur pendant ces délais si courts, emporterait pour le mari et pour ses héritiers déchéance définitive du droit de désaveu. Or, une pareille conséquence suffit pour démontrer le danger du système qui y conduit. Un inconvénient non moins grave résulterait de l'opinion que nous combattons, c'est que le jugement obtenu par le tuteur, une fois passé en force de chose jugée, priverait irrévocablement le mari qui aurait recouvré ses facultés intellectuelles, du droit d'avouer sa paternité, et que celui qui aurait été rendu contre le tuteur, lui enlèverait la faculté de la désavouer, à moins qu'il ne parvînt à le faire rétracter par voie de requête civile. Ces réflexions, qui s'appliquent à toute espèce de désaveu, deviennent plus décisives encore, quand il s'agit d'un désaveu fondé sur une simple impossibilité morale de cohabitation.

Au contraire, l'action en désaveu qui compète aux héritiers du mari, peut être formée en leur nom par tous ceux qui jouissent, en général, de l'exercice de leurs actions, et notamment par leurs tuteurs ou par leurs créanciers⁶.

En cas d'absence du mari, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles sont autorisés à demander l'envoi en possession de ses biens, à l'exclusion des enfants nés plus de trois cents jours après l'une ou l'autre de ces époques, sans avoir même besoin de les désavouer⁷. Que s'il s'agissait d'un enfant né avant l'expiration de ce délai, ils seraient, le cas échéant, admis à le désavouer, pour obtenir ou conserver à son exclusion la possession des biens de l'absent. Mais si ce dernier venait à reparaître, le jugement rendu sur le désaveu tomberait de plein droit avec l'envoi en possession, et ce jugement ne pourrait être invoqué ni par l'absent ni contre lui⁸.

La transmission du droit de désaveu aux héritiers du mari ne s'opère qu'autant que ce dernier avait lui-même désavoué l'enfant en temps utile, ou qu'il jouissait encore au moment de son décès du droit de le faire⁹. Elle n'aurait point lieu, par conséquent, si

⁶ Cette différence est fondée sur ce que l'action en désaveu repose, relativement aux héritiers du mari, sur un intérêt purement pécuniaire. Cpr. § 312, note 33. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*

⁷ Cpr. § 159, texte et note 7. Outre les autorités citées dans cette note, voy. encore, Douai, 12 juillet 1856, Sir., 57, 2, 169.

⁸ Les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, étant autorisés à demander l'envoi en possession de ses biens, ont par cela même le droit de contester la qualité de tous ceux qui voudraient l'obtenir concurremment avec eux ou à leur exclusion, et d'introduire à cet effet une action en désaveu. En formant cette action, ils exercent, non le droit qui pourrait appartenir à l'absent s'il vivait encore, mais un droit qui leur est propre, et ils ne l'exercent que dans le but d'obtenir ou de conserver, à l'exclusion de l'enfant, l'envoi en possession des biens de l'absent. Dans cette situation, ils n'ont pas besoin de prouver le décès de ce dernier, qui est légalement présumé en ce qui concerne la dévolution de sa succession. Ces réflexions conduisent également à reconnaître que le jugement rendu sur le désaveu des héritiers présomptifs du mari ne peut, au cas où l'absent vient à reparaître, ni lui être opposé, ni être invoqué par lui. Zachariæ, § 546, note 41. Voy. en sens contraire: Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 725 et suiv. Voy. aussi Toulouse, 29 décembre 1828, Sir., 29, 2, 157. Cet arrêt n'étant précédé d'aucun exposé de faits, on ne sait s'il s'applique à un enfant né après ou avant l'expiration des trois cents jours depuis la disparition ou les dernières nouvelles.

⁹ Les termes de l'art. 317, *Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation*, sont purement énonciatifs. Si le droit de désaveu passe aux héritiers, dans le cas même où le mari est décédé sans avoir réclamé, et par cela seul qu'il

le mari y avait renoncé ou s'en trouvait déchu. Cette transmission est, du reste, indépendante de la cause qui sert de base au désaveu. Ainsi, les héritiers du mari peuvent exercer l'action en désaveu qui serait fondée, soit sur son impuissance accidentelle¹⁰, soit sur l'adultère de la femme et le recèlement de la naissance de l'enfant¹¹. Ils sont même en droit de désavouer pour cause d'adultère l'enfant né après la mort du mari, lorsque sa naissance leur a été cachée¹².

Les héritiers jouissent individuellement du droit de désaveu. Il en résulte que la renonciation faite, ou la déchéance encourue par quelques-uns d'entre eux, ne peut être opposée aux autres¹³.

Le désaveu doit, à peine de déchéance, être formé dans un bref délai, dont la durée et le point de départ dépendent des circonstances.

En règle générale, le délai dont jouit le mari n'est que d'un mois, et ce délai court à dater de la naissance de l'enfant.

Par exception, le délai est de deux mois, tant dans le cas où le

se trouvait encore dans le délai utile pour le faire, il doit en être de même, à plus forte raison, lorsque le mari a lui-même formé le désaveu en temps utile. Demolombe, V, 120.

¹⁰ En vain dirait-on que l'impuissance ne peut plus se prouver après le décès du mari. Cette objection qui, d'après Brillouin, se trouve reproduite au *Répertoire de jurisprudence* de Merlin (v^o Légitimité, section II, § 2, n^o 4), ne porte évidemment pas sur l'impuissance accidentelle. Demolombe, V, 122.

¹¹ Toullier, II, 841. Du Roi, p. 66. Duranton, III, 73. Valette, sur Proudhon, II, p. 56, note a. Marcadé, sur l'art. 317, n^o 1. Demolombe, V, 121. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, I, p. 381 et suiv. Req. rej. 8 décembre 1851, Sir., 52, 1, 161. — Proudhon (II, p. 55 et 56) et Locré (sur l'art. 313) n'accordent, en pareil cas, l'action en désaveu aux héritiers et successeurs du mari qu'autant que l'adultère a déjà été reconnu sur la plainte de ce dernier. Cette restriction, contraire à la généralité des termes de l'art. 317, est le résultat d'une confusion que ces auteurs ont faite entre l'action principale en adultère, laquelle ne compète qu'au mari, et la preuve de l'adultère offerte à l'appui d'une demande en désaveu, preuve à laquelle doivent nécessairement être admis tous ceux auxquels appartient cette dernière action.

¹² En vain objecterait-on que la naissance n'ayant pas été cachée au mari lui-même, ses héritiers ne se trouvent plus dans les conditions requises par l'art. 313 pour l'exercice du désaveu. Le bon sens indique, en effet, qu'il y a recel dans le sens de cet article, dès que la naissance a été cachée aux personnes auxquelles compétait, au moment de cet événement, le droit de désaveu. La présomption de l'illégitimité de l'enfant est attachée au recel même de la naissance; elle est tout aussi forte, si ce n'est plus, quand la naissance a été cachée aux héritiers du mari, que lorsqu'elle l'a été au mari lui-même. Req. rej. 8 décembre 1851, Sir., 52, 1, 161.

¹³ Du Roi, p. 68. Duranton, III, 71. Demolombe, V, 136.

mari ne se trouvait pas lors de la naissance sur les lieux de cet événement¹⁴, que dans celui où la naissance lui a été cachée. Dans le premier cas, les deux mois courent à partir du retour du mari¹⁵, dans le second, à partir de la découverte de la fraude¹⁶. Art. 316.

Une exception analogue semble devoir être admise pour le cas où le mari n'a pu, à raison de son état mental, avoir connaissance de l'accouchement de sa femme, ou du moins apprécier les conséquences de cet événement¹⁷. En pareil cas, le délai de deux mois pour former l'action en désaveu court, suivant les circonstances, soit du jour où le mari a recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, soit de celui de sa sortie de l'asile d'aliénés où il était retenu, soit de celui de la main-levée de l'interdiction.

Enfin, si le désaveu est fondé sur la séparation de corps, les délais pour le former sont ceux qu'indique l'art. 316; mais ils ne

¹⁴ Il n'est pas nécessaire que le mari ait été absent dans le sens propre de ce mot. Mais la non-présence du mari dans la commune où l'accouchement a eu lieu ne suffirait pas, si, à raison de la proximité de sa résidence, il n'était pas raisonnablement permis de supposer qu'il ait ignoré cet événement. Cpr. Locré, sur l'art. 316; Toullier, II, 839; Duranton, II, 85; Du Roi, p. 68; Demolombe, V, 141 et 142; Paris, 9 août 1813, Sir., 13, 2, 310.

¹⁵ Cpr. Paris, 9 août 1813, Sir., 13, 2, 310. — Les deux mois ne courraient qu'à dater du retour du mari, même dans le cas où il aurait été antérieurement averti de la naissance de l'enfant. Bedel, *op. cit.*, n° 80.

¹⁶ C'est-à-dire, à dater du moment où le mari a acquis une connaissance positive de la naissance; un simple soupçon ne ferait pas courir le délai. Locré, sur l'art. 316. Du Roi, p. 70. Demolombe, V, 142. Angers, 18 juin 1807, Sir., 7, 2, 201. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., 38, 1, 854. Poitiers, 22 janvier 1857, Sir., 58, 1, 97. Cpr. Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145; Paris, 7 mai 1855, Sir., 55, 2, 770. — En pareil cas, il ne suffit pas que le mari prouve le recel; il doit de plus établir qu'il n'a découvert la fraude que depuis moins de deux mois avant le jour où le désaveu a été formé, ou, en d'autres termes, que les faits par suite desquels il prétend avoir acquis la connaissance de la naissance se sont passés depuis moins de deux mois. Duranton, III, 86. Demolombe, V, 144. Voy. cep. Req. rej., 14 février 1854, Sir., 54, 1, 225. La doctrine admise par cet arrêt de la Chambre des requêtes nous paraît difficile à concilier avec la jurisprudence de la Chambre civile sur la question analogue que soulève le second alinéa de l'art. 1304. Cpr. § 339, note 28. Il ne faut pas perdre de vue, comme l'a fait à tort, à notre avis, la Chambre des requêtes, qu'en règle le délai pour former le désaveu court à partir de la naissance de l'enfant, et que c'est par conséquent au mari, qui prétend se soustraire à l'application de cette règle et se placer sous l'exception indiquée par le troisième alinéa de l'art. 316, à prouver que la connaissance qu'il a obtenue de la naissance ne remonte pas à plus de deux mois avant le désaveu. Cette preuve, du reste, peut se faire par témoins, et même à l'aide de simples présomptions.

¹⁷ Maleville, sur l'art. 316. Du Roi, p. 70. Bedel, n° 80. Cpr. texte et note 25 *infra*.

commencent à courir que du jour où le mari a acquis la connaissance certaine de la naissance de l'enfant, bien que cette naissance ne lui ait pas été cachée¹⁸.

Lorsque le mari est décédé avant l'expiration des délais qui viennent d'être indiqués, sans avoir formé le désaveu, ses héritiers ont pour le faire un délai de deux mois, qui court à compter, soit de l'époque où l'enfant s'est mis de fait en possession publique de l'hérédité du mari, soit de l'époque où il a troublé, par une action en justice¹⁹, ou même par un acte extrajudiciaire²⁰, la possession des héritiers de ce dernier. Art. 317.

Les héritiers du mari jouissent du même délai, lorsque leur auteur a lui-même formé le désaveu par acte extrajudiciaire, à supposer d'ailleurs qu'il soit décédé avant l'expiration du mois dans lequel il devait le faire suivre d'une demande judiciaire²¹. Que si le mari avait déjà introduit la demande en désaveu, ses héritiers seraient autorisés à reprendre l'instance, même en dehors du délai de l'art. 317, et ne se trouveraient définitivement déchus que par la péremption de cette instance²².

La supputation des délais dans lesquels le désaveu doit être formé, se fait d'après les règles ordinaires. Ainsi, les mois se comptent de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours²³. Ainsi encore, le jour *a quo* reste en dehors du cal-

¹⁸ Si les délais pour former le désaveu courent, soit du jour de la naissance de l'enfant, soit du jour du retour du mari, lorsque d'ailleurs l'accouchement ne lui a pas été caché, c'est parce que la loi suppose que le mari, faisant ménage commun avec sa femme, a dû immédiatement obtenir connaissance de la naissance. Mais, comme ce motif fait défaut en cas de séparation de corps, il est rationnel de ne faire courir les délais du désaveu que du jour où le mari a été instruit de la naissance. Req. rej., 9 décembre 1857, Sir., 58, 1, 97.

¹⁹ Peu importe, du reste, la nature de l'action. Ainsi, par exemple, le trouble de possession peut résulter d'une demande en rectification d'acte de naissance, dirigée par l'enfant contre les héritiers du mari. Demolombe, V, 449. Civ. cass. 31 décembre 1834, Sir., 35, 1, 545. Grenoble, 5 février 1836, Sir., 36, 2, 299. Voy. cep. Rouen, 5 mars 1828, Sir., 28, 2, 145.

²⁰ Demolombe, *loc. cit.*, Civ. cass., 21 mai 1817, Sir., 17, 1, 251.

²¹ Cette proposition n'est pas contraire à la disposition de l'art. 318, qui ne signifie autre chose si ce n'est que les héritiers, quand ils ont formé le désaveu par acte extrajudiciaire, doivent, comme le mari lui-même, le faire suivre dans le mois d'une action en justice. Il ne serait pas possible de considérer les héritiers comme déchus, par cela seul qu'il se serait écoulé plus d'un mois depuis le désaveu extrajudiciaire du mari, décédé d'ailleurs avant l'expiration de ce délai.

²² Ce cas n'étant point entré dans les prévisions du législateur, il reste par cela même soumis aux règles ordinaires de la procédure.

²³ Voy. les autorités citées aux notes 11 et 12 du § 49. Demolombe, V, 452.

cul du délai; et le jour *ad quem* y est compris, en ce sens que c'est le dernier jour utile pour former le désaveu ²⁴.

Ces délais ne sont suspendus, ni par la minorité du mari, ni par la minorité ou l'interdiction de ses héritiers. Toutefois, ils ne courent pas contre le mari qui se trouve en état de démence ²⁵.

Les héritiers du mari sont admis à former le désaveu avant d'avoir été troublés dans la possession de l'hérédité de leur auteur ²⁶. Mais, ni le mari, ni ses héritiers ne pourraient désavouer l'enfant avant sa naissance ²⁷.

Le désaveu peut être proposé, soit par voie d'action, soit par voie d'exception ²⁸. Il peut même être formé par acte extrajudiciaire ²⁹. Art. 318. Mais, en ce cas, il est réputé non avenu,

²⁴ Cpr. § 49, texte et note 14. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Duranton, III, 84. Voy. cep. Zachariæ, § 546, texte et note 37. Suivant cet auteur, le jour *a quo* devrait, comme le jour *ad quem*, être compris dans le délai.

²⁵ L'expiration des délais fixés par les art. 316 et 317 pour l'exercice du désaveu emporte, non une véritable prescription extinctive, mais une déchéance, à laquelle ne s'applique pas la suspension de prescription établie au profit des mineurs et des interdits par l'art. 2252. Cpr. § 771, texte, notes 7, 10 et 14. Duranton, III, 89. Demolombe, V, 159. — L'exception que nous admettons en faveur du mari qui se trouve en état de démence, ne se fonde pas sur l'art. 2252, mais sur l'art. 316, de l'ensemble des dispositions duquel il résulte jusqu'à l'évidence que le législateur n'a entendu faire courir contre le mari le délai du désaveu qu'à partir du moment où il a pu acquérir par lui-même la certitude de l'accouchement de sa femme. Cpr. texte et note 16 *supra*.

²⁶ Richefort, I, 58. Magnin, *Des minorités*, I, 209. Demolombe, V, 160. Req. rej., 25 août 1806, Sir., 6, 2, 952.

²⁷ Tant que l'enfant n'est pas né, le mari ou ses héritiers n'ont aucun intérêt légitime à le désavouer. On ne peut d'ailleurs savoir, si l'enfant naîtra vivant et viable, et dans le cas spécial prévu par l'art. 314, s'il naîtra avant le cent quatre-vingtième jour depuis celui de la célébration du mariage. Bedel, *op. cit.*, p. 149. Demolombe, V, 161. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 546, texte et note 47; Magnin, *op. et loc. cit.*

²⁸ Dans le cas, par exemple, où un enfant porté sur les registres de l'état civil, comme né de père inconnu, demande, par rectification de son acte de naissance, à être inscrit sous le nom du mari de sa mère, le désaveu peut être proposé comme exception à cette demande en rectification. Voy. les arrêts cités en la note 19 *supra*. Cpr. aussi Demolombe, V, 173; Paris, 9 février 1846, Sir., 49, 2, 101.

²⁹ Par exemple, par un acte notarié, par un exploit d'huissier, même par un écrit sous seing privé ayant acquis date certaine. — Il n'est pas nécessaire que cet acte soit notifié aux personnes contre lesquelles la demande en désaveu devra être dirigée. Duranton, III, 94 et 95. Bedel, *op. cit.*, n° 83. Demolombe, V, 154. — Du reste, la décision des juges sur le point de savoir si un acte présenté comme renfermant un désaveu, le contient en effet, est souveraine, et ne peut donner, sous ce rapport, ouverture à cassation. Demolombe, V, 154. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., 38, 1, 854. Voy. aussi les arrêts cités à la note 19 *supra*.

s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une demande judiciaire³⁰, ou du moins d'une citation en conciliation, suivie elle-même, dans le mois à partir de la non-conciliation ou de la non-comparution, d'une demande en justice³¹.

Le désaveu, qu'il soit formé par voie d'action ou d'exception, doit être dirigé contre l'enfant, s'il est majeur³², et s'il est mineur ou interdit, contre un tuteur *ad hoc*³³, nommé par le conseil de famille³⁴, convoqué et composé suivant les règles ordinaires³⁵. La mère doit, dans tous les cas, être mise en cause, et la procédure faite en son absence serait irrégulière³⁶. Art. 318.

La demande en désaveu doit être portée devant le tribunal du domicile de l'enfant, s'il est majeur, et devant celui du domicile de son tuteur *ad hoc*, s'il est mineur ou interdit³⁷.

Le jugement qui rejette ou admet la demande en désaveu dirigée par le mari contre l'enfant, a vis-à-vis des héritiers de l'un et

³⁰ L'inefficacité de l'acte extrajudiciaire qui n'a pas été suivi, dans le délai d'un mois, d'une demande judiciaire, ne forme point obstacle à l'exercice ultérieur du droit de désaveu, tant que les délais indiqués par les art. 316 et 317 ne sont point expirés. Merlin, *Quest.*, v^o Légitimité, § 2. Delvincourt, I, p. 366. Toullier, II, 842. Duranton, III, 92. Du Roi, p. 72. Richefort, I, 65. Demolombe, V, 158. Req. rej., 4 avril 1837, Sir., 37, 1, 439. Cpr. Riom, 7 juin 1844, Sir., 45, 2, 21.

³¹ Art. 2245 cbn. Code de procédure, art. 57. Ces articles s'appliquent aux déchéances comme à la prescription. Cpr. § 771, texte et note 15. Merlin, *Quest.*, v^o Légitimité, § 2. Richefort, I, 68 à 70. Magnin, *op. cit.*, I, 211. Req. rej., 9 novembre 1809, Sir., 10, 1, 77. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 318; Duranton, III, 93; Demolombe, V, 157.

³² Bedel, *op. cit.*, n^o 84. Marcadé, sur l'art. 318. Demolombe, V, 164.

³³ Il doit en être ainsi, même dans le cas où l'enfant est déjà pourvu d'un tuteur général. Demolombe, V, 165. Colmar, 15 juin 1831, Sir., 31, 2, 336.

³⁴ Et non par la justice. L'art. 318 n'ayant pas conféré aux tribunaux le pouvoir de nommer le tuteur *ad hoc*, c'est au conseil de famille que la nomination en appartient, conformément aux règles ordinaires. Toullier, II, 843. Proudhon, II, p. 59. Duranton, III, 96. Magnin, *op. cit.*, I, 498. Marcadé, sur l'art. 318. Req. rej., 14 février 1854, Sir., 54, 1, 225. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 212; Valette, sur Proudhon, II, p. 59, note a; Taulier, I, p. 389 et 390; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 447; Demolombe, V, 166 et 167.

³⁵ Toullier, Proudhon et Magnin, *loc. cit.* Req. rej., 14 février 1854, Sir., 54, 1, 225. Cpr. Duranton, III, 96; Req. rej., 25 août 1806, Sir., 6, 2, 952. Voy. cep. Richefort, I, 71; Marcadé, sur l'art. 318. Suivant ces auteurs, le conseil de famille ne devrait être composé que de parents maternels et d'amis, à l'exclusion des parents paternels. Mais cette dérogation à la règle posée par l'art. 407 doit être rejetée comme purement arbitraire.

³⁶ Cpr. Demolombe, V, 168 à 170; Caen, 31 janvier 1836, Sir., 38, 2, 482; Civ. cass. 24 décembre 1839, Sir., 40, 1, 167; Rennes, 8 juin 1843, Sir., 44, 2, 249.

³⁷ Caen, 18 mars 1857, Sir., 57, 2, 529.

de l'autre l'autorité de la chose jugée³⁸. Au contraire, le jugement qui n'a été rendu qu'entre l'enfant et quelques-uns des héritiers du mari, n'est pas plus susceptible d'être opposé à ses autres héritiers, que ces derniers n'ont la faculté de s'en prévaloir³⁹. Il en est de même dans le cas où le jugement a été rendu, soit en faveur, soit au préjudice de quelques-uns des héritiers de l'enfant.

Quoique les parents maternels, et même les parents paternels autres que les héritiers du mari, ne jouissent pas du droit de désaveu, ils peuvent cependant être admis à invoquer, d'après les distinctions suivantes, les effets du jugement qui, sur la demande en désaveu formée par le mari ou par ses héritiers, a déclaré l'illégitimité de l'enfant. Lorsque le jugement a été rendu entre le mari ou tous ses héritiers d'une part, et l'enfant ou tous ses héritiers d'autre part, il a, au profit de toutes les personnes intéressées à affirmer l'illégitimité de l'enfant, l'autorité de la chose jugée⁴⁰.

³⁸ Cette première proposition n'est qu'une application des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Les héritiers du mari ne jouissant qu'en cette qualité de l'action en désaveu, il est bien évident que, d'une part, ils se trouvent liés par le jugement dans lequel ils ont été représentés par leur auteur, et que, d'autre part, ils sont admis à invoquer le bénéfice de ce jugement. Art. 1351. Merlin, *Rép.*, v^o Question d'état, § 3, art. 1, n^o 5. Duranton, III, 99 et 100. Demolombe, V, 174 et 175.

³⁹ Cette seconde proposition n'est également qu'une conséquence de l'art. 1351. En vain invoquerait-on pour la contester l'indivisibilité de l'état. L'état est bien indivisible dans son essence, mais il ne l'est pas en ce qui concerne les effets juridiques qui en découlent. Merlin, *Rép.*, v^o Question d'état, § 3, art. 1, n^{os} 11 à 14. Toullier, X, 232 et 233. Demolombe, V, 177. Nous ferons au surplus remarquer que notre proposition n'est aucunement contraire à la règle admise par certains auteurs, que les questions d'état une fois jugées avec les légitimes contradicteurs, c'est-à-dire avec les personnes principalement intéressées à leur solution, doivent être regardées comme souverainement décidées même à l'égard des personnes qui n'ont point été parties au procès. En effet, dans l'hypothèse prévue au texte, les héritiers du mari sont tous également intéressés à faire déclarer l'illégitimité de l'enfant, et dès lors la règle dont s'agit est sans application à cette hypothèse. Cpr. Duranton, III, 102; XIII, 527; Merlin, *op. et v^o citt.*, § 3, art. 1, n^o 5, et art. 2, n^o 2.

⁴⁰ Il n'est pas nécessaire de recourir à la règle rappelée en la note précédente, pour justifier cette proposition, qui n'est qu'une conséquence du principe, que le droit de désaveu appartient au mari seul ou à ses héritiers. Ces personnes ayant, en effet, le droit exclusif de soulever, en pareil cas, la question de légitimité, il en résulte nécessairement que si, sur leur demande, cette question a été décidée contre l'enfant, celui-ci ne peut plus la faire juger en sens opposé avec des tiers qui, dépourvus de toute qualité pour figurer dans un pareil procès, ne peuvent pas plus être astreints à défendre à l'action que l'enfant intenterait contre eux pour faire reconnaître sa légitimité, que ce dernier ne serait lui-même obligé de dé-

Si le jugement n'a été rendu que contre quelques-uns des héritiers de l'enfant, il a bien l'autorité de la chose jugée en faveur de toutes les personnes intéressées à soutenir son illégitimité, mais il ne l'a que contre ceux de ses héritiers qui y ont été parties. Enfin, quand le jugement n'a été rendu qu'en faveur de quelques-uns des héritiers du mari, les personnes intéressées à prétendre que l'enfant est illégitime ne sont admises à invoquer ce jugement, ni comme ayant à leur égard l'autorité de la chose jugée⁴¹, ni même comme devant les autoriser à attaquer de leur côté la légitimité de cet enfant⁴².

2° L'action en contestation de légitimité compète à toute personne intéressée à faire déclarer qu'un enfant est illégitime⁴³.

Les personnes intéressées à contester la légitimité d'un enfant né plus de trois cents jours après celui de la dissolution du mariage de sa mère pouvant renoncer à l'action qui leur compète à cet effet⁴⁴, on doit en conclure que cette action est prescriptible, et se trouve, en l'absence de règle spéciale, soumise à la prescription ordinaire de trente ans⁴⁵. Mais cette prescription ne commence à courir, même à l'égard des héritiers du mari, qu'à compter, soit du jour où l'enfant se serait mis en possession des biens de ce dernier, soit de celui où les héritiers auraient été troublés par

fendre à l'action par laquelle ils voudraient le faire déclarer illégitime. Merlin, *Rép.*, v^o Question d'état, § 3, art. 1, n^o 5. Valette, sur Proudhon, II, p. 66 et 67, note a, 2^o.

⁴¹ En effet, l'enfant est, en pareil cas, réputé légitime à l'égard de ceux des héritiers du mari qui n'ont pas été parties au jugement par lequel le désaveu a été admis. Cpr. note 39 *supra*. Il est donc tout à la fois illégitime à l'égard de quelques-unes des personnes qui ont le droit de soulever la question de légitimité, et légitime à l'égard des autres; et cette position ambiguë doit, en ce qui concerne les tiers, être interprétée en faveur de l'enfant. Valette, sur Proudhon, II, p. 67, note a, 3^o. Demolombe, V, 178.

⁴² Admettre le contraire, ce serait reconnaître le droit de désaveu à des personnes qui n'en jouissent pas. Cpr. notes 1 et 3 *supra*.

⁴³ Arg. art. 315. *Lex non distinguit*. Ainsi, l'action en contestation de légitimité appartient tant aux parents maternels qu'aux parents paternels. Duranton, III, 75 et 83. Cpr. Toullier, II, 833.

⁴⁴ Cpr. § 545, texte n^o 2 et note 33.

⁴⁵ Art. 2262. *Non obstant* art. 316 et 317 : Le texte même de ces deux articles prouve qu'ils ne s'appliquent qu'au cas où il s'agit d'une action exclusivement réservée au mari ou à ses héritiers, c'est-à-dire d'une action en désaveu. La déchéance prononcée par ces articles est donc étrangère à l'action en contestation de légitimité, qui compète à toute personne intéressée. Toullier, II, 834. Duranton, III, 91. *Dissertation* de Sirey, Sir., 22, 2, 321. Voy. cep. en sens contraire: Agen, 28 mai 1821, Sir., 22, 2, 318.

l'enfant dans cette possession⁴⁶. A l'égard des autres intéressés, et notamment des parents maternels, la prescription ne court qu'à partir de l'époque où l'enfant a élevé contre eux des prétentions fondées sur sa légitimité.

Les mêmes règles ne s'appliquent pas à la contestation de légitimité dirigée contre un enfant né moins de cent quatre-vingts jours depuis le mariage de sa mère, sur le fondement qu'il est le fruit d'un commerce incestueux ou adultérin, antérieur à ce mariage. Cette action, à laquelle les parties intéressées ne peuvent pas valablement renoncer, est imprescriptible. Mais il est bien entendu que les personnes qui n'auraient d'autre intérêt à contester la légitimité d'un pareil enfant, que celui de faire valoir des droits pécuniaires éteints par renonciation ou par prescription, devraient être déclarées non-recevables à le faire pour défaut d'intérêt⁴⁷.

Le jugement qui déclare la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant, n'a, conformément à la règle générale posée par l'art. 1351, d'effet qu'entre les personnes qui y ont été parties, et entre leurs héritiers, successeurs ou ayants cause⁴⁸.

⁴⁶ On pourrait objecter que l'action des héritiers du mari étant ouverte dès l'instant de son décès, et avant toute réclamation de la part de l'enfant, la prescription doit commencer à courir à dater de ce décès. Mais cette manière de voir, quoique conforme aux principes généraux, serait contraire dans la matière qui nous occupe, à l'esprit de la loi tel qu'il se révèle par l'art. 317. Si, dans le cas même du désaveu, le délai pour le former ne court contre les héritiers que du jour de la réclamation de l'enfant, à plus forte raison doit-il en être ainsi quand il s'agit d'une simple contestation de légitimité. Pourquoi mettrait-on les héritiers du mari dans la nécessité de contester par avance la légitimité d'un individu qui ne se prévaudrait pas de la qualité d'enfant légitime pour réclamer les droits pécuniaires qui y sont attachés ?

⁴⁷ Cpr. § 458, texte *in fine* et notes 9 à 12 ; § 420, texte et note 14. Voy. cep. Montpellier, 27 décembre 1855, Sir., 57, 1, 779. Cpr. sur la question analogue qui se présente en matière de légitimation : § 546, texte n° 2, et note 22.

⁴⁸ Il est généralement reconnu que la théorie du légitime contradicteur (cpr. § 544 bis, texte n° 6 et note 25) n'est pas applicable en matière de contestation de légitimité. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, nos 6, 7 et 9 ; art. 2, n° 2. Demolombe, V, 184. Angers, 11 avril 1821, Sir., 22, 2, 477. Cpr. Civ. cass. 9 mars 1821, Sir., 21, 1, 249 ; Montpellier, 24 janvier 1822, Sir., 23, 2, 53.

II. DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS ¹.

§ 546.

1° La légitimation est une fiction légale par suite de laquelle un enfant né hors mariage est assimilé à un enfant légitime ².

La légitimation ne peut avoir lieu que par le mariage subséquent ³ des personnes du commerce desquelles est issu l'enfant qui prétend en invoquer le bénéfice ⁴. Art. 331.

Le mariage *in extremis* produit, comme tout autre, la légitimation ⁵. Il en est également ainsi du mariage putatif, qui doit, même sous ce rapport, être assimilé à un mariage valablement contracté ⁶.

Moyennant le concours des conditions ci-après indiquées, le mariage opère la légitimation de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute manifestation de volonté de la part des père et mère ⁷,

¹ Cpr. sur cette matière, les ouvrages qui traitent des enfants naturels, et qui sont cités en tête du § 565.

² Cpr. sur les enfants nés pendant le mariage, mais conçus antérieurement : § 545, texte n° 1.

³ C'est-à-dire postérieur à la naissance de l'enfant. La légitimation s'opérerait même au cas où, dans l'intervalle de la naissance de l'enfant au mariage de son père et de sa mère, ces derniers auraient contracté d'autres unions. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 282. Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 11. Toullier, II, 923. Duranton, III, 172. Demolombe, V, 360.

⁴ La légitimation par mariage subséquent a passé du Droit romain dans le Droit canon, et de ce dernier dans le Code. Cpr. LL. 5, 6, 7, 10 et 11, *C. de natur. lib.* (5, 27); nov. 12, cap. 4; nov. 74 et 89; *Cap. 6, Decretal. Greg. qui filii sint legitimi* (4-17) : *Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.* — Le Code Napoléon a rejeté les autres modes de légitimation admis en Droit romain et sous l'ancienne législation française. Cpr. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, VI, p. 211, n° 30).

⁵ La disposition contraire, que contenait le projet du Code, a été supprimée à la suite d'une assez longue discussion au Conseil d'état (Loché, *Lég.*, VI, p. 29, n° 4; p. 98 et suiv., nos 5, 7 et 8). Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 3. Proudhon, II, p. 165. Demolombe, V, 358.

⁶ Cpr. § 460, texte, notes 11 et 12.

⁷ La légitimation est bien facultative pour le père et la mère d'un enfant naturel même reconnu, en ce sens qu'ils sont libres de se marier ou de ne pas se marier l'un avec l'autre, et, par conséquent, d'accomplir ou non le fait sans lequel la légitimation ne saurait avoir lieu. C'est en ce sens que l'art. 331 dit que « les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent ».

et même abstraction faite du consentement de l'enfant⁸.

2° La loi exige pour la légitimation les deux conditions suivantes :

a. L'enfant doit avoir été reconnu par son père et sa mère dès avant le mariage, ou dans l'acte même de célébration⁹.

On devrait, à cet égard, considérer comme remplissant le vœu de la loi, non-seulement la reconnaissance constatée par acte authentique conformément à l'art. 334, mais encore celle qui résulterait, quant à la mère, de la réunion des éléments indiqués en l'art. 336, pourvu que ces éléments et notamment les faits constitutifs de l'aveu de cette dernière fussent antérieurs au mariage¹⁰.

La reconnaissance forcée résultant d'un jugement rendu sur une demande en recherche de paternité ou de maternité équivaut,

« de leurs père et mère. » Mais si le mariage est purement facultatif, il n'en est pas de même des effets que la loi y attache, et notamment de la légitimation qu'il produit. Celle-ci s'opère, en vertu de la loi même, lorsque les conditions exigées par l'art. 334 se trouvent réunies. Lassaulx, I, p. 381. Delvincourt, I, p. 218. Duranton, III, 179. Favard, *Rép.*, v° Légitimation, § 2, n° 5. Valette, sur Proudhon, II, p. 167. Demolombe, V, 365. Voy. cep. Richefort, II, 195 et 196.

⁸ Il est toutefois à remarquer, que la légitimation n'ayant lieu qu'au profit des enfants naturels légalement reconnus, et que la reconnaissance pouvant être contestée par toute personne intéressée, notamment par l'enfant, celui-ci est indirectement admis à refuser le bénéfice de la légitimation, en contestant la reconnaissance. Cpr. § 568 *ter*, texte et note 24. Delvincourt, I, p. 219. Duranton, III, 189. Demolombe, V, 366. Paris, 28 décembre 1814, Sir., 12, 2, 67. Voy. en sens contraire : Favard, *op.*, v° *et loc. cit.*

⁹ L'art. 334 est, sous ce rapport, introductif d'un Droit nouveau. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, VI, p. 207, n° 28). Delvincourt, I, p. 218. Duranton, III, 178. Demolombe, V, 361, Nîmes, 5 juillet 1819, Sir., 19, 2, 283. Civ. cass., 12 avril 1820, Sir., 20, 1, 342. Bordeaux, 20 mars 1830, Sir., 30, 2, 208. Paris, 15 décembre 1834, Sir., 35, 2, 1. — La reconnaissance postérieure au mariage vaudrait bien comme telle ; mais elle n'entraînerait pas la légitimation de l'enfant ainsi reconnu. Lassaulx, I, p. 383. Duranton, *loc. cit.* Douai, 13 mai 1816, Sir., 16, 2, 337.

¹⁰ Cpr. § 568 *bis*, texte *in fine*, notes 22 et 23. Dans le cas prévu par l'art. 336, le titre de filiation, d'abord incomplet en ce qui concerne la mère, se complète par son aveu exprès ou tacite ; et, en supposant que cet aveu soit intervenu avant la célébration du mariage, le vœu de la loi se trouvera suffisamment rempli, puisque alors la filiation maternelle de l'enfant aura été légalement établie dès avant le mariage. Que si, pour combattre la légitimation, on contestait ultérieurement l'existence de cet aveu, le jugement qui le déclarerait constant, ne ferait que constater une reconnaissance volontaire antérieure au mariage, et ne devrait pas être assimilé à un jugement de reconnaissance forcée rendu pendant le mariage. Paris, 15 décembre 1834, Sir., 35, 2, 5. Req. rej., 22 janvier 1839, Sir., 39, 1, 5. Paris, 20 avril 1839, Sir., 39, 2, 249. Bordeaux, 11 mars 1853, Sir., 53, 2, 322. Paris, 21 novembre 1853, Sir., 56, 2, 719.

même en ce qui concerne la légitimation, à la reconnaissance volontaire¹¹. Mais aussi doit-elle, comme celle-ci, être antérieure au mariage¹².

b. Il faut que l'enfant ne soit pas le fruit d'un commerce incestueux ou adultérin.

Il suit de là, que les enfants issus du commerce de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé, ne seraient pas légitimés par le mariage subséquent que leurs père et mère auraient contracté au moyen de dispenses¹³. Il en serait ainsi, quand même les dispenses auraient été obtenues dès avant la conception de ces enfants¹⁴.

¹¹ Lassaulx, I, 383. Loiseau, *op. cit.*, p. 303. Delvincourt, I, p. 218. Favard, *op. et v^o cit.*, § 2, n^o 1. Marcadé, sur l'art. 331, n^o 1. Demolombe, V, 362.

¹² Il en résulte que si, après son mariage, une femme avait été déclarée mère d'un enfant né antérieurement, ce dernier ne se trouverait pas légitimé par suite de cette reconnaissance forcée, lors même que le mari de cette femme l'aurait reconnu avant le mariage. Delvincourt, Favard et Marcadé, *loc. cit.* Valette, *Explication sommaire*, p. 183. Demolombe, V, 363. Voy. cep. en sens contraire: Duranton, III, 180.

¹³ Comme le mariage n'est légalement possible entre personnes parentes ou alliées au degré prohibé qu'autant qu'elles se trouvent dans la catégorie de celles en faveur desquelles cette prohibition est susceptible d'être levée au moyen de dispenses, la disposition de l'art. 331 ne peut évidemment s'appliquer qu'aux enfants dont il est question au texte. Les partisans de l'opinion contraire déplacent la question, qui n'est pas de savoir ce que les rédacteurs du Code auraient pu ou dû faire, mais ce qu'ils ont fait. La loi pouvait, nous en convenons, aller jusqu'à légitimer, dans l'hypothèse dont il s'agit, les enfants issus d'un commerce incestueux. Cpr. § 545, texte n^o 1 et note 11. Mais elle ne l'a pas fait, et quelque rigoureuse qu'elle puisse paraître, les tribunaux lui devront obéissance tant qu'elle n'aura pas été modifiée. Delvincourt, I, p. 219 et 220. Lassaulx, I, 380. Proudhon et Valette, II, p. 165 et 168. Merlin, *op. et v^o cit.*, sect. II, § 2, n^o 9. Favard, *Rép.*, v^o Légitimation, § 1, n^o 1. *Dissertations* de MM. Valette et Thieriet (*Revue de législation*, 1838, VIII, p. 37 et 451). *Observations* de M. Cabantous (*Sir.*, 38, 2, 149). Duvergier, sur Toullier, II, 933, note a. Marcadé, sur l'art. 331, n^o 2. Taulier, I, p. 404. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 474. Demolombe, V, 352 à 355. Orléans, 25 avril 1833, *Sir.*, 33, 2, 322. Cpr. Duranton, III, 176; *Discussion à la chambre des députés*, séances des 29 janvier 1832 et 3 mars 1838 (*Sir.*, 33, 2, 81, et *Moniteur* du 4 mars 1838). Voy. en sens contraire: *Discours au Corps législatif* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 317, n^o 37); Maleville, sur l'art. 331; Loiseau, *op. cit.*, p. 261; Toullier, II, 933; Pont, *Revue de législation*, 1850, VIII, p. 150; Richefort, II, 225; Allemand, *Du mariage*, II, 651 à 654; Grenoble, 8 mars 1838, *Sir.*, 38, 2, 145.

¹⁴ Les dispenses, en effet, ne sont accordées que pour le mariage, elles n'enlèvent point au commerce qui aurait eu lieu hors mariage, le caractère de commerce incestueux. Demolombe, V, 354.

Pour résoudre la question de savoir si l'enfant est ou non issu d'un commerce adultérin, il faut se reporter à l'époque de sa conception¹⁵, qui se détermine d'après les données sur lesquelles reposent les dispositions des art. 312, 314 et 315¹⁶. Et comme l'enfant a la faculté de placer sa conception au moment le plus favorable à ses intérêts dans l'intervalle de temps qui sépare le terme de la gestation la plus longue de celui de la gestation la plus courte, il suffit, pour qu'il soit admis à invoquer le bénéfice de la légitimation, que ses père et mère aient été libres de tout lien matrimonial à un moment quelconque de cet intervalle de temps¹⁷.

Les empêchements dirimants autres que ceux qui résultent de l'existence, soit d'un premier mariage, soit d'un lien de parenté ou d'alliance, ne forment pas obstacle à la légitimation¹⁸.

Les personnes intéressées à combattre la légitimation sont autorisées à le faire, non-seulement en se fondant sur l'absence de l'une ou l'autre des conditions exigées par la loi, mais encore en contestant la reconnaissance, soit quant à la forme, soit même quant au fond¹⁹.

Ces personnes sont recevables à contester la reconnaissance, alors même que la possession d'état de l'enfant serait conforme à

¹⁵ Et non à celle de sa naissance. C'est ce qui résulte des expressions de l'art. 331, *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin*. Ainsi, l'existence, au moment de la conception, d'un premier mariage dans lequel se trouvait encore engagé le père ou la mère de l'enfant, s'opposerait à la légitimation, bien que cet empêchement eût disparu dès avant la naissance. Et, réciproquement, l'existence d'un pareil empêchement au moment de la naissance ne formerait aucun obstacle à la légitimation, s'il n'avait pas existé lors de la conception. Delvincourt, sur l'art. 331. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimation, sect. II, § 2, n^o 7. Toullier, II, 916 et 917. Richefort, II, 216. Marcadé, sur l'art. 331, n^o 3. Demolombe, V, 346.

¹⁶ Les données d'après lesquelles le législateur a fixé la durée de la gestation la plus courte ou la plus longue, sont indépendantes de la nature de la filiation, et doivent par conséquent s'appliquer tout aussi bien à l'enfant conçu et né hors mariage qu'à l'enfant né ou conçu pendant le mariage. Demolombe, V, 351. Voy. cep. Dijon, 20 août 1818, Sir., 19, 2, 153.

¹⁷ Cpr. § 545, texte et note 3.

¹⁸ *Plaidoyer* de M. Dupin aîné pour M^{me} Rebecqui (*Annales du barreau français*, t. X, part. II, p. 1). Merlin, *op. et v^o cit.*, sect. II, § 2, n^o 8. Demolombe, V, 345. Bourges, 14 mars 1809, Sir., 9, 2, 206. Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., 12, 1, 161. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 218 et 219 ; Loiseau, *op. cit.*, p. 279 ; Zachariæ, § 548, note 8.

¹⁹ Art. 339. Bordeaux, 10 avril 1843, Sir., 43, 2, 481. Grenoble, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 417. Req. rej., 10 février 1847, Sir., 47, 1, 81. Douai, 6 juin 1851, Sir., 51, 2, 753. Paris, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 329.

cette reconnaissance et à la légitimation apparente qui en a été la suite²⁰. Mais elles ne seraient plus admises à combattre la légitimation, si elles avaient reconnu la légitimité de l'enfant²¹, à moins toutefois que leur contestation ne fût fondée sur le vice de sa filiation adultérine ou incestueuse²².

3^o La légitimation s'opère, même après le décès d'un enfant naturel, au profit des descendants légitimes ou légitimés qu'il a laissés²³. Ces derniers se trouvent, par le mariage de leur aïeul et aïeule, placés dans la même position que si l'enfant naturel dont ils sont issus avait été légitimé de son vivant. Art. 332²⁴.

Les enfants légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage qui a opéré leur légitimation. Art. 333. Toutefois, en ce qui concerne la révocation des donations par survenance d'enfant, l'enfant légitimé, déjà né au moment de la donation, se trouve dans une position moins favorable que s'il était né du mariage par suite duquel sa légitimation s'est opérée. Art. 960.

Réciproquement, les père et mère des enfants légitimés jouissent sur la personne et les biens de ces enfants des mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage qui a opéré leur légitimation.

La légitimation n'a jamais d'effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle

²⁰ *Non obstat* art. 322. Cet article, d'après la place qu'il occupe et d'après sa liaison avec les articles qui le précèdent, ne concerne évidemment que l'enfant légitime, et ne saurait être étendu à l'enfant naturel, encore qu'il prétende avoir été légitimé par le mariage de ceux qui l'ont reconnu. Douai, 6 juin 1851, Sir., 51, 2, 753. Cpr. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 408.

²¹ Bordeaux, 20 mars 1830, Sir., 30, 2, 208. Req. rej., 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 617. Req. rej., 24 juillet 1835, Sir., 36, 1, 238.

²² Il est bien entendu que si la contestation de légitimité avait pour unique but de revenir dans un intérêt pécuniaire sur des actes dans lesquels la légitimité de l'enfant aurait été admise en pleine connaissance de cause, cette contestation devrait être écartée comme non recevable pour défaut d'intérêt. Cpr. § 545 *bis*, texte n° 2 et note 45. C'est dans une pareille espèce qu'a été rendu l'arrêt de la chambre des requêtes du 28 novembre 1849 (Sir., 50, 1, 81), dont quelques considérants peuvent paraître contraires à la restriction par laquelle nous modifions la proposition énoncée au texte, mais qui au fond se concilie très-bien avec notre manière de voir, telle que l'explique l'observation présentée au commencement de la note. Voy. dans le sens de cette observation : Aix, 12 décembre 1839, Sir., 40, 2, 476. Voy. en sens contraire : Montpellier, 27 décembre 1855, Sir., 57, 1, 779 ; Amiens, 26 février 1857, Sir., 57, 2, 366.

²³ Mais non au profit de ses descendants naturels. Il n'existe, aux yeux de la loi, aucune parenté entre un enfant naturel et les ascendants de ses père et mère. Favard, *Rép.*, v° Légitimation, § 1, n° 3. Demolombe, V, 356.

²⁴ Le but de cet article a été de décider une question autrefois controversée. Cpr. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 2, n° 12 ; Demolombe, V, 356.

ne remonte, ni au jour de la conception, ni même à celui de la naissance des enfants légitimés. Elle ne date que du jour du mariage, et ne produit qu'à partir de ce jour les conséquences légales qui y sont attachées²⁵.

Ainsi, l'enfant légitimé n'a aucun droit aux successions collatérales qui s'étaient ouvertes avant le mariage de ses père et mère²⁶. Ainsi encore, l'enfant légitimé est bien l'aîné des enfants légitimes nés pendant le mariage qui a opéré sa légitimation; mais il ne jouirait pas des avantages de la primogéniture au regard des enfants issus d'un mariage antérieur, quoique leur naissance fût postérieure à la sienne²⁷.

D'un autre côté, et en vertu du même principe, l'usufruit légal des père et mère de l'enfant légitimé ne commence que du jour de la célébration de leur mariage²⁸.

III. DES OBLIGATIONS AUXQUELLES LES PÈRES ET MÈRES SONT SOUMIS ENVERS LEURS ENFANTS MINEURS, LÉGITIMES OU LÉGITIMÉS.

§ 547.

Les pères et mères sont tenus d'élever leurs enfants, de les nourrir et entretenir durant leur minorité. Art. 203.

Ils doivent remplir cette obligation conformément à leur position sociale et à leur fortune. En cas d'infraction grave à ce devoir, les tribunaux pourraient, sur la demande qui, suivant les circonstances, serait formée, soit par la mère, soit par un ascendant, soit par le tuteur ou subrogé tuteur, soit par un délégué du conseil de famille, prescrire les mesures nécessaires pour l'éducation des enfants¹.

L'obligation de pourvoir sur leur propre fortune aux frais d'entretien et d'éducation des enfants pèse également sur les deux époux. Si l'un d'eux est dans l'impossibilité d'y satisfaire, l'autre

²⁵ *Dies nuptiarum est dies conceptionis et nativitatis legitimæ.* Demolombe, V, 368.

²⁶ Loiseau, *op. cit.*, p. 285. Toullier, II, 930. Duranton, III, 183. Malpel, *Des successions*, n° 29. Vazeille, sur l'art. 725, n° 2. Demolombe, V, 369.

²⁷ Merlin, *Rép. v° cit.*, sect. II, § 3, n° 5. Favard, *Rép. v° cit.*, § 3, n° 3. Toullier, II, 930. Duranton, III, 184. Valette, sur Proudhon, II, p. 164, note a. Demolombe, V, 370 et 371. Voy. cep. quant à l'application de l'art. 13, n° 3, de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée : Demolombe, *loc. cit.*

²⁸ Cpr. art. 384; § 550 *bis*, texte n° 1 et note 2. Duranton, III, 188.

¹ Demolombe, IV, 9, et VI, 372. Voy. cep. Coffinières, *Encyclopédie*, v° Aliments, § 1, n° 6.

doit l'acquitter intégralement². Cependant, lorsque les enfants possèdent des biens personnels dont le père ou la mère n'ont pas l'usufruit, ceux-ci sont autorisés à prélever sur les revenus de ces biens les dépenses d'entretien et d'éducation des enfants³.

Les pères et mères restent soumis à l'obligation de supporter les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants, lors même que par une cause quelconque ils se trouvent dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, ou qu'ils en ont été privés⁴.

Les tiers qui ont pourvu, quoique sans mandat du père, mais sans intention de libéralité, à l'entretien et à l'éducation d'enfants mineurs, ont contre ce dernier une action *negotium gestorum*, pour se faire rembourser les dépenses utiles qu'ils ont faites⁵.

La même action compète aux tiers contre les enfants eux-mêmes, quoiqu'ils aient agi en vertu d'un mandat du père, alors du moins qu'ils ont dirigé en temps utile contre ce dernier les poursuites qu'ils étaient en droit d'exercer⁶.

IV. DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES OU LÉGITIMÉS.

§ 548.

1^o Aperçu historique¹.

Les pays de Droit écrit et les pays coutumiers avaient adopté, en fait de puissance paternelle, des systèmes bien différents.

² Cpr. art. 1409, n^o 5, 1530, 1448 et 1537, 1540 et 1549; § 508, texte n^o 6; § 509, texte n^o 7 et notes 40 à 44; § 516, texte n^o 9, notes 59 à 66. Demolombe, IV, 4. Grenoble, 28 janvier, et Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 335 et 336.

³ Arg. art. 209. Duranton, II, 41, et III, 393. Demolombe, IV, 13. Trèves, 20 janvier 1812, Sir., 12, 2, 275. Nîmes, 1^{er} mai 1826, Sir., 26, 2, 192. Bordeaux, 21 mai 1835, Sir., 36, 2, 19. — Mais les pères et mères ne pourraient, pour satisfaire aux dépenses dont il est question au texte, entamer le fonds ou le capital de la fortune des enfants, à moins qu'ils ne fussent hors d'état d'y subvenir au moyen de leurs propres revenus. Cpr. Demolombe, IV, 14; Caen, 29 mai 1844, Sir., 44, 2, 348. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, I, 186; Bordeaux, 21 mai 1835, Sir., 36, 2, 19.

⁴ Marcadé, sur l'art. 203, n^o 3. Demolombe, IV, 15.

⁵ Demolombe, IV, 74, 75 et 77. Douai, 22 août 1849, Sir., 50, 2, 386.

⁶ Demolombe, IV, 76. Aix, 11 août 1812, Sir., 13, 2, 369. Civ. rej., 18 août 1813, Sir., 14, 1, 86. Req. rej., 19 juin 1843, Sir., 43, 1, 641. Req. rej., 17 mars 1857, Sir., 57, 1, 812. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o Aliments, § 5, art. 1, n^o 6; Paris, 17 novembre 1839, Sir., 39, 2, 456. — *Quid* dans le cas où l'enfant possède des biens personnels dont le père a l'usufruit? Cpr. § 550 *bis*, note 22.

¹ Cpr. *Exposé de motifs*, par Réal (Locré, *Lég.*, VII, p. 51 et suiv., nos 1 à 7);

Dans les premiers on suivait, sauf quelques modifications, les principes du Droit romain. On y reconnaissait donc une véritable puissance paternelle, attribuée au père seul, refusée à la mère, et dont, en un mot, l'idée fondamentale était toute romaine. Cette puissance ne ressemblait pas, à la vérité, à ce droit analogue au domaine quiritaire, en vertu duquel le père pouvait, dans l'ancien Droit romain, disposer de la personne de l'enfant. Elle ne répondait même plus à ce pouvoir exorbitant du père sur son enfant, qui, d'après la législation justinienne, était l'apanage des seuls citoyens romains². Mais bien qu'adoucie par les mœurs, la puissance paternelle eut toujours dans les pays de Droit écrit le caractère d'un droit établi en faveur du père sur la personne et sur les biens de ses enfants.

Dans les pays coutumiers, au contraire, on considérait la puissance paternelle comme principalement fondée sur l'intérêt de ceux qui s'y trouvaient soumis. Elle n'y avait été admise que comme une conséquence du devoir que la nature impose aux parents d'élever leurs enfants. Aussi était-elle conférée non-seulement au père, mais encore à la mère, avec cette restriction cependant que le père seul était appelé à l'exercer pendant le mariage³.

L'esprit de vertige qui régnait après la révolution de 1789, exerça une funeste influence sur le développement de la législation dans la matière qui nous occupe. Répudiant également les principes du Droit écrit et ceux du Droit coutumier, le Droit intermédiaire ne laissa plus aux parents qu'une ombre d'autorité sur leurs enfants mineurs, et leur retira toute espèce de puissance sur ceux qui avaient atteint la majorité⁴. On s'imaginait qu'il devait en être ainsi sous l'empire d'une constitution démocratique. Les Romains en avaient jugé tout autrement : ils pensaient avec

Merlin, *Rép.*, v^o Puissance paternelle, sect. I ; Maleville, I, p. 371 et suiv. ; Vazeille, II, 384 à 404.

² « *Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.* » § 2, *Inst. de pat. potest.* (1, 9).

³ De là, la règle coutumière *Droit de puissance paternelle n'a lieu*, règle dont l'objet n'était pas de refuser aux parents une autorité que la nature elle-même leur confère, mais simplement d'indiquer que cette autorité n'avait point, d'après les coutumes, le même fondement et la même étendue que la puissance paternelle du Droit romain.

⁴ Cpr. L. des 16-24 août 1790, tit. X, art. 15 à 16 ; L. du 28 août 1792 ; L. des 20-25 septembre 1792, tit. IV, sect. I, art. 2 et 3, sect. III, art. 1 ; L. du 31 janvier 1793 ; L. du 6 janvier 1794, art. 9.

raison que le pouvoir domestique doit être d'autant plus fort, que la liberté civile et politique est soumise à moins de restrictions.

Sauf quelques modifications empruntées au Droit romain, le Code Napoléon a suivi les errements du Droit coutumier. Toutefois, il n'a pas restitué à la puissance paternelle l'étendue et l'énergie que réclamaient l'ordre public et les bonnes mœurs. On lui a reproché de n'avoir pas assez reculé l'époque de la majorité, d'avoir trop élevé la réserve des enfants, d'avoir fait cesser l'usufruit légal des parents avant la majorité des enfants, et surtout d'avoir permis aux garçons de quitter dès l'âge de dix-huit ans la maison paternelle pour s'engager au service militaire⁵. Ces reproches ne sont pas sans fondement; et l'on doit reconnaître que les rédacteurs du Code, négligeant le point de vue moral de la matière, se sont montrés envers les parents d'une défiance qui ne trouve, ni dans les sentiments naturels de l'homme, ni dans les mœurs de notre société, une justification suffisante⁶.

§ 549.

2^o *Notions générales sur la puissance paternelle.*

La puissance paternelle comprend, dans l'acception étendue de cette expression, l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants.

Dans une acception plus restreinte, la puissance paternelle ne comprend que les droits et les pouvoirs qui s'éteignent par la majorité ou l'émancipation des enfants¹. C'est dans ce sens restreint que nous emploierons désormais les termes *puissance paternelle*.

Les enfants nés de personnes unies par le mariage sont par cela même, et dès l'instant de leur naissance, soumis en qualité d'enfants légitimes à la puissance paternelle de leurs parents.

⁵ Le Code Napoléon a été, sous ce rapport, modifié par la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée. D'après l'art. 32 de cette loi, les jeunes gens ne peuvent, avant l'âge de vingt ans, s'enrôler volontairement qu'avec le consentement de leurs pères, mères, ou tuteurs.

⁶ Cpr. *De la puissance paternelle*, par Oscar Devallée (*Revue de législation*, 1852, II, p. 233).

¹ La distinction établie au texte entre la puissance paternelle *sensu lato* et la puissance paternelle *sensu stricto*, est clairement indiquée par les art. 371 et 372. La puissance paternelle *sensu stricto* est spécialement désignée dans l'art. 372, sous l'expression d'*autorité*. Voy. aussi *Discussion au Conseil d'état et Exposé de motifs*, par Réal (Loché, *Lég.*, VII, p. 21 à 23, nos 11 et 12; p. 58 et 59, n^o 7).

Les enfants issus du commerce de deux personnes non mariées sont, en vertu de la légitimation opérée par le mariage subséquent de ces personnes, soumis en qualité d'enfants légitimés à la puissance paternelle des auteurs de leurs jours.

Les pères et mères jouissent de la puissance paternelle, alors même qu'ils sont encore mineurs.

§ 550.

3^o Des droits de la puissance paternelle.

La puissance paternelle appartient à la mère aussi bien qu'au père. Art. 371 et 372. Mais durant le mariage¹, le père en jouit à l'exclusion de la mère². Art. 373.

Toutefois, la jouissance de la puissance paternelle cesse d'être exclusive en faveur du père quand, par une disposition spéciale, la loi accorde à la mère des droits égaux aux siens³.

D'un autre côté, lorsque le père est, par suite de condamnation, privé de la puissance paternelle, ou qu'il se trouve, soit pour cause d'absence⁴, soit à raison d'une infirmité intellectuelle, dans l'impossibilité de l'exercer, cette puissance ainsi que les droits qui y sont attachés passent à la mère, même durant le mariage⁵, à l'exception cependant de l'usufruit légal établi par l'art. 384⁶.

Enfin, les tribunaux sont, en cas de séparation de corps prononcée contre le mari, autorisés à priver ce dernier de la garde des enfants et à la confier à la mère⁷. Ils pourraient même, en

¹ Il ne faut pas conclure de ces expressions, qui se trouvent dans l'art. 373, que le père survivant soit privé de la puissance paternelle, lorsque le mariage a été dissous par la mort de la mère. Le contraire résulte bien évidemment des dispositions des art. 148, 380, 384, 397 et 346. Le législateur ne s'est pas ici occupé de régler les modes d'extinction de la puissance paternelle, mais seulement de déterminer quel est celui des époux qui est appelé à l'exercer pendant le mariage. Demolombe, VI, 374.

² Voy. aux art. 148, 173, 182, 374, 375 à 381, 384 et 477, des applications de ce principe. Cpr. § 454, note 5; § 462, note 23.

³ Cpr. art. 151, 184, 191, 346 et 361. Voy. aussi art. 148, et § 462, note 23.

⁴ Cpr., quant aux effets de l'absence sur la puissance paternelle, § 160.

⁵ Art. 141 et 149, et arg. de ces articles. Vazeille, *Du mariage*, II, 405. Delvincourt, I, p. 245. Valette, sur Proudhon, II, p. 245, note a. Marcadé, sur l'art. 373, n^o 1. Demolombe, VI, 295.

⁶ Arg. art. 384. Cpr. § 550 *bis*, texte n^o 1, et notes 3 à 5.

⁷ Arg. art. 302. Cpr. § 494, texte, n^o 2, et notes 10 à 12.

dehors de cette hypothèse, si de fait les époux vivaient séparés l'un de l'autre, et que l'intérêt des enfants réclamât impérieusement cette mesure, remettre leur garde à la mère, tant que les circonstances l'exigeraient⁸.

1° La puissance paternelle confère aux parents le droit d'élever leurs enfants. Ce droit, qui est même pour eux un devoir, les autorise à surveiller et à diriger la conduite de leurs enfants, à déterminer le culte dans lequel ils seront élevés⁹, à régler leur genre de vie, ainsi que le mode de leur éducation. Art. 372.

En conséquence de ce droit d'éducation, la loi interdit à l'enfant de quitter la maison paternelle sans le consentement de son père, ou, le cas échéant, sans celui de sa mère, si ce n'est à l'âge de vingt ans, pour s'engager volontairement au service militaire¹⁰. Les parents peuvent, en obtenant une ordonnance du président du tribunal, faire ramener l'enfant à la maison paternelle par les agents de la force publique. S'il se trouve entre les mains d'une tierce personne qui refuse de le remettre, ils ont pour le réclamer, une action analogue à la revendication, et qui est susceptible d'être exercée par voie de référé¹¹.

Les parents sont, en vertu de leur droit d'éducation, autorisés à infliger à leurs enfants, dans un but d'amendement moral, des punitions domestiques. La loi leur accorde même la faculté de les faire détenir par mesure de correction¹², lorsqu'ils ont gravement à se plaindre de leur conduite¹³. Art. 375.

Pour obtenir l'ordre d'arrestation nécessaire à cet effet, les parents doivent s'adresser au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel ils ont leur domicile. Ce magistrat

⁸ Demolombe, VI, 374. Cpr. Paris, 10 juillet 1855, Sir., 55, 2, 677.

⁹ Demolombe, VI, 295. Cpr. § 504, texte et note 2.

¹⁰ Loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, art. 32, n° 5.

¹¹ Cpr. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 24; Demolombe, VI, 307 et 308. Voy. spécialement sur le cas d'enlèvement de mineurs et de détention arbitraire: Code pénal, art. 354 et suiv.; Code d'inst. crim., art. 615 et suiv.

¹² La loi ne désigne pas le lieu de la détention, pour laisser à cet égard toute latitude, soit aux parents, soit au magistrat chargé de délivrer l'ordre d'arrestation. Ainsi, l'enfant ne doit pas nécessairement être détenu dans une maison de correction. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VII, p. 47 et 48, n° 3), Locré, sur l'art. 376. D'après l'art. 3 d'un décret du 30 septembre 1807, les dames charitables dites du refuge de Saint-Michel sont autorisées à recevoir dans leur maison les personnes qui y sont envoyées par mesure de correction paternelle.

¹³ Ce droit de détention est tiré de la loi 3 au Code de *pat. potest.* (8, 47), et de la loi des 16-24 août 1790, tit. X, art. 15 à 17.

est, dans certains cas, tenu de déférer à la demande qui lui est présentée, sans avoir le droit de se faire rendre compte des motifs sur lesquels elle est fondée, et d'en apprécier le mérite. Dans d'autres cas, au contraire, les motifs de la demande d'arrestation doivent être soumis au président, qui est chargé de les peser, et qui peut accorder ou refuser l'ordre d'arrestation, après en avoir conféré avec le procureur impérial. Cet ordre est donc, suivant les circonstances, soit réclamé par voie d'autorité, et délivré sans connaissance de cause, soit demandé par voie de réquisition, et accordé ou refusé en connaissance de cause.

L'ordre d'arrestation peut être réclamé par voie d'autorité, et doit être délivré sans connaissance de cause, lorsque la demande en est formée par le père, non remarié, contre un enfant âgé de moins de seize ans, qui n'a point de biens personnels et qui n'exerce aucun état. Art. 376 cbn. 377, 380, 381 et 382, al. 1.

L'ordre d'arrestation ne peut être demandé que par voie de réquisition, et ne doit être délivré qu'en connaissance de cause :

a. Lorsque la demande est formée par la mère, appelée, soit par le décès du père, soit par toute autre cause¹⁴, à exercer les droits de la puissance paternelle. La mère ne peut même faire détenir ses enfants que du consentement des deux plus proches parents paternels¹⁵, ou, à défaut de parents dans la ligne paternelle, qu'avec le concours de deux amis du père¹⁶. La mère remariée perd le droit de requérir la détention de ses enfants du premier lit¹⁷; mais elle le recouvre après la mort de son second mari¹⁸. Art. 381.

¹⁴ L'art. 381 ne parle que de la mère survivante, *quia lex statuit de eo quod fit plerumque*. Mais il n'est pas douteux que la disposition de cet article ne doive, par analogie, être étendue aux différents cas où la mère est, durant le mariage, appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père. Demolombe, VI, 348.

¹⁵ La demande formée par la mère seule, sans le concours de ces personnes, ou sur leur refus, doit donc être rejetée. Locré, sur l'art. 381. Taulier, I, p. 483. Demolombe, VI, 350.

¹⁶ Toullier, II, 1057 à la note. Valette, sur Proudhon, II, p. 247, note a. Demolombe, VI, 353. Voy. cep. Allemand, *Du mariage*, II, 1091; Taulier, I, p. 483.

¹⁷ Il en est ainsi, même dans le cas où la tutelle a été conservée à la mère remariée. Demolombe, VI, 345. Mais, dans ce cas, la mère pourra requérir, en qualité de tutrice, la détention de ses enfants du premier lit, si elle y est autorisée par le conseil de famille. Art. 468. Demolombe, VI, 346.

¹⁸ *Cessante causa, cessat effectus*. Toullier, II, 1058. Proudhon, II, p. 246. Vazeille, *Du mariage*, II, 425. Taulier, I, p. 484. Marcadé, sur l'art. 375, n° 2. Voy. en sens contraire : Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 556; Demolombe, VI, 322 à 324.

b. Lorsque la demande est formée par un père remarié contre des enfants d'un premier lit. Art. 380. Ce dernier recouvre toutefois, après la mort de sa seconde femme, le droit de faire détenir par voie d'autorité ses enfants du premier lit ¹⁹.

c. Lorsque l'enfant est âgé de plus de seize ans. Art. 377.

d. Lorsque l'enfant, même âgé de moins de seize ans, a des biens personnels ou exerce un état. Art. 382, al. 1.

A la distinction qui précède, viennent se rattacher deux autres distinctions qui concernent, l'une, la durée de la détention, l'autre, le recours à diriger contre l'ordre d'arrestation.

La détention par voie d'autorité ne peut avoir lieu que pour un mois au plus. Le président du tribunal de première instance n'a pas le droit, en délivrant l'ordre d'arrestation, de réduire au-dessous de ce terme, contre la volonté du père, la durée de la détention. Art. 376.

La détention par voie de réquisition peut être demandée et ordonnée pour six mois au plus contre un enfant âgé de plus de seize ans. Art. 377. Elle ne peut l'être, au contraire, que pour un mois au plus, lorsqu'elle est demandée, en vertu des art. 380, 381 et 382, contre un enfant âgé de moins de seize ans ²⁰. Du reste, dans l'un et l'autre de ces cas, le président peut réduire le temps de détention requis par le père ou la mère.

Aucun recours n'est ouvert à l'enfant contre l'ordre d'arrestation, dans le cas où la détention a eu lieu par voie d'autorité. Au contraire, l'enfant détenu par voie de réquisition peut adresser un mémoire au procureur général par la Cour impériale. Ce magistrat, après s'être fait rendre compte par le procureur impérial près le tribunal de première instance, des motifs de la détention, en réfère au premier président de la Cour impériale, qui, après avoir recueilli tous les renseignements nécessaires, peut révoquer ou modifier l'ordre d'arrestation délivré par le président du tribunal de première instance. Art. 382, al. 2²¹.

¹⁹ Blæchel, *Dissertation sur le titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, p. 76. Voy., pour et contre la proposition énoncée au texte, les autorités citées à la note précédente.

²⁰ Nous croyons devoir rétracter l'opinion contraire que nous avons émise dans nos premières éditions. Il nous paraît, en effet, résulter de la rédaction comparée des articles cités au texte, que le législateur n'a entendu se référer à l'art. 377 que pour ce qui concerne la forme de la demande, et qu'il n'a pas voulu déroger, quant à la durée de la détention, à la règle posée par l'art. 376. Voy. en ce sens : Zachariæ, § 549, n° 42 ; Marcadé, sur les art. 375 à 382, n° 14, note a ; Demolombe, VI, 329.

²¹ Les dispositions du deuxième alinéa de l'art. 382 s'appliquent non-seulement

Il n'y a, du reste, aucune autre différence à faire entre la détention par voie d'autorité et la détention par voie de réquisition. Dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'ordre d'arrestation est accordé sur demande verbale, et sans formalité judiciaire. Cet ordre, qui est donné par écrit, ne doit pas contenir les motifs de la détention. Il n'est délivré que sur la soumission souscrite par la personne qui le demande, de payer les frais auxquels l'arrestation et la détention pourront donner lieu, et de fournir à l'enfant détenu des aliments convenables. Art. 378. La personne sur la demande de laquelle l'arrestation a eu lieu, a la faculté d'abréger à son gré la durée de la détention. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée, suivant les distinctions précédemment établies. Art. 379²².

Quelque respectable que soit la puissance paternelle, surtout en ce qui concerne l'éducation et la garde des enfants, elle n'en demeure pas moins soumise au contrôle des tribunaux qui peuvent, dans l'intérêt de ces derniers, en modérer ou limiter l'exercice²³.

C'est ainsi que, dans le cas où les enfants seraient l'objet de mauvais traitements de la part de leurs parents, comme dans celui où la maison paternelle deviendrait pour eux une école de dépravation, les tribunaux pourraient, sur la demande formée suivant les circonstances, par un ascendant, par le tuteur, le subrogé tuteur, ou un délégué du conseil de famille, confier leur garde

au cas spécialement prévu par le premier alinéa du même article, mais en général à tous les cas où la détention a eu lieu par voie de réquisition. C'est ce qui résulte des observations du Tribunat, des changements faits d'après ces observations à la rédaction de l'art. 382, et des opinions émises par les orateurs du Tribunat. Cpr. Loqué, *Lég.*, VII, p. 41, art. 12; p. 45, n° 4; p. 74, n° 7; p. 87 *in fine* et 88, n° 7. Loqué, sur l'art. 382. Toullier, I, 1056. Proudhon, I, p. 251. Taulier, I, p. 432. Allemand, *op. cit.*, II, 1101 et 1102. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 560. Demolombe, VI, 331. Voy. en sens contraire: Blœchel, *op. cit.*, p. 75; Duranton, III, 355; Chardon, n° 29; Marcadé, sur les art. 375 à 382, n° 4.

²² Quoique cet article ne parle textuellement que du père, la disposition en est évidemment applicable à la mère. Celle-ci peut donc abréger la durée de la détention, même sans le consentement des parents paternels qui avaient concouru à la réquisition. Valette, sur Proudhon, I, p. 247, note b. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 555. Demolombe, VI, 354. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 246; Allemand, *op. cit.*, II, 1100; Taulier, I, p. 483; Marcadé, sur l'art. 379, n° 3.

²³ Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que, d'après l'esprit de notre Droit, la puissance paternelle est bien moins établie dans l'intérêt personnel des parents que dans celui des enfants et de la société; d'où la conséquence que les tribunaux sont investis des pouvoirs nécessaires pour garantir les enfants contre tout abus que les parents feraient de leur pouvoir.

à une tierce personne, et prescrire les mesures nécessaires pour leur éducation²⁴. C'est ainsi encore qu'après la mort de la mère, les tribunaux auraient le pouvoir d'autoriser l'aïeul maternel à visiter ses petits-enfants nonobstant le refus du père, si ce refus n'était pas suffisamment justifié²⁵.

2° Outre les droits de garde et de correction, on doit encore considérer comme des conséquences de la puissance paternelle les droits suivants, qui sont accordés aux père et mère par des dispositions spéciales, savoir :

a. Le droit en vertu duquel le père administre, pendant le mariage, les biens personnels de ses enfants mineurs, et le droit de tutelle légale établi au profit du survivant des père et mère. Art. 389 et 390.

b. Le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs. Art. 397.

c. Le droit d'émanciper les enfants mineurs. Art. 477.

d. Le droit d'usufruit légal, dont il sera spécialement traité au paragraphe suivant.

§ 550 bis.

Continuation. — De l'usufruit légal des père et mère¹.

1° Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, est, en vertu de la loi, appelé à jouir des biens de ses enfants légitimes ou légitimés², non encore âgés de dix-huit ans accomplis. Art. 384³.

²⁴ Cpr. § 547, texte et note 1; texte et note 8 *supra*. Demolombe, VI, 369 et suiv.

²⁵ Demolombe, VI, 395. Civ. cass., 8 juillet 1857, Sir., 57, 1, 721. Cpr. Nîmes. 10 juin 1825, Sir., 26, 2, 161. Voy. cep. Paris, 21 août 1853, Sir., 53, 2, 297.

¹ BIBLIOGRAPHIE, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, par Pothier. *Traité de la garde noble et bourgeoise*, par Renusson, à la suite de son *Traité du douaire*. Les commentateurs de la Coutume de Paris, sur le titre XII de cette Coutume. *Étude historique sur l'ancien droit de bail ou de garde*, par Demangeat, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 655; 1847, IV, p. 635. *Des charges imposées aux pères et mères qui ont la jouissance légale des biens de leurs enfants*, par Frédéric Durantou. *Revue historique*, 1853, IV, p. 147.

² Cpr. quant aux enfants légitimés : § 546, texte *in fine* et note 28.

³ Les enfants soumis à la puissance paternelle peuvent, en Droit français, acquérir et posséder un patrimoine, aussi bien que les personnes qui ne sont pas soumises à cette puissance. Toute la théorie du Droit romain sur le pécule des fils de famille est donc étrangère au Droit français; et ce n'est pas dans l'usufruit

Le père qui se trouve à raison d'une infirmité intellectuelle dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, n'est pas pour cela privé de l'usufruit légal⁴.

En cas d'absence, le père conserve provisoirement l'usufruit des biens de ses enfants. Mais la déclaration d'absence fait passer cet usufruit à la mère, qui peut même réclamer les fruits échus ou perçus depuis la disparition du père ou ses dernières nouvelles⁵.

Enfin, lorsque le père est par suite de condamnation privé de la puissance paternelle, l'usufruit légal s'éteint dans sa personne sans passer à la mère, tant que le mariage dure⁶.

2° L'usufruit légal des père et mère porte, en général, sur tout le patrimoine des enfants. Il s'applique même aux dons et gains de fortune, par exemple à la moitié du trésor découvert, soit par l'enfant dans le fonds d'autrui, soit par un tiers dans le fonds de l'enfant⁷.

Par exception à cette règle, cet usufruit ne s'étend pas :

a. Aux biens que les enfants ont acquis par un travail séparé de celui de leurs parents, ou par une industrie distincte de celle de ces derniers⁸. Art. 387. •

b. Aux biens donnés ou légués aux enfants, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas⁹. Art. 387¹⁰. Cepen-

dont le père de famille jouissait sur le pécule adventice, qu'il faut chercher l'origine de l'usufruit légal établi par l'art. 384. L'idée de cet usufruit se rattache plutôt, dans une certaine mesure, à la jouissance qui, d'après les coutumes, était accordée au survivant des époux, en vertu du droit de *garde noble ou bourgeoise*. Cpr. *Coutume de Paris*, art. 265 et suiv. ; *Exposé de motifs*, par Réal, et *Rapport au Tribunat*, par Vésin (Locré, *Lég.*, VII, p. 63, n° 15 ; p. 75 et 76, n° 9) ; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 123 à 135 ; Demolombe, VI, 459 à 480.

⁴ Arg. art. 384. Demolombe, VI, 483.

⁵ Demante, *Encyclopédie*, v° Absence, n° 152. Demolombe, II, 318. Cpr. Duranton, I, 521 ; Magnin, *Des minorités*, I, 113. Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 141, n° 2.

⁶ Valette, sur Proudhon, II, p. 262, note a. Duranton, III, 384. Demolombe, VI, 484.

⁷ Arg. *a contrario* art. 387 cbn. 716. Proudhon, *op. cit.*, I, 150. Demolombe, VI, 503 et 504.

⁸ Cpr. Proudhon, *op. cit.*, I, 149 ; Demolombe, VI, 497 à 501 ; Turin, 16 août 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 129.

⁹ L'art. 387 exige que cette condition soit expresse, c'est-à-dire qu'elle résulte clairement, soit d'une clause spéciale, soit de l'ensemble des clauses de l'acte de libéralité. Mais dans le doute la condition ne devrait pas être admise. Demolombe, VI, 507 à 512. Paris, 24 mars 1812, Sir., 12, 2, 329.

¹⁰ Le père peut-il également être privé de l'administration légale des biens dont on lui enlève l'usufruit ? Cpr. sur cette question : § 123, texte et note 15.

dant cette condition doit être réputée non écrite, quant à la part revenant aux enfants à titre de réserve légale ¹¹.

L'usufruit légal ne s'étend pas non plus :

c. Aux biens compris dans un majorat ¹².

d. Aux biens provenant d'une succession dont le père ou la mère a été exclu pour cause d'indignité, et à laquelle les enfants ont été appelés de leur chef. Art. 730 ¹³.

Toutefois, cette dernière exception ne concerne que l'usufruit légal de l'époux indigne, et non celui de l'autre époux, à moins cependant que ce dernier n'ait été déclaré complice du fait qui a entraîné l'indignité de son conjoint ¹⁴. Hors de cette dernière hypothèse, l'usufruit légal du père s'exerce, même sur les biens qui font partie d'une succession dont la mère a été exclue; et, réciproquement, l'usufruit légal de la mère s'étend, après la mort du père, même aux biens de la succession dont celui-ci a été privé pour cause d'indignité ¹⁵.

3° Les charges de l'usufruit légal des père et mère sont, aux termes de l'art. 385 ¹⁶ :

a. Celles qui pèsent sur tous les usufruitiers ¹⁷.

¹¹ L'enfant tenant sa réserve de la loi elle-même, et non de la volonté de la personne dans la succession de laquelle il est appelé à la recueillir, cette personne n'a aucun droit de modifier les effets de la transmission des biens qui en forment l'objet. Delvincourt, I, p. 248. Toullier, II, 1067. Proudhon, *op. cit.*, I, 152. Duranton, III, 376. Vazeille, *Du mariage*, II, 447. Allemand, *Du mariage*, II, 1121. Magnin, *Des minorités*, I, 296; Marcadé, sur l'art. 387, n° 2. Demolombe, VI, 513. Valette, *Explication sommaire*, p. 216, n° 4. Cpr. Req. rej., 11 novembre 1828, Sir., 30, 1, 78. Voy. en sens contraire: Maleville, sur l'art. 387; Duvergier, sur Toullier, II, 1067, note a.

¹² Avis du Conseil d'état des 25-30 janvier 1811. Cpr. sur les majorats, le § 695.

¹³ Quoique cet article ne parle textuellement que du père, il est hors de doute qu'il s'applique également à la mère. Proudhon, *op. cit.*, I, 156. Demolombe, VI, 517.

¹⁴ Proudhon, *op. cit.*, I, 155. Demolombe, VI, 518.

¹⁵ En cas d'indignité du père, le droit d'usufruit sur les biens de la succession dont il a été exclu, ne passe pas à la mère durant le mariage. C'est ce qui résulte évidemment des termes de l'art. 384, et de l'esprit de la loi, qui repousse tout partage de l'usufruit légal. Proudhon, *op. cit.*, I, 155. Duranton, III, 377. Vazeille, *op. cit.*, II, 456. Demolombe, V, 519.

¹⁶ Cet article est tiré de l'art. 267 de la Coutume de Paris. C'est donc dans les commentateurs de cette coutume et dans l'ancienne jurisprudence qu'il faut en chercher l'interprétation: *Posterior leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*. L. 28, *D. de leg.* (1, 3). Proudhon, *op. cit.*, I, 181.

¹⁷ Il est à remarquer que l'usufruit des père et mère étant un usufruit universel, leurs obligations, en ce qui concerne les dettes dont se trouve grevé le patrimoine soumis à cet usufruit, sont régies par les dispositions des art. 610 et 612.

b. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants.

Quoique le père et la mère soient tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants, quand même ces derniers ne possèdent aucuns biens, cette obligation ne doit pas, en tant qu'on la considère comme dérivant du fait seul de la paternité ou de la maternité, être confondue avec la charge usufructuaire dont il est actuellement question. En effet, cette charge, dont se trouve spécialement grevé l'époux usufruitier, a pour conséquence de libérer l'autre époux, soit en totalité, soit en partie, de l'obligation que la paternité ou la maternité lui impose. D'un autre côté, cette dernière obligation est renfermée dans les limites indiquées par l'art. 208; tandis que la charge analogue résultant de l'usufruit légal doit être calculée, moins d'après la fortune de la personne qui en est grevée, que d'après l'importance des biens sur lesquels porte l'usufruit. En troisième lieu, l'obligation dérivant de la paternité ou de la maternité s'éteint, aux termes de l'art. 209, soit en totalité, soit pour partie, lorsque les enfants sont, par leur fortune personnelle, en état de fournir à leurs besoins; tandis que la charge usufructuaire dont il s'agit ici continue de subsister dans son intégrité, quoique les enfants possèdent des biens personnels non soumis à l'usufruit légal; et le père ou la mère ne serait pas autorisé à exiger des enfants qu'ils contribuassent, au prorata de la valeur de ces biens, à l'acquittement de cette charge. Enfin, l'obligation imposée au père et à la mère en leur qualité de parents, ne grève pas spécialement tels ou tels des objets dont leur patrimoine se compose, de manière que les enfants ne jouissent sur ces biens d'aucune préférence à l'égard des autres créanciers; tandis que la charge qui pèse sur les parents comme usufruitiers, affecte spécialement tous les revenus des biens soumis à leur usufruit, et emporte en faveur des enfants un droit de prélèvement sur ces revenus¹⁸.

Les charges de l'usufruit légal des père et mère sont :

c. Le paiement des intérêts de capitaux et des arrérages de rentes échus lors de l'ouverture de l'usufruit et non encore payés¹⁹.

¹⁸ Cpr. sur ces diverses propositions : Proudhon, *op. cit.*, I, 185 à 188; Vazeille, *Du mariage*, II, 460; Valette, sur Proudhon, II, p. 256; Marcadé, sur l'art. 385, n° 2; Demolombe, IV, 13, et VI, 538 à 542.

¹⁹ Le législateur n'a pu avoir l'intention de s'occuper dans le n° 3 de l'art. 385, des intérêts et arrérages à échoir durant le cours de l'usufruit, puisqu'ils se trouvent déjà à la charge de l'usufruitier en vertu du n° 1 du même article. Cette interprétation est d'ailleurs conforme aux dispositions de l'art. 267 de la Coutume

d. Les frais funéraires et de dernière maladie des personnes à la succession desquelles les enfants se trouvent appelés²⁰, ainsi que le deuil de leurs veuves²¹.

de Paris. Vazeille, *op. cit.*, II, 438. Valette, sur Proudhon, II, p. 256. Marcadé, sur l'art. 385, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 546 et 565. Demolombe, VI, 543 et 544. Demante, *Cours*, II, 130 bis, 2°. Demangeat, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 660, note 2. Arras, 5 juin 1858, Sir., 59, 2, 387. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 401 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Usufruit légal, n° 55 ; Chardon, *De la puissance paternelle*, n° 150 ; Taulier, I, p. 502 ; Frédéric Duranton, *Revue historique*, 1858, IV, p. 152 et suiv. ; Zachariæ, § 549, texte et note 30 ; Lyon, 16 février 1835, Sir., 35, 2, 310 ; Nîmes, 9 juillet 1856, Sir., 57, 2, 161. — Suivant Proudhon (*op. cit.*, I, 207), les pères et mères ne seraient tenus des arrérages échus que lorsqu'il s'agit de rentes constituées, et non lorsqu'il est question de rentes foncières ou de rentes viagères. Il se fonde sur ce que le n° 3 de l'art. 385 ne parle que des arrérages et intérêts de capitaux, ce qui, dit-il, en rend la disposition inapplicable aux rentes foncières qui ne sont point des capitaux, et aux rentes viagères qui n'ont point de capital. Voy. dans le même sens : Allemand, *Du mariage*, II, 1134. Mais ces auteurs sont évidemment tombés dans l'erreur quant aux rentes foncières qui, depuis leur mobilisation, ne sont plus que des créances productives d'arrérages. Et, en ce qui concerne les rentes viagères, ils nous paraissent avoir tiré une conséquence beaucoup trop rigoureuse d'une inexactitude de rédaction échappée aux auteurs du Code, dont l'intention n'a certes pas été d'établir, entre les arrérages des différentes espèces de rentes une distinction qui ne reposerait sur aucun fondement rationnel. Vazeille, *op. cit.*, II, 439. Demolombe, VI, 545.

²⁰ C'est en ce sens que doit être interprétée la disposition tant soit peu obscure du n° 4 de l'art. 385. Il est évident que le but de cette disposition a été de décider, conformément à la jurisprudence du Parlement de Paris, la controverse qui s'était élevée sur ce point. Ferrière, sur la *Coutume de Paris*, p. 180 et 181. Maleville, sur l'art. 385. Proudhon, *op. cit.*, I, 210 et 211. Toullier, II, 1069. Vazeille, *op. cit.*, II, 441. Valette, sur Proudhon, II, p. 259. Chardon, *op. cit.*, n° 152. Marcadé, sur l'art. 385, n° 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 566. Demolombe, VI, 547. Demante, *Cours*, II, 130 bis, 3°. Frédéric Duranton, *Revue historique*, 1858, IV, p. 148 et suiv. Caen, 20 décembre 1839, Sir., 41, 2, 3. Douai, 22 juillet 1854, Sir., 55, 2, 619. Cpr. Duranton, III, 402. — Suivant Delvincourt (sur l'art. 385) et M. Taulier (I, p. 503), les frais funéraires et de dernière maladie dont parle le n° 4 de l'art. 385, seraient ceux de l'enfant. Mais comment serait-il possible d'admettre que l'usufruitier fût tenu de supporter, en cette qualité, une dette de frais funéraires qui ne prend naissance que dans un moment où il n'y a plus d'usufruit ?

²¹ Ce deuil était généralement considéré, dans l'ancien Droit, comme faisant partie des charges de la garde, et nous pensons que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu s'écarter de cette jurisprudence. Cette opinion n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 260 ; parce qu'en matière de privilèges on ne peut admettre aucune interprétation extensive. Art. 1481 et 1570. Proudhon, *op. cit.*, I, 212. Vazeille, *op. cit.*, II, 442. Chardon, *op. cit.*, n° 153. Demolombe, VI, 548. Douai, 22 juillet 1854, Sir., 55, 2, 619.

Ces différentes charges constituent moins des obligations personnelles, que des obligations réelles dont le père et la mère ne sont tenus qu'à raison de leur jouissance. On doit en conclure qu'ils peuvent, en renonçant à cette jouissance pour l'avenir, et en rendant compte des fruits qu'ils ont perçus, se soustraire à l'acquittement de ces charges, même de celles indiquées sous les nos 3 et 4 de l'art. 385²².

Il est du reste bien entendu que, sauf son recours contre le père ou la mère, l'enfant demeure obligé envers les tiers créanciers des charges de la dernière espèce²³.

4^o La jouissance légale des biens des enfants ne constitue, au profit du père ou de la mère, un droit pécuniaire que pour l'excédant des revenus sur les charges à l'acquittement desquelles ils sont affectés. Il en résulte que les créanciers du père ou de la mère ne sont autorisés à saisir que cet excédant²⁴, et que, dans aucun cas, ils ne peuvent exproprier la jouissance elle-même²⁵.

²² Voy. cep. Proudhon, *op. cit.*, I, 216, 217, 224 et 225; Duranton, III, 403; Demolombe, VI, 590. Ces auteurs, tout en reconnaissant que les charges dont s'agit ne constituent que des obligations réelles, dont le père ou la mère peut s'affranchir pour l'avenir en renonçant à son usufruit, enseignent qu'il en est autrement de celles de ces charges qui remontent à une époque antérieure à la renonciation, et notamment de celles dont s'occupent les nos 3 et 4 de l'art. 385. Ils se fondent sur ce qu'en acceptant l'usufruit, le père ou la mère se trouve, par l'effet d'une espèce de quasi-contrat, soumis à une obligation personnelle dont il ne saurait se dégager pour le passé. Mais l'idée d'un pareil quasi-contrat, qui, dans l'ancien Droit, pouvait s'admettre en ce qui concerne la garde noble ou bourgeoise, n'est plus compatible avec l'esprit dans lequel le Droit nouveau a établi l'usufruit paternel. Il serait contraire aux motifs de la loi que cet usufruit pût devenir une cause de perte pour les parents et de profit pour les enfants. Nous ajouterons que la concession faite aux pères et mères par les auteurs ci-dessus cités est à peu près illusoire, et qu'elle semble d'un autre côté impliquer contradiction, puisqu'en partant de l'idée d'un quasi-contrat, il ne devrait pas plus être permis aux parents de se dégager pour l'avenir que pour le passé, des conséquences de leur engagement personnel.

²³ Demolombe, VI, 549 et 550. — Les créanciers des frais de pension de l'enfant auraient-ils également action contre ce dernier? La solution de cette question dépend des circonstances, et surtout du point de savoir si les revenus de l'enfant étaient ou non suffisants pour son entretien. Cpr. Civ. rej., 18 août 1835, Sir., 35, 1, 873.

²⁴ Proudhon, *op. cit.*, I, 219 et 220. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v^o Usufruit légal, n^o 64. Roger, *De la saisie-arrêt*, n^o 283. Chardon, *op. cit.*, n^o 109. Magnin, *Des minorités*, I, 283. Marcadé, sur l'art. 385, n^o 2. Demolombe, VI, 528 et 529. Paris, 19 mars 1823, Sir., 25, 2, 323. Colmar, 27 janvier 1835, Sir., 35, 2, 246. Lyon, 1849, Sir., 49, 2, 682. Cpr. Bordeaux, 19 juin 1849, Sir., 49, 2, 681.

²⁵ Cette dernière proposition se justifie, non-seulement par le principe énoncé

5° L'usufruit légal des père et mère s'éteint :

a. Lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis ²⁶. Art. 384.

b. Lorsque la puissance paternelle vient à cesser avant cette époque par une cause quelconque, c'est-à-dire, par la mort de l'enfant ²⁷, par son émancipation expresse ou tacite, et par la déchéance encourue conformément à l'art. 335 du Code pénal ²⁸.

L'émancipation opère l'extinction absolue de l'usufruit légal, alors même qu'elle a été consentie par la mère, en cas d'absence ou d'interdiction du père ²⁹. Toutefois, l'usufruit ainsi éteint revit par la révocation de l'émancipation ³⁰.

au texte, mais encore par les considérations suivantes : Si l'usufruit légal était susceptible d'expropriation, l'adjudicataire serait en droit d'exiger la mise en possession des biens soumis à cet usufruit. D'un autre côté, il faudrait chaque année régler contradictoirement avec lui le montant des dépenses auxquelles les revenus de ces biens sont affectés. Or, ce double résultat est inadmissible, et nous porte à rejeter l'opinion contraire que nous avons admise dans nos précédentes éditions. Duranton, IV, 486. Demangeat, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 674, note 2. Demolombe, VI, 527. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, I, 125 et 221 ; Duvergier, *De la vente*, I, 213.

²⁶ L'usufruit légal a été restreint à cet âge, dans la crainte que les parents, pour conserver la jouissance des biens de leurs enfants, ne se refusassent à les émanciper et à consentir à leur mariage. Locré, sur l'art. 384. Une supposition aussi injuste n'aurait pas dû entrer dans l'esprit du législateur.

²⁷ Merlin, *Rép.*, v° Usufruit paternel, § 5, n° 4. Maleville, sur l'art. 387. Proudhon, *op. cit.*, I, 126. Toullier, II, 1072. Duranton, III, 392. Demolombe, VI, 556. Turin, 19 janvier 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 256.

²⁸ La déchéance prononcée par cet article n'étant encourue que par rapport à l'enfant envers lequel a été commis le délit prévu par l'art. 334, les père et mère conservent l'usufruit légal sur les biens de leurs autres enfants. Cpr. § 551, texte et note 2. Magnin, *Des minorités*, I, 302. Demolombe, I, 558. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 384 ; Taulier, I, p. 392 et 393 ; Marcadé, sur les art. 386 et 387, n° 4.

²⁹ Cpr. § 129, texte et note 9. Taulier, II, p. 86 à 88. Demolombe, VIII, 209 et 210. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 655.

³⁰ Cpr. art. 485. C'est à cette solution que nous croyons devoir nous arrêter. L'extinction de l'usufruit légal n'ayant été que la conséquence de l'émancipation, la révocation de celle-ci doit avoir pour effet de le faire revivre, d'autant plus que cette extinction est bien moins à considérer comme le résultat d'une renonciation de la part des père et mère, que comme une suite naturelle du droit d'administration qu'ils avaient conféré à l'enfant. Delvincourt, I, p. 317. Proudhon et Valette, II, p. 445, note a. De Fréminville, *De la minorité*, II, 4083. Taulier, II, p. 96. Demolombe, VI, 555. Zachariæ, § 134, note 3. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 1303 ; Duranton, III, 396 ; Favard, *Rép.*, v° Émancipation, § 2, n° 6 ; Marcadé, sur l'art. 387, n° 7 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 697 ; Demante, *Cours*, II, 129 bis, 8°, et 257 bis.

La déchéance attachée par l'art. 335 du Code pénal à la condamnation prononcée en vertu de l'art. 334 du même Code, éteint aussi d'une manière absolue l'usufruit légal, lorsque cette condamnation a été prononcée contre les deux époux ou contre le survivant. Mais si elle avait été prononcée contre le père seul, la mère conserverait son droit éventuel à l'usufruit, pour l'exercer après la mort de ce dernier³¹.

L'usufruit légal des père et mère s'éteint :

c. Lorsque la mère, usufruitière des biens de ses enfants d'un premier lit, convole à de secondes noces³². Art. 386. L'usufruit éteint par cette cause ne renaît, ni par la dissolution du second mariage³³, ni même, en général, par son annulation³⁴.

d. Lorsque, sous le régime de la communauté, le survivant des époux n'a pas fait, avant l'expiration du délai légal ou de la pro-

³¹ Voy. les autorités citées à la note 6 *supra*.

³² En est-il de même de la veuve qui, vivant dans un état d'impudicité notoire, donne le jour à des enfants naturels? Voy. pour l'affirmative : Proudhon, *op. cit.*, I, 146; Delvincourt, I, p. 248; Limoges, 16 juillet 1807 et 2 avril 1810, Sir., 13, 2, 290; Limoges, 23 juillet 1824, Sir., 26, 2, 169. Voy. pour la négative : Duranton, III, 388; Magnin, *op. cit.*, I, 307; Chardon, *op. cit.*, n° 163; Marcadé, sur les art. 386 et 387, n° 6; Taulier, I, p. 497; Demolombe, VI, 565; Aix, 30 juillet 1813, Sir., 14, 2, 70; Req. rej., 19 avril 1843, Sir., 43, 1, 385; Besançon, 1^{er} août 1844, Sir., 46, 2, 176. Cette dernière opinion nous paraît préférable : *Pœnaliam non sunt extendenda. Non obstat* art. 444 : L'extinction de la puissance paternelle et des droits qui s'y trouvent attachés, n'est pas une conséquence de la perte de la tutelle. Cpr. § 551, texte n° 5, et note 9.

³³ Proudhon, *op. cit.*, I, 144. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, III, 386. Vazeille, *op. cit.*, II, 470. Demolombe, VI, 562. Voy. en sens contraire : Taulier, I, p. 496.

³⁴ Proudhon, *op. et loc. cit.* Marcadé, sur les art. 386 et 387, n° 6. Demolombe, VI, 563. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 387; Vazeille, *op. et loc. cit.* C'est en vain que ces auteurs invoquent, à l'appui de leur opinion, la règle *Quod nullum est, nullum producit effectum*, qui ne doit pas plus empêcher l'application de la pénalité édictée par l'art. 386, qu'elle n'empêcherait, au cas où le mariage serait annulé pour cause de bigamie, la condamnation à la peine prononcée par l'art. 340 du Code pénal. Cpr. § 37, texte *in fine*, notes 19 et 20; § 459. L'opinion de M. Duranton est d'autant moins admissible que, par une exception aussi inique qu'inconséquente, il applique l'art. 386 dans toute sa rigueur au cas où le mariage annulé aurait été contracté de bonne foi, en rétorquant ainsi contre les époux les dispositions des art. 201 et 202, introduites en leur faveur. — Il est du reste bien entendu que la déchéance prononcée par l'art. 386 ne serait pas encourue par la femme qui ferait annuler le second mariage qu'elle n'aurait contracté que par suite de violences commises à son égard. Demolombe, VI, 564.

rogation qu'il en a obtenue, inventaire des biens communs³⁵. Art. 1442³⁶, al. 2.

e. Dans les différents cas où, de Droit commun, l'usufruit vient à s'éteindre³⁷, par exemple, lorsque le père ou la mère renoncent à leur jouissance³⁸, et lorsqu'ils en sont déclarés déchus en conformité de l'art. 618³⁹.

L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, ne perd pas pour ce motif son droit d'usufruit, comme le perdait autrefois celui contre lequel le divorce avait été admis⁴⁰.

6° Les père et mère sont, en leur qualité d'usufruitiers légaux des biens de leurs enfants, dispensés de fournir caution. Art. 601.

D'un autre côté, et par exception à la disposition de l'art. 589,

³⁵ S'agit-il, au contraire, soit de biens provenant d'une autre origine que de la communauté dissoute, soit de biens échus aux enfants durant le mariage, l'omission d'inventaire n'entraîne plus la déchéance établie par l'art. 1442, qui n'est pas susceptible d'être étendue par voie d'analogie à d'autres hypothèses qu'à celle dont cet article s'occupe. Duranton, III, 390. Demolombe, VI, 579. Dijon, 17 janvier 1856, Sir., 56, 2, 349. Voy. cep. Toullier, II, 1063, et XIII, 9.

³⁶ Cpr. sur l'interprétation de cette disposition : § 515, texte n° 1, notes 3 à 14.

³⁷ Vazeille, *op. cit.*, II, 463. Demolombe, VI, 581 à 584.

³⁸ Sauf l'action révocatoire des créanciers au préjudice desquels le père ou la mère aurait directement et expressément renoncé à son droit d'usufruit. Cpr. art. 622 cbn. 1167. Proudhon, *op. cit.*, V, 2398. Duranton, III, 394. Marcadé, sur les art. 386 et 387, n° 5. Demolombe, VI, 593. Req. rej., 11 mai 1819, Sir., 19, 1, 446. — Mais les créanciers des père et mère n'auraient pas le droit d'attaquer l'émancipation par suite de laquelle ces derniers auraient indirectement et tacitement renoncé à leur usufruit légal, et dès lors ils ne pourraient pas non plus faire révoquer cette renonciation elle-même. Cpr. § 313, note 4. Toullier, VI, 368. Duranton, *loc. cit.* Magnin, *Des minorités*, I, 282. Proudhon, *op. cit.*, V, 2399. Allemand, *Du mariage*, II, 1138. Demolombe, VI, 594. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Usufruit paternel, § 1; Zachariæ, § 118, note 10.

³⁹ Cpr. art. 618. — Les père et mère encourent-ils la déchéance de l'usufruit légal, lorsqu'ils n'accomplissent pas les différentes obligations qui leur sont imposées par l'art. 385? La disposition de l'art. 618 étant toute spéciale et exceptionnelle, nous ne croyons pas qu'elle soit susceptible d'être étendue à des hypothèses étrangères à celle dont il y est question. Mais nous pensons que les tribunaux pourraient, tout en maintenant le droit d'usufruit, prendre les mesures nécessaires pour empêcher que les parents ne se soustraient à l'acquittement des charges dont ils sont grevés. Chardon, *op. cit.*, n° 158. Demolombe, VI, 599 et 600. Besançon, 1^{er} août 1844, Sir., 46, 2, 176. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, V, 2426; Magnin, *op. cit.*, I, 285 à la note; Paris, 29 août 1825, Sir., 26, 2, 44; Paris, 4 février 1832, Sir., 32, 2, 332.

⁴⁰ Cpr. art. 386; § 494, texte n° 2 et note 9. Aux autorités qui y sont citées, ajoutez : Valette, sur Proudhon, II, p. 260, note a; Marcadé, sur l'art. 311, n° 2, et sur les art. 386 et 387, n° 7 *in fine*.

le survivant des père et mère qui a usé de la faculté de conserver en nature les meubles compris dans son usufruit, est tenu de payer la valeur estimative de ceux qu'il ne peut représenter, alors même qu'ils auraient péri par cas fortuit, ou qu'ils se trouveraient hors de service par l'effet du temps et d'un usage conforme à leur destination ⁴¹. Art. 453.

Sauf ces particularités, et celles qui ont été indiquées dans le cours du présent paragraphe, l'usufruit légal des père et mère est soumis aux règles qui régissent l'usufruit ordinaire.

§ 551.

4° *Des différentes manières dont la puissance paternelle s'éteint ou se perd, et des causes par lesquelles l'exercice peut en être suspendu.*

1° La puissance paternelle s'éteint :

Par la mort du père et de la mère, ou par celle de l'enfant.

Par la majorité de l'enfant. Art. 372 et 388.

Par son émancipation. Art. 372.

2° Les père et mère sont de plein droit déchus de la puissance paternelle par suite de la condamnation prononcée contre eux en vertu de l'art. 334 du Code pénal ¹. Art. 335, même Code. Cette déchéance n'est encourue que relativement à l'enfant envers lequel les père et mère se sont rendus coupables du délit prévu par l'article précité ².

La dégradation civique n'entraîne pas déchéance de la puissance paternelle ³.

3° L'exercice de la puissance paternelle est suspendu pendant la durée de l'interdiction légale ou judiciaire des père et mère ⁴.

4° Les tribunaux ne peuvent point, par mesure générale, priver

⁴¹ Proudhon, *op. cit.*, V, 2639 et suiv. Demolombe, VI, 524. Cpr. § 123, texte et note 21.

¹ Il n'est pas nécessaire que cette déchéance soit prononcée par le jugement de condamnation. Carnot, *Commentaire du Code pénal*, sur l'art. 335, n° 3. Demolombe, VI, 360.

² Carnot, *op. cit.*, sur l'art. 335, n° 5. Magnin, *Des minorités*, I, 302. Demolombe, VI, 361. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 384 ; Taulier, I, p. 392 ; Marcadé, sur les art. 336 et 387, n° 4.

³ Arg. art. 221 du Code Napoléon, et art. 34 du Code pénal. Demolombe, VI, 363.

⁴ Voy. en ce qui concerne l'interdiction légale : Code pén., art. 29 ; Code Nap., art. 221 ; § 85 ; Demolombe, VI, 364. — Voy. quant à l'interdiction judiciaire : Code Nap., art. 222 et 511 ; § 87, texte et notes 4 à 6 ; Demolombe, VIII, 611 et suiv.

les père et mère de la puissance paternelle⁵. Mais ils sont autorisés, lorsque les circonstances l'exigent, à en modifier ou limiter l'exercice dans l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi que pour infraction grave de la part des père et mère au devoir que leur impose l'art. 203, comme aussi au cas d'abus de la puissance paternelle, ils peuvent confier à une tierce personne la garde de l'enfant, et prescrire des mesures pour son éducation⁶. Il leur appartient également, lorsque le père compromet les intérêts de l'enfant par incapacité ou infidélité dans sa gestion, de lui enlever l'administration légale et de la confier à une autre personne⁷. Enfin, ils sont autorisés, quand le père ou la mère, jouissant de l'usufruit légal, n'accomplit pas les obligations qui lui sont imposées par l'art. 385, de prendre les mesures nécessaires pour en assurer l'accomplissement, et même, au cas d'abus de jouissance, de le déclarer déchu de son droit d'usufruit⁸.

5° Le père qui s'est fait excuser de la tutelle de ses enfants, et la mère qui l'a refusée, conservent malgré cela la puissance paternelle. Ils ne la perdent même pas, lorsqu'ils sont exclus ou destitués de la tutelle⁹.

Le convol a de secondes noces de l'époux survivant ne lui fait pas perdre la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit. Sauf la modification qui résulte de l'art. 380, le père conserve cette puissance dans son intégrité. Quant à la mère, elle la conserve également, mais sous les restrictions plus étendues, établies par les art. 381, 386, 399 et 400¹⁰. Il en est ainsi, alors même que, par suite de son convol, la mère n'a pas conservé la tutelle, soit pour l'avoir perdue de plein droit, soit pour n'y avoir pas été maintenue¹¹.

⁵ Demolombe, VI, 402 à 406.

⁶ Cpr. sur ces deux points : § 547, texte et note 1 ; § 550, texte n° 1, notes 23 à 25.

⁷ Cpr. § 123, texte et notes 12 à 14.

⁸ Cpr. § 550 *bis*, texte n° 5 et note 39.

⁹ Cpr. § 129, texte et notes 6 à 8 ; Merlin, *Rép.*, v° Éducation, § 1, n° 4 ; Toullier, II, 1062 ; Proudhon, II, p. 350 ; Vazeille, *Du mariage*, II, 440 ; Demolombe, VI, 374 à 383. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 289.

¹⁰ Magnin, *Des minorités*, I, 439 et 456. Demolombe, VI, 384 et 385. Grenoble, 11 août 1854, Sir., 54, 2, 583. Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 283.

¹¹ Cpr. art. 395 et 396 ; § 111, texte et note 6 ; § 129, texte et note 8. Magnin, *op. cit.*, I, 605. Vazeille, *op. cit.*, II, 469. Sirey, *Dissertation*, Sir., 30, 2, 357. Demolombe, VI, 387. Poitiers, 14 février 1841, Sir., 41, 2, 211. Bruxelles, 28 janvier 1820, Sir., 25, 2, 375. Caen, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 713. Req. rej., 5 mars 1856, Sir., 56, 1, 408. Voy. cep. De Fréminville, *De la minorité*, II, 805 à 808.

Toutefois, dans les différentes hypothèses indiquées sous ce numéro, les tribunaux seraient autorisés à prendre, suivant les circonstances, les mesures nécessaires pour assurer les intérêts moraux et pécuniaires des enfants ¹².

6° La tutelle officieuse ne prive pas les père et mère d'une manière absolue de la puissance paternelle, qui continue de subsister dans les limites indiquées au § 564.

V. DES DROITS DE FAMILLE INDÉPENDANTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE ¹.

§ 552.

Des droits et devoirs entre ascendants et descendants légitimes.

1° *Des devoirs des enfants ou descendants envers leurs père et mère et autres ascendants.*

L'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère, et autres ascendants ². Art. 371.

Il ne peut, quel que soit son âge, se marier sans leur consentement, ou du moins sans avoir demandé leur conseil ³. Art. 148, 149, 152 et 153.

Le fils non âgé de vingt-cinq ans accomplis doit être pourvu du consentement de ses père et mère ou autres ascendants pour entrer dans les ordres sacrés ⁴.

La fille mineure de vingt et un ans est tenue, lors même qu'elle a été émancipée, de produire leur consentement pour être admise à prononcer des vœux dans une congrégation religieuse ⁵.

Les père et mère et autres ascendants sont admis à former opposition au mariage de leur enfant ou descendant, et même à demander, en certains cas, la nullité de celui qu'il aurait contracté ⁶. Art. 173, 182, 184 et 191.

¹² Merlin, *op.*, *vo et loc. cit.* Magnin, *op. cit.*, I, 442. Vazeille, *op. cit.*, II, 429 à 433 et 469. Valette, sur Proudhon, II, p. 354, note a. Demolombe, VI, 386 à 394. Bruxelles, 28 janvier 1824, Sir., 25, 2, 376. Bastia, 31 août 1826, Sir., 28, 2, 283. Paris, 9 mars 1854, Sir., 54, 2, 318. Caen, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 713. Req. rej., 3 mars 1856, Sir., 56, 1, 408.

¹ Les effets généraux de la parenté et de l'alliance ayant été indiqués au § 68, nous nous bornerons à énumérer sous cette rubrique les droits et devoirs entre ascendants et descendants, et à développer les règles relatives à la dette alimentaire.

² Cpr. art. 727 et 728 ; Code pénal, art. 248, 299, 312, 380 ; Loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, art. 19 ; Demolombe, VI, 273 à 278.

³ Cpr. § 462, texte n° 2 ; § 463, texte n° 8.

⁴ Décret du 28 février 1810, art. 4.

⁵ Décret du 18 février 1809, art. 7.

⁶ Cpr. § 454, texte n° 1 ; § 461, texte n° 2 ; § 467, texte n° 2.

L'enfant doit des aliments à ses père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. Art. 205.

Les père et mère et autres ascendants sont, dans les cas déterminés par la loi, appelés à la succession de leurs enfants et descendants. Ils jouissent même d'un droit de réserve sur leurs biens. Art. 746 à 749 et 915.

Les père et mère et autres ascendants sont autorisés à accepter les donations entre-vifs faites à leur enfant ou descendant mineur, qu'il soit ou non émancipé. Art. 935.

L'enfant ne peut avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis se donner en adoption sans le consentement de ses père et mère, et passé cet âge, sans avoir requis leur conseil. Art. 346. Il n'est tenu, en matière d'adoption, de rapporter le consentement ou de requérir le conseil d'autres ascendants que le père et la mère.

2° Des droits des enfants et descendants.

Les père et mère et autres ascendants doivent des aliments à leurs enfants ou descendants, même majeurs, qui sont dans le besoin. Art. 207 c. civ. 205. Mais les père et mère, et moins encore les autres ascendants, ne sont civilement obligés de doter leurs enfants ou descendants, ni de leur fournir les sommes nécessaires à leur établissement⁷. Art. 204.

Les enfants et descendants succèdent à leurs père et mère et autres ascendants. Ils jouissent même sur leur patrimoine d'un droit de réserve. Art. 745, 913 et 914.

§ 553.

De la dette alimentaire¹ attachée à la parenté et à l'alliance légitimes².

1° Les enfants doivent des aliments à leurs pères, mères, et autres ascendants qui se trouvent dans le besoin. Art. 205.

⁷ Bordeaux, 20 juin 1832, Sir., 32, 2, 468.

¹ Le droit d'exiger des aliments ne doit pas être confondu avec le bénéfice de compétence admis en Droit romain, c'est-à-dire avec le privilège en vertu duquel certains débiteurs pouvaient, lorsqu'ils étaient discutés dans leurs biens, demander à retenir ce qui leur était nécessaire pour subsister. Les personnes autorisées à demander des aliments ne jouissent pas pour cela du bénéfice de compétence contre ceux qui sont tenus de leur en fournir. Delvincourt, I, p. 221. Toullier, II, 613. Yazeille, *Du mariage*, II, 513. Duranton, II, 400 et 401. Vallette, sur Proudhon, I, p. 450, note a. Demolombe, IV, 56. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, I, 157.

² Voy. sur la dette alimentaire qui naît soit du mariage, soit de la paternité et

Par réciprocité, les pères, mères, et autres ascendants³ doivent des aliments à leurs enfants et descendants, même majeurs, qui se trouvent dans le besoin. Art. 203 et 207, cbn. 205.

Enfin, l'obligation de se fournir réciproquement des aliments est aussi, dans les mêmes circonstances, imposée au gendre, à la bru, au beau-père, à la belle-mère⁴ et aux autres descendants ou ascendants de chacun des époux⁵. Art. 206 cbn. 207.

de la maternité légitimes, soit de l'usufruit légal, soit de l'adoption et de la tutelle officieuse, soit de la parenté naturelle, soit d'une donation entre-vifs : art. 212, § 470 et § 494, texte et note 5 ; art. 203, et § 547 ; art. 385, et 550 *bis*, texte n° 3 ; art. 349, 364, al. 2, 367, §§ 560 et 564 ; art. 762 à 764, §§ 571 et 572 ; art. 955, n° 3, et § 708.

³ Art. 207 cbn. 205. Grolmann, II, 383. Vazeille, *op. cit.*, II, 488. Duranton, II, 387 et 388. Duvergier, sur Toullier, II, 612, note *a*. Marcadé, sur l'art. 205, n° 1. Coffinières, *Encyclopédie*, v° Aliments, n° 7. Demolombe, IV, 23. Req. rej., 28 octobre 1807, Sir., 8, 1, 45. Cpr. Paris, 2 août 1806, et Turin, 28 novembre 1807, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Aliments, p. 536 et 537. — Locré (III, p. 443) et Toullier (II, 612), tout en admettant qu'à défaut des père et mère, les ascendants d'un degré supérieur sont tenus de fournir des aliments à leurs descendants, enseignent cependant que les tribunaux pourraient rejeter l'action alimentaire de ces derniers, sans craindre la cassation de leur jugement, puisqu'il n'y aurait pas de loi violée. En raisonnant ainsi, ces auteurs supposent que le principe de réciprocité établi par l'art. 207 ne s'applique qu'aux hypothèses prévues par l'art. 206, et non à celles indiquées dans l'art. 205. Mais cette restriction nous paraît aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit de la loi ; on doit d'autant moins hésiter à la rejeter que, d'après le projet du Code, les art. 205, 206 et 207 formaient un seul article, divisé en trois alinéas. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 432 et 433, art. 47.

⁴ *Gener et nurus debent alimenta socero vel socru, et vice versa*. Mais le beau-fils (*privignus*) et la belle-fille (*privigna*) ne doivent pas d'aliments à leur parâtre (*vitrico*) et à leur marâtre (*novercæ*) ; et ces derniers, réciproquement, n'en doivent pas aux premiers. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 388, n° 20). Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 2 *bis*, n° 4. Toullier, II, 612. Demolombe, IV, 24 et 25. Cpr. la note suivante.

⁵ L'obligation réciproque dont il est ici question, n'est pas restreinte au premier degré de l'alliance ; elle s'étend en ligne directe à tous les degrés. A la vérité, l'opinion contraire a pour elle le texte de la loi ; mais, en se reportant aux travaux préparatoires du Code, il est facile de se convaincre que la restriction qui semble résulter des termes de l'art. 206, n'a jamais été dans la pensée du législateur. En effet, le projet du Code soumettait les descendants à l'obligation de fournir des aliments à tous leurs alliés dans la ligne ascendante ; et il résulte de la discussion au Conseil d'état, que cette rédaction n'a été modifiée que pour exclure le parâtre et la marâtre, et non les ascendants par alliance d'un degré supérieur à celui de beau-père et de belle-mère. Cpr. Locré, IV, p. 379, art. 2, p. 388, n° 20. Locré et Delvincourt, sur l'art. 206. Vazeille, *op. cit.*, II, 495. Duranton, II, 406. Valette, sur Proudhon, I, p. 446, note *a*. Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 1. Demolombe, IV, 25. Voy. en sens contraire : Proudhon, I, p. 446 ; Toullier, II, 612 ; Coffinières, *op. et v° cit.*, n° 19.

Toutefois, la belle-mère perd, en convolant à de secondes noces, le droit de demander des aliments à son gendre ou à sa bru⁶. Et réciproquement, la bru qui s'est remariée ne peut plus réclamer des aliments du père et de la mère de son premier mari⁷. D'un autre côté, l'obligation alimentaire naissant de l'alliance s'éteint, d'une manière absolue, lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés. Art. 206.

L'obligation de se fournir réciproquement des aliments n'existe, ni entre parents collatéraux⁸, ni entre les alliés autres que ceux qui viennent d'être indiqués⁹.

Cependant les personnes qui ne sont pas en leur propre et privé nom tenues de la dette alimentaire, peuvent s'y trouver soumises en qualité d'héritiers de ceux sur lesquels elle pesait. Il en est ainsi, toutes les fois que la circonstance à raison de laquelle les aliments deviennent exigibles, c'est-à-dire l'indigence de celui qui les réclame, est antérieure au décès de celui qui les doit. L'action alimentaire ayant, en pareil cas, pris naissance dès avant l'ouverture de la succession de ce dernier, doit par cela même pouvoir être exercée contre ses héritiers et successeurs universels¹⁰.

⁶ Mais le gendre et la bru conservent, quoique leur belle-mère se soit remariée, le droit de lui demander des aliments. En vain invoquerait-on, à l'appui de l'opinion contraire, le principe de la réciprocité. La déchéance encourue par l'une des personnes au profit desquelles un droit réciproque est établi, ne fait pas obstacle à ce que ce droit continue de subsister au profit de l'autre. Cpr. art. 202, 299 et 300, et 1518. Duranton, II, 420. Duvergier, sur Toullier, II, 614, note a. Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 1. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 206 ; Coffinières, *op. et vo cit.*, n° 46 ; Demolombe, IV, 29. — Il est, du reste, bien évident que la mère conserve, malgré son convol à de secondes noces, le droit d'exiger des aliments des enfants de son premier lit : *Pœnaliam non sunt extendenda*. Colmar, 5 janvier 1810, Sir., 12, 2, 352. Cpr. Poitiers, 25 novembre 1824, Sir., 25, 2, 304.

⁷ C'est ce qu'exigent et la raison d'analogie et le principe de la réciprocité. Cpr. art. 207. Duranton, II, 421. Marcadé, *loc. cit.* Coffinières, *op. et loc. cit.* Demolombe, IV, 28. — Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le beau-père et la belle-mère conservent le droit de demander des aliments à leur bru qui, par son mariage, a perdu contre eux toute action alimentaire.

⁸ Elle n'existe pas même, comme obligation civile, entre frères et sœurs. Demolombe, IV, 39. Voy. en sens contraire : Lassaulx, I, 391.

⁹ Il faut cependant remarquer que l'époux auquel il n'est pas dû d'aliments, ou qui n'en doit pas lui-même, peut se trouver de fait appelé à participer à l'avantage ou à concourir à la charge des aliments qui sont dus à son conjoint ou par son conjoint. Duranton, II, 420. Vazeille, *op. cit.*, II, 495. Poitiers, 25 novembre 1824, Sir., 25, 2, 304.

¹⁰ Delvincourt (sur l'art. 206) et M. Duranton (II, 407), sans faire la distinction

2° Les différentes classes de personnes auxquelles la loi impose l'obligation alimentaire, n'en sont pas tenues simultanément ; elles n'y sont soumises que successivement, les unes à défaut des autres¹¹.

indiquée au texte, enseignent, par argument de l'art. 1479, que l'obligation de fournir des aliments est une charge de la succession des personnes qui s'y trouvaient ou qui auraient pu s'y trouver soumises, et qu'ainsi elle doit toujours être acquittée par leurs héritiers ou successeurs universels. Sans entrer dans la réfutation détaillée de cette opinion, fondée sur une assimilation erronée du fait qui engendre l'obligation alimentaire, à une condition qui en suspendrait la force juridique, nous nous bornerons à faire remarquer que l'obligation dont s'agit ne saurait précéder la cause qui la produit, c'est-à-dire le dénuement de celui qui réclame des aliments, et que par conséquent une personne décédée avant la survenance de cette cause, n'a jamais été soumise à l'obligation alimentaire, et n'a pu la transmettre à ses héritiers et successeurs universels. — D'après M. Vazeille (*op. cit.*, II, n° 525 et 526), dont le sentiment paraît avoir été adopté dans les considérants d'un arrêt de la cour de Nancy (15 novembre 1824, Sir., 25, 2, 362), l'obligation de fournir des aliments ne passerait aux héritiers et successeurs universels du débiteur qu'autant que la pension alimentaire aurait été fixée par un jugement ou par un traité. Il résulterait de là, que les héritiers de celui qui, sans jugement et sans traité, aurait de son vivant satisfait à l'obligation alimentaire, n'en seraient plus tenus après son décès. Or, une pareille conséquence nous paraît d'autant moins admissible, que l'hypothèse à laquelle elle s'applique se présente très-fréquemment. Mais, pour répondre d'une manière plus péremptoire, nous dirons que l'obligation alimentaire est une obligation légale qui existe indépendamment de tout jugement ou traité, dès qu'arrive l'événement auquel elle est attachée, et qui passe par conséquent aux héritiers et successeurs universels, si cet événement est antérieur au décès de leur auteur. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1818 et 1819. Marcadé, sur l'art. 205 à 207, n° 6. Demante, *Cours*, I, 291 bis, II. — Suivant un dernier système que professe M. Demolombe (IV, 40 à 42), et qui a été consacré par la cour d'Orléans (24 novembre 1855, Sir., 56, 2, 385) et par la Cour de cassation (Civ. rej., 8 juillet 1857, Sir., 57, 1, 809), l'obligation alimentaire serait attachée d'une manière tellement exclusive à la personne du débiteur, et au rapport de parenté qui l'unissait au créancier, qu'elle ne passerait jamais à ses héritiers comme tels, pas même dans le cas où elle aurait été antérieurement reconnue par une convention ou par un jugement. La question posée en ces termes est fort délicate, et nous reconnaissons qu'il s'élève de graves objections contre la transmissibilité de l'obligation dont il s'agit. Toutefois, les art. 762 à 764 prouvent que le législateur n'a pas vu dans la nature de la dette alimentaire un obstacle absolu à sa transmission aux héritiers ; et dès lors, nous croyons devoir persister dans notre opinion, en faveur de laquelle militent d'ailleurs les plus puissants motifs d'équité et de moralité. Cpr. L. 5, § 17, *D. de agnos. et alien. lib.* (25, 3) ; Civ. rej., 18 juillet 1809, Sir., 9, 1, 402 ; Amiens, 28 mai 1825, Sir., 26, 2, 48 ; Civ. rej., 12 décembre 1848, Sir., 56, 2, 385, à la note.

¹¹ Le Code Napoléon se borne à désigner les personnes qu'il soumet à l'obligation alimentaire, sans indiquer l'ordre dans lequel elles doivent satisfaire à cette obligation. Toutefois, il n'est pas à croire que l'intention du législateur ait été de la faire peser simultanément sur toutes les personnes qui s'y trouvent soumises.

Cette obligation pèse en premier lieu sur les descendants, en second lieu sur les ascendants, en troisième lieu sur les gendres, brus, et autres alliés de la ligne descendante d'un degré inférieur, et enfin sur les beaux-pères, belles-mères, et autres alliés de la ligne ascendante d'un degré supérieur¹². Ainsi, les ascendants ne peuvent être recherchés par l'action alimentaire, lorsqu'il existe des descendants¹³, à moins toutefois que les descendants existants ne soient hors d'état de fournir les aliments, ou que la discussion de leurs biens ne présente trop de difficulté¹⁴. Ainsi encore, les alliés ne sont tenus de l'obligation alimentaire qu'à défaut de parents dans la ligne descendante et ascendante¹⁵; et les alliés de la ligne ascendante n'y sont soumis qu'à défaut d'alliés de la ligne descendante.

Une telle règle serait évidemment contraire à la justice. Il existe donc dans la loi une lacune que nous avons cherché à combler. En indiquant l'ordre successif et la proportion dans lesquels les personnes soumises à l'obligation alimentaire sont tenues d'y satisfaire, nous avons pris pour point de départ les principes généraux du droit, les règles de l'équité, et l'analogie des dispositions sur la délation et le partage des successions. Pothier, *Du mariage*, nos 387 et 393. Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 3. Demolombe, IV, 32.

¹² Il est bien évident que l'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre, passe encore avant celle des diverses personnes indiquées au texte. Demolombe, IV, 34. Rouen, 2 mai 1857, Sir., 58, 2, 377. Mais nous n'avons point à nous occuper dans ce paragraphe des obligations qui naissent du mariage.

¹³ Les ascendants ne sont tenus de la dette alimentaire qu'à défaut de descendants, puisque ce n'est aussi qu'à leur défaut qu'ils sont appelés à succéder. Cpr. art. 746 et suiv. *Ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet*. Proudhon, I, p. 448. Duranton, II, 395. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 35. D'après M. Vazeille (*op. cit.*, II, 492), les ascendants seraient tenus concurremment avec les descendants de l'acquittement de la dette alimentaire. Mais en rejetant dans l'hypothèse qui nous occupe l'analogie que fournit l'ordre des successions, tout en l'adoptant pour régler le rang d'après lequel les descendants ou les ascendants sont tenus entre eux de la dette alimentaire, cet auteur nous paraît manquer de conséquence. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 490 et 491; note 16 *infra*.

¹⁴ Cette dernière restriction est fondée sur la considération d'équité que la dette alimentaire est de sa nature une dette dont l'acquittement ne doit souffrir aucun retard. Mais l'ascendant recherché au lieu et place d'un descendant dont la discussion serait trop difficile, aurait son recours contre ce dernier. Vazeille, *op. cit.*, II, 494. — Il est du reste bien entendu que les deux restrictions indiquées au texte sont applicables à tous les cas où une personne se trouve, au défaut d'une autre, soumise à l'obligation de fournir des aliments.

¹⁵ Delvincourt, sur l'art. 205. Duranton, II, 422. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* Demante, *Cours*, I, 290 *bis*. Voy. en sens contraire : Chardon, *Puissance paternelle*, n° 282; Paris, 30 frimaire an XIV, Sir., 7, 2, 776; Req. rej., 17 mars 1856, Sir., 56, 1, 487. Ce dernier arrêt a décidé qu'après la mort de la fille, le gendre est, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, placé sur la même ligne

D'un autre côté, les descendants et ascendants ne sont soumis à l'obligation alimentaire que dans l'ordre où la loi les appelle à la succession de celui qui réclame des aliments. Ainsi, les petits-enfants ne doivent des aliments à leur aïeul qu'au défaut de leur père¹⁶. Ainsi encore, l'aïeul et l'aïeule paternels ne doivent des aliments à leurs petits-enfants qu'au défaut du père. Mais aussi sont-ils dans ce cas soumis à l'obligation alimentaire, malgré l'existence de la mère, et concurremment avec elle. La même règle s'applique, par analogie, aux alliés de la ligne descendante et ascendante, dans le cas où à défaut de parents ils sont tenus de la dette alimentaire¹⁷.

que ses enfants, et qu'ainsi il peut être condamné personnellement, et concurremment avec ces derniers, à fournir des aliments à son beau-père. Nous ne saurions adopter en thèse de droit cette solution, qui nous paraît aussi contraire à l'équité qu'à l'esprit de la loi. Nous comprenons bien que si, comme dans l'espèce sur laquelle cet arrêt est intervenu, le gendre a l'usufruit des biens de ses enfants, il devienne à raison de cet usufruit même passible de l'obligation alimentaire; mais, en dehors de cette hypothèse, il nous semble certain que l'obligation dont s'agit doit en premier lieu peser sur les enfants.

¹⁶ Mais dans ce cas ils seraient, quoiqu'il existât encore des enfants du premier degré, soumis à l'obligation alimentaire concurremment avec ces derniers. Cpr. art. 745. Vazeille, *op. cit.*, II, 490. Duranton, II, 393 et 394. Demolombe, IV, 36. Amiens, 11 décembre 1821, Sir., 22, 2, 303. — Toullier (II, 613) prétend que les petits-enfants ne sont tenus de la dette alimentaire envers leurs ascendants qu'à défaut d'enfants du premier degré, en invoquant à cet égard l'ancienne jurisprudence. Quelle qu'ait été l'opinion autrefois reçue, nous n'en persistons pas moins dans la proposition énoncée au commencement de cette note, parce qu'elle nous paraît être une conséquence nécessaire de la règle *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*.

¹⁷ Marcadé, *loc. cit.*, Demolombe, IV, 37. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 113; Duranton, II, 389; Vazeille, *op. cit.*, II, 490. Si ces auteurs enseignent, contrairement à notre manière de voir, que les aïeuls et aïeules, soit paternels, soit maternels, ne peuvent être recherchés par l'action alimentaire qu'au défaut tout à la fois du père et de la mère, c'est parce qu'ils ont confondu l'obligation alimentaire qui est une conséquence du devoir d'éducation, et l'obligation alimentaire qui existe indépendamment de ce devoir. La première est exclusivement imposée au père et à la mère par l'art. 203; elle cesse avec le devoir d'éducation, c'est-à-dire lorsque les enfants ont atteint leur majorité. La seconde est réciproquement imposée à tous les ascendants et descendants, à quelque degré qu'ils se trouvent, par les art. 205 et 207; elle ne dépend en aucune façon de l'âge de celui auquel les aliments sont dus. Il résulte de là que, par rapport aux enfants mineurs, les aïeuls et aïeules ne sont tenus de l'obligation alimentaire qu'à défaut du père et de la mère, sur lesquels pèse exclusivement le devoir d'éducation. Mais, lorsqu'il s'agit d'enfants majeurs, à l'égard desquels les père et mère ont accompli le devoir d'éducation, la charge alimentaire doit être répartie entre tous ceux qui sont appelés à jouir de l'émolument de la succession. Ainsi, à défaut du père, l'aïeul et l'aïeule paternels doivent y contribuer avec la mère.

Enfin, lorsque plusieurs personnes se trouvent simultanément soumises à l'obligation de fournir des aliments, chacune d'elles n'en est cependant tenue que pour une quote-part¹⁸, qui se déter-

¹⁸ Il s'est produit contre l'opinion indiquée au texte trois systèmes principaux. Suivant le premier de ces systèmes, l'obligation alimentaire serait indivisible *natura*, ou du moins *solutione*. Voy. en ce sens : Proudhon, I, p. 447 ; Duranton, II, 424 et 425 ; Rennes, 30 mars 1833, Sir., 34, 2, 112. D'après le second système, la dette alimentaire serait solidaire, ou constituerait tout au moins une obligation *in solidum*. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 222 ; Toullier, II, 612 ; Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, n° 178 ; Paris, 30 fructidor an XI, Sir., 7, 2, 179 ; Colmar, 24 juin 1812, Sir., 13, 2, 16 ; Colmar, 23 février 1813, Sir., 14, 2, 3 ; Riom, 15 mars 1830, Sir., 33, 2, 574 ; Bordeaux, 24 juin 1846, Sir., 46, 2, 655. Enfin le troisième système attribue à la dette alimentaire le double caractère d'indivisibilité et de solidarité. Voy. en ce sens : Grenoble, 19 avril 1831, Sir., 32, 2, 405 ; Req. rej., 3 août 1837, Sir., 38, 1, 412 ; Douai, 9 mai 1853, Sir., 54, 2, 162. Aucun de ces systèmes ne nous paraît exact en droit. A notre avis, l'obligation alimentaire n'est ni indivisible ni solidaire, et elle peut d'autant moins être considérée comme réunissant ce double caractère, que la solidarité n'est pas, comme semblent le supposer les arrêts cités en dernier lieu, une conséquence de l'indivisibilité. L'obligation alimentaire n'est point indivisible : C'est ce que Dumoulin établit parfaitement (*Extricatio labyrinthi dividui et individui*, part. II, n° 238) en disant : « *Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt : id est res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent.* » En vain invoquerait-on l'art. 1221, n° 5, pour soutenir que si l'obligation alimentaire n'est pas indivisible dans le sens des art. 1217 et 1218, il résulte du moins de la nature ou de la fin de cette obligation, que l'intention du législateur a été qu'elle ne pût s'acquitter partiellement. Une intention tout opposée résulte en effet de l'art. 208, d'après lequel les aliments doivent être fixés dans la proportion des besoins de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ; ce qui suppose, quand il existe plusieurs obligés, que le juge doit apprécier séparément leurs facultés, et fixer divisément la somme pour laquelle chacun d'eux devra contribuer à l'acquittement de la pension alimentaire. L'obligation alimentaire n'est pas plus solidaire qu'elle n'est indivisible : si le contraire a été admis par l'ancienne jurisprudence, en ce qui concerne les enfants, ce n'a été que par une fausse interprétation de lois, qui d'ailleurs n'ont plus aujourd'hui aucune force obligatoire. Dumoulin (*op. et loc. cit.*) enseigne, il est vrai, que dans le cas où une pension alimentaire a été léguée par testament, le juge peut spécialement charger l'un des héritiers d'en acquitter la totalité. Mais il ajoute : « *Hoc autem fit officio judicis, quia vi ipsa nemo plurimum debet in solidum.* » Cette explication indique clairement que Dumoulin eût émis un avis tout opposé en présence de l'art. 1202, et sous l'empire d'une législation qui ne permet au juge de condamner l'un des héritiers à l'acquittement total d'une obligation, qu'autant que ce dernier en a été chargé par le titre constitutif ou par un titre postérieur. Nous concluons de là qu'en règle, le demandeur doit introduire son action contre tous les obligés qui se trouvent en position de lui fournir ses aliments, et que chacun d'eux ne peut être condamné au paiement de la pension alimentaire que pour sa part con-

mine d'après l'analogie des règles sur le partage des successions¹⁹. On ne tient compte dans cette opération, ni des personnes qui se trouvent hors d'état de contribuer au paiement de la dette alimentaire, ni de celles dont la discussion présenterait trop de difficultés²⁰.

3° Les aliments ne sont dus qu'aux personnes qui se trouvent dans le besoin, c'est-à-dire à celles qui ne peuvent pourvoir à leur subsistance, ni au moyen de leur revenu²¹, ni à l'aide de leur travail²². Art. 205 à 209. Toutefois, on ne peut imposer à celui qui réclame des aliments l'obligation de prouver d'une manière rigoureuse qu'il est dans le besoin; il lui suffira de donner sur sa posi-

tributoire. Voy. dans ce sens : Vazeille, II, 493; Valette, sur Proudhon, I, p. 448, note a; Duvergier, sur Toullier, II, 613, note a; Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 4; Demolombe, IV, 63; Paris, 11 frimaire an XII, Sir., 4, 2, 89; Metz, 5 juillet 1823, Sir., 24, 2, 11; Nancy, 20 avril 1826, Sir., 26, 2, 290; Caen, 14 juillet 1827, Sir., 28, 2, 11; Lyon, 3 janvier 1832, Sir., 32, 2, 549; Toulouse, 14 décembre 1833, Sir., 34, 2, 285; Pau, 30 juillet 1837, Sir., 38, 2, 217; Limoges, 19 février 1846, Sir., 47, 2, 92. Toutefois, on doit reconnaître que si des circonstances impérieuses l'exigeaient, les tribunaux pourraient condamner l'un des obligés assigné seul au paiement intégral de la pension alimentaire, sauf son recours contre les autres, pourvu que cette pension n'excédât pas la mesure de ses facultés personnelles. Mais c'est là une exception qu'il faut bien se garder de convertir en règle. Quoi qu'il en soit, nous ne saurions reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il serait autorisé, dans le cas même où tous les obligés en situation de fournir des aliments se trouveraient en cause, à prononcer contre tous ou contre l'un d'eux une condamnation solidaire.

¹⁹ Il ne faut pas confondre la fixation de la quote-part pour laquelle chacun des obligés est tenu de la dette alimentaire, avec celle de la somme pour laquelle chacun d'eux aura à contribuer au paiement de la pension alimentaire. Si, dans la première opération, on doit prendre pour point de départ les règles relatives au partage des successions, dans la seconde, on doit consulter les besoins de celui qui réclame les aliments et les facultés de ceux qui les doivent. Art. 208.

²⁰ Cpr. texte n° 2, et note 14 *supra*.

²¹ Req. rej., 13 mars 1813, Sir., 13, 1, 457. Voy. cep. Demolombe, IV, 44 et 45. — Mais celui qui réclame des aliments sous prétexte de l'insuffisance de son revenu, n'est pas pour cela tenu d'abandonner son patrimoine à la personne contre laquelle il dirige sa demande. C'est évidemment à tort que Toullier (II, 613) enseigne le contraire. Vazeille, *op. cit.*, II, 513. Duranton, II, 399. Duvergier, sur Toullier, II, 613, note 2. Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 4. Bordeaux, 16 février 1828, Sir., 28, 2, 120.

²² *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 388 et 389, n° 21). Demolombe, IV, 46. Nîmes, 20 août 1807, Sir. 7, 2, 755. Trèves, 13 août 1810, Sir., 11, 2, 59. Paris, 13 avril 1833, Sir., 33, 2, 227. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 61. Pour apprécier si celui qui demande des aliments est ou non capable de s'en procurer par son travail personnel, les juges peuvent et doivent prendre en considération son éducation et sa position sociale. Bruxelles, 19 janvier 1811, Sir., 11, 2, 317. Colmar, 7 août 1813, Sir., 13, 2, 373.

tion des explications de nature à justifier sa demande, sauf au défendeur à établir que le demandeur possède des ressources suffisantes pour son entretien²³.

Les personnes qui sont dans le besoin ont, en général, droit à des aliments, quelle que soit la cause de leur dénûment, et quels qu'aient été leurs torts envers ceux auxquels les aliments sont demandés²⁴. Ainsi, l'enfant doté par ses parents, et qui par sa propre faute se trouve réduit à l'indigence, n'en conserve pas moins le droit de leur réclamer des aliments²⁵. Il en est de même de l'enfant qui s'est marié contre le gré de ses parents²⁶. Cependant, la personne qui s'est rendue coupable envers celle qui lui doit des aliments d'un fait à raison duquel elle serait exclue de son hérédité, perd aussi le droit de lui demander des aliments, ou de s'en faire fournir sur sa succession²⁷.

Les aliments sont dus quel que soit l'âge de celui qui les réclame²⁸. L'obligation d'en fournir ne s'éteignait même pas, sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 31 mai 1854, par la mort civile de celui auquel ils étaient dus²⁹.

4° L'obligation alimentaire a pour objet la prestation de tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie. Elle comprend donc non-seulement la nourriture, mais encore l'habitation, les vêtements, et les secours en cas de maladie³⁰.

²³ Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 2 bis, n° 2. Duranton, II, 410. Demolombe, IV, 47. Colmar, 23 février 1813, Sir., 14, 2, 3.

²⁴ Colmar, 7 août 1813, Sir., 13, 2, 373. Vazeille, *op. cit.*, II, 514. Demolombe, IV, 48. Voy. cep. Duranton, II, 382, 383 et 386.

²⁵ Nov. 12, cap. 2. Voet, *ad pandectas, in tit. de agnos. et alend. lib.*, n° 5. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Duranton, II, 383.

²⁶ Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 1, nos 4 et 5. Toullier, II, 614. Duranton, II, 384. Demolombe, IV, 49. Req. rej., 7 décembre 1808, Sir., 9, 1, 38. Bruxelles, 19 janvier 1811, Sir., 11, 2, 317. Caen, 25 avril 1828, Sir., 30, 2, 83. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 514.

²⁷ Cpr. art. 727; L. 5, § 11, *D. de agnos. et alend. lib.* (25, 3). Pothier, *Du mariage*, n° 385. Toullier, *loc. cit.* Duranton, II, 315. Vazeille, *op. et loc. cit.* Marcadé, sur les art. 210 et 211, n° 2. Voy. en sens contraire : Coffinières, *op. et v° cit.*, nos 23 et 24; Demolombe, IV, 51.

²⁸ Locré, sur l'art. 203. Duranton, II, 382. Demolombe, IV, 48. Colmar, 7 août 1813, Sir., 13, 2, 373.

²⁹ Arg. art. 25, al. 3. Cpr. § 82, texte n° 2, et note 8. Magnin, *Des minorités*, I, 32. Demolombe, I, 204. Paris, 18 août 1808, Sir., 12, 2, 208.

³⁰ L. 6, *D. de alim. leg.* (34, 1). LL. 43 et 44, *D. de V. S.* (50, 16). Merlin, *Rép.*, v° Aliments. Duranton, II, 408. Vazeille, *op. cit.*, II, 506. Marcadé, sur les art. 210 et 211, n° 1. Demolombe, IV, 52.

Mais elle n'emporte pas l'obligation de payer les dettes contractées par la personne à laquelle les aliments sont dus³¹. Il en est ainsi, du moins en général, lors même qu'il s'agit de dettes faites pour des besoins alimentaires. Toutefois, cette règle ne doit être appliquée qu'avec les tempéraments qu'indique l'équité. Si, par exemple, celui qui avait droit à des aliments s'était trouvé, pendant un temps plus ou moins long, dans l'impossibilité d'actionner le débiteur de la dette alimentaire, et qu'il eût été obligé de contracter des dettes pour vivre, il serait autorisé, en demandant pour l'avenir le paiement d'une pension alimentaire, à en réclamer également les arrérages pour le passé. La personne qui aurait, en pareil cas, fourni les aliments, pourrait même les répéter du débiteur de la dette alimentaire, soit comme cessionnaire du créancier, soit en vertu de l'art. 1466 ou du quasi-contrat de gestion d'affaire³².

5° L'obligation alimentaire doit, en général, être acquittée au moyen d'une pension en argent³³.

Cette règle est cependant sujette à modification, lorsque le père et la mère offrent de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans leur demeure les enfants majeurs auxquels ils doivent des aliments. En

³¹ L. 5, § 16, *D. de agnos. et alend. lib.* (25, 3). Pothier, *Du mariage*, n° 392. Duranton, II, 398. Vazeille, *op. cit.*, II, 507. Demolombe, IV, 53 et 54. Voy. cep. Maleville, sur l'art. 211.

³² Cpr. sur ces diverses propositions : Delvincourt, I, p. 223 et 224 ; Vazeille, *op. cit.*, II, 507 à 510 ; Duranton, II, 390 ; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 198 ; Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° 5 ; Demolombe, IV, 55, 74 et 75 ; Bruxelles, 19 janvier 1841, Sir., 11, 2, 317 ; Civ. cass., 12 mai 1812, Sir., 12, 1, 324 ; Civ. cass., 17 mars 1819, Sir., 19, 1, 308 ; Lyon, 15 août 1831, Sir., 32, 2, 429.

³³ Le juge peut-il obliger le débiteur de la pension alimentaire, soit à constituer un capital dont les revenus seront destinés au paiement des arrérages de cette pension, soit à donner une caution ou une hypothèque pour sûreté du paiement de ces arrérages ? La négative nous paraît certaine, sauf le cas où les circonstances indiqueraient de la part du débiteur l'intention frauduleuse de se soustraire au paiement de la pension alimentaire. Encore les sûretés fournies à cet effet ne pourraient-elles, en cas de déconfiture ou de faillite du débiteur, être opposées à ses autres créanciers, qui conserveraient le droit de faire rapporter, par application de l'art. 209, le jugement qui avait accordé la pension alimentaire. Demolombe, IV, 68 et 69. Angers, 25 février 1829, Sir., 29, 2, 87. Cpr. cep. Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 28, 1, 179 ; Civ. rej., 14 juin 1853, Sir., 53, 1, 609. Ces derniers arrêts, intervenus dans des espèces où il s'agissait d'une pension alimentaire adjugée, par suite de séparation de corps, à la femme au profit de laquelle elle avait été prononcée, ne sont pas précisément contraires à la solution générale que nous avons donnée.

pareil cas, le juge peut, selon les circonstances, les dispenser de servir une pension en argent³⁴. Art. 211³⁵.

D'un autre côté, si le débiteur des aliments justifie qu'il lui est impossible de payer une pension pécuniaire, le juge peut, selon les circonstances, ordonner qu'il sera tenu de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans sa demeure celui auquel il doit des aliments³⁶. Art. 210. Les tribunaux jouissent de ce pouvoir en ce qui concerne le père ou la mère, comme à l'égard de toute autre personne³⁷.

Du reste, il appartient au juge de fixer, suivant les circonstances, les termes de paiement de la pension alimentaire, et de décider si elle sera ou non acquittée par avance.

6° Le montant de la pension alimentaire se détermine d'après les besoins du créancier³⁸ et les ressources du débiteur. Art. 208.

Lorsque plusieurs personnes placées au même degré sont con-

³⁴ Le juge doit, en pareil cas, examiner si la cohabitation offerte par le débiteur des aliments ne présente aucun inconvénient pour celui auquel ils sont dus. Cpr. Toullier, II, 613; Vazeille, *op. cit.*, II, 515; Duranton, II, 415; Demolombe, IV, 59; Nîmes, 12 fructidor an XII, Sir., 5, 2, 7; Aix, 3 août 1807, Sir., 8, 2, 109; Bordeaux, 20 juin 1832, Sir., 32, 2, 468. — Mais il n'est pas nécessaire, pour l'admission de l'offre faite par le père ou la mère, qu'ils soient dans l'impossibilité de payer une pension alimentaire. Sous ce rapport, il existe une différence essentielle entre l'hypothèse prévue par l'art. 211 et celle dont s'occupe l'art. 210. Vazeille, *op. cit.*, II, 517.

³⁵ Le bénéfice de cet article peut-il être invoqué par tous les ascendants? Nous ne le pensons pas: *Exceptio est strictissimæ interpretationis. Et alias non est eadem ratio*. Marcadé, sur les art. 210 et 211, n° 1. Voy. cep. en sens contraire: Vazeille, *op. cit.*, II, 516; Demolombe, IV, 60; Zachariæ, § 552, note 29. — Il est, du reste, bien évident que les descendants ne sont pas admis à se prévaloir des dispositions de l'art. 211, contre les ascendants auxquels ils doivent des aliments. Besançon, 14 janvier 1808, Sir., 9, 2, 161. Cpr. Bourges, 9 août 1832, Sir., 33, 2, 130.

³⁶ Le juge doit, dans cette hypothèse, examiner si le débiteur des aliments, quoique privé de ressources suffisantes pour payer une pension pécuniaire, est cependant en position de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans sa demeure celui auquel les aliments sont dus. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 517; Besançon, 14 janvier 1808, Sir., 9, 2, 161.

³⁷ Demolombe, IV, 61. Voy. en sens contraire: Amiens, 13 janvier 1838, Sir., 38, 2, 291. Cet arrêt admet une distinction que repousse la généralité des termes de l'art. 210. La solution que nous avons adoptée ne présente d'ailleurs aucun inconvénient, puisque le juge, appréciateur des circonstances, peut toujours dispenser le débiteur des aliments de recevoir chez lui la personne à laquelle il les doit.

³⁸ Les besoins du créancier doivent être appréciés, non d'une manière absolue, mais d'une manière relative, et eu égard surtout à son âge, à son état de santé, et à sa position sociale. *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, IV, p. 520, n° 60). Demolombe, IV, 62.

jointement tenues de la dette d'aliments, le montant de la somme à payer par chacune d'elles en acquittement de la pension alimentaire se détermine eu égard à leurs facultés respectives. Que si elles se trouvent à des degrés différents, il convient, pour autant que les circonstances et la position des parties le permettent, de faire la répartition de la pension d'après les règles relatives au partage des successions.

7° La fixation du montant de la pension alimentaire n'est pas irrévocable, lors même qu'elle aurait eu lieu par transaction, ou par un jugement passé en force de chose jugée. Ainsi, lorsque les besoins du créancier ou les ressources du débiteur viennent à diminuer, ce dernier est admis à demander une réduction de la pension alimentaire; et réciproquement, le créancier est autorisé à réclamer un supplément, lorsque ses besoins ou les ressources du débiteur viennent à augmenter, sans que, dans aucun cas, la demande puisse être repoussée par l'exception de transaction ou celle de la chose jugée³⁹. Art. 209⁴⁰. Il y a mieux, la pension fixée par convention pourrait, même indépendamment de tout changement dans la position des parties, être augmentée par le juge qui en reconnaîtrait l'insuffisance⁴¹.

Si l'une des personnes conjointement soumises à la dette d'aliments devient insolvable, les autres ne sont pas tenues du paiement de sa part contributoire. Mais celui auquel les aliments sont dus peut, en pareil cas, s'adresser aux tribunaux pour faire de nouveau déterminer, proportionnellement à ses besoins et aux ressources des débiteurs solvables, la somme à payer à l'avenir par chacun d'eux.

Lorsque celui qui reçoit des aliments n'en a plus besoin, ou lorsque celui qui les donne n'est plus en état d'en fournir, ce dernier peut demander sa décharge⁴². Art. 209. Mais il ne pourrait pas plus

³⁹ L'art. 209 ne s'occupe pas, à la vérité, de cette hypothèse : *Sed par est ratio*. Discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, IV, p. 392, n° 26). Vazeille, *op. cit.*, II, 519. Demolombe, IV, 67. Req. rej., 23 juin 1841, Sir., 41, 1, 630.

⁴⁰ Les dispositions de cet article sont également applicables au cas où il existe plusieurs débiteurs de la dette alimentaire, en ce sens que celui d'entre eux dont les ressources ont diminué est admis à demander la diminution de sa part contributoire, sauf au juge à augmenter, s'il y a lieu, celle des autres. Colmar, 19 janvier 1824, Sir., 25, 2, 217.

⁴¹ Demolombe, *loc. cit.* Douai, 1^{er} février 1843, Sir., 43, 2, 188. Cpr. Bourges, 9 août 1832, Sir., 33, 2, 130.

⁴² Mais la donation faite à titre d'aliments est irrévocable et invariable; le donataire peut en poursuivre l'exécution sur tous les biens du débiteur, tant pour

réclamer la restitution des aliments qu'il aurait indûment payés, après la cessation de la cause en vertu de laquelle ils étaient dus, que le créancier des aliments ne pourrait exiger du débiteur, revenu à meilleur fortune, les arrérages de la pension alimentaire échus pendant son état d'indigence. Arg. art. 209.

8° En règle, les pensions alimentaires dues en vertu de la loi n'arréragent pas, de telle sorte que si le paiement en a été suspendu pendant un intervalle de temps d'une certaine durée, le créancier n'est point autorisé à en répéter les arrérages échus. Toutefois si, pour se procurer des moyens de subsistance, il avait été forcé de contracter des dettes, et que l'absence de réclamation de sa part s'expliquât par les circonstances, il pourrait réclamer le paiement de ces dettes dans les limites de la pension alimentaire⁴³.

La créance d'aliments dus en vertu de la loi jouit, sous différents rapports, de garanties spéciales.

C'est ainsi que les arrérages d'une pension alimentaire ne peuvent être saisis que pour cause d'aliments, et que, par suite, ils ne sont pas sujets à compensation⁴⁴.

C'est ainsi encore, que la cession ou la délégation de pareils arrérages ne serait valable qu'autant qu'elle aurait eu pour but d'assurer l'entretien du créancier, ou de payer les aliments qui lui ont été fournis⁴⁵.

C'est ainsi enfin, que les pensions de retraite ou de réforme, qui sont en général insaisissables, sont susceptibles de retenues ou de saisies, jusqu'à concurrence du tiers, pour aliments dus, soit à certaines personnes, soit à toutes personnes indistinctement⁴⁶.

les arrérages échus que pour ceux à échoir. Demolombe, IV, 70. Paris, 14 mai 1828, Sir., 29, 2, 351. Bruxelles, 14 août 1833, Dalloz, 1834, 2, 156. Req. rej., 25 janvier 1842, Sir., 42, 1, 982.

⁴³ Demolombe, IV, 71. Paris, 1^{er} décembre 1832, Sir., 34, 2, 47.

⁴⁴ Code de procédure, art. 581, n° 2, et 582. Code Napoléon, art. 1293, n° 3. Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 8, n° 3. Duranton, II, 426, 427. Valette, sur Proudhon, I, p. 450, note a. Demolombe, IV, 78.

⁴⁵ Cpr. § 359, texte et note 15. Demolombe, *loc. cit.*

⁴⁶ Loi sur les pensions de l'armée de terre du 11 avril 1831, art. 28. Loi sur les pensions de l'armée de mer du 18 avril 1831, art. 30. Loi sur l'état des officiers du 19 mai 1834, art. 20. Loi sur les pensions civiles du 9 juin 1853, art. 26. — Voy. aussi art. 1558, al. 3.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES ENFANTS ADOPTIFS, ET DES MINEURS SOUMIS A LA TUTELLE OFFICIEUSE.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 343-370. — BIBLIOGRAPHIE. — *De l'adoption considérée dans ses rapports avec la loi naturelle, la morale et la politique*, par Challau, 1 vol. in-8°. — *Traité de l'adoption*, par Violard; Strasbourg 1813, 1 vol. in-8°. — *Traité de l'adoption*, par Riffé; Paris 1813, 1 vol. in-8°. — *Traité succinct de l'adoption et de la tutelle officieuse, précédé d'un discours historique sur l'adoption*, par Grenier, à la suite du traité des donations du même auteur, 3^e édition, Clermont-Ferrand 1826, 2 vol. in-4°. — *Die Lehre von der Adoption nach den Principien des franzzesischen Civilrechts*, von K. R. Baurittel; Freiburg 1827, 1 vol. in-8°.

§ 554.

Aperçu historique.

Avant la révolution, l'adoption proprement dite était inconnue en France. Mais l'usage y avait introduit un mode de disposer qui présentait quelque analogie avec l'adoption, savoir, les institutions contractuelles ou testamentaires faites sous la condition que le donataire ou l'héritier porterait le nom et prendrait les armes du donateur ou du testateur¹.

L'Assemblée législative décréta, le 18 janvier 1792, que son comité de législation comprendrait, dans le corps général des lois civiles, des dispositions relatives à l'adoption. Bientôt après, la Convention nationale chargea, à trois reprises différentes, son comité de législation de rédiger une loi sur cette matière². Aussi les différents projets de Code civil présentés par Cambacérès, soit à la Convention nationale, soit au Conseil des Cinq-Cents, contiennent-ils des dispositions ayant pour objet de régler les conditions, les formes et les effets de l'adoption. Quoique ces projets n'aient jamais obtenu force de loi, et que le principe de l'adoption décrété par l'Assemblée législative n'ait été développé et or-

¹ Grenier, *Discours historique*, deuxième partie. Maleville, I, p. 340 et 341. — Un legs fait sous la condition imposée au légataire de porter le nom du testateur, serait encore valable d'après le Droit actuel. Civ. rej., 4 juillet 1836, Sir., 36, 1, 642.

² Cpr. décrets du 25 janvier, du 7 mars et du 4 juin 1793.

ganisé que par le Code Napoléon, la législation intermédiaire admit cependant implicitement la validité des adoptions faites depuis le 18 janvier 1792³; et les effets de ces adoptions furent définitivement régularisés par la loi transitoire du 25 germinal an XI⁴.

Lors de la discussion du Code Napoléon au Conseil d'état, les avis étaient partagés sur le maintien de l'adoption. On prétendait que cette institution devait être rejetée, parce qu'elle favorisait le célibat, et qu'elle accordait les avantages de la paternité à celui qui n'en avait point eu les charges. Mais on répondait qu'en soumettant l'adoption à des conditions qui empêcheraient les fâcheux résultats que l'en en redoutait, et qu'en la restreignant dans de certaines limites, cette institution satisferait tant aux exigences de l'équité et de l'humanité qu'aux intérêts des particuliers. Cette dernière opinion obtint bientôt la prépondérance, et le maintien de l'adoption fut arrêté.

La discussion porta dès lors uniquement sur l'organisation de cette institution. On résolut dans le principe de s'attacher rigoureusement à la règle du Droit romain, *Adoptio imitatur naturam*. Mais on s'écarta peu à peu de cette règle, dans la crainte de blesser les idées reçues en France, en admettant que l'adoption pût opérer un changement de famille.

³Cpr. le décret du 15 frimaire an III, qui dispose que l'adoption assure à l'adopté un droit sur la succession de l'adoptant; la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, art. 68, § 1, n° 9, qui soumet les adoptions au droit fixe d'un franc; l'arrêté du gouvernement du 19 floréal an VIII, art. 10, qui charge le ministre de l'intérieur d'envoyer aux préfets des modèles d'actes d'adoption. Voy. aussi constitution du 24 juin 1793, art. 4, et décret du 21 fructidor an III.

⁴Cpr. sur cette loi et sur les adoptions antérieures au Code Napoléon : *Discussion au Conseil d'état, Exposé de motifs*, par Berlier, *Rapport fait au Tribunat*, par Bouteville, et *Discours prononcé au Corps législatif*, par Gillet (Locré, *Lég.*, VI, p. 667 et suiv.); Chabot, *Questions transitoires*, v° Adoption; Grenier, nos 44 et suiv.; *Observations* de Sirey, Sir., 4, 2, 7; Civ. cass., 10 fructidor an XII, Sir., 4, 4, 289; Paris, 11 ventôse an XII, Sir., 4, 2, 113; Bruxelles, 12 janvier 1806, Sir., 6, 2, 167; Req. rej., 24 novembre 1806, Sir., 6, 2, 586; Paris, 9 nivôse an XIII, Sir., 7, 2, 772; Besançon, 18 janvier 1808, Sir., 7, 2, 773; Req. rej., 26 avril 1808, Sir., 8, 1, 333; Req. rej., 6 octobre 1808, Sir., 9, 1, 21; Aix, 10 janvier 1809, Sir., 9, 2, 258; Besançon, 4 août 1808, Sir., 9, 2, 264; Civ. rej., 13 décembre 1809, Sir., 10, 1, 82; Civ. cass., 24 juillet 1811, Sir., 11, 1, 329; Civ. rej., 12 novembre 1811, Sir., 13, 1, 424; Nancy, 18 août 1814, Sir., 15, 2, 209; Civ. rej., 23 décembre 1816, Sir., 17, 1, 164; Toulouse, 5 mars 1817, Sir., 18, 2, 252; Bordeaux, 18 février 1821, Sir., 22, 2, 220; Civ. rej., 9 février 1824, Sir., 24, 1, 195; Grenoble, 27 avril 1825, Sir., 26, 2, 1; Req. rej., 13 juillet 1826, Sir., 27, 1, 201; Civ. cass., 26 juin 1832, Sir., 32, 1, 555; Toulouse, 25 août 1844, Sir., 45, 2, 69.

§ 555.

Définition de l'adoption. — Division de la matière.

L'adoption est un acte juridique qui crée entre deux personnes un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitimes ¹.

L'adoption peut se diviser en adoption de Droit commun et en adoption privilégiée. L'adoption privilégiée est, sous certains rapports, dispensée des conditions et des solennités auxquelles se trouve soumise l'adoption de Droit commun ².

I. DE L'ADOPTION DE DROIT COMMUN.

a. *Des conditions et des solennités de l'adoption.*

§ 556.

1. *Des conditions intrinsèques de l'adoption.*

La loi exige pour l'adoption le consentement de l'adoptant et celui de l'adopté. Art. 353.

Il faut de plus que l'un et l'autre jouissent des droits civils. Ainsi, un étranger ne peut ni adopter ni être adopté en France, si ce n'est dans les cas exceptionnels prévus par les art. 11 et 13 du Code Napoléon ¹.

Outre ces conditions communes aux deux parties, la loi requiert, soit dans la personne de l'adoptant, soit dans celle de l'adopté, certaines conditions spéciales.

Les conditions requises dans la personne de l'adoptant sont les suivantes :

a. L'adoptant doit être âgé de cinquante ans accomplis, et avoir

¹ Arg. art. 347, 348 cbn. 161, 349 cbn. 203 et 205, 351 cbn. 747; Code pénal, art. 299. *Exposé de motifs*, par Berlier (Loché, *Lég.*, VI, p. 601, n° 5). Proudhon, II, p. 188. Toullier, II, 984. Delvincourt, I, part. I, p. 99. Demolombe, VI, 1.

² Nous n'avons à nous occuper, ni de l'adoption publique, ni de l'adoption faite par le titulaire d'un majorat. Cpr. sur la première : Lois du 25 janvier 1793 et du 23 nivôse an II; Décret du 16 frimaire an XIV; Grenier, *Discours historique*, in fine. Cpr. sur la seconde : Statut du 1^{er} mars 1808, art. 35 et 36.

¹ Cpr. § 78, texte et note 59. Aux autorités citées dans cette note, ajoutez encore en faveur de notre opinion : Odillon-Barrot, *Encyclopédie*, v° Adoption, n° 31; Marcadé, sur les art. 343 à 346, n° 2.

au moins quinze ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter. Art. 343.

b. Il doit avoir fourni des secours et donné des soins non interrompus à cette personne dans sa minorité, pendant six années au moins². Art. 345.

c. Il faut qu'il se trouve, au moment de l'adoption, sans descendants légitimes ou légitimés³. Art. 343. Les descendants légitimes forment, dès l'instant de leur conception, obstacle à toute adoption ultérieure⁴, les descendants légitimés, à partir de leur légitimation seulement⁵. Les enfants naturels, même reconnus⁶, et les enfants adoptifs⁷ n'apportent aucun empêchement à l'adoption.

² Mais il n'est pas nécessaire que la personne qui se propose d'adopter ait été tuteur officieux de celle qu'elle veut adopter. Cpr. art. 361 et suiv. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, VI, p. 613, n° 18). Demolombe, VI, 24. — Il n'est pas même exigé que les secours aient été fournis en vue de l'adoption. Demolombe, VI, 25.

³ Arg. art. 333 cbn. 343. Locré, sur l'art. 343. Delvincourt, I, p. 255. Demolombe, VI, 19.

⁴ *Infans conceptus pro nato habetur, quotiescumque de commodis ipsius partus agitur*. Delvincourt, I, p. 255. Toullier, II, 986. Duranton, III, 278. Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 19. Marcadé, sur les art. 343 et 346, n° 3. Demolombe, VI, 16. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, II, p. 192, note a. — Il est généralement admis que, sous ce rapport encore, les art. 312 et 315 sont applicables en ce sens que la conception se place nécessairement dans l'intervalle de temps qui sépare le terme de la gestation la plus longue de celui de la gestation la plus courte. Mais si, en se renfermant dans cet intervalle de temps, l'enfant voulait reporter sa conception à une époque antérieure à l'adoption, dans le but de la faire annuler, sa prétention à cet égard serait-elle à l'abri de toute contestation, et pourrait-il, comme en matière d'état et de succession, placer sa conception à l'époque la plus favorable à ses intérêts, ou bien, au contraire, n'appartiendrait-il pas aux tribunaux de déterminer d'après les circonstances l'époque probable de la conception? Cette dernière solution nous paraît préférable en principe : la faculté dont jouit l'enfant, de fixer l'époque de sa conception, ne lui est directement accordée que dans l'intérêt de sa légitimité ; et si nous avons cru devoir l'étendre à la capacité de succéder, c'est uniquement parce que le système contraire conduirait à de choquantes inconséquences. Or, ces inconséquences ne se présentant plus quand il s'agit du maintien ou de l'annulation d'une adoption, il n'y a aucune raison pour accorder en pareil cas à l'enfant la même faveur. Marcadé, sur les art. 343 à 346, n° 4. Demolombe, VI, 17. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 255 et 256 ; Duranton, III, 278.

⁵ Cpr. § 546, texte et note 25. Demolombe, VI, 19. — L'existence d'enfants conçus hors mariage, et qui ne sont devenus légitimes que par l'union contractée entre les auteurs de leurs jours avant leur naissance, n'empêche aussi que les adoptions postérieures à cette union. Cpr. § 545, texte n° 1 et note 9. Duranton, III, 278.

⁶ Locré, sur l'art. 343. Duranton, *loc. cit.* Toullier, II, 986. Demolombe, VI, 18.

⁷ Arg. art. 348, al. 3. Locré, sur l'art. 344. Grenier, n° 10. Delvincourt, I,

d. L'adoptant a besoin, s'il est marié, du consentement de son conjoint. Art. 344.

e. Enfin, il doit jouir d'une bonne réputation. Art. 355.

Du reste, les femmes ont, comme les hommes, et les célibataires, comme les gens mariés, la faculté d'adopter. Il n'y a même pas de raisons pour refuser cette faculté aux prêtres catholiques⁸.

Les conditions requises dans la personne de l'adopté, sont les suivantes :

a. Il doit être majeur, c'est-à-dire âgé de vingt et un ans accomplis. Art. 346 cbn. 488.

b. Il a besoin du consentement de son père et de sa mère, à moins que l'un des deux ne se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, auquel cas le consentement de l'autre suffit⁹. Après l'âge de vingt-cinq ans, tant pour les garçons que pour les filles¹⁰, le consentement du père et de la mère peut cependant être remplacé par un acte respectueux¹¹, notifié dans la forme indiquée par l'art. 154. Dans aucun cas, la loi n'exige le consentement des ascendants autres que le père et la mère¹². Art. 346.

c. Il faut enfin qu'il n'ait point encore été adopté, à moins que ce ne soit par le conjoint de celui qui veut également se l'attacher par adoption. Art. 344.

p. 255. Toullier, II, 986. Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 9. Demolombe, *loc. cit.* Bourges, 21 frimaire an XII, Sir., 4, 2, 65.

⁸ Valette, sur Proudhon, II, p. 224. Riffé, p. 50. Pont, *Revue de législation*, 1844, XXI, p. 507. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 516. Demolombe, VI, 54 et 55. Req. rej., 26 novembre 1844, Sir., 44, 1, 801. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 286 ; Odillon-Barrot, *op. et v^o cit.*, n^o 26 ; Marcadé, sur les art. 343 à 346, n^o 3.

⁹ Arg. art. 149. — Mais en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du premier ne suffit pas. L'art. 346 exige le consentement de l'un et de l'autre, et ne reproduit pas, en ce qui concerne l'adoption, la disposition finale de l'art. 148 relatif au mariage. Proudhon, II, p. 196. Delvincourt, I, p. 256. Duranton, III, 289. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 517. Demolombe, VI, 33. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 343 à 346, n^o 4.

¹⁰ La distinction qu'établit à cet égard, en matière de mariage, l'art. 148, est ici sans application : Proudhon, II, p. 195. Delvincourt, I, p. 257. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, *loc. cit.*

¹¹ En matière d'adoption, un seul acte respectueux suffit dans tous les cas, à la différence de ce qui a lieu en matière de mariage. Cpr. art. 151 à 153 cbn. 346. Proudhon, II, p. 196. Toullier, II, 987. Delvincourt et Duranton, *loc. cit.* Demolombe, VI, 34.

¹² Sous ce rapport encore, il en est autrement qu'en matière de mariage. Cpr. art. 150 et 151 cbn. 346. Proudhon, Delvincourt, Toullier, Duranton et Demolombe, *loc. cit.*

Aucune autre condition n'est requise du côté de celui qui doit être adopté.

Ainsi, la faculté d'adopter peut être exercée tout aussi bien à l'égard des femmes que des hommes, des gens mariés que des célibataires. Le mari n'a pas même besoin, pour se faire adopter, du consentement de sa femme¹³. Quant à celle-ci, elle doit, pour pouvoir consentir à son adoption, être autorisée à cet effet ; mais, au refus du mari, l'autorisation de justice suffit¹⁴.

Il suit encore de là, que deux époux peuvent être adoptés par la même personne¹⁵.

Il en résulte enfin, qu'il est permis au père ou à la mère d'un enfant naturel de l'adopter, même après l'avoir reconnu¹⁶. Aucun

¹³ Arg. *a contrario*, art. 344 et 346. Duranton, III, 292. Taulier, I, p. 448. Demolombe, VI, 38. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 257.

¹⁴ Arg. art. 217 et 218. Duranton, Taulier et Demolombe, *loc. cit.* Voy. cep. Delvincourt, *loc. cit.*

¹⁵ Lassaulx, II, p. 245. Baurittel, p. 35. Riffé, p. 57. Taulier, I, p. 448. Marcadé, sur l'art. 348, n° 1. Demolombe, VI, 56. Voy. en sens contraire : Grenier, n° 36 ; Duranton, III, 291 ; Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 18. Ces derniers auteurs invoquent, à l'appui de leur opinion, la maxime *Adoptio imitatur naturam*, et la disposition de l'art. 348, qui prohibe le mariage entre les enfants adoptifs du même individu. Mais ces raisons nous paraissent plus spécieuses que solides. L'adoption imite si peu la nature en Droit français que, d'après l'art. 348, l'adopté reste, malgré l'adoption, dans sa famille naturelle. Cpr. § 554. Si le mariage a été prohibé entre les enfants adoptifs du même individu, c'est parce qu'il eût été contraire aux convenances et aux bonnes mœurs que deux personnes destinées à vivre sous le même toit comme frère et sœur, pussent légitimement concevoir l'espérance de contracter par la suite mariage l'une avec l'autre. Tel est, d'après les observations du Tribunat sur la demande duquel a été introduit l'art. 348, le véritable motif de la prohibition dont s'agit, qui dès lors ne forme aucun obstacle à ce que le même individu adopte deux personnes déjà mariées l'une avec l'autre au moment de l'adoption. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 587, n° 7.

¹⁶ Cette question est une de celles qui ont été le plus vivement controversées. La jurisprudence, après de longues fluctuations, paraît se fixer définitivement en faveur de l'opinion que nous avons adoptée. Voy. dans le sens de cette opinion : Locré, sur les art. 345 et 346 ; Moureau de Vaucluse, *Essai sur l'esprit des lois françaises, relatives à l'adoption des enfants naturels*, Paris 1817, in-8° ; Rolland de Villargues, *Traité des enfants naturels*, nos 145 à 148 ; Grenier, n° 35 ; Proudhon et Valette, II, p. 217 et suiv. ; Valette, *Explication sommaire*, p. 202 et suiv. ; Sirey et Devilleneuve, *Observations*, Sir., 8, 2, 92, 27, 2, 116, 43, 1, 177, et 45, 2, 65 ; Duranton, III, 293 ; Duvergier, sur Toullier, I, 988, note 6 ; Richefort, *De l'état des familles*, II, 284, et Sir., 45, 2, 201 ; Taulier, I, p. 459 ; Bruxelles, 16 prairial an XII, Sir., 5, 2, 21 ; Bruxelles, 22 avril 1807, Sir., 7, 2, 174 ; Paris, 9 novembre 1807, Sir., 8, 2, 1 ; Rouen, 12 mai 1808, Sir., 8, 2, 219 ; Caen, 18 février 1811, Sir., 12, 2, 293 ; Angers, 29 juin 1824,

obstacle légal ne s'oppose même, d'une manière absolue, à l'adop-

Sir., 24, 2, 203; Douai, 13 février 1824, Sir., 24, 2, 313; Grenoble, 10 mars 1825, Sir., 26, 2, 29; Bordeaux, 1^{er} février 1826, Sir., 26, 2, 245; Angers, 28 mars 1828, Sir., 28, 2, 145; Rennes, 14 février 1828, Sir., 29, 2, 109; Orléans, 4 mai 1832, Sir., 33, 2, 26; Lyon, 6 février 1833, Sir., 33, 2, 214; Toulouse, 2 juin 1835, Rennes, 30 mars 1835, et Paris, 13 novembre 1835, Sir., 35, 2, 553 et 554; Riom, 14 mai 1838, Sir., 38, 2, 146; Rennes, 10 juin 1838, Sir., 38, 2, 491; Civ. rej., 28 avril 1841, Sir., 41, 1, 274; Angers, 12 juillet 1844, Sir., 44, 2, 309; Bordeaux, 30 janvier 1845, Sir., 45, 2, 65; Montpellier, 24 avril 1845, Sir., 45, 2, 295; Civ. rej., 1^{er} avril 1846, Sir., 46, 1, 273; Paris, 13 mai 1854, Sir., 54, 2, 494. Voy. en sens contraire : Maleville, I, p. 345 et suiv.; Toullier, II, 988; Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 34; Loiseau, *Appendice au traité des enfants naturels*, p. 10; Delvincourt, I, p. 252; Merlin, *Rép.*, v° Adoption, sect. II, § 1, n° 4; Riffé, p. 57; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Adoption, n° 11; Magnin, *Des minorités*, I, 262; Dubodan, *Revue étrangère et française*, 1837, IV, p. 703 et 814; Pont, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 750; Benech, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*, Toulouse, 1843, in-8°; Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, nos 32 et suiv.; Marcadé, sur les art. 343 à 346, n° 4; Molinier, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 161; Demolombe, VI, 50 à 52; Demante, *Cours*, II, 80 bis, 3°; Paris, 15 germinal an XII, Sir., 4, 2, 114; Nîmes, 18 floréal et 3 prairial an XII, Sir., 4, 2, 548; Pau, 1^{er} mai 1826, Sir., 27, 2, 116; Bourges, 22 mars 1830, Sir., 30, 2, 163; Angers, 21 mai 1839, Sir., 39, 2, 401; Civ. rej., 16 mars 1843, Sir., 43, 1, 177. Les principaux arguments qu'on fait valoir en faveur de cette dernière opinion sont tirés : 1° de l'incompatibilité qui existerait entre la qualité de fils naturel et celle de fils adoptif d'un même individu; 2° des dispositions de la loi 7, au Code, *de nat. lib.* (5, 27), de la nouvelle 74, chap. 3, et de la nouvelle 89, chap. 7, qui prohibent l'adoption des enfants naturels; 3° de l'art. 908, qui défend aux enfants naturels de recevoir par donation entre-vifs ou par testament au delà de ce qui leur est attribué au titre *des successions* par les art. 757 et 758; 4° de l'intérêt des bonnes mœurs qui s'opposent, à ce que l'on prétend, à l'adoption des enfants naturels. Ces différentes raisons ne nous paraissent pas concluantes. 1° Il existe, rationnellement parlant, si peu d'incompatibilité entre la qualité de fils naturel et celle de fils adoptif du même individu, qu'autrefois à Rome un père pouvait adopter son fils émancipé, et même son fils naturel. LL. 12, 41 et 46, *D. de adop. et emancip.* (1, 7). 2° La constitution et les nouvelles, qui plus tard défendirent l'adoption des enfants naturels, n'ont jamais été appliquées en France, où l'adoption était autrefois inconnue. En tout cas, elles n'auraient plus d'autorité législative. 3° Si la portion héréditaire que les art. 350 et 745 attribuent à l'enfant adoptif est supérieure à celle que les art. 757 et 758 allouent à l'enfant naturel, on ne peut pas en conclure que l'adoption d'un enfant naturel soit contraire aux dispositions de l'art. 908, puisque l'individu qui joint à la qualité d'enfant naturel celle d'enfant adoptif, se trouve appelé par la loi elle-même, et non par la volonté de l'adoptant à l'hérédité de ce dernier, et qu'il recueille cette dernière, non à titre de légataire ou de donataire, mais à titre d'héritier *ab intestat*, non comme enfant naturel, mais comme enfant adoptif. 4° L'intérêt des bonnes mœurs exige la réparation des torts que l'on a causés. Or, comment un père, qui se trouve dans l'impossibilité de légitimer l'enfant naturel dont la mère est décé-

tion d'un enfant incestueux ou adultérin dont la filiation se trouverait légalement constatée ¹⁷.

§ 557.

2. Des solennités extrinsèques de l'adoption.

L'individu qui se propose d'adopter et celui qui veut se donner en adoption, doivent se présenter, soit en personne, soit par un fondé de procuration spéciale et authentique¹, devant le juge de paix du domicile du premier, pour y passer acte de leurs consentements respectifs. Art. 353. Une expédition de cet acte, accompagnée des pièces destinées à justifier de l'accomplissement

dée, effacera-t-il la tache de sa naissance, si ce n'est en l'adoptant ? Il ne faut d'ailleurs pas oublier que l'adoption est subordonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qui ne manqueront pas d'apposer leur *veto* aux adoptions réellement contraires aux bonnes mœurs. Ainsi, toutes les objections faites par les partisans de l'opinion que nous combattons, viennent se briser contre la règle que tout ce que la loi ne défend pas est permis. Le silence de la loi est ici d'autant plus décisif, qu'il est le résultat d'une discussion à la suite de laquelle le Conseil d'état supprima un article par lequel la section de législation avait proposé de défendre l'adoption des enfants naturels. Voy. Loqué, *Lég.*, VI, p. 434, art. 9; p. 477 et suiv., n° 18. Cpr. aussi *Discussion au Conseil d'état* (Loqué, *op. cit.*, VI, p. 401 et suiv., nos 11 à 13; p. 501 et suiv., n° 15).

¹⁷ En vain dirait-on que les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être adoptés, par cela même qu'ils ne peuvent être légitimés. Il existe, en effet, une énorme différence entre la légitimation qui, faisant entrer un enfant naturel dans les familles de son père et de sa mère, établit entre cet enfant et tous les parents de ces derniers un lien de parenté légitime, et l'adoption qui, laissant l'adopté dans sa famille naturelle, ne crée de rapports qu'entre ce dernier et l'adoptant. Les tribunaux seraient donc, à notre avis, autorisés à admettre l'adoption d'un enfant incestueux et adultérin. Mais ils auraient aussi le droit, et même le devoir, de rejeter une pareille adoption, si, à raison de la conduite scandaleuse de la personne qui se propose d'adopter un enfant incestueux ou adultérin, il devait en résulter un outrage à la morale publique. Art. 355. Voy. dans le sens de notre opinion : Grenier, n° 35; *Consultation*, Sir., 15, 2, 213; Rouen, 15 février 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 257. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° *Enfant adultérin*, n° 6; Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 346; Taulier, I, p. 461. Cpr. encore parmi les différents arrêts cités à la note 4 du § 554, ceux qui ont été rendus sur cette question, à propos des adoptions régies par la loi transitoire du 25 germinal an XI.

¹ Arg. art. 36 cbn. 353 et 359. Delvincourt, I, p. 261. Duranton, III, 297, note 2. Demolombe, VI, 88. Bruxelles, 22 avril 1807, Sir., 8, 2, 319. Voy. cep. Grenier, n° 18; Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 52. Suivant ces auteurs, les parties devraient nécessairement comparaître en personne.

des conditions indiquées au paragraphe précédent, doit, dans les dix jours suivants², être remise par l'une ou l'autre des parties au procureur impérial près le tribunal de première instance dans le ressort duquel l'adoptant est domicilié. Art. 354. Ce tribunal, à l'homologation duquel l'adoption sera soumise par ce magistrat, doit statuer en chambre du conseil, sans écritures ni formalités de procédure³. Après avoir entendu le procureur impérial, auquel les parties intéressées à contester l'adoption peuvent remettre des mémoires à ce sujet⁴, le tribunal vérifiera : 1° si toutes les conditions exigées par la loi sont remplies ; 2° si l'adoptant jouit d'une bonne réputation ; et, d'après le résultat de cette vérification, il prononcera, sans donner de motifs⁵, son jugement en ces termes : *Il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption*. Art. 355 et 356.

Dans le mois qui suivra la prononciation du jugement du tribunal de première instance⁶, ce jugement, qu'il ait admis ou rejeté l'adoption⁷, sera, sur les poursuites de l'une ou de l'autre des parties, soumis à la Cour impériale, qui, après avoir instruit la cause comme le tribunal de première instance, statuera également

² L'inobservation de ce délai ne formerait point obstacle à la validité de l'adoption qui, malgré cette irrégularité, aurait été admise. Arg. *a contrario*, art. 359, al. 2. Cet argument est ici d'autant plus puissant que le Tribunat avait proposé de subordonner l'efficacité de l'adoption à l'observation des différents délais indiqués dans les art. 354, 357 et 359, al. 1, et que sa proposition n'ayant été accueillie qu'en ce qui concerne le délai prescrit par le dernier de ces articles, a été, par cela même, implicitement rejetée quant aux délais fixés par les deux premiers. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VI, p. 590, n° 11). Delvincourt, I, p. 262. Riffé, p. 67. Toullier, VII, 503. Duvergier, sur Toullier, II, 1002, note a. Demolombe, VI, 98. Valette, *Explication sommaire*, p. 193. Grenoble, 7 mars 1849, Sir., 50, 2, 209. Cpr. Maleville, sur l'art. 354. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 1002 ; Duranton, III, 303 ; Marcadé, sur l'art. 354, n° 1 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 528.

³ La disposition de l'art. 356 n'interdit cependant pas au tribunal de charger l'un de ses membres de lui faire rapport de l'affaire. Req. rej., 21 mars 1859, Sir., 59, 1, 830.

⁴ Cpr. art. 360, al. 2. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 569 et suiv., n° 11). Locré, IV, p. 351. Demolombe, VI, 94.

⁵ Ainsi il n'est pas nécessaire de mentionner dans le jugement l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la loi. Une telle mention serait même contraire à l'art. 357. Req. rej., 21 mars 1859, Sir., 59, 1, 830.

⁶ Ce délai n'est pas non plus de rigueur. Cpr. note 2 *supra*.

⁷ L'adoption peut être admise par la Cour impériale, quoiqu'elle ait été rejetée par le tribunal de première instance. Riffé, p. 69. Valette, sur Proudhon, II, p. 205, note a. Duvergier, sur Toullier, II, 998, note a. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 526. Demolombe, VI, 99.

sans donner de motifs, et prononcera son arrêt en ces termes : *Le jugement est confirmé ou le jugement est réformé ; en conséquence, il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption.* Art. 357⁸.

L'arrêt qui a rejeté l'adoption n'est pas susceptible d'être attaqué quant au fond par la voie du recours en cassation⁹. Mais le pourvoi en cassation serait admissible, s'il était fondé sur l'inobservation des formes requises pour la validité des jugements et arrêts en matière civile¹⁰.

Si l'adoption est admise par la Cour impériale, l'arrêt doit être prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la Cour jugera convenable¹¹. Art. 358.

Dans les trois mois, à dater de la prononciation de l'arrêt qui aura admis l'adoption¹², cette dernière doit, sur le vu d'une expédition en forme de cet arrêt, être relatée, à la réquisition de

⁸ Les demandes en homologation d'adoption ne constituant pas des contestations sur l'état des personnes dans le sens de l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, il n'y a pas lieu de les soumettre à l'appréciation de deux chambres réunies. Limoges, 4 juin 1840, Sir., 50, 2, 209, à la note. Dijon, 9 août 1854, Sir., 56, 2, 17. Voy. en sens contraire : Grenoble, 7 mars 1849, Sir., 50, 2, 209. Cpr. aussi Civ. rej., 24 août 1852, Sir., 53, 1, 17. Ce dernier arrêt a décidé qu'une adoption ne devait pas être annulée par cela seul qu'elle aurait été prononcée en audience solennelle. Les motifs donnés à l'appui de cette décision ne nous ont pas paru entièrement concluants ; mais nous croyons qu'elle se justifie par la considération qu'il s'agit ici d'un acte de juridiction gracieuse, et que l'intervention de la Cour impériale étant requise pour entourer l'adoption de plus de garanties et lui donner une plus grande solennité, ce serait presque aller contre le vœu de la loi que de prononcer l'annulation d'une adoption par cela seul qu'elle aurait été prononcée en audience solennelle.

⁹ Le pouvoir discrétionnaire dont, en vertu des art. 356 et 357, les cours et tribunaux jouissent pour accueillir ou rejeter l'adoption, est incompatible avec l'admissibilité du pourvoi en cassation. Les jugements et arrêts rendus en pareille matière ne devant pas énoncer de motifs, la Cour suprême se trouve, par la force même des choses, dans l'impossibilité de vérifier s'ils ont ou non violé la loi. Demolombe, VI, 400.

¹⁰ Rauter, *Cours de procédure*, § 422. Demolombe, VI, 404. Req. rej., 14 novembre 1815, Sir., 16, 1, 45. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 462.

¹¹ La procédure doit rester secrète jusqu'à l'arrêt qui admet l'adoption. Ainsi, le jugement de première instance doit toujours être prononcé en chambre du conseil. Il en est de même de l'arrêt qui rejetterait une adoption. *Exposé de motifs*, par Berlier, et *Discours* de Gary (Locré, *Lég.*, VI, p. 812, n° 17, p. 663, n° 24). Locré, sur les art. 356 et 357. Toullier, II, 999. Demolombe, VI, 92. Civ. cass., 22 mars 1848, Sir., 48, 1, 379.

¹² Ce dernier délai est de rigueur. L'adoption ne devient complète qu'autant qu'elle a été inscrite, avant l'expiration de ce délai, sur les registres de l'état civil. Art. 359, al. 2. Cpr. § 558, texte et note 2.

l'une ou de l'autre des parties, sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Art. 359. Cette formalité est suffisamment remplie par la transcription sur les registres de l'état civil de l'arrêt confirmatif de l'adoption, pourvu que cette transcription ait été opérée sur le vu d'une expédition dudit arrêt produite par l'une des parties. Il n'est pas nécessaire de faire transcrire également l'acte d'adoption passé devant le juge de paix, ni de faire constater d'une manière expresse la réquisition adressée à l'officier de l'état civil par la partie qui produit l'expédition à transcrire¹³.

§ 558.

3. *Des conséquences qu'entraîne l'absence des conditions ou l'inobservation des solennités indiquées aux deux paragraphes précédents.*

1° L'adoption est à considérer comme non avenue, lorsque l'une ou l'autre des parties n'y a pas donné son consentement.

Une adoption ne devient complète qu'autant que, constatée par un acte passé devant un juge de paix, et soumise ensuite à l'approbation d'un tribunal de première instance, elle a été définitivement homologuée par une Cour impériale, et inscrite sur les registres de l'état civil. L'une de ces solennités venant à défaillir, l'adoption doit être regardée comme non avenue¹. Il en est de même dans le cas où l'adoption, bien qu'inscrite sur les registres de l'état civil, ne l'a point été dans le délai prescrit par l'art. 359².

Dans les divers cas qui viennent d'être indiqués, la non-existence de l'adoption peut être proposée, en tout temps, et par toute personne intéressée, par voie d'action ou d'exception.

2° L'adoption est entachée de nullité dans les cas suivants :

a. Lorsque le consentement de l'adoptant ou celui de l'adopté a été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol³.

¹³ Demolombe, VI, 104 à 107. Req. rej., 23 novembre 1847, Sir., 48, 1, 58. Grenoble, 7 mars 1849, Sir., 50, 2, 209.

¹ Arg. *a fortiori*, art. 359, al. 2. Cpr. note 2 *infra*. *Forma dat esse rei*. Cette maxime est ici d'autant mieux applicable, que l'adoption est une institution dont l'établissement appartient entièrement au Droit positif. Cpr. § 37, texte et note 4.

² En disant que l'adoption restera sans effet, si elle n'a été inscrite dans le délai de trois mois, le législateur a clairement indiqué qu'à défaut d'inscription dans ce délai, l'adoption devait être réputée non avenue. Si l'adoption n'était que nulle en pareil cas, elle produirait, jusqu'au moment de son annulation, les effets qui sont attachés à cet acte juridique. Toullier, II, 1001. Grenier, n° 23.

³ Arg. art. 353 cbn. 1109 à 1117. Cpr. § 306, texte et notes 1 et 2.

b. Lorsque l'adoption a été prononcée en l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises, soit dans la personne de l'adoptant, soit dans celle de l'adopté⁴.

c. Lorsque les règles de compétence ou de forme requises pour la validité de l'un ou de l'autre des actes nécessaires à la perfection de l'adoption, n'ont pas été observées⁵.

La nullité de l'adoption peut, dans les deux dernières hypothèses, être proposée tant par l'adoptant et l'adopté⁶ que par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert⁷, à contester la validité de cet acte juridique, par exemple par les héritiers ou successeurs universels de l'adoptant, agissant

⁴ La nullité n'est ici que virtuelle ; elle est fondée sur ce que, l'adoption découlant uniquement du Droit positif, la validité de cet acte juridique se trouve implicitement subordonnée au concours de toutes les conditions requises par la loi. Duranton, III, 329. Odillon-Barrot, *op. et v^o cit.*, n^o 82. Voy. en sens contraire : Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 26. Cpr. aussi Demolombe, VI, 195 et 196. Notre savant collègue, tout en admettant en principe notre théorie, croit cependant devoir la soumettre à certaines restrictions. Il soutient notamment que si l'adopté majeur de vingt-cinq ans n'a pas requis le conseil de ses père et mère, cette infraction à l'art. 346 ne doit pas plus entraîner la nullité de l'adoption, que l'omission d'actes respectueux dans les cas prévus par les art. 151 à 153 n'entraîne la nullité du mariage. A notre avis, c'est là une distinction que repousse le contexte de l'art. 346, et que, vu la différence profonde qui sépare l'institution de l'adoption de celle du mariage, on ne saurait justifier par un simple argument d'analogie tirée des règles relatives à cette dernière matière. Du reste, la jurisprudence des arrêts paraît admettre comme constant, que l'omission de l'une ou de l'autre des conditions intrinsèques exigées en cette matière, entraîne virtuellement la nullité de l'adoption. Cpr. Colmar, 28 juillet 1821, Sir., 21, 2, 288 ; Req. rej., 24 août 1831, Sir., 31, 1, 321 ; Angers, 21 août 1839, Sir., 39, 2, 401 ; et les arrêts cités à la note 59 du § 78.

⁵ Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où l'arrêt qui a homologué une adoption, n'a point été prononcé à l'audience. Art. 358 cbn. loi du 20 avril 1810, art. 7, al. 2. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 36 ; Paris, 26 avril 1830, Sir., 30, 2, 217. — Il en est encore ainsi, lorsque l'adoption, au lieu d'avoir été inscrite sur les registres de l'état civil du domicile de l'adoptant, l'a été sur ceux du domicile de l'adopté. Demolombe, VI, 108. Montpellier, 19 avril 1842, Sir., 42, 2, 345.

⁶ En vain dirait-on que les principes sur l'autorité de la chose jugée s'opposent à ce que l'adoption puisse être attaquée par les personnes qui ont figuré comme parties dans l'arrêt par lequel elle a été homologuée. Ces principes, en effet, ne se rapportent qu'aux jugements rendus en juridiction contentieuse ; ils ne s'appliquent pas à ceux qui l'ont été en juridiction volontaire, et notamment à l'homologation judiciaire d'une adoption. Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 10. Rauter, *op. cit.*, § 31, texte et note b ; § 422, note b. Demolombe, VI, 210. Req. rej., 22 novembre 1825, Sir., 26, 1, 142. Nancy, 13 juin 1826, Sir., 26, 2, 251.

⁷ Demolombe, *loc. cit.* Grenoble, 22 mars 1843, Sir., 43, 2, 505.

en leur propre nom⁸. Dans la première hypothèse, au contraire, la nullité de l'adoption ne peut être proposée que par la personne dont le consentement a été vicié, ou par ses successeurs universels en cette qualité⁹.

La nullité de l'adoption peut et doit être proposée, dans les différents cas ci-dessus indiqués, par voie d'action principale ou d'exception¹⁰, devant le tribunal de première instance compétent, et non par voie de recours contre l'arrêt qui a homologué l'adoption¹¹. En cas d'appel, la cause doit être jugée en audience solennelle¹².

⁸ Les héritiers ou successeurs universels de l'adoptant ont, en leur propre et privé nom, le droit d'attaquer l'adoption qu'il a faite, comme ils ont celui de demander la nullité de ses dispositions entre-vifs ou testamentaires qui ne réunissent pas les conditions exigées pour leur validité. Delvincourt, I, p. 252 à 264. Duranton, III, 329. Demolombe, *loc. cit.* Bordeaux, 30 janvier 1845, Sir., 45, 2, 65. Paris, 13 mai 1854, Sir., 54, 2, 494.

⁹ Cpr. § 334, texte n° 3. — M. Demolombe (VI, 204 à 206), assimilant à cette hypothèse celle où l'adopté n'a point obtenu le consentement de ses père et mère, enseigne que l'absence de ce consentement n'entraîne, comme dans le cas prévu par l'art. 182, qu'une nullité relative, qui n'est proposable que par ces derniers et par l'adopté. Les raisons indiquées à la note 4 *supra* nous portent également à rejeter cette opinion.

¹⁰ La maxime: *Voies de nullité n'ont lieu en France*, est inapplicable aux jugements rendus en juridiction volontaire; et d'ailleurs la demande en nullité est, en pareil cas, plutôt dirigée contre l'adoption elle-même que contre le jugement et l'arrêt qui l'ont homologuée. Delvincourt, I, p. 262 à 264. Duranton, III, 331. Merlin, *Quest.*, v° Adoption, § 11, n° 1. Rauter, *op. cit.*, § 422, texte et note b. *Thémis*, VII, p. 105 et 106. Marcadé, sur l'art. 360, n° 3. Demolombe, VI, 187 à 193. Colmar, 28 juillet 1821, Sir., 21, 2, 288. Dijon et Req. rej., 22 novembre 1825, Sir., 26, 1, 142. Cpr. Req. rej., 24 août 1831, Sir., 31, 1, 321; Angers, 21 août 1839, Sir., 39, 2, 401. Voy. aussi la note suivante.

¹¹ Ainsi, l'adoption ne peut être attaquée, par voie de requête civile, de tierce opposition, ou de simple opposition, devant la Cour impériale qui l'a homologuée. Duranton, III, 330. Demolombe, *loc. cit.* Nancy, 13 juin 1826, Sir., 26, 2, 251. Paris, 26 avril 1830, Sir., 30, 2, 217. Grenoble, 2 mars 1842, Sir., 43, 2, 171. Voy. cep. Rauter, *op. et loc. cit.*; Merlin, *op. et v° cit.*, § 11, n° 3. — Ainsi encore, l'adoption ne saurait, comme l'enseigne Toullier (II, 1019), être attaquée par voie de recours en cassation contre l'arrêt qui l'a homologuée. Lassaulx, II, p. 263. Merlin, Delvincourt, Duranton et Demolombe, *loc. cit.* Grenier, n° 22. — Le pourvoi en cassation serait à notre avis inadmissible, lors même que l'adoptant, ou les héritiers de ce dernier dans le cas prévu par l'art. 360, auraient remis au procureur impérial un mémoire tendant à établir la non-admissibilité de l'adoption. La remise d'un pareil mémoire, qui n'est pas même adressé au juge, ne change en aucune manière le caractère de sa juridiction. Demolombe, VI, 110. Voy. cep. en sens contraire; Grenier, *loc. cit.*; Merlin, *op. et v° cit.*, § 11, n° 2.

¹² La demande en nullité de l'adoption, constituant une contestation sur l'état de l'adopté, rentre sous l'application de l'art. 22 du décret du 30 mars 1808. Req. rej., 19 mars 1856, Sir., 56, 1, 685.

L'action en nullité de l'adoption est susceptible de prescription ¹³. Mais elle ne se prescrit que par trente ans, dans le cas même où l'adoption est attaquée à raison des vices du consentement de l'adoptant ou de l'adopté ¹⁴. Ces trente ans commencent à courir, soit du jour où l'adoption a été inscrite sur les registres de l'état civil, lorsqu'elle est attaquée par l'une des parties ou par leurs successeurs universels en cette qualité ¹⁵, soit du jour du décès de l'adoptant, lorsque l'action est exercée par les héritiers de ce dernier, agissant en leur propre et privé nom ¹⁶.

La nullité résultant des vices du consentement de l'adoptant ou de l'adopté est également susceptible de se couvrir par confirmation. Si, dans les autres cas de nullité, l'adoption ne peut être l'objet d'une véritable confirmation, rien n'empêche cependant que les parties auxquelles compète l'action en nullité, ne puissent par leur propre fait se rendre non recevables à l'exercer ¹⁷.

3° Lorsqu'une adoption est restée incomplète, qu'elle se trouve entachée de nullité, ou qu'elle a été rejetée par les tribunaux, elle peut être refaite en la forme légale, sans que, dans la dernière hypothèse, le rejet antérieur de l'adoption élève aucune fin de non-recevoir contre la nouvelle demande en homologation ¹⁸.

¹³ Voy. cep. en sens contraire, pour les cas de nullité absolue : Marcadé, sur l'art. 360, n° 3; Demolombe, VI, 212. Le premier de ces auteurs part de l'idée que dans ces cas l'adoption est à considérer comme non avenue. Mais cette idée repose sur une confusion évidente entre les conditions essentielles à l'existence de l'adoption et celles qui sont requises pour sa validité. Quant à M. Demolombe, il admet avec nous que l'adoption, même entachée d'une nullité absolue, est simplement annulable; et dès lors nous ne voyons aucun motif pour soustraire l'action en nullité à l'application de l'art. 2262. L'argument que le savant auteur veut tirer de l'art. 6 serait tout au plus concluant s'il s'agissait de la prescription décennale de l'art. 1304, qui ne repose que sur une confirmation présumée; mais il est sans valeur quant à la prescription trentenaire.

¹⁴ Arg. art. 2262. *Non obstat* art. 1304, al. 1. La disposition du premier alinéa de l'art. 1304 ne s'applique qu'aux demandes en nullité dirigées contre des conventions ordinaires, et non à celles qui sont intentées contre les conventions qui constituent en même temps des actes de l'état civil. Cpr. § 339, note 13. Voy. en sens contraire : Demolombe, VI, 203.

¹⁵ En vain dirait-on que l'adoption, une fois inscrite sur les registres de l'état civil, remonte, quant à ses effets, au jour du contrat passé devant le juge de paix, et qu'ainsi c'est à dater de ce jour que la prescription doit commencer à courir. Cpr. § 559, texte et note 6. Cette objection trouve sa réponse dans la maxime *Actioni non natæ non præscribitur*.

¹⁶ *Contra agere non valentem non currit præscriptio*.

¹⁷ Cpr. § 545 bis, texte n° 2 et note 47; § 546, texte n° 2 et note 21.

¹⁸ Les jugements rendus en juridiction volontaire ne donnent pas lieu à l'ex-

b. *Des effets de l'adoption.*

§ 559.

1. *Des effets de l'acte d'adoption, et de ceux de l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.*

L'acte d'adoption passé devant le juge de paix forme entre les parties un contrat dont il leur est bien permis de se départir d'un commun accord, mais qui ne peut être unilatéralement révoqué par l'une d'elles contre le gré de l'autre¹.

Il suffit donc que le consentement de l'adoptant et celui de l'adopté existent lors du contrat passé devant le juge de paix. Le décès de l'une ou de l'autre des parties², ni, à plus forte raison, l'impossibilité, soit morale, soit légale, où se trouverait l'une d'elles de persévérer ultérieurement, et jusqu'au moment de l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil, dans le consentement qu'elle a régulièrement manifesté, ne formerait aucun obstacle à la consommation de l'adoption. Art. 360 et arg. de cet article³.

ception non bis in idem. Rauter, *op. cit.*, §§ 31 et 420. Duranton, III, 303. Demolombe, VI, 122. Lyon, 6 février 1833, Sir., 33, 2, 214.

¹ Arg. art. 1134, al. 2^e ébn. art. 354, 357, 359 et 360. Locré, sur l'art. 353. Proudhon, II, p. 211. Delvincourt, I, p. 261. Toullier, II, 1002. Duranton, III, 302, note 2. Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 8, nos 1 et 2. Odillon-Barrot, *op. et v^o cit.*, n^o 18. Demolombe, VI, 85 et 86. Grenoble, 2 mars 1842, Sir., 43, 2, 171. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 559.

² Si l'art. 360 ne prévoit que le décès de l'adoptant, c'est parce que ce cas est celui qui se présentera le plus fréquemment ; et il n'existe aucun motif pour ne pas étendre au décès de l'adopté la disposition de cet article. Cpr. Marcadé, sur l'art. 360, n^o 2. Il est vrai que d'après le système qui refuse aux descendants de l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, système que nous avons nous-mêmes admis, ces descendants seront le plus souvent sans intérêt à poursuivre l'homologation de l'adoption. Demolombe, VI, 119. Mais il pourrait en être autrement dans des circonstances exceptionnelles, dans le cas, par exemple, où l'adopté serait lui-même décédé après l'adoptant, avant l'homologation définitive de l'adoption, ou avant son inscription sur les registres de l'état civil.

³ D'après cet article, l'adoption ne semblerait pouvoir être admise, en cas de mort de l'adoptant, qu'autant que l'acte passé devant le juge de paix aurait été, avant cet événement, porté devant les tribunaux, c'est-à-dire remis au procureur impérial. S'il en était effectivement ainsi, la loi serait, à notre avis, bien peu rationnelle, puisque la remise de l'acte passé devant le juge de paix pouvant être

Par la même raison, il suffit que les conditions de capacité requises, soit du côté de l'adoptant, soit du côté de l'adopté, existent lors du contrat passé devant le juge de paix. Les incapacités qui surviendraient ultérieurement ne devraient point être prises en considération⁴.

L'adoption ne devient complète que par son inscription sur les registres de l'état civil. Elle ne produit avant l'accomplissement de cette formalité aucun des effets juridiques qui s'y trouvent attachés. Art. 359. Elle peut jusque-là être révoquée du consentement mutuel des parties, et par le seul fait de ce consentement⁵.

Les effets de l'adoption qui a été inscrite sur les registres de l'état civil, dans le délai prescrit par l'art. 359, remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix⁶.

L'adoption, une fois inscrite sur les registres, devient irrévocable. Elle ne peut être révoquée, ni d'un commun accord entre l'adoptant et l'adopté, au moyen de l'observation des solennités qui ont été employées pour la former⁷, ni par suite

faite par l'adopté sans le concours de l'adoptant, il doit être indifférent qu'elle ait eu lieu avant ou après le décès de ce dernier. Nous estimons donc que les expressions *et porté devant les tribunaux*, qui ne se trouvaient pas dans la rédaction primitive de l'art. 360, et qui se sont glissées dans la rédaction définitive, sans que les travaux préparatoires du Code fassent connaître les motifs de leur insertion, ne doivent pas être interprétées dans un sens restrictif, et n'indiquent pas une condition *sine qua non* de l'admissibilité de l'adoption. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 547, art. 8, al. 2; p. 571, n° 13; p. 577, art. 15; p. 591, n° 11; p. 594 à 595, nos 1 à 4. Delvincourt, I, p. 264, note 9. Valette, sur Proudhon, II, p. 207, note a. Duvergier, sur Toullier, II, 1004, note c. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 529. Demolombe, VI, 118. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 360; Grenier, n° 24; Duranton, *loc. cit.*; Taulier, I, p. 465. Cpr. aussi Marcadé, sur l'art. 360, nos 1 et 2.

⁴ Arg. art. 360. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, II, 1004. Duranton, III, 278 et 302, note 2. Favard, *Rép.*, v° Adoption, sect. II, § 2, n° 6. Valette, sur Proudhon, II, p. 213, note a. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Proudhon, II, p. 212 et 213.

⁵ Arg. art. 359. Delvincourt, I, p. 264, note 10. Proudhon, II, p. 211. Toullier, II, 1002. Duranton, III, 301. Marcadé, sur l'art. 360, n° 3. Demolombe, VI, 85.

⁶ Arg. art. 360 cbn. 350 et 725. Duranton, III, 302, note 2. Grenier, nos 25 et 26. Demolombe, VI, 120 et 121. — Il est cependant à remarquer que Grenier n'admet pas, relativement aux tiers, la rétroactivité des effets de l'adoption au jour du contrat passé devant le juge de paix.

⁷ Le Code prussien (part. II, titre II, sect. X, art. 7 à 14), appliquant à l'adoption la règle *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* (L. 35, D. de R. J. 50, 17), permet aux parties de la révoquer d'un commun accord, à l'aide des moyens employés pour l'opérer. Le silence

d'une demande en révocation pour cause d'ingratitude dirigée contre l'adopté⁸.

§ 560.

2. Des effets de l'adoption définitivement consommée.

1° L'adopté ne sort pas de la famille à laquelle il appartient par sa naissance. Les rapports existant entre l'adopté et ses père et mère n'éprouvent, ainsi que les conséquences juridiques qui se trouvent attachées à ces rapports, aucune modification par suite de l'adoption¹. Art. 348, al. 1, et art. 349.

2° En règle générale, l'adoption n'établit des rapports juridiques et ne crée des droits et des obligations qu'entre l'adoptant et l'adopté². La famille de l'adoptant reste donc étrangère à l'adopté; et, réciproquement, la famille de l'adopté reste étrangère à l'adoptant³. A plus forte raison, ces deux familles demeurent-elles étrangères l'une à l'autre.

qu'ont gardé à cet égard les rédacteurs du Code, qui cependant avaient sous les yeux le Code prussien, prouve qu'ils ont considéré l'adoption comme un acte irrévocable. Locré, sur les art. 347 et suiv. Proudhon et Valette, II, p. 212. Riffé, p. 88. Delvincourt, I, p. 264. Duranton, III, 326. Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 8, n^o 3. Duvergier, sur Toullier, II, 1018, note a. Marcadé, sur l'art. 360, n^o 3. Demolombe, VI, 128.

⁸ L'adoption n'étant pas une simple transmission de biens, les art. 953, 955 et 1046 n'y sont pas applicables. Duranton, III, 328. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, VI, 127. Grenoble, 2 mars 1842, Sir., 43, 2, 171. — Il est bien entendu que l'adopté pourrait, comme tout autre héritier, être écarté pour cause d'indignité de la succession de l'adoptant. Voy. art. 727. Duranton, III, 327.

¹ Ainsi, l'adopté conserve tous ses droits de succession dans sa famille naturelle. Réciproquement, les père et mère de l'adopté conservent tous les droits attachés à la puissance paternelle *sensu lato*, et notamment celui de consentir au mariage de ce dernier. La proposition faite par le Tribunat de transporter ce droit à l'adoptant, n'a pas été accueillie par le Conseil d'état. Voy. *Observations du Tribunat et Discours* de Gary (Locré, *Lég.*, VI, p. 587 et 588, n^o 7; p. 659 et 660, n^o 16). Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 3. Proudhon, II, p. 214 et 215. Toullier, II, 1017. Demolombe, VI, 130.

² Arg. art. 347, 349, 350; Code pénal, art. 299 et 312. Demolombe, VI, 132.

³ Les prohibitions de mariage établies par l'art. 348 ne forment point, à la rigueur, exception à cette règle; car ces prohibitions sont plutôt fondées sur les dangers que présenterait pour les bonnes mœurs la possibilité d'un mariage entre personnes destinées à vivre sous le même toit, que sur une véritable parenté ou affinité civile. *Observations du Tribunat*, et *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, VI, p. 587, n^o 7; p. 609 et 610, n^o 14). — Quant au droit de retour établi

Il résulte entre autres de ce principe :

a. Que l'obligation réciproque de se fournir des aliments que l'adoption engendre entre l'adoptant et l'adopté, n'existe, ni entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les descendants de l'adopté⁴.

b. Que l'adopté n'acquiert aucun droit de succession sur les hérités des parents de l'adoptant, hérités auxquelles il ne peut même pas être appelé par représentation de ce dernier⁵. Art. 350.

c. Que les descendants de l'adopté ne peuvent prétendre à la succession de l'adoptant, ni de leur propre chef, ni par représentation de leur auteur⁶.

par les art. 351 et 352, il doit être considéré plutôt comme un résultat de la nature du titre en vertu duquel les biens qui en forment l'objet ont été transmis à l'adopté et à ses descendants, que comme une conséquence de l'adoption elle-même. Ainsi, les dispositions de ces articles ne constituent pas non plus, à proprement parler, des exceptions à la règle posée au texte.

⁴ Cpr. art. 349. Demolombe, VI, 134.

⁵ On ne peut, en général, recueillir par représentation que les hérités auxquelles on eût été appelé de son propre chef, en l'absence d'héritiers plus proches. Cpr. § 597, texte et note 11. Duranton, III, 313. Demolombe, VI, 133. Toulouse, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 69.

⁶ Le silence que garde l'art. 350 relativement aux descendants de l'adopté, nous paraît d'autant plus décisif, que cet article est sous ce rapport en parfaite harmonie avec l'art. 349, et qu'en présence de l'art. 759, ce silence ne peut s'interpréter que dans un esprit d'exclusion. Delvincourt, I, p. 258 et 259. Grenier, n° 37. Favard, *Rép.*, v° Adoption, sect. II, § 3, n° 9. Lassaulx, II, p. 252. Demolombe, VI, 139 à 141. Vernet, *De la quotité disponible*, p. 355 à 359. Valette, *Explication sommaire*, p. 196 et suiv. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, p. 221 ; Toullier, II, 1015 ; Duranton, III, 314 et 327 ; Brauer, sur l'art. 350 ; Baurittel, p. 82 ; Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 74 ; Taulier, I, p. 450 ; Marcadé, sur l'art. 350, n° 4 ; Zachariæ, § 560, texte et note 12 ; Civ. cass., 2 décembre 1822, Sir., 23, 1, 74 ; Paris, 27 janvier 1824, Sir., 24, 2, 131. On invoque principalement à l'appui de cette dernière opinion : la loi 27, *D. de adopt. et emancip.* (1, 7), *ex adoptivo natus, adoptivi locum obtinet in jure civili* ; l'art. 348 portant prohibition de mariage entre l'adoptant et les enfants de l'adopté ; l'art. 350, qui assimile l'adopté à l'enfant né en mariage, en ce qui concerne la succession de l'adoptant ; l'art. 351, suivant lequel l'existence de descendants de l'adopté forme, comme celle de l'adopté lui-même, obstacle au droit de retour légal établi en faveur de l'adoptant et de ses descendants ; enfin, les règles générales sur la représentation, consignées dans les art. 739 et suiv. Mais ces différentes dispositions nous paraissent absolument étrangères à la question. L'adoption reposant en Droit français sur des principes entièrement différents de ceux qui lui servaient de base en Droit romain, il faut d'abord écarter de la discussion la loi 27, *D. de adop.* ci-dessus citée. Nous en dirons autant de l'art. 348, dont les prohibitions n'ont évidemment rien de commun avec le droit de succession, puisqu'il est incontestable que les personnes entre lesquelles le mariage est pro-

d. Que l'adopté ne devient pas l'allié du conjoint de l'adoptant, ni ce dernier l'allié du conjoint de l'adopté, et qu'ainsi il n'existe pas entre ces personnes d'obligation alimentaire⁷.

hibé par les alinéas 3 et 4 de cet article, ne sont pas cependant appelées à succéder l'une à l'autre. Voy. aussi note 3 *supra*. Quant à l'art. 350, il attribue bien à l'enfant adoptif les mêmes droits qu'à l'enfant né en mariage, en ce qui concerne l'hérédité de l'adoptant; mais conclure de là que les descendants du premier ont également sur cette hérédité les mêmes droits que les descendants du second, c'est arbitrairement étendre l'assimilation établie par cet article, dans une matière qui ne souffre pas d'interprétation extensive. L'objection tirée de l'art. 351 se réfute par cette réflexion fort simple, qu'autre chose est le droit de succéder à une personne, autre chose, le droit d'empêcher par sa présence l'ouverture d'un retour successoral au profit de cette personne, puisque dans le premier cas il s'agit d'acquérir, et que dans le second il ne s'agit que de conserver. Quoique, d'après l'art. 351, les descendants de l'adopté jouissent, par rapport à l'adoptant, du second de ces droits, on ne saurait raisonnablement en inférer qu'ils jouissent également du premier. Enfin, nous répondrons à l'objection tirée des règles générales sur la représentation, que les descendants de l'adopté ne pourraient succéder à l'adoptant par représentation de leur auteur qu'autant qu'ils se trouveraient, le cas échéant, appelés à son hérédité de leur propre chef. Cpr. note 5 *supra*. Ainsi, en démontrant qu'ils n'ont, *jure proprio*, aucun droit de succession à exercer sur l'hérédité de l'adoptant, nous avons, par cela même, établi qu'ils ne peuvent prétendre à cette hérédité par représentation. — Merlin (*Quest.*, v^o Adoption, § 7), distinguant entre les descendants de l'adopté qui sont nés antérieurement à l'adoption, et ceux dont la naissance est postérieure à cet acte juridique, ne refuse qu'aux premiers, et accorde aux seconds le droit de succéder à l'adoptant. Il invoque à l'appui de son opinion l'art. 247, et se fonde sur ce que les enfants nés après l'adoption prennent, comme leur père, le nom de l'adoptant, et deviennent ainsi, civilement parlant, les petits-fils de ce dernier; tandis que les enfants nés avant l'adoption n'ajoutent pas à leur propre nom celui de l'adoptant, auquel ils restent par conséquent étrangers. Mais cette opinion intermédiaire nous paraît également inadmissible, parce qu'il ne suffit pas de prendre le nom d'une personne pour lui être parent. C'est ainsi que l'adopté, qui joint à son nom celui du père de l'adoptant, ne devient cependant pas pour cela parent de cette personne. C'est ainsi encore que le fils naturel n'est point le parent du père de celui auquel il doit le jour, quoiqu'il porte le même nom que lui. Si les enfants qui surviennent à l'adopté postérieurement à l'adoption, joignent au nom originaire de leur père le nom de l'adoptant, ce n'est point parce qu'ils deviennent les parents de ce dernier, mais bien parce que le nom de famille de leur père a été modifié par le fait de l'adoption.

⁷ Demolombe, VI, 137. Voy. cep. Civ. cass., 30 novembre 1842, Sir., 42, 1, 916; Civ. cass., 17 décembre 1845, Sir., 45, 1, 115. Ces arrêts ont décidé qu'il y avait alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, dans le sens de l'art. 20 de la loi du 21 mars 1831, portant que les alliés au degré de père et de fils ne peuvent être en même temps membres du même conseil municipal. Mais ces décisions, qui ne s'expliquent que difficilement, même au point de vue de la matière dans laquelle elles ont été rendues, ne nous paraissent pas en tout cas devoir être étendues aux matières purement civiles.

3° Le rapport de quasi-paternité et de quasi-filiation que l'adoption établit entre l'adoptant et l'adopté, ne produit pas toutes les conséquences attachées à la paternité et à la filiation proprement dites. Il n'engendre que certains effets juridiques explicitement ou implicitement indiqués par la loi. Ces effets sont les suivants :

a. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, qui l'ajoute au sien propre⁸. Art. 347.

b. L'adoption crée un empêchement de mariage entre l'adopté et l'adoptant, et accessoirement entre les autres personnes désignées en l'art. 348. Mais cet empêchement n'est que prohibitif⁹.

c. Elle engendre, par rapport à l'adoptant et à l'adopté, les prohibitions, incapacités et présomptions légales établies par les art. 251, 911, 975 et 1100¹⁰.

d. Elle soumet l'adopté à l'obligation d'honorer et de respecter l'adoptant¹¹.

e. Elle rend commune à l'adopté et à l'adoptant l'obligation réciproque de se fournir des aliments qui existe entre l'adopté et ses père et mère. Art. 349. Ainsi, l'adopté est tenu de fournir des aliments à l'adoptant, conjointement avec les enfants légitimes, et avant les ascendants de ce dernier. L'adoptant, au contraire, n'est soumis à l'obligation alimentaire envers l'adopté qu'après les descendants légitimes, et conjointement avec les ascendants de celui-ci.

f. L'adoption confère à l'adopté, sur l'hérédité de l'adoptant, tous les droits successifs d'un enfant né en légitime mariage. Il en est ainsi, même dans le cas où, postérieurement à l'adoption, il serait survenu à l'adoptant des enfants légitimes. Art. 350.

Il résulte de là, que l'adopté exclut les collatéraux et les ascendants de l'adoptant¹²; qu'il partage par tête avec les enfants légi-

⁸ L'individu adopté par une femme mariée, ou par une veuve, prend le nom de famille de l'adoptante, et non celui de son mari. Delvincourt, I, p. 257. Demolombe, VI, 145.

⁹ Cpr. § 463, texte n° 2, et note 3.

¹⁰ Cpr. § 649, texte et note 62. Demolombe, VI, 152. Voy. aussi Code de procédure, art. 268; Code d'instruction criminelle, art. 322; L. du 17 avril 1832, art. 19.

¹¹ Arg. art. 371 cbn. Code pénal, art. 299 et 312. Cpr. Code pénal, art. 248 et 380.

¹² Art. 745, 746 et 750. Cpr. §§ 596 et 598. — Les ascendants de l'adoptant se trouvent même, par la présence de l'adopté, privés de tout droit de réserve sur l'hérédité de leur descendant. Le droit de réserve est, en effet, un droit héréditaire qu'on ne peut exercer qu'à titre d'héritier; et les ascendants de l'adoptant ne sont pas ses héritiers lorsqu'il existe un enfant adoptif. Art. 915, al. 2. Cpr. § 680. Delvincourt, I, p. 258. Duranton, III, 312. Grenier, n° 42. Odillon-

times de ce dernier; et qu'il réduit les enfants naturels au tiers de la portion qu'ils auraient eue s'ils avaient été légitimes¹³.

Il en résulte encore, que l'adopté jouit d'un droit de réserve absolument semblable à celui de l'enfant légitime, droit qu'à l'instar de ce dernier, il peut exercer non-seulement sur les biens existant au décès de l'adoptant, mais encore sur ceux dont celui-ci a disposé par acte entre-vifs, soit après, soit avant l'adoption¹⁴.

Barrot, *op. et vº cilt.* Marcadé, sur l'art. 350, nº 2. Demolombe, VI, 154. Voy. cep. Toullier, II, 1011, note 2; Favard, *Rép.*, vº Adoption, sect. II, § 3, nº 7. L'opinion énoncée dans l'ouvrage de ce dernier auteur paraît être le résultat d'une erreur d'impression.

¹³ Art. 757. Cpr. § 605, texte nº 1, notes 3 et 4. Demolombe, VI, 156.

¹⁴ Art. 913, 914 et 1094. Que l'adopté ait un droit de réserve, c'est ce qui ne peut faire l'objet d'un doute raisonnable. Proudhon, II, p. 222. Merlin, *Quest.*, vº Adoption, § 5, nº 1. Demolombe, VI, 157. Trèves, 22 janvier 1813, Sir., 14, 2, 3. On peut seulement se demander quelle est l'étendue de ce droit de réserve, et quels sont les biens sur lesquels il s'exerce. Delvincourt (I, p. 257 et 258), argumentant des expressions de l'art. 350, « l'adopté aura sur la succession de l'adoptant, » enseigne que l'adopté ne peut exercer sa réserve sur les biens dont l'adoptant a disposé, soit par donation entre-vifs, soit par institution contractuelle. Mais cette interprétation restrictive, également contraire au sens naturel des expressions ci-dessus citées, et à la fiction établie par l'art. 922, comme base du droit de réserve, n'a pas trouvé de partisans. Cpr. Duranton, III, 317 et 318. Reste à savoir maintenant si le droit de réserve de l'adopté s'étend même aux biens donnés par l'adoptant antérieurement à l'adoption, ou si, au contraire, il se restreint aux biens dont il a disposé postérieurement. Voy. dans le sens de la dernière solution : Toullier, II, 1011; Grenier, nos 40 et 41; Favard, *Rép.*, vº Adoption, sect. II, § 3, nº 5; Chabot, *Questions transitoires*, vº Adoption, § 5; Riffé, p. 82; Taulier, I, p. 452 à 454; Marcadé (5º édit.), sur l'art. 960, nº 8. Ces auteurs se fondent sur ce qu'il ne saurait être permis de donner à l'adoption un effet rétroactif, puisque les donations entre-vifs ne sont pas révoquées par l'adoption, comme elles le sont par la survenance d'un enfant légitime. Cpr. art. 960 et note 16 *infra*. Mais ce raisonnement repose à notre avis sur une confusion d'idées. Autre chose est la révocation, autre chose, la réduction des donations entre-vifs. Une donation entre-vifs faite par un homme ayant déjà des enfants n'est pas révoquée par la survenance de nouveaux enfants, et cependant ces derniers peuvent, le cas échéant, demander la réduction de la donation antérieure à leur naissance. Pourquoi, dès lors, l'adopté n'aurait-il pas le droit de réclamer également la réduction des donations antérieures à l'adoption? On ne saurait le lui refuser, puisque, d'une part, toute donation entre-vifs est faite sous la condition qu'elle ne préjudiciera pas aux droits de ceux qui se trouveront, de quelque manière que ce soit, héritiers à réserve du donateur (arg. art. 922), et que, d'autre part, l'adoption ne dépendant pas exclusivement de l'adoptant, on ne peut pas même prétendre que, contrairement aux dispositions de l'art. 943, le donateur reste le maître de neutraliser, en tout ou en partie, la donation qu'il a faite. Voy. en ce sens : Merlin, *Quest.*, vº Adoption, § 5, nos 2 et 3; Duranton, III, 319, et VIII, 581; Duvergier, sur

Il en résulte enfin, que l'enfant adoptif de l'héritier présomptif d'un absent peut, après le décès de l'adoptant, au profit duquel s'était ouvert le droit de demander l'envoi en possession des biens de l'absent, exercer ce droit comme représentant de l'adoptant¹⁵.

Mais il ne faut pas conclure de l'assimilation établie par l'art. 350, au point de vue du droit de succession *ab intestat*, entre l'enfant adoptif et l'enfant né en mariage, que l'adoption entraîne, comme la survenance d'un enfant légitime, la révocation des donations antérieures¹⁶, ni que l'adopté puisse, au cas où l'adoptant se marierait postérieurement à l'adoption, invoquer les dispositions de l'art. 1098¹⁷.

Il ne faut pas en inférer davantage, que l'adopté forme par sa présence obstacle au droit de retour légal consacré par les art. 351, 352 et 747¹⁸, ni même en principe, et d'une manière absolue,

Toullier, II, 1011, note 1; Valette, sur Proudhon, II, p. 222; Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, nos 68 à 70; Marcadé (4^e édit.), sur l'art. 350, n° 2; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 521; Demolombe, VI, 158 à 162; Vernet, *De la quotité disponible*, p. 352 à 355; Montpellier, 8 juin 1823, Sir., 23, 2, 295; Civ. rej., 29 juin 1825, Sir., 26, 1, 29; Paris, 26 mars 1839, Sir., 39, 2, 200.

¹⁵ Rouen, 7 décembre 1840, Sir., 41, 2, 209.

¹⁶ Cpr. art. 960. Maleville, sur l'art. 350. Proudhon et Valette, II, p. 223 et 224. Toullier, V, 303. Grenier, n° 39. Duranton, III, 315, et VIII, 581. Favard, *Rép.*, v° Adoption, sect. II, § 3, nos 4 et 10. Merlin, *Quest.*, v° Adoption, § 4. Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 71. Marcadé, sur l'art. 350, n° 3. Demolombe, VI, 164. Poujol, *Des donations*, sur l'art. 1088, n° 8. Troplong, *Des donations*, III, 1373. Bourgeot, *Revue pratique*, 1859, VII, p. 329. Req. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 178. Voy. en sens contraire: Marcadé, *Consultation*, Sir., *loc. cit.* Cet auteur a abandonné dans cette *Consultation* l'opinion qu'il avait défendue dans les quatre premières éditions de son ouvrage sur le Code Napoléon. — Mais si la donation avait été révoquée par la survenance d'un enfant légitime, l'adopté profiterait de cette révocation. Toullier, II, 1011. Proudhon, *loc. cit.* Duranton, III, 316. Favard, *op. et v° cit.*, sect. II, § 3, n° 6. Demolombe, VI, 165.

¹⁷ L'esprit et la lettre de cet article, principalement édicté en haine des secondes nocces, s'opposent également à ce qu'on en applique les dispositions à l'hypothèse indiquée au texte. Cpr. § 690, texte et note 7. Troplong, *Des donations*, IV, 2701. Valette, *Explication sommaire*, p. 195. Boutry, *Des donations entre époux*, n° 449. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 259; Taulier, I, p. 254; Demolombe, VI, 163; Grenier, n° 43. Ce dernier auteur s'était d'abord prononcé pour l'opinion que nous avons émise, et ne s'est rétracté que par déférence pour un arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 26 avril 1808, Sir., 8, 1, 333), qui cependant ne statue pas sur la question, puisqu'il a été rendu par application des art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an II, dont les dispositions sont fondées sur un principe tout différent de celui qui sert de base à l'art. 1098.

¹⁸ Cpr. § 608, texte n° 1, notes 10 et 14. Voy. au contraire, en ce qui concerne le droit de retour établi par l'art. 766 : § 608, texte n° 1, lett. d.

au droit de retour conventionnel stipulé pour le cas où le donataire décéderait sans descendants ¹⁹.

g. Quoique l'adoption ne confère à l'adoptant aucun droit de succession ordinaire, ni, à plus forte raison, de réserve sur l'hérédité de l'adopté²⁰, l'adoptant et, le cas échéant, ses descendants jouissent d'un droit de retour légal sur les objets qui, provenant à titre gratuit de ce dernier, se retrouvent en nature dans l'hérédité de l'adopté, ou dans celle de ses descendants²¹. Art. 351 et 352.

II. DE L'ADOPTION PRIVILÉGIÉE.

§ 561.

Les règles exposées aux §§ 556 à 558 sur les conditions et les formes de l'adoption, reçoivent certaines exceptions dans les deux hypothèses qui vont être successivement examinées.

1^o De l'adoption rémunératoire.

Lorsque la personne au profit de laquelle l'adoption doit avoir lieu, a par un acte de dévouement spontané, et au péril de ses jours, sauvé la vie de celui qui se propose de l'adopter¹, la loi

¹⁹ Favard, *Rép.*, v^o Adoption, sect. II, § 3, n^o 10. Merlin, *Quest.*, v^o Adoption, § 6. Delvincourt, II, p. 278. Duranton, III, 320. Odillon-Barrot, *op. et v^o cit.*, n^o 72. Troplong, *Des donations*, III, 1273. Demolombe, VI, 169. Req. rej., 27 juin 1822, Sir., 22, 1, 422. Voy. toutefois les distinctions établies à cet égard au § 700, texte et notes 9 à 11.

²⁰ Duranton, III, 311. Grenier, n^o 41. Demolombe, VI, 170 et 171.

²¹ Cpr. sur ce droit de retour le § 608, où nous développerons les dispositions des art. 351 et 352.

¹ Les expressions de l'art. 345 « qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots, » ont moins pour objet de restreindre l'adoption rémunératoire aux cas nominativement indiqués dans cet article, que de rendre par forme d'exemple l'idée que nous avons exprimée dans le texte d'une manière générale et abstraite. Duranton, III, 284. Valette, sur Proudhon, I, p. 197, note a. Taulier, I, p. 444. Duvergier, sur Toullier, II, 989, note a. Odillon-Barrot, *op. et v^o cit.*, n^o 48. Marcadé, sur l'art. 345, n^o 7. Demolombe, II, 59. Voy. en sens contraire : Proudhon et Toullier, *loc. cit.* Suivant ces auteurs, l'art. 345 devrait être interprété d'une manière limitative. — Mais en rejetant leur opinion, nous ne pensons pas qu'on puisse aller jusqu'à admettre l'adoption rémunératoire en faveur d'un médecin ou d'un avocat qui aurait sauvé la vie de son client en exposant sa propre existence. Il n'y aurait là, en effet, que l'accomplissement d'un devoir de profession. Duranton et

dispense l'adoptant des conditions suivantes : Il n'est pas nécessaire qu'il soit âgé de cinquante ans, ni qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté ; il suffit qu'il soit majeur et plus âgé que ce dernier. Il n'est pas non plus exigé que l'adoptant ait, pendant un temps quelconque, donné des soins ou fourni des secours à l'adopté.

Du reste, les autres conditions requises pour l'adoption ordinaire dans la personne de l'adoptant, et toutes celles dont le concours est nécessaire dans la personne de l'adopté, sont également exigées dans cette hypothèse ². Art. 345.

2° De l'adoption testamentaire faite par un tuteur officieux.

Il est permis au tuteur officieux, qui craint de mourir avant la majorité de son pupille, de l'adopter pendant sa minorité, au moyen de l'un des modes de tester admis par la loi ³. La validité de l'adoption est dans ce cas spécialement subordonnée à la triple condition : qu'il se soit écoulé cinq ans au moins depuis l'établissement de la tutelle officieuse ⁴ ; que le tuteur officieux décède avant la majorité du pupille ⁵ ; et qu'il ne laisse pas d'enfants légitimes ou légitimés. Art. 366.

Odillon-Barrot, *loc. cit.* Demolombe, VI, 60 et 61. Voy. cep. sur ce dernier point : Delvincourt, I, p. 256; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 514.

² Ainsi, par exemple, l'adoptant doit n'avoir, au moment de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes ou légitimés ; et il doit, s'il est marié, obtenir le consentement de son conjoint. Art. 345, al. 2. Ainsi encore, l'adopté doit être majeur et n'avoir point encore été adopté par une autre personne. Art. 344. Toullier, II, 990. Proudhon et Valette, II, p. 198 et suiv., note a. Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 47. Demolombe, VI, 67 à 70. Voy. en sens contraire sur la dernière condition : Marcadé, sur l'art. 346, n° 5. Cet auteur n'a pas remarqué que le second alinéa de l'art. 345, dont les modifications ne portent que sur les conditions relatives à l'adoptant, s'en réfère implicitement au Droit commun pour toutes les conditions requises dans la personne de l'adopté.

³ Cpr. art. 969 et suiv. ; § 100, texte et note 11. Toullier, II, 992. Duranton, III, 305.

⁴ L'adoption testamentaire serait donc entachée de nullité, si le testament qui l'a conférée avait été fait avant ces cinq années, lors même que le testateur ne décéderait qu'après leur expiration. Delvincourt, I, p. 267. Duranton, III, 306. Demante, *Themis*, VII, p. 169. Valette, sur Proudhon, II, p. 270. Marcadé, sur l'art. 366. Demolombe, VI, 73. Req. rej., 26 novembre 1856, Sir., 57, 1, 129. Voy. en sens contraire : Odillon-Barrot, *op. et v° cit.*, n° 63.

⁵ Arg. art. 366 cbn. 368. Duranton, III, 342, à la note. Magnin, *Des minorités*, I, 553. Marcadé, sur l'art. 366. Taulier, I, p. 468 et 469. Demolombe, VI, 74. Req. rej., 26 novembre 1856, Sir., 57, 1, 129. Voy. en sens contraire : Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 85. — Cette condition, toutefois, doit être entendue *civiliter* : S'il ne s'était pas écoulé entre la majorité du pupille et le décès du tuteur un intervalle de temps suffisant pour donner à ce dernier le moyen de pro-

La faculté d'adopter par testament est exclusivement accordée au tuteur officieux. Elle ne peut être exercée par le père naturel en vertu de la reconnaissance, qui n'équivaut pas à la tutelle officieuse⁶.

L'adoption dont il s'agit ici, est privilégiée :

a. En ce qu'elle peut avoir lieu au profit d'un mineur.

b. En ce que l'adoptant n'a pas besoin d'obtenir le consentement de son conjoint. Art. 344.

c. En ce qu'il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait, pendant six ans au moins, donné des soins ou fourni des secours à l'adopté. Il suffit qu'il se soit écoulé cinq ans depuis l'établissement de la tutelle officieuse.

d. En ce qu'il n'est pas exigé que l'adoption soit homologuée par justice, et inscrite sur les registres de l'état civil⁷.

D'un autre côté, l'adoption dont nous nous occupons diffère de l'adoption ordinaire :

a. En ce que, pour apprécier s'il existe des enfants qui y forment obstacle, il faut se reporter, non à l'époque de la confection du testament, mais à celle du décès de l'adoptant⁸.

b. En ce qu'elle ne devient irrévocable que par le décès de l'adoptant, et par l'acceptation de l'adopté après ce décès⁹.

Sauf les différences qui viennent d'être signalées, l'adoption testamentaire est soumise aux règles qui régissent l'adoption ordinaire¹⁰.

céder à une adoption ordinaire, l'adoption testamentaire devrait être maintenue. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, VI, 75. Voy. en sens contraire : Taulier, *loc. cit.*

⁶ Req. rej., 26 novembre 1856, Sir., 57, 1, 129.

⁷ Delvincourt, I, p. 267 et 268. Proudhon, II, p. 209. Demolombe, VI, 126. Voy. cep. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 535.

⁸ L'existence d'enfants légitimes au moment de la confection du testament, ou la survenance de pareils enfants après cet acte, ne formerait aucun obstacle à la validité de l'adoption testamentaire, si ces enfants étaient décédés avant l'adoptant. — Toullier (II, 1024) et Delvincourt (I, p. 266 et 267) se sont donc exprimés d'une manière trop absolue en disant que la survenance d'enfants légitimes annule ou révoque l'adoption testamentaire. Duranton, III, 342, à la note. — MM. Taulier (I, p. 468) et Odillon-Barrot (*op. et v. cit.*, n° 50) semblent exiger pour la validité de l'adoption testamentaire, que l'adoptant se soit trouvé sans enfants à la double époque de son décès et de la confection du testament. Mais cette opinion, que repoussent également le texte de l'art. 466 et l'esprit de la loi, a été généralement rejetée. Duranton, *loc. cit.* Demante, *Themis*, VII, p. 152. Valette, sur Proudhon, II, p. 202. Marcadé, sur l'art. 366, n° 1. Demolombe, VI, 77.

⁹ Proudhon, II, p. 134. Duranton, III, 304, à la note. Demolombe, VI, 80 et 125.

¹⁰ Cpr. art. 344, al. 1, et 346. Demolombe, VI, 81.

APPENDICE. — DES MINEURS SOUMIS A LA TUTELLE OFFICIEUSE.

§ 562.

Notions générales.

La tutelle officieuse est un acte juridique par lequel une personne, en se soumettant aux obligations qu'impose la tutelle ordinaire, contracte en outre envers le pupille celle de le nourrir à ses frais, et de le mettre gratuitement en état de gagner sa vie. Arg. art. 364 et 365.

La tutelle officieuse, entièrement inconnue sous l'ancien Droit français, a été introduite par le Code Napoléon dans la vue de donner aux personnes âgées de plus de cinquante ans et n'ayant pas d'enfants légitimes, le moyen de s'attacher un mineur par un titre légal, et de faciliter l'adoption sous le double rapport de l'accomplissement de la condition exigée par l'art. 345, et de la possibilité pour le tuteur officieux d'adopter son pupille par testament avant la majorité de ce dernier¹.

§ 563.

Des conditions intrinsèques et des formalités extrinsèques relatives à l'établissement de la tutelle officieuse.

1° Les conditions intrinsèques relatives à l'établissement de la tutelle officieuse sont les suivantes :

a. Le consentement de la personne qui veut devenir tuteur officieux. Art. 363.

b. Le consentement des personnes sous l'autorité desquelles se trouve placé le mineur qui doit être soumis à la tutelle officieuse¹, c'est-à-dire le consentement de son père et de sa mère, et si l'un des deux est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, celui de l'autre; à défaut du père et de la mère, le consentement du conseil de famille²; enfin, si le mineur est

¹ Cpr. Proudhon, II, p. 228; Duranton, III, 332; Demolombe, VI, 214.

¹ Il ne peut être question du consentement du mineur lui-même. Son état de minorité le place dans l'impossibilité légale de donner un consentement juridiquement valable.

² Il en serait ainsi, même dans le cas où le mineur aurait encore d'autres ascendants que ses père et mère. Lassaulx, II, p. 269. Cpr. sur les motifs de la diffé-

sans parents connus, le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou s'il ne se trouve pas dans un hospice, celui du maire du lieu de sa résidence³. Art. 361.

c. La capacité de la personne qui veut se charger d'une tutelle officieuse.

Aux termes des art. 361 et 362, cette personne doit être âgée de cinquante ans accomplis ; n'avoir ni enfants ni descendants légitimes ou légitimés⁴ ; et obtenir, si elle est mariée, le consentement de son conjoint.

Cette personne doit de plus être apte à gérer la tutelle⁵. Toutefois les femmes, qui sont en règle générale incapables de gérer une tutelle ordinaire, ne sont pas frappées de la même incapacité en ce qui concerne la tutelle officieuse⁶.

d. La capacité du mineur qu'il s'agit de soumettre à la tutelle officieuse.

Il doit être âgé de moins de quinze ans, et ne pas se trouver déjà soumis à une tutelle officieuse. Art. 364, al. 1. Cependant un mineur qui aurait pour tuteur officieux une personne mariée, pourrait encore être soumis à la tutelle officieuse du conjoint de cette personne⁷.

2° Les formalités extrinsèques concernant l'établissement de la tutelle officieuse consistent uniquement dans la rédaction d'un acte instrumentaire, que doit recevoir le juge de paix du domicile du mineur⁸, et qui doit constater les consentements requis en pareille matière, ainsi que les conventions particulières intervenues entre les parties⁹. Art. 363.

rence qui existe à cet égard entre l'art. 160 et l'art. 361 : Delvincourt, I, p. 265 et 266 ; Demolombe, VI, 218.

³ L'art. 361 dit : *ou de la municipalité du lieu de sa résidence*. Mais la municipalité comme telle se personnifie dans le maire, qui est seul chargé de l'administration. L'expression dont se sert l'art. 361 ne saurait s'appliquer, ni au conseil municipal, ni à une assemblée composée du maire et des adjoints. Cpr. loi du 28 pluviôse an VIII, art. 43 à 45 ; Code d'instruction criminelle, art. 620 ; loi du 18 juillet 1837, art. 9 et 14. Demolombe, VI, 219. Voy. cep. Taulier, I, p. 467 ; Marcadé, sur l'art. 361, n° 1.

⁴ Cpr. § 556, texte et notes 2 à 6.

⁵ Cpr. art. 442 à 444 ; § 104. Duranton, III, 334. Demolombe, VI, 220.

⁶ Arg. art. 343 cbn. 368 et 369. Voy. aussi art. 361 et 362. Delvincourt, I, p. 265. Toullier, II, 1026. Duranton, *loc. cit.*, à la note. Demolombe, VI, 221.

⁷ Arg. art. 344 cbn. 366, 368 et 369. Demolombe, VI, 223 et 224.

⁸ L'art. 406 donne l'explication de la différence qui existe, sous le rapport de la compétence du juge de paix, entre l'adoption et la tutelle officieuse. Cpr. art. 353 et 363 ; Delvincourt, I, p. 266 ; Duranton, III, 436, à la note ; Demolombe, VI, 225.

⁹ Arg. art. 364, al. 2, et 367. Demolombe, VI, 226.

§ 564.

Des effets de la tutelle officieuse.

1° La tutelle officieuse fait passer au tuteur officieux le gouvernement de la personne et l'administration des biens du mineur, dans le cas même où ce dernier a encore ses père et mère¹. Art. 365.

Le tuteur officieux jouit à cet égard des mêmes droits, et se trouve soumis au même contrôle, aux mêmes obligations et aux mêmes incapacités que le tuteur ordinaire². Ainsi, par exemple, il y a lieu de nommer un subrogé tuteur dans la tutelle officieuse³. Ainsi encore, les immeubles du tuteur officieux sont grevés d'une hypothèque légale au profit du pupille⁴. Ainsi enfin, le tuteur officieux est comptable de son administration. Art. 370.

Cependant la tutelle officieuse ne fait point cesser la puissance paternelle du père ou de la mère du mineur, ni les droits qui s'y trouvent attachés, en tant du moins que l'exercice en est compatible avec l'autorité tutélaire⁵.

2° A la différence de la tutelle ordinaire, la tutelle officieuse impose de plein droit au tuteur officieux l'obligation de nourrir le pupille à ses frais, pendant tout le temps de sa minorité, et de le

¹ Il est vrai que dans ce cas le mineur se trouve soumis à l'administration légale de son père, et non à la tutelle, d'où l'on pourrait inférer, en présence des termes de l'art. 365, *s'il était antérieurement en tutelle*, que le gouvernement de la personne et l'administration des biens du mineur restent en pareil cas entre les mains du père. Mais une pareille conclusion, qui serait évidemment contraire à l'institution de la tutelle officieuse, est d'autant moins admissible que les termes ci-dessus cités sont purement énonciatifs. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 533. Marcadé, sur l'art. 365, n° 3. Demolombe, VI, 232, 233 et 235. — Il est bien entendu que le père et, après son décès, la mère conserveraient l'administration des biens dont ils auraient l'usufruit légal. Duranton, III, 339. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*

² Lassaulx, II, p. 269. Proudhon, II, p. 230.

³ Arg. art. 420. Delvincourt, I, p. 283. Magnin, *Des minorités*, I, 552. Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 72. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 620. Demolombe, VI, 237. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 340 et 517 ; De Fréminville, *De la minorité*, I, 183, 6°. Voy. aussi Marcadé, sur l'art. 370.

⁴ Cpr. § 264.

⁵ Ainsi, par exemple, le père ou la mère du pupille conserve le droit de correction, celui de consentir à son mariage, et l'usufruit légal de ses biens. Proudhon, II, p. 231. Delvincourt, I, p. 265. Toullier, II, 1029. Duranton, III, 339. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 534. Demolombe, VI, 234.

mettre gratuitement en état de gagner sa vie. Art. 364, al. 2. Il en est ainsi, lors même que le pupille possède des revenus suffisants pour subvenir à son entretien et à son éducation, de sorte que le tuteur ne peut, même dans ce cas, porter en dépense les sommes qu'il a déboursées pour ces objets. Art. 365.

Lorsque le tuteur officieux meurt avant la majorité du pupille sans l'avoir adopté par testament, l'obligation dont il vient d'être parlé passe à ses héritiers et successeurs universels⁶. Art. 367. Elle ne s'éteint même pas dans le cas où le tuteur officieux aurait fait à son pupille un legs plus ou moins considérable⁷.

Cette obligation, dont le mode d'exécution peut être spécialement déterminé par les conventions particulières des parties⁸, entraîne virtuellement, et indépendamment de pareilles conventions, la conséquence suivante : Si l'adoption requise par le pupille dans les trois mois après sa majorité⁹, n'a pas eu lieu par suite du refus du tuteur, ou même à raison d'un empêchement involontaire de sa part¹⁰, et que le pupille ne soit pas en état de gagner sa vie, le tuteur ou ses héritiers et successeurs universels peuvent

⁶ Proudhon, II, p. 231. Toullier, II, 1034. Demolombe, VI, 245. — C'est évidemment à tort que Delvincourt (I, p. 168), Locré (sur l'art. 367) et Lassaulx (II, p. 270) prétendent que les héritiers du tuteur officieux sont déchargés de cette obligation, lorsque le pupille possède des revenus suffisants pour pourvoir à son entretien et à son éducation. Il s'agit ici d'une dette alimentaire d'une nature toute spéciale, et qui n'a point sa cause dans le besoin du créancier, puisque l'art. 365 défend au tuteur officieux d'imputer les dépenses d'éducation sur les revenus du pupille. En disant qu'il sera fourni au pupille des moyens de subsister pendant sa minorité, l'art. 367 n'a eu d'autre objet que de consacrer, dans la matière qui nous occupe, le principe général de la transmission des obligations aux héritiers et successeurs universels du débiteur.

⁷ Arg. art. 1023. Nancy, 4 août 1829. Sir., 29, 2, 287. Req. rej., 24 août 1831, Sir., 31, 1, 321.

⁸ Arg. art. 364, al. 2, 367 et 369, al. 2. Cpr. Proudhon, II, p. 233 et 234; Demolombe, VI, 240 à 242.

⁹ Le ci-devant pupille serait déchu de la faculté d'invoquer les dispositions de l'art. 369, s'il n'avait requis son adoption qu'après les trois mois à partir de sa majorité. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 569, n° 8). Locré, sur l'art. 369. Delvincourt, I, p. 266. Proudhon, II, p. 232. Toullier, II, 1035. Taulier, I, p. 469. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, I, p. 232, note a; Duvergier, sur Toullier, II, 1035, note a; Marcadé, sur l'art. 369, n° 1. — A plus forte raison l'art. 369 serait-il inapplicable, si le ci-devant pupille refusait l'adoption offerte par son ancien tuteur. Proudhon, *loc. cit.* Toullier, II, 1032.

¹⁰ *Lex non distinguit. Observations du Tribunat*, sur l'art. 369 (Locré, *Lég.* VI, p. 592, n° 15). Locré, sur l'art. 369. Proudhon, II, p. 233. Delvincourt, p. 266. Toullier, II, 1034. Demolombe, VI, 252. Voy. cep. Riffé, p. 104.

être condamnés à indemniser ce dernier de l'incapacité où il se trouve de pourvoir à sa subsistance¹¹. Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier¹². Art. 369.

La tutelle officieuse cesse par les mêmes causes que la tutelle ordinaire, et notamment par la mort du tuteur et par la majorité du pupille, sauf cependant l'accomplissement des obligations imposées aux héritiers du ci-devant tuteur et à ce dernier par les art. 367 et 369.

3° Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que ce dernier y consente, l'adoption est, quant à ses conditions intrinsèques et quant à ses formalités extrinsèques, soumise aux règles du Droit commun¹³. Art. 368.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES ENFANTS ILLÉGITIMES.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 334-342. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité des enfants naturels*, par Rolland de Villargues; Paris 1811, 1 vol. in-8°. — *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, par Loiseau; Paris 1811, 1 vol. in-8°, avec un appendice de 127 pages, publié en 1819. — *Nouveau traité de l'adultère et des enfants adultérins, suivant les lois civiles et pénales*, par Bedel; Paris 1825, 1 vol. in-8°. — *Die Rechts-Verhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft so wie der unehelichen Kinder, nach gemein. bair. österreich. preuss. und franz. Rechte*, von A. F. Geth; München 1837. — *Traité des enfants naturels*, par Cadrès; Paris 1847, 1 vol. in-8°.

¹¹ L'art. 369 a été rédigé d'une manière facultative, afin de laisser à l'arbitrage du juge l'appréciation des circonstances par suite desquelles le ci-devant pupille se trouverait hors d'état de gagner sa vie, et de lui donner le pouvoir de condamner ou d'absoudre le tuteur, suivant que ce dernier aurait ou non quelque négligence à se reprocher à cet égard. Delvincourt, I, p. 266. Proudhon, II, p. 233. Toullier, II, 1036. Favard, *Rép.*, v° Tutelle officieuse, § 8. Demolombe, VI, 251.

¹² Il faut conclure de là, contrairement à l'opinion de Zachariæ (§ 564, note 8 *in fine*), qui se trouve reproduite dans nos premières éditions, que le pupille n'aurait aucune indemnité à réclamer, si sa fortune le mettait au-dessus du besoin, et si, à raison de sa position sociale, il n'eût pas été convenable de lui faire apprendre un métier. Demolombe, VI, 250. Cpr. Maleville, sur l'art. 369.

¹³ Ainsi, par exemple, l'époux qui s'est chargé d'une tutelle officieuse avec le consentement de son conjoint, est obligé de se munir d'un nouveau consentement de ce dernier, lorsqu'il veut adopter son ci-devant pupille. *Non obstat* art. 362: Arg. art. 344 cbn. 368. Lassaulx, II, p. 272. Demolombe, VI, 253. Voy. en sens contraire: Grenier, n° 33.

§ 565.

Définition et division des enfants illégitimes.

L'enfant illégitime est celui qui est issu du commerce de deux personnes qui n'étaient pas valablement mariées à l'époque de sa conception, et entre lesquelles il n'existait pas même à cette époque de mariage putatif.

Toutefois, l'enfant né pendant ou après le mariage de sa mère, et qui se trouve de droit ou de fait en possession de l'état d'enfant légitime, n'est pas, malgré sa conception hors mariage, illégitime de plein droit; il ne le devient que par suite du jugement qui accueille la demande en désaveu ou en contestation de légitimité dirigée contre lui¹.

D'un autre côté, l'enfant conçu hors mariage cesse d'être illégitime lorsqu'il a été légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère.

Les enfants illégitimes se divisent en deux classes. Dans l'une se trouvent les enfants naturels simples², c'est-à-dire ceux qui sont issus du commerce de deux personnes non mariées, mais à l'union desquelles ne se serait opposé, au moment où ces enfants ont été conçus, aucun empêchement résultant, soit de l'existence d'un premier mariage, soit de la parenté ou de l'alliance. Dans l'autre classe se placent les enfants incestueux ou adultérins, c'est-à-dire ceux qui sont issus du commerce de deux personnes qui, à l'époque où ces enfants ont été conçus, n'auraient pu valablement se marier l'une avec l'autre, à raison de l'un des empêchements qui viennent d'être indiqués.

¹ Cpr. § 545, texte nos 1 et 2.

² Les expressions *enfant naturel*, sont quelquefois prises par le Code *sensu lato*, pour désigner tous les enfants illégitimes, y compris les enfants incestueux et adultérins. Voy. art. 161 et 908. Voy. aussi art. 162; Code pénal, art. 299 et 312. Cpr. § 572, texte, n° 3, notes 26 et 27. Mais le plus souvent elles y sont employées *sensu stricto*, pour désigner les enfants naturels simples, à l'exclusion des enfants incestueux ou adultérins. C'est dans ce sens restreint que désormais nous nous servirons des termes *enfant naturel*, lors même que nous ne l'accompagnerons pas de l'épithète limitative indiquée au texte.

§ 566.

Aperçu historique¹.

Tout en admettant la recherche de la paternité, l'ancien Droit était envers les enfants illégitimes d'une excessive rigueur. En général, et sauf les exceptions introduites par quelques coutumes, les droits attribués aux bâtards² sur les successions de leurs pères et mères se réduisaient à des aliments. Ces derniers ne pouvaient avantager leurs bâtards, soit par donation entre-vifs, soit par testament, que dans une certaine limite, qui variait suivant les différentes coutumes. Un bâtard venait-il à décéder sans laisser de postérité légitime ou de conjoint, et sans avoir fait de testament, son hérité appartenait au roi, ou au seigneur justicier, par droit de bâtardise³.

La législation intermédiaire tomba dans un excès contraire. La loi du 4 juin 1793 avait posé en principe que les enfants nés hors mariage succéderaient à leurs pères et mères dans la forme qui serait déterminée. La loi du 12 brumaire an II alla plus loin encore : elle admit les enfants naturels à succéder à l'égal des enfants légitimes, non-seulement en ligne directe, mais même en ligne collatérale. Ces deux lois furent suivies de plusieurs autres ayant pour objet d'en régler l'application⁴.

Le Droit intermédiaire apporta cependant une amélioration aux règles de l'ancien Droit, en restreignant dans de certaines limites la recherche de la paternité, qui y était admise d'une manière absolue.

¹ Cpr. *Dissertation sur les bâtards*, par le chancelier d'Aguesseau, dans ses œuvres, édition Pardessus, t. VII, p. 533 et suiv.; Loiseau, p. 1 à 88; *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes, relative aux enfants nés hors mariage*, par Koenigswarter, *Revue étrangère*, 1842, IX, p. 181, 368, 468, 641, 920; *Essai historique sur les enfants naturels*, par Desportes, Paris 1858, 1 vol. in-8°.

² C'est sous ce terme qu'on désignait autrefois les enfants illégitimes.

³ D'Aguesseau, *Vingtième requête*, t. VII, p. 492 et suiv.

⁴ Voy. loi du 3 vendémiaire an IV, art. 13; loi du 26 vendémiaire an IV; loi du 15 thermidor an IV; Loi du 2 ventôse an VI. Voy. surtout la loi transitoire du 14 floréal an XI, relative au mode de règlement de l'état et des droits des enfants naturels dont les pères et mères sont morts depuis la loi du 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation et sur les successions; et les travaux préparatoires de cette loi (Locré, *Lég.*, VI, p. 328 à 357). Cpr. Loiseau, p. 89 à 229; Chabot, *Questions transitoires*, v° Enfants naturels; Civ. cass., 15 janvier 1811, Sir., 11, 1, 137; Req. rej., 18 mars 1846, Sir., 47, 1, 30; Req. rej., 3 février 1851, Sir., 51, 1, 225.

Le Code Napoléon, auquel quelques personnes ont reproché de traiter les enfants illégitimes avec une rigueur exagérée, tandis que d'autres l'ont accusé de se montrer envers eux d'une excessive indulgence, nous paraît avoir heureusement évité ces deux écueils.

En établissant, quant au droit de succession, des différences profondes entre les enfants naturels et les enfants légitimes, le législateur a rendu hommage aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas de placer sur la même ligne les enfants issus du mariage et ceux qui sont le fruit du concubinage.

D'un autre côté, en interdisant la recherche de la paternité, il n'a pas, comme on l'a soutenu, porté atteinte à la morale publique. Ce n'est pas en effet pour dispenser le père des charges inhérentes à la paternité, qu'il en a défendu la recherche, mais parce qu'il a jugé qu'en dehors du mariage ou d'une reconnaissance volontaire, la paternité ne pouvait s'établir d'une manière certaine.

§ 567.

Notions générales sur l'état et les droits des enfants illégitimes.

1^o Abstraction faite de ses rapports avec ses père et mère, et avec les parents et alliés de ces derniers, l'enfant illégitime jouit de tous les droits dont il jouirait s'il était légitime. Ainsi, par exemple, un enfant illégitime est, à l'instar d'un enfant légitime, admis à succéder à ses descendants légitimes¹.

2^o Il n'existe entre un enfant illégitime et les parents ou alliés de ses père et mère, aucun lien légal de parenté ou d'alliance, de nature à conférer les avantages attachés à la parenté ou à l'alliance légitime². Ainsi, l'enfant illégitime n'a pas le droit de réclamer des aliments aux ascendants de ses père et mère, et réciproquement, ces ascendants ne peuvent en exiger de lui³.

Toutefois, dans le cas prévu par l'art. 766, la loi accorde excep-

¹ Proudhon, II, p. 129 et 130. Bedel, n^o 92. Demolombe, V, 540 et 541.

² Arg. 1^o art. 159 cbn. 150 et 160; 2^o art. 756; 3^o Code pénal, art. 299. *Discours* de Duveyrier et de Siméon (Locré, *Lég.*, VI, p. 323 et 324, n^o 45; et X, p. 293, n^o 25). Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n^o 1. Favard, *Rép.*, v^o Enfant naturel, § 4, n^o 1. Demolombe, V, 544 et suiv. Crim. cass., 10 juin 1813, Sir., 17, 1, 43. Liège, 24 décembre 1823, Sir., 25, 2, 375. Req. rej., 16 avril 1834, Sir., 35, 1, 67. Grenoble, 13 janvier 1840, Sir., 40, 2, 216. Cpr. § 462, note 68.

³ Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 756, n^o 45. Merlin, *Rép.*, v^o Aliments, § 1, art. 2, n^o 12. Favard, *op. et v^o cit.*, § 1, n^o 2. Loiseau, p. 558 à 561; et *Appendice* p. 36 à 50. Demolombe, *loc. cit.* Civ. cass., 7 juillet 1817, Sir., 17, 1, 289.

tionnellement un droit réciproque de succession aux frères et sœurs naturels.

D'un autre côté, les prohibitions et incapacités légales fondées sur le fait naturel de la parenté ou de l'alliance, s'appliquent en général aux parents et alliés illégitimes, aussi bien qu'aux légitimes. Telles sont les prohibitions de mariage prononcées par les art. 161 et 162, ainsi que celle qui résulte, en matière de contrainte par corps, de l'art. 19 de la loi du 17 avril 1832. Telles sont encore les incapacités établies par les art. 251 et 975 du Code Napoléon, 268 et 283 du Code de procédure, et 322 du Code d'instruction criminelle⁴.

La même observation s'applique aux présomptions d'interposition de personnes admises par les art. 911 et 1100⁵.

3° Il n'existe pas non plus de parenté civile entre les père et mère d'un enfant naturel et les descendants de ce dernier. Ainsi, par exemple, les père et mère d'un enfant naturel n'ont aucun droit de succession à exercer sur les hérédités délaissées par ses descendants même légitimes⁶; et ces personnes ne sont pas respectivement soumises les unes envers les autres à l'obligation alimentaire⁷.

⁴ Carré, *Lois de la procédure civile*, I, p. 671, n° 1056. Loiseau, p. 746 et 747. Favard, *Rép.*; v° *Enfant naturel*, § 4, n° 2; et v° *Enquête*, sect. I, § 3, n° 9. *Crim. cass.*, 6 avril 1809, *Sir.*, 9, 1, 136. *Voy. cep.* Liège, 24 décembre 1823, *Sir.*, 25, 2, 375; Demolombe, V, 547 et 548. Cet auteur reconnaît avec nous, et contrairement à l'arrêt précité de la Cour de Liège, que l'art. 322 du Code d'instruction criminelle doit être étendu aux parents et alliés illégitimes; mais il rejette l'application à ces parents ou alliés des autres articles cités au texte. Cette manière de voir, qui ne tient pas compte de la différence essentielle à établir entre les effets utiles de la parenté ou de l'alliance et les prohibitions ou incapacités qui y sont attachées, nous paraît contraire au véritable esprit de la loi. Comment admettre, en effet, qu'un frère naturel ne soit pas reprochable comme témoin dans un procès où son frère se trouve intéressé, ou qu'il puisse servir de témoin instrumentaire dans un testament fait en faveur de ce dernier!

⁵ *Cpr.* § 649, texte et note 63; § 690, texte et note 29. Demolombe, V, 556 et 600.

⁶ Demolombe, V, 552. Nevers, 7 janvier 1838, *Sir.*, 39, 2, 289. Caen, 9 juin 1847, *Sir.*, 47, 2, 570. *Req. rej.*, 5 mars 1849, *Sir.*, 49, 1, 331.

⁷ *Voy. en sens contraire*: Vazeille, *Du mariage*, II, 501; Demolombe, V, 550 et 551. D'après ce dernier auteur, il existerait entre les père et mère de l'enfant naturel, et les descendants légitimes de cet enfant, une véritable parenté civile, par suite de laquelle ces personnes se devraient réciproquement des aliments. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas admissible, puisqu'elle étend les dispositions des art. 205 et 207 à des personnes auxquelles elles sont étrangères. Il est en effet évident, d'après le texte même de ces articles, et l'intitulé du chapitre sous lequel ils se trouvent placés, qu'ils ne concernent que les

Par exception à la règle qui vient d'être posée, l'art. 759 admet les descendants légitimes d'un enfant naturel à réclamer, au défaut de ce dernier, la portion héréditaire à laquelle il aurait eu droit dans les biens délaissés par ses père et mère. D'un autre côté, les prohibitions et incapacités dont il a été question au numéro précédent, doivent aussi recevoir ici leur application⁸.

4° Les enfants illégitimes ne jouissent pas, vis-à-vis de leurs pères et mères, de tous les droits des enfants légitimes; et réciproquement, les pères et mères des enfants illégitimes n'ont pas, à l'égard de ces derniers, tous les droits des pères et mères légitimes⁹.

5° La parenté civile qui unit l'enfant naturel à son père ou à sa mère, ne peut en général devenir légalement constante que par une reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité, faite par ces derniers dans un acte authentique, ou par une reconnaissance judiciaire, intervenue à la suite d'une recherche de paternité ou de maternité. Art. 334, 340 et 341. La possession d'état dont se prévaudrait l'enfant naturel ne pourrait suppléer à la reconnaissance, ni à l'égard du père, ni même à l'égard de la mère¹⁰.

Cependant, en cas d'annulation d'un mariage, l'enfant qui en est issu, et qui faute de pouvoir invoquer les dispositions des art. 201 et 202 se trouve privé du bénéfice de la légitimité, est admis à prouver sa filiation paternelle et maternelle à l'aide des mêmes moyens qu'un enfant légitime¹¹.

La reconnaissance volontaire n'a d'effet qu'à l'égard de la personne dont elle émane¹². La reconnaissance judiciaire, que dans la doctrine on appelle aussi reconnaissance forcée, produit en général les mêmes effets qu'une reconnaissance volontaire¹³.

ascendants et descendants légitimes. D'ailleurs, si le législateur avait reconnu l'existence d'un lien légal de parenté entre les descendants légitimes d'un enfant naturel et les père et mère de ce dernier, il n'aurait pu sans inconséquence ne pas accorder à ceux-ci sur les biens de ces descendants un droit de succession préférable à celui du fisc. Cette considération nous semble surtout décisive en présence des art. 759 et 766.

⁸ Art. 161. Demolombe, V, 555.

⁹ Les droits respectifs dont ces personnes jouissent les unes à l'égard des autres seront exposés au § 571, en ce qui touche les enfants naturels simples, et au § 572, en ce qui concerne les enfants incestueux et adultérins.

¹⁰ Cpr. § 569, texte et note 2; § 570, texte, notes 7 et 8.

¹¹ Cpr. § 459, texte et note 5.

¹² Art. 336 et arg. de cet article. Cpr. § 568, texte n° 1. Voy. cep. § 568 bis, texte *in fine*, notes 22 et 23.

¹³ Delvincourt, p. 237 et 238. Lassaulx, I, p. 383. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 3. Rolland de Villargues, nos 280 et 360. Favard de Langlade, *Rép.*,

A la différence des enfants naturels simples, les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être volontairement reconnus; et la loi leur dénie toute action en recherche de paternité ou de maternité. Art. 335 et 342. Cependant la preuve de leur filiation peut résulter indirectement de décisions judiciaires dans les cas qui seront indiqués au § 572.

I. DES ENFANTS NATURELS SIMPLES.

A. DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS.

1. De la reconnaissance volontaire.

§ 568.

Des conditions intrinsèques de la reconnaissance.

1° La reconnaissance ne peut être faite que par le père, quant à la filiation paternelle, et par la mère, en ce qui concerne la filiation maternelle.

Ainsi, la reconnaissance de la mère est inefficace quant au père; et réciproquement, la reconnaissance du père ne peut être opposée à la mère. Art. 336, et arg. de cet article. Toutefois, si le père, en reconnaissant un enfant naturel, en avait indiqué la mère, l'aveu même tacite de cette dernière, joint à cette indication, suffirait pour constater légalement sa maternité¹.

Ainsi encore, le père de celui ou de celle qui a donné le jour à un enfant naturel, ne pourrait reconnaître cet enfant, au nom de son fils ou de sa fille, sans avoir reçu de mandat à cet effet².

2° Pour pouvoir reconnaître un enfant naturel, il faut être moralement capable de volonté. Un individu en état de démence ne peut donc reconnaître un enfant naturel³.

⁰ Reconnaissance d'enfant naturel, sect. II, § 2, n° 4. Duranton, III, 255. Vallette, sur Proudhon, II, p. 461. Marcadé, sur l'art. 342, n° 7. Demolombe, V, 539. Paris, 27 juin 1812, Sir., 12, 2, 418. Rouen, 17 mars 1813, Sir., 13, 2, 230. Cpr. § 546, texte n° 2, notes 11 et 12; § 568 *quater*, texte n° 2 et note 16. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Succession, sect. II, § 3, art. 1, n° 3.

¹ Arg. art. 336. Voy. § 568 *bis*, texte *in fine*, notes 22 et 23.

² Loiseau, p. 446. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, n° 6. Delvincourt, I, p. 235. Demolombe, V, 381. Req. rej., 11 juillet 1826, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 1, 389. Voy. cep. Metz, 21 juin 1853, Sir., 56, 2, 449.

³ §§ 8 et 9, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). L. 1, § 12, *D. de obl. et act.* (44, 7). Cpr. Orléans, 8 février 1852, Sir., 52, 2, 6.

Celui qui est moralement capable de volonté, est par cela même apte à reconnaître un enfant naturel, quelle que soit d'ailleurs l'incapacité légale dont il se trouve frappé, sous d'autres rapports, par le Droit positif⁴.

Ainsi, on doit admettre la validité de la reconnaissance faite, en l'absence du tuteur, soit par un mineur non émancipé⁵, soit

⁴ Loiseau enseigne (p. 476 et 477) qu'on ne peut reconnaître un enfant naturel que lorsqu'on jouit de la capacité civile nécessaire pour contracter. Mais, après avoir posé cette règle sans la justifier, il la détruit (p. 483 à 493) par des restrictions qui en neutralisent complètement l'application. C'est ainsi que, d'une part, il excepte de cette règle toutes les personnes que l'art. 1124 déclare incapables de contracter, et que, d'autre part, il y soumet le mort civilement, qui cependant a toujours été considéré comme capable de contracter à titre onéreux. Cpr. notes 5 à 11 *infra*.

⁵ Loiseau, p. 483 cbn. 510 à 514. Rolland de Villargues, n° 244. Mourre, *OEuvres judiciaires*, p. 299. Proudhon, II, p. 181. Toullier, II, 962. Duranton, III, 258. Delvincourt, I, p. 238. Merlin, *Quest.*, v° Paternité, § 2. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 1, n° 3. Magnin, *Des minorités*, I, 218. De Fréminville, *De la minorité*, II, 940. Richefort, II, 259. Taulier, I, 423. Demolombe, V, 387 à 388. Bruxelles, 4 février 1811, Sir., 11, 2, 199. Civ. rej., 22 juin 1812, Sir., 13, 1, 281. Rouen, 10 mars 1815, Sir., 15, 2, 117. Req. rej., 4 novembre 1835, Sir., 35, 1, 785. Douai, 17 mars 1840, Sir., 40, 2, 255. Orléans, 10 janvier 1847, Dalloz, 1847, 2, 17. Voy. cep. *Thémis*, II, p. 137; Malpel, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 43. La proposition émise au texte a été, comme on le voit, généralement admise par la doctrine et la jurisprudence, nonobstant les dispositions des art. 1124 et 1305. Toutefois, les raisons qu'on fait ordinairement valoir pour réfuter les objections tirées de ces articles, nous paraissent plus spécieuses que solides. Quoique ces articles, en effet, ne parlent textuellement que de contrats et de conventions, il est hors de doute que le principe qui leur sert de base est général, et que le mineur non émancipé est restituable contre tous les actes juridiques qu'il a personnellement passés, lorsqu'il en est résulté pour lui quelque lésion. Or, la lésion est ici manifeste, sans que, pour l'établir, il soit même nécessaire de prouver que la reconnaissance est contraire à la vérité. L'homme qui reconnaît un enfant naturel, renonce à l'exception péremptoire qu'il eût pu opposer à la recherche de la paternité. La femme qui fait une pareille reconnaissance, renonce au droit d'exiger la preuve de sa prétendue maternité. L'un et l'autre se soumettent, par suite de ces renonciations, à des obligations très-graves. Il y a donc lésion dans le fait même de la reconnaissance. Du reste, l'action en rescision par laquelle on en demanderait la rétractation, ne saurait être repoussée, ni par argument de l'art. 1310, puisque cet article ne s'oppose pas à la restitution du mineur contre la reconnaissance qu'il aurait faite d'un prétendu délit par lui commis, ni sous le prétexte que celui qui reconnaît un enfant ne fait que remplir une obligation naturelle, puisque le mineur est même restituable contre l'exécution des obligations civiles à l'accomplissement desquelles il était en droit de se refuser. Cpr. § 335, texte *in fine* et note 19; § 316, texte et note 19. A notre avis, l'application des art. 1124 et 1305 peut être écartée d'une manière plus péremptoire par les raisons suivantes : Le père ou la mère d'un enfant naturel jouit

par un individu judiciairement interdit qui se trouvait dans un intervalle lucide⁶, soit par une personne frappée d'interdiction légale⁷.

Ainsi encore, on doit admettre la validité de la reconnaissance faite par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur⁸, par une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans le concours de ce conseil⁹, et par une femme mariée sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice¹⁰.

Enfin, le même principe conduit à regarder comme valable la reconnaissance qui aurait été faite, avant la loi du 31 mai 1854, par un mort civilement¹¹.

incontestablement du droit de le reconnaître, et l'exercice de ce droit doit être d'autant plus libre qu'il n'est que l'accomplissement d'un devoir. La seule difficulté est de savoir comment le mineur exercera ce droit. Sera-ce par l'intermédiaire de son tuteur, ou bien sera-ce par lui-même? Et dans ce dernier cas agira-t-il sous l'autorité de son tuteur, ou bien agira-t-il seul? La première solution est évidemment inadmissible, puisque le mandat légal du tuteur ne peut lui donner le pouvoir de reconnaître un fait qui lui est étranger. La reconnaissance devra donc émaner du mineur lui-même. Or, l'autorisation tutélaire étant étrangère au Droit français, et l'intervention du tuteur ne pouvant ici, ni se justifier en théorie, ni se réaliser avec quelque utilité dans la pratique, on se trouve en définitive autorisé à conclure que le mineur est capable de reconnaître seul un enfant naturel, et que, par cela même, une telle reconnaissance n'est pas susceptible d'être attaquée par voie de nullité ou de rescision.

⁶ *Non obstat* art. 502. Les raisons que nous avons fait valoir pour soustraire à l'application des art. 1124 et 1305 la reconnaissance faite par un mineur, peuvent également être invoquées pour repousser l'argument que l'on voudrait tirer de l'art. 502 contre la reconnaissance faite dans un intervalle lucide par une personne judiciairement interdite. Loiseau, p. 487. Favard, *op. et vº citt.*, sect. I, § 1, nº 4. Demolombe, V, 388.

⁷ Loiseau, p. 488. Demolombe, *loc. cit.*

⁸ Demolombe, *loc. cit.* Aix, 3 décembre 1807, Sir., 7, 2, 693. Cpr. note 5 *supra*.

⁹ Les art. 499 et 513 forment d'autant moins obstacle à notre manière de voir que les dispositions exceptionnelles de ces articles ne sont pas susceptibles d'être étendues à des actes qui ne s'y trouvent ni expressément ni implicitement compris. Allemand, *Du mariage*, II, p. 268. Demolombe, *loc. cit.* Douai, 23 janvier 1819, Sir., 20, 2, 102.

¹⁰ *Nec obstat* art. 215 et 217. Aux raisons précédemment exposées, on peut encore ajouter un puissant argument tiré de l'art. 337, dont les dispositions supposent que chacun des époux a le droit de reconnaître, sans le consentement de l'autre, les enfants naturels qu'il a eus avant le mariage. Maleville, sur l'art. 337. Delvincourt, I, 244. Proudhon, II, p. 146 et 147. Loiseau, p. 413 à 415. Rolland de Villargues, nº 241. Toullier, II, 961. Duranton, III, 257. Favard, *op. et vº citt.*, sect. I, § 1, nº 5. Demolombe, *loc. cit.*

¹¹ Demolombe, V, 389. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 490 ; Magnin, *Des minorités*, I, 27 ; Richesfort, II, 266.

3° La reconnaissance doit être exempte de violence¹², et dégagée de dol¹³, comme toute autre manifestation de volonté.

4° La reconnaissance doit de plus être l'expression de la vérité¹⁴. Elle est présumée telle jusqu'à preuve du contraire¹⁵.

¹² Demolombe, V, 431. Cpr. Toulouse, 24 juillet 1810, Sir., 11, 2, 105; Req. rej., 29 août 1811, Sir., 12, 1, 13. — La reconnaissance d'un enfant naturel, faite pour prévenir ou terminer un procès en recherche de paternité ou de maternité, peut-elle être considérée comme entachée de violence? On établit à cet égard une distinction. On convient que la reconnaissance faite par le père d'un enfant naturel depuis la publication de la loi du 12 brumaire an II, qui a restreint dans de certaines limites la recherche de paternité, est valable lors même qu'elle aurait été provoquée par des poursuites judiciaires ou extrajudiciaires. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Filiation, nos 11, 14 et 15; Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 5, art. 2, n° 2; Delvincourt, I, p. 228; Duranton, III, 220; Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8. Voy. cep. Loiseau, p. 505 et 506; Rolland de Villargues, n° 209; Richefort, II, 251; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 583. Mais on considère assez généralement la reconnaissance faite par le père d'un enfant naturel, sous l'empire des lois qui admettaient d'une manière absolue la recherche de la paternité, comme entachée de violence, lorsqu'elle a été provoquée par des poursuites judiciaires ou extrajudiciaires. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Bâtard, sect. II, § 3; Chabot, *Questions transitoires*, v° Enfants naturels, § 2; Toullier, II, 963; Amiens, 2 floréal an XII, et Poitiers, 28 messidor an XII, Sir., 4, 2, 182; Civ. rej., 18 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 139; Civ. rej., 5 août 1807, Sir., 7, 1, 375; Grenoble, 5 mars 1810, Sir., 10, 2, 134; Riom, 1^{er} août 1809, Sir., 10, 2, 265. On peut dire en faveur de cette opinion, que la facilité avec laquelle étaient autrefois accueillies les recherches de paternité, rendait pour ainsi dire illusoire la dénégation de celui contre lequel une pareille action était dirigée, et ne lui laissait d'autre alternative pour échapper aux injurieuses et scandaleuses poursuites dont il se trouvait l'objet, que de se reconnaître l'auteur d'une paternité qui lui était étrangère. Nous adoptons, d'après ces considérations toutes spéciales aux reconnaissances de paternité faites avant la publication de la loi du 12 brumaire an II, la distinction ci-dessus établie, en faisant toutefois remarquer que, dans la rigueur des principes, on ne saurait considérer des poursuites légalement exercées comme des actes de violence, et qu'ainsi il faut bien se garder de conclure de l'admission de la recherche de la maternité à la nullité de la reconnaissance que la mère d'un enfant naturel aurait faite, après y avoir été provoquée par des poursuites judiciaires ou extrajudiciaires. La reconnaissance doit être libre sans doute; mais la loi n'exige pas qu'elle soit spontanée, c'est-à-dire qu'elle ait lieu sans avoir été provoquée. Demolombe, V, 432.

¹³ Demolombe, V, 430. Cpr. Rouen, 10 mars 1815, Sir., 15, 2, 117; Paris, 14 décembre 1833, Sir., 34, 2, 6; Douai, 7 mars 1840, Sir., 40, 2, 255.

¹⁴ *Discours* de Duveyrier (Lozé, *Lég.*, VI, p. 326, n° 29). Delvincourt, I, p. 241. Toullier, II, 965. Duranton, III, 260. Magnin, *Des minorités*, I, 217. Demolombe, V, 434. Paris, 14 décembre 1833, Sir., 34, 2, 6. Aix, 22 décembre 1852, Sir., 54, 2, 321.

¹⁵ Cpr. les autorités citées à la note précédente; Civ. cass., 8 décembre 1829, Sir., 30, 1, 4. Voy. cep. Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, III, 262 et 263; Rouen, 15 mars 1826, Sir., 28, 2, 43.

Cette preuve résulterait entre autres de ce que l'auteur de la reconnaissance était encore physiquement impubère¹⁶ lors de la conception de l'enfant par lui reconnu; de ce que l'homme qui s'est avoué père d'un enfant, se trouvait à la même époque dans l'impossibilité de cohabiter avec la mère de cet enfant¹⁷; enfin, de ce que la femme qui a avoué sa maternité n'est jamais accouchée, ou n'est point accouchée à l'époque correspondante à la naissance de l'individu qu'elle a reconnu.

Mais la circonstance qu'un individu, en se reconnaissant père d'un enfant, aurait déclaré qu'il est issu de son mariage avec la femme indiquée comme mère, n'infirmerait nullement, alors même que le mariage n'existerait pas, la présomption de sincérité attachée à la reconnaissance¹⁸.

5° Le père et la mère d'un enfant naturel sont admis à le reconnaître simultanément ou séparément¹⁹. Dans ce dernier cas, l'auteur de la reconnaissance n'est point obligé d'indiquer la personne avec laquelle il a procréé l'enfant qu'il reconnaît, et que cette dernière n'a point encore reconnu de son côté²⁰. Il est même abso-

¹⁶ En fixant à dix-huit ans pour les hommes, et à quinze ans pour les femmes, l'âge auquel il est permis de contracter mariage, le législateur n'est point parti de l'idée que l'impuberté se prolonge jusqu'à cet âge, mais de la nécessité de prévenir les mariages prématurés, aussi nuisibles aux époux qu'à leurs familles et à l'État. Cpr. art. 144 et 185; *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, IV, p. 316 et suiv., nos 7 à 11). Il résulte de là que, pour reconnaître si l'auteur de la reconnaissance était ou non pubère à l'époque de la conception de l'enfant reconnu, le juge doit moins s'attacher aux dispositions de l'art. 144, qu'à la constitution physique de la personne qui a fait la reconnaissance. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Loiseau, p. 415, 479 et suiv.; Favard, *op. et vº citt.*, sect. I, § 1, nos 1 et 2; Douai, 6 juin 1851, Sir., 51, 2, 753. Voy. cep. Magnin, *op. cit.*, I, 218.

¹⁷ Delvincourt, I, p. 241. Demolombe, *loc. cit.* Aix, 22 décembre 1852; Sir., 54, 2, 321. Paris, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 329. Cpr. Duranton, III, 261; Colmar, 11 mars 1819, Sir., 20, 2, 153.

¹⁸ Paris, 21 novembre 1853, Sir., 56, 2, 719. Metz, 8 août 1855, Sir., 57, 2, 35.

¹⁹ Arg. art. 336. — Il existait dans le projet du Code un article d'après lequel la reconnaissance du père, non avouée par la mère, devait rester sans effet même à l'égard du père. Mais, lors de la discussion au Conseil d'état, cet article fut, après diverses modifications, définitivement remplacé par l'art. 336, qui contient une disposition diamétralement contraire à celle du projet. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 30, art. 8; p. 126 à 137, nos 14 et 15; p. 148, art. 23; p. 163 à 166, nos 21 à 24; p. 181, nos 1 et 2. Toullier, II, 928 et 956. Favard, *op. et vº citt.*, sect. I, § 3, art. 2, n° 9. Demolombe, V, 384 à 386.

²⁰ *Discussion au Conseil d'état, Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 165 et 166, nos 23 et 24; p. 214, n° 36; p. 325, n° 46).

lument interdit à la femme qui reconnaît un enfant naturel, de désigner celui auquel elle en attribue la paternité; et l'officier public devant lequel la reconnaissance a lieu, devrait se refuser à constater cette désignation²¹. Toutefois, s'il en avait fait mention, la reconnaissance n'en serait pas moins valable, en ce qui concerne la mère. Au contraire, l'homme qui reconnaît un enfant naturel doit être admis à déclarer, sous sa responsabilité, la mère de cet enfant; et l'officier public qui reçoit la reconnaissance, ne pourrait se refuser à constater cette déclaration²². La protestation faite par l'une des personnes qui ont reconnu un enfant naturel contre la reconnaissance de l'autre, n'invalide pas cette reconnaissance²³.

6° La reconnaissance n'exige pas le concours de l'enfant au profit duquel elle est faite. Elle peut même avoir lieu contre son gré, sauf à lui à l'attaquer pour vice de fond ou de forme, s'il s'y croit fondé²⁴.

7° La reconnaissance est, après la conception de l'enfant au profit duquel elle a lieu, permise à quelque époque que ce soit.

Ainsi, elle peut être faite avant sa naissance²⁵. Une déclaration de grossesse qui a été reçue par un officier compétent pour constater des reconnaissances d'enfants naturels, et dont il a été im-

²¹ Arg. art. 340. Cpr. § 60, texte et note 8. Loiseau, p. 397 et 426. Magnin, *op. cit.*, I, 217.

²² Cpr. § 60, texte et note 7. Voy. cep. Demolombe, V, 383. — Mais une pareille déclaration exposerait celui qui l'a faite à être poursuivi comme diffamateur. Cpr. loi du 17 mai 1819, art. 13 et 18; Maleville, sur l'art. 336; Rolland de Villargues, n° 257; Toullier, II, 956. — Celui qui, en reconnaissant un enfant naturel, a désigné la mère de cet enfant, peut-il, sur la poursuite en diffamation dirigée contre lui par la femme qu'il a désignée, demander à faire preuve de la maternité de cette dernière? Cpr. Toullier, *loc. cit.*

²³ *Discussion au Conseil d'état et Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, VI, p. 148, art. 23; p. 163 à 166, nos 21 à 24; p. 215, n° 36). Loiseau, p. 494. Rolland de Villargues, n° 256. Favard, *op. et v° cit.*, sect. I, § 3, art. 1, n° 5. Demolombe, V, 384. Voy. cep. Duranton, III, 262.

²⁴ Arg. art. 334 et 339. Proudhon, II, p. 181 et suiv. Toullier, II, 965. Loiseau, p. 495. Favard, *op. et v° cit.*, sect. I, § 3, art. 2, n° 9. Duranton, III, 260. Demolombe, V, 412.

²⁵ *Non obstat*, art. 334 : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Loiseau, p. 421. Rolland de Villargues, n° 247. Delvincourt, I, p. 235. Toullier, II, 955. Favard, *op. et v° cit.*, sect. I, § 2, n° 5. Duranton, III, 211. Valette, sur Proudhon, II, 149. Marcadé, sur l'art. 334, n° 2. Richefort, II, 261. Demolombe, V, 414. Civ. rej., 16 décembre 1811, Sir., 12, 1, 81. Paris, 1^{er} février 1812, Sir., 12, 2, 161. Colmar, 11 mars 1819, Sir., 20, 2, 153. Metz, 19 août 1824, Sir., 25, 2, 296.

médiatement dressé acte, équivaut même à la reconnaissance de l'enfant dont la déclarante est accouchée²⁶. Une reconnaissance de paternité faite avant la naissance, mais avec indication du terme présumé de l'accouchement, pourrait cependant, selon les circonstances, être déclarée sans effet, si cet accouchement avait eu lieu longtemps avant, ou longtemps après le terme indiqué²⁷.

Ainsi encore, le décès de l'enfant naturel ne forme pas par lui-même obstacle à ce qu'il soit reconnu²⁸. Une reconnaissance postérieure à la mort de l'enfant produirait tous ses effets en faveur de ses descendants et de ses frères et sœurs²⁹. Mais on devrait la considérer comme non avenue, si le père ou la mère l'avait faite dans l'unique but de se créer des droits de succession sur les biens délaissés par l'enfant ainsi reconnu³⁰.

²⁶ Grenoble, 13 janvier 1840, Sir., 40, 2, 216. Colmar, 25 janvier 1859, Sir., 59, 2, 279. — *Secus*, si la déclaration de grossesse, non constatée *in instanti*, avait seulement été ultérieurement relatée dans l'acte de naissance. Lyon, 20 avril 1853, Sir., 53, 2, 497.

²⁷ Demolombe, V, 415. Douai, 23 mars 1841, Sir., 41, 2, 536. Req. rej., 1^{er} août 1843, Sir., 43, 1, 926.

²⁸ Loiseau, p. 444 et 445. Favard, *op. et v^o cit.*, sect. I, § 2, n^o 5. Malpel, *Des successions*, n^o 165. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v^o Reconnaissance d'enfant naturel, n^o 28. Duranton, III, 264, Rieff, *Des actes de l'état civil*, n^o 151. Richefort, II, 263. Marcadé, sur l'art. 334. Valette, sur Proudhon, II, p. 150. Demolombe, V, 416. — A plus forte raison est-il permis de reconnaître un enfant naturel absent. Demolombe, V, 417. Nîmes, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 56.

²⁹ Cpr. art. 332, 759 et 766. Caen, 24 mai 1858, Sir., 58, 2, 535. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente.

³⁰ La question est vivement controversée. Mais, à notre avis, la nature et l'objet de la reconnaissance, qui doit être avant tout l'accomplissement d'un devoir, s'opposent à ce qu'elle puisse avoir lieu dans l'unique but de créer des droits héréditaires au profit de l'homme ou de la femme dont elle émane. Nous reconnaissons toutefois que, si la mère avait été indiquée dans l'acte de naissance, et que par les soins donnés à l'enfant, elle eût confirmé cette indication, il y aurait de graves motifs pour admettre l'efficacité à son profit d'une reconnaissance formelle de maternité faite après le décès de l'enfant. Delvincourt, I, p. 220. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 765, n^o 2. Fouët de Conflans, *Des successions*, sur l'art. 765, n^o 4. Nancy, 26 juillet 1830, Sir., 52, 1, 11, à la note. Paris, 25 mai 1835, Sir., 35, 2, 292. Pau, 9 juillet 1844, Sir., 45, 2, 10. Paris, 26 avril 1852, Sir., 52, 2, 525. Voy. cep. en ce qui concerne la reconnaissance de la mère : Duranton, III, 265 ; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 2 sur l'art. 765 ; Fouët de Conflans, *op. cit.*, sur l'art. 765, n^o 5 ; Douai, 20 juillet 1852, Sir., 52, 2, 678. Voy. en sens contraire, tant pour la reconnaissance du père que pour celle de la mère : Loiseau, Favard, Malpel, Valette, sur Proudhon, et Demolombe, *opp. et locc. cit.*

Enfin, un époux peut même reconnaître pendant son mariage l'enfant qu'il aurait eu antérieurement d'un autre que de son conjoint ³¹.

§ 568 bis.

Des conditions extrinsèques de la reconnaissance.

Pour prévenir les surprises, et pour assurer l'irrévocabilité de la reconnaissance, la loi exige qu'elle soit faite dans un acte authentique ¹, c'est-à-dire dans un acte rédigé avec les solennités requises, par un officier public compétent pour recevoir des déclarations de ce genre. Art. 334 cbn. 1317.

Les officiers de l'état civil, les notaires, les juges de paix, les juges-commissaires ou instructeurs, et les tribunaux ont, soit en toute circonstance, soit du moins en certains cas, qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, ou pour en donner acte. Tous autres officiers ou fonctionnaires publics sont absolument sans caractère pour constater de pareilles reconnaissances ².

Les officiers de l'état civil sont compétents pour recevoir la reconnaissance d'un enfant naturel, non-seulement lorsqu'elle a lieu au moment de la naissance de cet enfant, ou lors de la célébra-

³¹ Demolombe, V, 413. Mais, quoique valable en elle-même, une pareille reconnaissance est restreinte quant à ses effets. Cpr. art. 337 et § 568 *quater*.

¹ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Discours* de Lahary (Loché, *Lég.*, VI, p. 213 et 214, n° 33; p. 264, n° 33). Duranton, III, 210.

² Ainsi, les huissiers, les greffiers, les agents et fonctionnaires de l'ordre administratif confèrent bien l'authenticité aux actes qu'ils rédigent dans la limite de leurs attributions; mais ils sont sans qualité pour recevoir des reconnaissances d'enfants naturels, qu'ils n'ont pas mission de constater. Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 6. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 3, art. 2, n° 5. Loiseau, p. 452 à 456. Demolombe, V, 402. Civ. cass., 16 mai 1809, Sir., 9, 2, 377. Rouen, 18 février 1809, *Jurisprudence du Code civil*, XII, p. 274. Dijon, 24 mai 1817, Sir., 17, 2, 278. — Il a cependant été jugé (Amiens, 2 août 1821, Sir., 22, 2, 213, et Civ. rej., 15 juin 1824, Sir., 24, 1, 338), mais bien à tort selon nous, que la reconnaissance reçue par un greffier de justice de paix ne pouvait être attaquée pour défaut d'authenticité par le père qui l'avait faite de concert avec la mère de l'enfant reconnu. Demolombe, V, 401. — A plus forte raison les ministres du culte sont-ils sans caractère pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel, fût-ce même dans un acte de baptême ou de mariage, puisque de pareils actes ne jouissent plus aujourd'hui d'aucune espèce d'authenticité. Cpr. § 56, texte et note 4. Demolombe, V, 403. Paris, 23 avril 1833, Sir., 33, 2, 226.

tion du mariage de ses parents, mais à quelque époque et dans quelque circonstance qu'elle soit faite³. Art. 62.

L'officier de l'état civil doit rédiger l'acte de reconnaissance suivant les formes ordinaires des actes de l'état civil⁴, et l'inscrire à sa date sur le registre des naissances⁵. Il doit en outre faire mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un⁶. Art. 62⁷.

Les notaires sont aussi, dans les limites de leur ressort, compétents pour recevoir en toute circonstance la reconnaissance

³ D'après le projet du Code, les officiers de l'état civil devaient seuls avoir qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 31, art. 12. C'est dans cet esprit que paraît avoir été rédigé l'art. 62. Mais plus tard, et lors de la discussion de l'art. 334, on fit observer, avec raison, qu'il fallait laisser au père et à la mère d'un enfant naturel la facilité de le reconnaître, sans les obliger à confier l'aveu de leurs faiblesses à la publicité des registres de l'état civil. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 87 et suiv., nos 4 et 5. De là, la disposition de l'art. 334 qui, sans enlever aux officiers de l'état civil la compétence que leur avait précédemment attribuée l'art. 62, ne la leur accorde cependant plus d'une manière exclusive. Merlin, *op. v^o et loc. cit.* Locré, sur l'art. 334. Maleville, sur l'art. 334. Loiseau, p. 451. Lassaulx, II, p. 170. Favard, *Rép.*, v^o Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 3, art. 2, n^o 2. Duranton, III, 212. — Du reste, tout officier de l'état civil est compétent pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel, lors même que ni l'auteur de la reconnaissance, ni l'enfant au profit duquel elle a lieu, ne seraient domiciliés dans la commune où il exerce ses fonctions. *Lex non distinguit*. Loiseau, *loc. cit.* Demolombe, V, 393.

⁴ L'omission des formalités auxquelles se trouve subordonnée la force probante des actes de l'état civil, n'entraînerait pas nécessairement la nullité de la reconnaissance. Cpr. § 65, texte et note 8. Demolombe, V, 394. Poitiers, 28 août 1810, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Filiation, p. 636. Paris, 1^{er} février 1812, Sir., 12, 2, 161.

⁵ La cour de Metz a jugé, le 19 août 1824 (Sir., 25, 2, 296), que la reconnaissance inscrite sur une feuille volante était valable, puisque l'art. 62 n'attache pas la peine de nullité à la non-inscription de la reconnaissance sur les registres de l'état civil. Cette décision peut se justifier par des raisons analogues à celles d'après lesquelles on admet assez généralement comme suffisamment probants des actes de naissance inscrits sur des feuilles volantes. Cpr. § 64, texte et note 14.

⁶ L'omission de cette dernière formalité n'entraînerait jamais la nullité de la reconnaissance. Delvincourt, sur l'art. 62.

⁷ Cet article ne s'applique qu'au cas où la reconnaissance est faite devant un officier de l'état civil. Ainsi, par exemple, la reconnaissance reçue par un notaire n'est pas assujettie à la formalité de la transcription sur les registres de l'état civil. C'est ce qui résulte : 1^o du texte même de l'art. 62, dans lequel il n'est pas question de la transcription d'un acte déjà reçu, mais de l'inscription d'un acte à recevoir; 2^o de l'esprit dans lequel a été conçu l'art. 334. Voy. note 3 *supra*. Demolombe, V, 397. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 334.

d'un enfant naturel⁸. Ils doivent dresser l'acte destiné à la constater, conformément aux règles prescrites par les lois du 25 ventôse an XI, et du 24 juin 1843⁹.

Les juges de paix ont qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, lorsqu'ils siègent en bureau de conciliation¹⁰, ou qu'ils président un conseil de famille¹¹. Mais, hors ces cas et celui qui sera indiqué ci-après à l'occasion de la reconnaissance faite volontairement en justice contentieuse, ils n'ont aucun caractère pour constater de pareilles reconnaissances¹².

⁸ Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont en effet chargés de recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. Merlin, *op.*, *vo et loc. cit.* Maleville, sur l'art. 334. Loiseau, p. 451 et 452. Rolland de Villargues, n° 219. Duranton, III, 212. Demolombe, V, 395.

⁹ Toute contravention à celles de ces règles dont l'observation est exigée à peine de nullité, entraînerait la nullité de la reconnaissance, qui ne se trouverait plus dès lors consignée dans un acte authentique. Cpr. art. 1348, et loi du 25 ventôse an XI, art. 68. — Mais le défaut d'enregistrement, dans le délai à ce fixé, de l'acte notarié constatant la reconnaissance ne suffirait plus, depuis l'abrogation de la loi des 5-19 décembre 1790, pour enlever à cet acte son authenticité, et pour invalider la reconnaissance qu'il renferme. Cpr. § 266. Rolland de Villargues, n° 220. Bruxelles, 12 janvier 1808, Sir., 10, 2, 543. Civ. rej., 16 décembre 1811, Sir., 12, 1, 81.

¹⁰ Ils sont en effet chargés, par l'art. 3, tit. X, de la loi des 16-24 août 1790 et par l'art. 54 du Code de procédure, de dresser, en pareil cas, procès-verbal des déclarations faites par l'une et l'autre des parties et des conventions qui sont intervenues entre elles. Quoique ce procès-verbal n'emporte ni hypothèque ni exécution parée, il n'en est pas moins authentique, ainsi que cela a été reconnu dans la discussion au Conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, XXI, p. 252 et 253, n° 9; § 419, texte *in fine* et note 5. Merlin, *op.*, *vo et loc. cit.* Rolland de Villargues, n° 223. Loiseau, p. 457 et 458. Favard, *op. et vo cit.*, sect. I, § 3, art. 2, n° 4. Toullier, IX, 220, et X, 271. Duranton, III, 221. Valette, sur Proudhon, II, p. 149. Marcadé, sur l'art. 334. Demolombe, V, 399. Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8. Grenoble, 15 thermidor an XIII, Sir., 7, 2, 932 et 933. Civ. rej., 6 janvier 1808, Sir., 8, 1, 86. Colmar, 25 janvier 1859, Sir., 59, 2, 279. Voy. en sens contraire : Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 483.

¹¹ Douai, 22 juillet 1856, Sir., 57, 2, 33.

¹² Merlin et Favard, *op. et loc. cit.* Demolombe, V, 400. Voy. cep. Loiseau, *loc. cit.*; Rolland de Villargues, n° 222; Maleville, sur l'art. 334; Duranton, III, 212, note 2; Richefort, II, 224. Ces auteurs semblent, au contraire, admettre que les juges de paix ont, en toute circonstance, le pouvoir de conférer l'authenticité aux actes de reconnaissance par eux dressés. Ils invoquent, à l'appui de cette opinion : 1° L'art. 353 du Code Napoléon, qui charge les juges de paix de recevoir les actes d'adoption; 2° le tit. X de la loi des 16-24 août 1790; et 3° la discussion au Conseil d'état, lors de laquelle Tronchet aurait, suivant M. Duranton, formellement reconnu la compétence des juges de paix. Nous répondrons :

Enfin, les juges-commissaires ou instructeurs, et les tribunaux de quelque ordre que ce soit, impriment le sceau de l'authenticité à la reconnaissance d'un enfant naturel, lorsque cette reconnaissance ayant eu lieu à l'occasion, soit d'un interrogatoire, soit d'une enquête, ils la consignent dans le procès-verbal de ces opérations, ou lorsque, ayant été faite dans le cours d'une instance par l'une des parties qui s'y trouvait engagée, ils en donnent acte à l'autre partie, sur sa réquisition¹³.

Les procès-verbaux et jugements constatant les reconnaissances faites, soit au bureau de conciliation, soit en conseil de famille, soit dans le cours d'un interrogatoire, d'une enquête, ou d'une instance, doivent être rédigés suivant les formes ordinaires des actes de cette nature.

L'individu qui veut reconnaître un enfant naturel, doit à cet effet se présenter devant un des officiers publics à ce compétents, soit en personne, soit par un fondé de procuration spéciale et authentique. On ne saurait considérer comme authentique, ni la reconnaissance dont la constatation n'aurait eu lieu qu'en vertu d'une invitation contenue dans une lettre missive, cette lettre se trouvât-elle annexée à l'acte rédigé par l'officier public auquel elle était adressée¹⁴, ni la reconnaissance faite par un mandataire porteur d'une procuration sous seing privé¹⁵.

1° qu'à la différence de la reconnaissance d'un enfant naturel, qui n'est de sa nature qu'un acte de l'état civil, l'adoption est un acte de juridiction gracieuse, et que c'est par ce motif que le procès-verbal des consentements relatifs à l'adoption doit être dressé par un juge de paix; 2° que le tit. X de la loi des 16-24 août 1790 est uniquement relatif aux attributions conférées au juge de paix, en qualité de juge conciliateur, et que dès lors il ne peut fournir aucun argument à l'appui du système que nous combattons; 3° que nous avons vainement cherché, dans les procès-verbaux de la discussion au Conseil d'état, la preuve de l'assertion de M. Duranton.

¹³ Merlin, *op. et v° cit.*, nos 6 et 11. Favard, *op. et v° cit.*, sect. I, § 3, art. 2, n° 4. Loiseau, p. 459 à 461. Valette, sur Proudhon, II, p. 149. Demolombe, V, 398. Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2, 2.

¹⁴ Loiseau, p. 429 à 432. Rolland de Villargues, nos 213 à 215. Delvincourt, I, p. 236. Paris, 27 floréal an XIII, Sir., 7, 2, 764 et 765. Cpr. Req. rej., 11 août 1808, Sir., 8, 1, 499; Rouen, 18 février 1809, Sir., 9, 2, 199; Paris, 2 janvier 1819, Sir., 19, 2, 146. Voy. cep. Bruxelles, 11 juillet 1808, Sir., 9, 2, 202.

¹⁵ Cette proposition, que nous avons déjà émise dans nos précédentes éditions, contrairement à l'avis de M. Duranton (III, 222), a été implicitement consacrée par l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, qui suppose évidemment que les procurations à l'effet de reconnaître des enfants naturels doivent être passées devant notaires. Demolombe, V, 407. — Il est, du reste, bien entendu que le porteur d'une procuration notariée peut valablement reconnaître un enfant naturel, quoique

Il résulte de ce qui précède, qu'on doit également regarder comme dépourvue de toute authenticité, la reconnaissance consignée, soit dans un testament olographe¹⁶, soit même dans un testament mystique¹⁷. Il en serait cependant autrement, si l'acte de suscription renfermait une réitération de la reconnaissance, ou du moins une relation de la teneur du testament, en ce qui concerne cette dernière.

Par la même raison, la reconnaissance consignée dans un acte sous seing privé devient suffisamment authentique par le dépôt que l'auteur de la reconnaissance fait de cet acte en l'étude d'un notaire, avec réquisition de le mettre au nombre de ses minutes, pourvu que l'acte de dépôt, dressé à cette occasion, contienne copie littérale, ou du moins relation de la teneur de l'acte déposé, en ce qui concerne la reconnaissance¹⁸.

sa procuration ne soit qu'en brevet. Loi du 25 ventôse an XI, art. 20. Rolland de Villargues, n° 216. Demolombe, V, 408. Paris, 1^{er} février 1812, Sir., 12, 2, 161. Voy. en sens contraire : Girerd, *Revue pratique*, 1860, IX, p. 133.

¹⁶ Loiseau, p. 464 à 466. Rolland de Villargues, n° 230. Chabot, *Questions transitoires*, v° Enfants naturels, § 4, n° 5. Delvincourt, I, p. 236. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 3, art. 2, n° 6. Duranton, III, 215. Duvergier, sur Toullier, II, 953, note a. Valette, sur Proudhon, II, p. 149. Richefort, II, 255 et 256. Demolombe, V, 404. Paris, 27 floréal an XIII, Sir., 7, 2, 764 et 765. Rouen, 20 juin 1817, Sir., 17, 2, 423. Limoges, 6 juillet 1832, Sir., 32, 2, 497. Req. rej., 7 mai 1833, Sir., 33, 1, 355. Nîmes, 2 mai 1837, Sir., 37, 2, 317. Alger, 4 juin 1857, Sir., 57, 2, 409. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 953; Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 8; Troplong, *Des donations*, III, 1498. Cpr. Req. rej., 3 septembre 1806, Sir., 6, 1, 409. Cette dernière opinion, qui repose sur une confusion évidente entre la solennité et l'authenticité, est en opposition ouverte tant avec l'esprit de l'art. 334 qu'avec le texte de l'art. 1317, qui n'attribue le caractère d'acte authentique qu'à celui qui a été reçu par un officier public, et de l'art. 999, qui déclare positivement que le testament olographe n'est qu'un acte sous signature privée.

¹⁷ L'écrit qui renferme la reconnaissance ne participe pas, en pareil cas, de l'authenticité de l'acte de suscription. Il est si peu authentique, qu'on peut en contester la sincérité par une simple dénégation d'écriture ou de signature, sans recourir à la voie de l'inscription de faux. Arg. art. 976, 977 et 1319. Cpr. § 671, texte *in fine* et note 34. D'ailleurs, le législateur étant parti de l'idée que la preuve de la liberté pleine et entière d'une reconnaissance d'enfant naturel ne peut résulter que d'un aveu fait en présence d'un officier public, il faut en conclure que la reconnaissance consignée dans un testament mystique n'offre pas les garanties exigées par la loi. Duvergier, sur Toullier, et Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Demolombe, V, 405. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 466 et 467; Delvincourt, *loc. cit.*; Favard, *op.*, v° *et loc. cit.*; Richefort, II, 254; Duranton, III, 217.

¹⁸ La plupart des auteurs semblent même admettre qu'un simple acte de dépôt,

Du reste, il n'est pas exigé que l'acte authentique dans lequel la reconnaissance se trouve consignée, ait été rédigé dans le but unique de la constater¹⁹. Ainsi, la reconnaissance faite dans un testament public est valable²⁰. Il n'est pas même nécessaire que la clause dont on prétend faire résulter la reconnaissance, soit conçue en termes dispositifs : des termes simplement énonciatifs constatent suffisamment la reconnaissance, lorsqu'elle en ressort d'une manière non équivoque²¹. Ainsi, la clause d'un testament public contenant un legs au profit d'un individu que le testateur qualifie son enfant naturel, constitue une reconnaissance suffisante.

La règle posée au commencement de ce paragraphe reçoit exception en ce qui concerne la reconnaissance de la mère, lorsque celle-ci a été indiquée dans l'acte authentique contenant la reconnaissance du père. En pareil cas, la reconnaissance peut être valablement faite par acte sous seing privé ; elle résulte même suffisamment de toutes circonstances tendant à établir que la mère a avoué sa maternité, et notamment des soins qu'elle a donnés à l'enfant²². Il en est ainsi, alors même que la reconnaissance du

qui ne remplirait aucune des conditions indiquées au texte, suffirait pour rendre authentique la reconnaissance consignée dans l'écrit déposé. Cpr. Chabot, *op. et vº citt.*, § 4, nº 4 ; Rolland de Villargues, nº 221 ; Proudhon, II, p. 172 ; Lassaulx, II, p. 173 ; Toullier, II, 951 ; Merlin, *Rép.*, vº Filiation, nº 12 ; Favard, *op. et vº citt.*, sect. I, § 3, art. 2, nº 3 ; Duranton, III, 218 ; Req. rej., 3 septembre 1806, Sir., 6, 2, 409. Nous n'en persistons pas moins dans l'opinion énoncée au texte, par les raisons que nous avons déjà indiquées en la note 17 *supra*. Si l'acte de dépôt ne contient pas en lui-même la preuve de la reconnaissance, et qu'on soit obligé de la chercher dans l'acte déposé, on ne peut pas dire que la reconnaissance soit authentique, puisqu'elle ne résulte pas d'une déclaration reçue et constatée par un officier public. Loiseau, p. 472. Demolombe, V, 406.

¹⁹ Art. 331 et arg. de cet article. Duranton, III, 213. Demolombe, V, 409.

²⁰ Merlin, *Rép.*, vº Filiation, nº 7. Demolombe, V, 404. Paris, 2 janvier 1819, Sir., 19, 2, 146. Bastia, 5 juillet 1826, Sir., 27, 2, 106. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

²¹ Delvincourt, I, p. 236. Loiseau, *Appendice*, p. 17 à 20. Rolland de Villargues, nº 227. Duranton, III, 214. Demolombe, V, 410. Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, 2, 325. Riom, 29 juillet 1809, Sir., 10, 2, 266. Bruxelles, 4 juillet 1811, Sir., 12, 2, 274. Poitiers, 28 août 1810, Sir., 13, 2, 290. Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2, 2. Paris, 2 janvier 1819, Sir., 19, 2, 146. Agen, 16 avril 1822, Sir., 23, 2, 65. Douai, 22 juillet 1856, Sir., 57, 2, 33.

²² Arg. *a contrario*, art. 336. L'aveu de la mère dont parle cet article ne doit pas être confondu avec la reconnaissance authentique exigée par l'art. 334. Cette proposition, que la jurisprudence a consacrée, résulte à notre avis des diverses transformations qu'a subies l'art. 336. La section de législation avait proposé une

père est inefficace à son égard, comme constatant une paternité adultérine²³.

disposition ainsi conçue : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère. » Par suite de la discussion qui eut lieu au Conseil d'état dans la séance du 26 brumaire an X, cette disposition fut remplacée par la suivante : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » Une nouvelle discussion, dans la séance du 29 fructidor an X, fit modifier cette seconde rédaction, à laquelle on substitua celle qui suit : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » Enfin, cette dernière disposition fut définitivement remplacée par l'art. 336 du Code Napoléon, sans qu'on trouve dans les travaux préparatoires le motif de ce nouveau changement de rédaction. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 30, art. 8 ; p. 126 à 137, nos 13 à 15 ; p. 148, art. 23 ; p. 163 à 166, nos 19 à 24 ; p. 181, nos 1 et 2. Mais on ne peut raisonnablement l'expliquer qu'en supposant de la part du législateur l'intention d'accorder certain effet à l'indication de la mère dans la reconnaissance du père. Or, cette supposition conduit naturellement à conclure que l'aveu de la maternité est dispensé de la formalité de l'authenticité, lorsque la mère se trouve déjà désignée dans la reconnaissance du père ; et cette induction est d'autant plus plausible que, si on ne l'admettait pas, l'incise *sans l'indication et l'aveu de la mère*, n'aurait aucun sens. On peut même regretter que la loi n'ait pas attaché le même effet à l'indication de la mère, faite dans l'acte de naissance par l'une ou l'autre des personnes désignées en l'art. 56. Une pareille disposition, parfaitement rationnelle et conforme au but dans lequel ont été établis les registres de l'état civil, n'eût présenté aucun danger pour la femme indiquée comme mère de l'enfant, puisque, sans un aveu confirmatif de sa part, cette indication serait restée sans effet à son égard. Toullier, II, 927. Duranton, III, 245. Favard, *Rép.*, v^o Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 3, art. 1, n^o 4. Duvergier, sur Toullier, II, 956, note 6. Richesfort, II, 278. Taulier, I, 427. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, p. 156 et suiv. Devilleneuve, Sir., 57, 2, 465 à la note. Civ. rej., 22 juin 1813, Sir., 13, 1, 281. Douai, 23 janvier 1819, Sir., 20, 2, 102. Civ. cass., 26 avril 1824, Sir., 24, 1, 317. Bordeaux, 19 janvier 1831, Sir., 31, 2, 231. Bordeaux, 15 février 1832, Sir., 32, 2, 410. Paris, 15 décembre 1834, Sir., 35, 2, 5. Req. rej., 22 janvier 1839, Sir., 39, 1, 5. Paris, 20 avril 1839, Sir., 39, 2, 249. Req. rej., 7 janvier 1852, Sir., 52, 1, 12. Bordeaux, 11 mars 1853, Sir., 53, 2, 322. Paris, 21 novembre 1853, Sir., 56, 2, 719. Voy. en sens contraire : Rolland de Villargues, n^o 259 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 142, note a ; Marcadé, sur l'art. 336, n^o 1 ; Demolombe, V, 383.

²³ Req. rej., 7 janvier 1852, Sir., 52, 1, 12. Voy. en sens contraire : Colmar, 20 décembre 1856, Sir., 57, 2, 465. En vain dit-on à l'appui de cette dernière opinion, que la reconnaissance du père étant entachée de nullité, elle doit rester inefficace, même en ce qui concerne l'indication de la mère. En effet, la valeur ou la créance que la loi accorde à l'indication de la mère faite par l'homme qui se reconnaît père de l'enfant, est bien moins attachée à la reconnaissance considérée sous le rapport des effets légaux qu'elle est destinée à produire à l'encontre de son auteur, qu'au fait même de l'aveu de paternité, aveu qui ne saurait être réputé non avé ou contraire à la vérité, par cela seul que la reconnaissance comme telle se trouve légalement inefficace à l'égard du père.

§ 568 *ter*.

Des conséquences qu'entraîne l'absence des conditions indiquées aux deux paragraphes précédents.

1° La reconnaissance doit être réputée non avenue :

a. Lorsqu'elle a été faite par une personne qui n'avait pas qualité pour la faire ¹.

b. Lorsqu'elle est émanée d'un individu en démence ².

c. Lorsqu'elle ne se trouve consignée que dans un acte sous seing privé ³, ou dans un acte authentique reçu par un officier public dépourvu de tout caractère pour constater une reconnaissance d'enfant naturel ⁴.

Toutefois, il importe de distinguer, sous ce dernier rapport, entre les reconnaissances de paternité et celles de maternité.

Une reconnaissance de paternité faite par acte sous seing privé ne produit aucun effet juridique. Elle n'est pas susceptible de confirmation ⁵ ; et la possession d'état dont jouirait l'enfant au profit duquel elle a eu lieu, ne lui donnerait pas d'existence légale ⁶. Une pareille reconnaissance, enfin, ne devient point efficace par la vérification en justice de la signature de son auteur ⁷, lors même

¹ Cpr. § 568, texte n° 1 ; § 415, texte n° 2 et notes 2 à 4. Demolombe, V, 419.

² En vain voudrait-on conclure des art. 502 à 504, que la reconnaissance faite par un homme en état de démence est tout au plus sujette à annulation. Ces articles, en effet, ne sont pas applicables à la matière qui nous occupe. Cpr. § 568, texte n° 2 et note 3 ; § 451 *bis*, texte n° 1 et note 3. Demolombe, *loc. cit.*

³ *Forma dat esse rei*. Cpr. § 37, texte et note 4. Demolombe, *loc. cit.*

⁴ Il faut bien se garder de confondre l'hypothèse où la reconnaissance a été faite devant un officier public dépourvu de tout caractère pour recevoir des reconnaissances d'enfants naturels, et celle où elle a eu lieu devant un officier public qui, quoique incompétent au cas particulier dont s'agit, aurait cependant eu, dans d'autres circonstances, qualité pour constater de pareilles reconnaissances. Dans la première hypothèse, la reconnaissance doit être réputée non avenue : telle est, par exemple, celle qui a été faite devant un huissier. Cpr. § 568 *bis*, texte et note 2 ; § 452, texte et note 2. Dans la seconde hypothèse, la reconnaissance est simplement frappée de nullité : telle est, par exemple, celle qu'a reçue un notaire instrumentant hors de son ressort. Loi du 25 ventôse an XI, art. 6 et 68. Cpr. texte n° 2, lettre *b infra* ; § 568 *bis*, texte, notes 8 et 9. Demolombe, *loc. cit.*

⁵ Cpr. § 37, texte et note 5 ; § 337, texte et note 5.

⁶ Loiseau, p. 474. Rolland de Villargues, n° 269. Nîmes ou Montpellier, 28 janvier 1806, Sir., 6, 2, 161 et 391. Limoges, 27 août 1811, Sir., 12, 2, 237. Cpr. § 569, note 2 ; § 570, note 3.

⁷ Admettre le contraire, ce serait rendre complètement illusoire la disposition

que, sur la demande dirigée à cet effet contre ce dernier, il a volontairement reconnu la vérité de sa signature⁸.

Du principe ci-dessus posé, il résulte qu'une reconnaissance de paternité faite par acte sous seing privé ne peut à elle seule servir de fondement à une action alimentaire formée par l'enfant ainsi reconnu contre le signataire de cet acte⁹. Mais, lorsque celui qui

de l'art. 334. En vain invoquerait-on contre notre manière de voir, les dispositions des art. 1322 du Code Napoléon, et 193 à 195 du Code de procédure. Ces articles sont évidemment étrangers aux cas où, comme dans l'espèce, il s'agit d'apprécier un acte instrumentaire, *non tantum quoad probationem, sed quoad formam*. Loiseau, p. 469 à 471. Rolland de Villargues, n° 332. Delvincourt, I, p. 237. Proudhon et Valette, II, p. 172. Chabot, *Questions transitoires*, v° Enfants naturels, § 4, n° 3. Merlin, *Rép.*, v° Filiation, § 9. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, § 3, art. 2, n° 7. Duranton, III, 266. Richefort, II, 250. Marcadé, sur l'art. 334, n° 1. Demolombe, V, 420. Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1^{re} sur l'art. 756. Amiens, 9 ventôse an XII, Sir., 7, 2, 936 et 937. Voy. cep. Toullier, II, 951.

⁸ Reconnaître une signature apposée à un acte sous seing privé, ce n'est point avouer les faits qui se trouvent consignés dans cet acte. Rolland de Villargues, n° 225. Loiseau, *Jurisprudence du Code civil*, IV, 380. Merlin, *op. et v° cit.*, n° 10. Chabot, Favard et Demolombe, *opp. et locc. cit.* Voy. en sens contraire : Paris, 25 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 4. Cpr. Delvincourt, I, p. 237 ; Civ. rej., 16 novembre 1808, Sir., 9, 1, 110. — Autre chose serait, si le père assigné en reconnaissance de signature ne s'était pas contenté de s'expliquer sur l'objet de la demande, et s'il avait explicitement ou même implicitement, mais d'une manière non équivoque, avoué sa paternité. Cet aveu, régulièrement constaté par le juge, constituerait une reconnaissance authentique. Cpr. § 568 *bis*, texte et note 13 ; Merlin, *op. et v° cit.*, n° 11.

⁹ On fonde ordinairement cette solution sur l'indivisibilité de la paternité. Mais, en raisonnant ainsi, on fait une véritable pétition de principe, et l'on tire d'une idée tout au moins hasardée des conséquences qu'elle ne contient même pas, puisque l'indivisibilité de la paternité n'entraînerait pas nécessairement l'indivisibilité des droits et des obligations qui en dérivent. A notre avis, la proposition énoncée au texte se justifie complètement par les règles sur la preuve. Celui qui réclame des aliments à un homme dont il se dit l'enfant naturel, doit prouver ce fait. Or, un acte de reconnaissance sous seing privé ne fournit pas la preuve de la paternité, qui reste, malgré une pareille reconnaissance, incertaine aux yeux de la loi. Loiseau, p. 561 et suiv. Rolland de Villargues, n° 234. *Dissertation* du même auteur, Sir., 12, 2, 41. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 43. Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 13, sur l'art. 756. Maleville, II, p. 243 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 1, art. 2, n° 8. Favard, *Rép.*, v° Enfant naturel, § 1, n° 4. Duranton, III, 231. Valette, sur Proudhon, II, p. 178. Bonnier, *Des preuves*, n° 445. Richefort, II, 269. Taulier, I, p. 423 et 424. Demolombe, II, 424. Rouen, 18 février 1809, Sir., 9, 2, 199. Pau, 18 juillet 1810, Sir., 11, 2, 12. Limoges, 27 août 1811, Sir., 12, 2, 237. Req. rej., 4 octobre 1812, Sir., 13, 1, 139. Dijon, 24 mai 1817, Sir., 17, 2, 278. Montpellier, 7 décembre 1843, Sir., 44, 2, 205. Bordeaux, 23 novembre 1852, Sir., 53, 2, 245. Douai, 3 décembre 1853, et Aix,

s'est reconnu par acte sous seing privé père d'un enfant naturel, s'est en même temps obligé à lui fournir des aliments, cet engagement est parfaitement valable⁴⁰. Il y a mieux, si un individu s'était engagé par acte sous seing privé à fournir des aliments à un enfant dont il ne se serait d'ailleurs pas reconnu le père, et que cet engagement fût attaqué pour défaut de cause, les tribunaux pourraient le déclarer efficace en constatant, par appréciation des circonstances, qu'il a été le résultat de la volonté libre et réfléchie d'accomplir un devoir d'honneur ou de conscience⁴¹.

Il suit également du même principe, qu'une reconnaissance de

14 juillet 1853, Sir., 54, 2, 193 et 195. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, p. 174 à 178 ; Delvincourt, I, p. 239 et 240 ; Paris, 25 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 4 ; Angers, 25 thermidor an XIII, Sir., 7, 2, 778. Cpr. Nîmes ou Montpellier, 28 janvier 1806, Sir., 6, 2, 161 et 391 ; Grenoble, 5 mars 1810, Sir., 10, 2, 134. Dans les espèces sur lesquelles ces derniers arrêts ont statué, il s'agissait de reconnaissances faites, avant la loi du 12 brumaire an II, sous l'empire de l'ancienne législation qui admettait, d'une manière illimitée, la recherche de la paternité. Ces arrêts, dès lors, ne peuvent être invoqués contre notre opinion. Voy. à cet égard : Chabot, *Questions transitoires*, v^o Enfants naturels, § 11 ; Loiseau, Rolland de Villargues et Merlin, *opp. et locc. cit.*

⁴⁰ Dans cette hypothèse, l'action par laquelle l'enfant réclame les aliments qui lui ont été promis, se trouve suffisamment justifiée par l'acte sous seing privé qui renferme cette promesse et en indique la cause. Le défendeur ne pourrait se soustraire à son engagement qu'en prouvant la fausseté de la cause indiquée, qui n'est en elle-même contraire, ni à la loi, ni aux bonnes mœurs. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que la cause d'une obligation susceptible d'être contractée par acte sous seing privé, doit elle-même, et quelle qu'en soit la nature, pouvoir être valablement énoncée dans l'acte qui constate cette obligation. Loiseau, p. 571. Duranton, III, 230. Richefort, II, 270. Dijon, 24 mai 1817, Sir., 17, 2, 278. Rennes, 31 décembre 1834, Sir., 36, 2, 506. Montpellier, 7 décembre 1843, Sir., 44, 2, 205. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o Aliments, § 1, art. 2, n^o 9 ; Demolombe, V, 425 ; Paris, 22 juillet 1811, Sir., 11, 2, 389 ; Bourges, 11 mai 1841, Sir., 42, 2, 128.

⁴¹ Le désir d'accomplir un devoir d'honneur ou de conscience constitue une cause suffisante d'obligation civile. Cpr. § 345, texte et note 5. Ainsi, pour expliquer l'engagement contracté par un homme de fournir des aliments à un enfant naturel, il n'est pas nécessaire de rechercher ou de constater sa paternité ; il suffit d'établir qu'il a pu se croire moralement obligé, par suite de ses relations avec la mère de l'enfant, à pourvoir à l'entretien de ce dernier. Or, en présence du commencement de preuve par écrit que fournit à cet égard l'acte d'engagement, les tribunaux sont autorisés à constater, à l'aide de simples présomptions, l'existence de cette croyance. Rolland de Villargues, n^o 318. Duranton, III, 229. Req. rej., 10 mars 1808, Sir., 8, 1, 231. Amiens, 7 juillet 1842, Sir., 45, 2, 200. Bourges, 3 août 1844, Sir., 45, 2, 600. Bordeaux, 5 août 1847, Sir., 48, 2, 231. Bordeaux, 5 janvier 1848, Sir., 48, 2, 308. Voy. en sens contraire : Demolombe, V, 426.

paternité faite par acte sous seing privé, ne peut être invoquée comme preuve de la filiation de l'enfant ainsi reconnu, pour en faire ressortir contre lui, soit un empêchement de mariage¹², soit une incapacité relative et partielle de recevoir à titre gratuit¹³. Toutefois, le legs fait par un testament olographe à un enfant naturel reconnu dans ce même testament, pourrait, comme fondé sur une cause illicite, être annulé pour tout l'excédant de la portion dont il est permis aux père et mère d'un enfant naturel de disposer à son profit¹⁴.

A la différence de la reconnaissance de paternité, la reconnaissance de maternité n'est pas, quoique faite sous seing privé, dénuée de tout effet juridique. Elle complète la preuve de la maternité, lorsque la femme dont elle émane a été indiquée comme mère de l'enfant dans la reconnaissance authentique du père¹⁵. D'un autre côté, elle peut toujours être invoquée comme un commencement de preuve par écrit qui autorise la recherche de la maternité¹⁶.

Sauf ces modifications, ce qui a été dit de la reconnaissance de paternité faite par acte sous seing privé, doit également s'appliquer à la reconnaissance de maternité qui a eu lieu dans la même forme. Ainsi, un acte de reconnaissance sous seing privé ne suffit

¹² Voy. art. 161 et 162. Valette, sur Proudhon, II, p. 180. Nîmes, 3 décembre 1844, Sir., 12, 2, 438, Cpr. Demolombe, III, 107, V, 424. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o Empêchement de mariage, § 4, art. 4 ; Rolland de Villargues, n^o 305. Ces auteurs soutiennent que la filiation de l'enfant naturel reconnu par acte sous seing privé est assez vraisemblable pour que l'honnêteté publique s'oppose, en pareil cas, à un mariage qui pourrait être incestueux. Quelque grave que soit cette considération au point de vue moral, nous ne pensons pas que les tribunaux puissent, en l'absence de toute disposition législative, accueillir une demande en nullité de mariage ou maintenir une opposition fondée sur des liens de parenté ou d'alliance qui ne seraient pas légalement certains.

¹³ Voy. art. 908. Demolombe, V, 428.

¹⁴ Il est vrai que, dans ce cas-là même, la reconnaissance est à considérer comme non avenue. Mais, abstraction faite de la reconnaissance comme telle, le juge n'en est pas moins autorisé à réduire le legs dans les limites indiquées par l'art. 908, en déclarant, sur le fondement des énonciations contenues dans le testament même, que la libéralité a eu pour motif déterminant et unique la conviction du testateur que le légataire était son enfant naturel, et qu'ainsi elle a été faite en fraude de la loi. Telles sont les considérations qui nous portent à rétracter l'opinion émise sur ce point dans nos premières éditions. Nîmes, 2 juin 1837, Sir., 37, 2, 317. Civ. rej., 7 décembre 1840, Sir., 41, 1, 140. Cpr. aussi les autorités citées à la note 16 du § 572. Voy. en sens contraire : Demolombe, V, 429.

¹⁵ Cpr. § 568 *bis*, texte *in fine*, notes 22 et 23.

¹⁶ Demolombe, V, 423. Paris, 17 juillet 1858, Sir., 58, 2, 534.

pas pour prouver la maternité de la femme qui l'a souscrit, bien que l'écriture en ait été vérifiée en justice¹⁷. Ainsi encore, un enfant naturel n'est pas autorisé à réclamer des aliments de la femme qui ne l'a reconnu que par acte sous seing privé¹⁸.

La non-existence de la reconnaissance est, dans les trois hypothèses ci-dessus indiquées, indépendante de toute déclaration judiciaire. Elle peut être invoquée en tout temps, et par toute personne intéressée, soit par voie d'action, soit par voie d'exception¹⁹.

2° La reconnaissance est à considérer comme entachée de nullité :

a. Lorsqu'elle n'a eu lieu que par suite de violence ou de dol²⁰.

b. Quand les règles de compétence et de forme à l'observation desquelles se trouvait subordonnée la validité ou l'authenticité de l'acte dans lequel elle a été consignée, n'ont pas été observées²¹.

c. Lorsqu'elle n'est point l'expression de la vérité²².

La nullité ne peut, dans la première hypothèse, être proposée que par l'auteur de la reconnaissance, ou en son nom par ses héritiers et successeurs universels²³.

¹⁷ L'art. 334 s'applique en effet, par sa généralité, tant aux reconnaissances de maternité qu'à celles de paternité; et si, à la différence de l'art. 340, qui prohibe la recherche de la paternité, l'art. 341, al. 1, admet la recherche de la maternité, c'est sous la condition que le réclamant fera les justifications indiquées dans le second alinéa du même article. Il n'y a donc d'autre différence entre la reconnaissance de paternité consignée dans un acte sous seing privé et la reconnaissance de maternité faite dans la même forme, si ce n'est que la première est entièrement inutile, parce que la recherche de la paternité est interdite, tandis que la seconde peut servir de commencement de preuve par écrit à l'appui d'une demande en recherche de maternité. Delvincourt, I, p. 237. Chabot, *Questions transitoires*, v° Enfants naturels, § 4, n° 3 *in fine*; et *Des successions*, sur l'art. 756, n° 44. Valette, sur Proudhon, II, p. 174. Duvergier, sur Toullier, II, 950, note a. Demolombe, V, 422. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, p. 173; Toullier, II, 950; Duranton, III, 227.

¹⁸ Chabot, *Des successions*, *loc. cit.*

¹⁹ Cpr. § 37. Demolombe, V, 418.

²⁰ Cpr. § 568, texte n° 3, notes 12 et 13.

²¹ Cpr. § 568 *bis*, *passim*; et note 4 *supra*.

²² Cpr. § 568, texte n° 4, notes 14 à 17.

²³ *Non obstat* art. 339. La nullité ne peut être, en pareil cas, que relative. Cpr. § 334, texte n° 3. Voy. cep. Demolombe, V, 439. Cet auteur enseigne que toute personne intéressée qui conteste la sincérité de la reconnaissance, doit être admise à faire preuve du dol pratiqué ou de la violence exercée envers celui dont elle émane. Tout en donnant notre entière adhésion à cette doctrine, nous ferons remarquer qu'elle n'infirme en rien, quoiqu'en dise notre savant collègue, la proposition énoncée au texte, puisque, dans l'hypothèse où il se place, le dol et la violence ne sont pas invoqués comme le fondement de l'action, mais simplement comme des indices de nature à faire présumer que la reconnaissance n'a pas été sincère. Cpr. Bordeaux, 10 avril 1843, Sir., 43, 2, 481.

Dans les deux dernières, elle peut être invoquée par tous ceux qui ont intérêt à la faire prononcer. Art. 339.

Elle peut l'être notamment par l'enfant ²⁴, et par ses père et mère légitimes ²⁵, ainsi que par l'auteur de la reconnaissance ²⁶, par ses héritiers et successeurs universels ²⁷, et même, de son vivant, par ses père et mère ²⁸.

En cas de reconnaissance tant de paternité que de maternité, l'homme qui s'est reconnu le père de l'enfant est admis à contester la reconnaissance de la femme qui s'en est déclarée la mère, et *vice versa* ²⁹. Enfin, lorsque l'enfant a été reconnu par plusieurs hommes ou par plusieurs femmes, chacune de ces personnes est admise à contester la reconnaissance des autres ³⁰.

La circonstance qu'une personne aurait mensongèrement reconnu un enfant qu'elle savait lui être étranger, ne la rendrait pas non recevable à critiquer sa reconnaissance, comme contraire à la vérité ³¹. D'un autre côté, la reconnaissance peut être attaquée

²⁴ Loiseau, p. 516. Toullier, II, 964. Duranton, III, 260. Proudhon, II, p. 154. Demolombe, V, 438. Rouen, 15 mars 1826, Sir., 28, 2, 43. Nîmes, 2 mai 1837, Sir., 37, 2, 317. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 406. Req. rej., 13 février 1839, Sir., 40, 1, 117.

²⁵ Paris, 18 juillet 1856, Sir., 56, 2, 588. Req. rej., 27 janvier 1857, Sir., 57, 1, 177.

²⁶ Demolombe, V, 435 et 436. Cpr. texte et note 31 *infra*.

²⁷ Cpr. art. 187. Loiseau, p. 517 à 519. Proudhon, II, p. 154. Delvincourt, I, p. 241. Toullier, II, 966. Lassaulx, II, p. 178 et 183. Demolombe, V, 450.

²⁸ A la différence des héritiers et successeurs universels de l'auteur de la reconnaissance, dont l'intérêt pécuniaire ne prend naissance que lors de l'ouverture de sa succession, les pères et mères de ce dernier ont, même de son vivant, un intérêt moral et pécuniaire suffisant pour contester la reconnaissance. Paris, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 329. Lyon, 13 mars 1856, Sir., 56, 2, 586.

²⁹ Loiseau, p. 516 et 517. Delvincourt, I, p. 241. Proudhon, II, p. 154. Toullier, II, 965. Demolombe, V, 442 et 443.

³⁰ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, VI, p. 126 à 137, n° 14). Loiseau, p. 508 à 510. Duranton, III, 263. Demolombe, V, 444 à 449.

³¹ Cette solution, que nous avons déjà adoptée dans nos premières éditions, a depuis lors été vivement attaquée. On a prétendu d'une part que, d'après l'économie de sa rédaction, l'art. 339 ne comprend pas l'auteur de la reconnaissance, qui peut sans doute, conformément aux principes généraux, en demander l'annulation pour défaut de forme ou vice de consentement, mais qui ne saurait être admis à la contester par le seul motif qu'elle n'est pas l'expression de la vérité. On a dit, d'autre part, que celui qui s'est mensongèrement reconnu père d'un enfant auquel il est étranger, ne doit pas être reçu à revenir sur cette déclaration, en alléguant sa propre turpitude. Voy. en ce sens : Demolombe, V, 437; Paris, 22 janvier 1855, Sir., 55, 2, 1. Cpr. aussi : Coin-Delisle, *Revue critique*, 1857, X, p. 299. Ces raisons ne nous touchent pas, et nous persistons avec une entière conviction dans notre manière de voir. Par la généralité de ses termes,

pour ce motif, bien que l'enfant ait été en apparence légitimé par le mariage de ceux qui l'ont faussement reconnu, et que le demandeur en nullité n'ait lui-même reconnu l'enfant que postérieurement à ce mariage³². Enfin, la reconnaissance peut être contestée comme mensongère, lors même qu'elle se trouve corroborée par une possession d'état conforme³³.

Tous les genres de preuves sont admissibles pour contester la sincérité de la reconnaissance. La preuve testimoniale et de simples présomptions peuvent être produites dans ce but sans commencement de preuve par écrit. Les tribunaux jouissent d'une

l'art. 339 s'applique aussi bien à l'auteur de la reconnaissance qu'à toute autre personne intéressée; et la loi ne pouvait rationnellement admettre la distinction que l'on veut établir à cet égard. La disposition de l'art. 339 est en effet fondée sur cette idée que la reconnaissance ne peut avoir d'effet qu'à la condition d'être conforme à la vérité; et ce serait aller contre l'esprit de cette disposition que de refuser le droit de l'attaquer comme mensongère, précisément à la personne qui est la mieux en position de connaître la vérité et de fournir les éléments de sa manifestation. Quant à la maxime *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*, dont on fait si souvent un usage abusif, elle ne saurait être invoquée dans une matière où un intérêt supérieur d'ordre public exige que la vérité se fasse jour par tous les moyens. Que les tribunaux se montrent sévères dans l'appréciation des preuves produites par la personne qui conteste sa reconnaissance, nous le comprenons parfaitement. Mais nous ne comprendrions pas qu'on écartât par une fin de non-recevoir celui qui, après avoir commis une fraude à une loi d'ordre public, la dénoncerait à la justice pour en demander la réparation. Voy. en ce sens : Paris, 14 décembre 1833, Sir., 34, 2, 6; Aix, 22 décembre 1852, Sir., 54, 2, 321; Paris, 22 juillet 1853, Sir., 54, 2, 329; Lyon, 13 mars 1856, Sir., 56, 2, 586.

³² Voy. sur cette proposition, les autorités citées aux notes 19 et 20 du § 546.

³³ *Non obstat* art. 322 : Contrairement à l'opinion émise dans nos premières éditions, nous pensons, après nouvel examen de la question, que cet article, placé sous la rubrique *De la preuve de la filiation des enfants légitimes*, ne s'applique qu'au cas où l'état qui ressort du titre et de la possession conforme est celui d'enfant légitime, et ne concerne conséquemment pas l'hypothèse indiquée au texte. A l'argument tiré de la place qu'occupe l'art. 322, vient encore se joindre celui que fournit l'art. 339, dont les termes généraux repoussent la fin de non-recevoir que, pour écarter la contestation dirigée contre la reconnaissance, on voudrait déduire de la conformité de cette dernière avec la possession d'état. Demolombe, V, 481. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, p. 145 et suiv. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., 38, 2, 406. Req. rej., 22 janvier 1840, Sir., 40, 1, 117. Douai, 6 février 1851, Sir., 51, 2, 753. Cpr. Bordeaux, 25 mai 1848, Sir., 48, 2, 561. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. III, n^o 4; Toullier, II, 899; Proudhon, II, 143. Cpr. Rouen, 26 juillet 1838, Sir., 38, 2, 401; Req. rej. 22 janvier 1840, Sir., 40, 1, 120. Ces deux arrêts, que nous avons déjà cités à la note 32 du § 544, n'ont pas été rendus par application de l'art. 322, et ne sont pas contraires à la proposition énoncée au texte.

entière latitude, tant pour l'admission de tel ou tel moyen de preuve, que pour l'appréciation des résultats de l'instruction³⁴.

L'action en nullité est imprescriptible, lorsqu'elle a pour objet de faire écarter la reconnaissance comme contraire à la vérité³⁵. La même solution semble, dans la rigueur des principes, devoir être admise quand l'action en nullité est fondée sur un vice de forme de l'acte qui renferme la reconnaissance, encore que l'enfant ait une possession d'état conforme à cet acte³⁶. Et dût-on admettre dans cette hypothèse la possibilité de la prescription, elle ne commencerait à courir contre les héritiers de l'auteur de la reconnaissance qu'à dater de son décès³⁷. Mais l'action en nullité ouverte à raison du dol ou de la violence se prescrit par trente ans³⁸, tant à l'égard de l'auteur de la reconnaissance que de ses héritiers, sauf, dans ce cas, l'application de la règle *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

L'action en nullité de la reconnaissance entachée de dol ou de violence s'éteint également par la renonciation expresse ou tacite des personnes auxquelles cette action compétait. Quant à la nullité résultant d'un vice de forme, elle ne peut se couvrir que par une confirmation contenue dans un acte authentique³⁹.

§ 568 quater.

De l'irrévocabilité de la reconnaissance, et de l'étendue de ses effets.

1^o La reconnaissance valablement faite est par elle-même irrévocable. Elle ne peut être rétractée par la personne dont elle émane, lors même qu'elle n'aurait pas été acceptée par celui au

³⁴ Richefort, II, 299. Demolombe, V, 441. Paris, 21 décembre 1839, Sir., 40, 2, 448.

³⁵ L'état des personnes ne tombe point en convention, et ne peut s'acquérir par prescription. Arg. art. 6 et 328. Demolombe, V, 452.

³⁶ La reconnaissance n'est point attributive de l'état d'enfant naturel, et n'a pour objet que de constater cet état. Or si, à raison des vices de forme dont il est entaché, l'acte qui renferme la reconnaissance est insuffisant pour en fournir la preuve entière et complète, aucun laps de temps ne saurait lui donner la force probante qui lui manque. Voy. cep. Loiseau, p. 522 et 523; Demolombe, V, 451.

³⁷ *Contra agere non valentem non currit præscriptio*.

³⁸ Art. 2262. *Non obstat* art. 1304 : La prescription établie par ce dernier article ne s'applique point aux demandes en nullité dirigées contre des actes relatifs à l'état des personnes. Cpr. § 339, texte et note 13; Demolombe, V, 451. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 522 et 523.

³⁹ Voy. § 337, texte et note 20. Cpr. Loiseau, p. 525 à 528; Demolombe, V, 452.

profit duquel elle a eu lieu¹. Ce principe s'applique même à la reconnaissance consignée dans un testament par acte public : une pareille reconnaissance ne se trouve pas anéantie par la révocation du testament qui la contient².

2° La reconnaissance est par elle-même efficace, non-seulement entre l'enfant au profit duquel elle a eu lieu et le père ou la mère dont elle émane, mais encore à l'égard des héritiers de ces derniers, et en général à l'égard des tiers. Arg. art. 339.

Toutefois, et par exception à cette règle, la reconnaissance faite par une personne actuellement mariée, au profit d'un enfant qu'elle a eu avant son mariage d'un autre que de son conjoint, ne peut nuire, ni aux droits de ce conjoint, ni à ceux des enfants nés ou à naître de ce mariage³, quoique, du reste, elle produise tous les effets qui sont, en général, attachés à une reconnaissance valable⁴. Art. 337.

¹ Rolland de Villargues, n° 236. Magnin, *Des minorités*, I, 223. Demolombe, V, 454. Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8. Civ. rej., 6 janvier 1808, Sir., 8, 1, 86. Req. rej., 27 août 1811, Sir., 12, 2, 13.

² Les dispositions testamentaires sont, il est vrai, révocables au gré du testateur ; mais leur révocation n'enlève pas à l'acte instrumentaire qui les contient son caractère d'acte authentique, et ne peut dès lors exercer aucune influence sur le sort de la reconnaissance qui s'y trouve consignée, puisque celle-ci est essentiellement irrévocable, et qu'elle n'a rien de commun avec les dispositions testamentaires elles-mêmes. Rolland de Villargues, n° 237. Magnin, *Des minorités*, I, 223. Duranton, III, 219. Aix, 10 février 1806, Sir., 7, 2, 1. Corse, 5 juillet 1826, Sir., 27, 2, 106. Bastia, 17 août 1829, Dalloz, 1829, 2, 229. Cpr. Amiens, 9 février 1826, Dalloz, 1829, 2, 163. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 468 et 469 ; Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 7, et v° Testament, sect. II, § 6, n° 3 ; Demolombe, V, 455. Pour soutenir son opinion, ce dernier auteur va jusqu'à dire que du vivant du testateur le testament n'est qu'un simple projet ; ce qui, à notre avis, est une grave erreur. Le testament est si peu un simple projet, que le testateur ne peut l'anéantir qu'en le révoquant dans la forme solennelle prescrite par la loi ; et de ce qu'il reste toujours le maître de faire cette révocation, en ce qui concerne les dispositions qui sont révocables de leur nature, comme expression de sa dernière volonté pour le règlement futur de sa succession, il n'en résulte nullement qu'il jouisse de la même faculté en ce qui touche la déclaration actuelle d'un fait antérieur de paternité ou de maternité.

³ Les enfants légitimés doivent sous ce rapport, comme en général, être assimilés aux enfants issus du mariage. Arg. art. 333. Duranton, III, 250. — Les descendants légitimes ou légitimés des uns et des autres doivent aussi être placés, à cet égard, sur la même ligne que leurs auteurs. Loiseau, p. 438.

⁴ L'inefficacité de la reconnaissance n'est donc que relative. Ainsi, par exemple, les enfants issus d'un mariage antérieur ou postérieur à celui pendant lequel la reconnaissance a eu lieu, ne sauraient être admis à invoquer les dispositions de l'art. 337. Loiseau, p. 436. Duranton, III, 251. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 7, 4° et 5°. Demolombe, V, 470.

Ainsi, l'enfant naturel reconnu dans de pareilles circonstances ne peut, au préjudice des droits héréditaires des enfants issus du mariage pendant lequel la reconnaissance a eu lieu, réclamer la portion attribuée par l'art. 757 aux enfants naturels légalement reconnus. Cet enfant ne peut pas davantage, même en l'absence de postérité issue du mariage⁵, exercer, au préjudice des droits assurés au conjoint de son père ou de sa mère, soit par la loi⁶, soit par le contrat de mariage⁷, les droits successifs dont jouissent, d'après les art. 757 et 758, les enfants naturels légalement reconnus. Il y a mieux, les dispositions à titre gratuit faites au profit d'un enfant naturel reconnu pendant le mariage, resteraient inefficaces au regard des enfants qui en sont issus, et du conjoint de l'auteur de la reconnaissance⁸.

D'un autre côté, quoique la reconnaissance d'un enfant naturel engendre une obligation alimentaire contre l'auteur de cette reconnaissance, l'enfant reconnu par une femme mariée n'est pas admis à poursuivre le paiement des aliments qui lui sont dus, au préjudice du droit d'usufruit qui compéterait au mari de sa mère sur tout ou partie des biens de cette dernière⁹.

Mais rien n'empêche qu'un enfant reconnu par un homme marié ne poursuive pendant le mariage le paiement des aliments que son père lui doit, sur les biens de ce dernier et sur ceux de

⁵ Le second alinéa de l'art. 337 dit à la vérité que la reconnaissance produira son effet après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants; mais cette disposition, qui ne renferme qu'un développement incomplet du principe posé par le premier alinéa du même article, n'a évidemment pas eu pour but d'y déroger. Marcadé, sur l'art. 337, n° 2. Allemand, *Du mariage*, II, 851. Demolombe, V, 475.

⁶ Si l'auteur de la reconnaissance était décédé sans laisser ni héritiers au degré successible, ni enfants naturels reconnus avant le mariage, le droit de succession accordé au conjoint survivant par l'art. 767, l'emporterait sur celui de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage. Marcadé, Allemand et Demolombe, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, II, p. 146, note a.

⁷ Nous ne parlons que des avantages assurés par la loi ou par le contrat de mariage, parce que l'enfant naturel pourrait, le cas échéant, faire réduire les donations faites pendant le mariage et les dispositions testamentaires. Delvincourt, I, p. 243. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 756, n° 7. Duranton, III, 253. Marcadé, sur l'art. 337, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 489. Demolombe, V, 476.

⁸ Arg. art. 908 cbn. 337 et 338, 757 et 758. De pareilles dispositions devraient en effet être considérées comme faites en fraude de la loi. Demolombe, V, 475, *in fine*. Poitiers, 5 mai 1858, Sir., 58, 2, 420. Voy. cep. Allemand, *op. et loc. cit.*

⁹ Voy. art. 1401, n° 2, cbn. 1421 et 1428; art. 1530 et 1531; art. 1549. Loiseau, p. 435. Demolombe, V, 472.

la communauté¹⁰. Rien n'empêche également qu'un enfant reconnu par une femme mariée ne poursuive pendant le mariage le paiement des aliments que sa mère lui doit, sur les biens dont elle a l'administration et la jouissance, et notamment sur ses biens paraphernaux, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal¹¹. Enfin, l'enfant reconnu dans les circonstances indiquées en l'art. 337 est, après le décès de l'auteur de la reconnaissance, autorisé à réclamer contre sa succession l'acquittement de la dette alimentaire dont celui-ci était tenu envers lui, sans que l'autre conjoint et les enfants issus du mariage puissent, pour repousser sa réclamation, se prévaloir de cet article¹².

La disposition exceptionnelle de l'art. 337 est, d'après le texte même de cet article, étrangère à l'enfant naturel issu du commerce de l'époux auteur de la reconnaissance avec l'autre conjoint, peu importe que sa filiation à l'égard de ce dernier soit établie par une reconnaissance, volontaire ou forcée, faite, soit avant, soit pendant le mariage, soit même après sa dissolution¹³.

Il résulte également du texte de l'art. 337, que la disposition exceptionnelle qu'il renferme ne peut, même au cas où il existe des descendants légitimes issus d'un mariage actuellement dissous, être étendue à l'enfant naturel procréé avant la célébration et reconnu par le survivant des époux après la dissolution de ce mariage¹⁴.

¹⁰ Arg. art. 1421 et 1422. Loiseau, *loc. cit.* Rolland de Villargues, n° 242. Vazeille, *Du mariage*, II, 500. Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 27 août 1811, Sir., 12, 1, 13.

¹¹ Voy. art. 1536 et 1576. Rolland de Villargues, Loiseau et Demolombe, *loc. cit.* Rennes, 22 mars 1810, Sir., 10, 2, 255.

¹² La raison en est que le but de l'art. 337 est de garantir l'intégrité des droits assurés aux enfants issus du mariage et à l'autre conjoint, soit par la loi, soit par le contrat de mariage, mais non de soustraire ces personnes aux obligations que leur impose la qualité d'héritiers ou de successeurs universels de celui qui a fait la reconnaissance, et aux conséquences de la règle *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Delvincourt, I, p. 244. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 42. Favard, *Rép.*, v° Enfant naturel, sect. I, n° 1. Duranton, III, 252. Paris, 12 juin 1809, Sir., 12, 2, 356. Agen, 13 mars 1817, Sir., 17, 2, 281. Voy. en sens contraire : Loiseau, *loc. cit.* ; Demolombe, V, 473.

¹³ Locré, sur l'art. 337. Loiseau, p. 435 et 436. Delvincourt, I, p. 242. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 756, n° 7, 1°. Toullier, II, 960. Duranton, III, 248 et 249. Marcadé, sur l'art. 337, n° 6. Demolombe, V, 467 et 468. Voy. en sens contraire : Lassaulx, II, p. 184.

¹⁴ Il existait dans le projet de la commission une disposition qui ne permettait de reconnaître après la dissolution d'un mariage les enfants naturels procréés avant sa célébration qu'autant qu'il ne resterait pas d'enfants légitimes issus

Enfin, l'art. 337 ne paraît même pas devoir s'appliquer à la confirmation faite pendant le mariage d'une reconnaissance qui aurait eu lieu antérieurement, du moins dans le cas où cette confirmation a couvert les vices de la reconnaissance même à l'égard des personnes dans l'intérêt desquelles la disposition de l'art. 337 a été établie¹⁵.

Au contraire, il n'y a pas à distinguer entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée : cette dernière tombe, comme la première, sous l'application de l'art. 337¹⁶. Il en est ainsi, en cas de recherche de maternité, alors même que le commencement de preuve par écrit exigé par l'art. 341 a acquis date certaine antérieurement au mariage¹⁷. Mais, dans l'hypothèse que

de ce mariage ; mais elle n'a point passé dans le Code. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 31, art. 12. Voy. aussi § 546, note 3. Locré, sur l'art. 337. Proudhon, II, p. 147. Loiseau, p. 440 et suiv. Rolland de Villargues, n° 243. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 756, n° 7, 6°. Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 3 sur l'art. 756. Toullier, II, 959. Duranton, III, 254. Marcadé, sur l'art. 337, n° 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 491. Demolombe, V, 464. Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8. Civ. rej., 6 janvier 1808, Sir., 8, 1, 86. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 242 et 243 ; Magnin, *Des minorités*, I, 222.

¹⁵ Richefort, II, 280. Demolombe, V, 464. Civ. rej., 24 novembre 1830, Sir., 31, 1, 131.

¹⁶ Nous croyons devoir abandonner l'opinion contraire, enseignée par Zachariæ, que nous avons reproduite dans nos premières éditions. Si l'art. 337 ne fait mention que de la reconnaissance volontaire, cela s'explique par la place même qu'il occupe, et par la circonstance que c'est à la fin seulement de la section relative à la reconnaissance des enfants naturels que le législateur a traité de la recherche de paternité ou de maternité. Mais on ne saurait conclure de là, que la disposition de cet article soit étrangère à la reconnaissance judiciaire. Les rédacteurs du Code n'ayant consacré aucun article spécial aux effets des reconnaissances de cette nature, se sont implicitement référés à cet égard aux règles posées par les articles précédents. D'ailleurs, en restreignant la disposition de l'art. 337 aux reconnaissances volontaires, on se mettrait en opposition avec l'esprit de la loi, qui a voulu protéger les intérêts légitimes des enfants issus du mariage et de l'autre époux, intérêts qui se trouveraient tout aussi lésés par une reconnaissance forcée que par une reconnaissance volontaire. Ce qui rend ces considérations plus décisives encore, c'est que, dans le système contraire, il serait facile à la femme qui voudrait reconnaître son enfant naturel pendant le mariage, d'éluder la disposition de l'art. 337, au moyen d'une action en recherche de maternité concertée entre elle et l'enfant ou son tuteur. Loiseau, p. 437. Delvincourt, I, p. 243. Favard, *Rép.*, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. II, § 2, n° 2. Marcadé, sur l'art. 337, n° 7. Demolombe, V, 466. Valette, *Explication sommaire*, p. 185. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 958 ; Duranton, III, 255 et 256 ; Allemand, *Du mariage*, II, 852 à 854 ; Taulier, I, p. 434 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 492 ; Zachariæ, § 568, texte *in fine*, notes 38 et 39.

¹⁷ Cette circonstance, quoique de nature à écarter le soupçon d'un concert

prévoit l'art. 336, la reconnaissance ne rentrerait plus sous l'application de l'art. 337, si l'aveu exprès ou tacite de la mère était antérieur au mariage, bien que l'existence de cet aveu n'eût été judiciairement constatée que depuis sa célébration¹⁸.

3° La reconnaissance n'étant que déclarative et non attributive de la filiation, les effets en remontent en général au jour même de la naissance de l'enfant reconnu¹⁹. On doit en conclure que le mariage contracté par un enfant naturel en contravention aux art. 161 et 162, serait sujet à annulation, bien que la constatation de la parenté ou de l'alliance ne résultât que d'une reconnaissance postérieure à la célébration du mariage²⁰.

Toutefois, l'auteur de la reconnaissance ne saurait s'en faire un titre pour attaquer, comme faits sans son consentement, des actes juridiques légalement consommés. Ainsi, le père ou la mère d'un enfant naturel ne peut, en vertu d'une reconnaissance faite postérieurement au mariage contracté par cet enfant, attaquer ce mariage pour contravention aux art. 158, 148 et 149²¹.

2. De la reconnaissance forcée.

§ 569.

a. De la recherche de la paternité.

La recherche de la paternité est interdite. Art. 340. En d'autres termes, la filiation paternelle d'un enfant naturel, qui ne se trouve pas constatée par un acte authentique de reconnaissance volontaire, ne saurait l'être en général par aucun autre genre de preuve¹.

L'enfant naturel ne peut même pas, pour établir sa filiation

frauduleux entre la mère et l'enfant, ne ferait pas disparaître le motif principal sur lequel repose l'art. 337. Demolombe, *loc. cit.* Voy. cep. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 7, 3°; Lyon, 31 décembre 1835, Sir., 36, 2, 194.

¹⁸ Cpr. § 546, texte et note 10.

¹⁹ L'enfant naturel peut-il exercer un droit de réserve sur les biens donnés avant sa reconnaissance? Voy. pour l'affirmative : § 686, texte, notes 8 et 9.

²⁰ Le maintien d'un pareil mariage serait une atteinte à la morale publique. Nous comprendrions cependant que les tribunaux se refusassent à en prononcer l'annulation, s'il s'agissait du mariage d'un enfant naturel avec son beau-frère ou sa belle-sœur, puisqu'un pareil mariage eût été légalement possible au moyen de dispenses.

²¹ Duranton, II, 167. Demolombe, V, 457.

¹ Cpr. cependant § 567, texte n° 3, et note 11.

paternelle, suppléer par la preuve de sa possession d'état à la production d'un acte authentique de reconnaissance².

² Il ressort du rapprochement des art. 334 et 340, qu'il y a recherche de paternité, toutes les fois qu'un enfant naturel prétend établir sa filiation paternelle autrement que par la production d'un acte authentique de reconnaissance. Vainement dit-on que l'enfant qui se prévaut de la possession d'état, et qui demande à en faire preuve pour justifier de sa filiation paternelle, ne recherche pas la paternité, déjà constante par le fait même de la possession d'état. Cette argumentation n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si, dans le système de notre législation actuelle, la preuve complète et légale de la filiation naturelle peut résulter d'une simple possession d'état, tout comme elle résulte d'une reconnaissance formelle. D'ailleurs la contestation qui s'élèverait sur l'existence de la possession d'état, alléguée d'une part et déniée de l'autre, constituerait évidemment de la part de l'enfant une recherche au moins indirecte de la paternité. Sa position dans ce cas serait toute différente de celle dans laquelle il se trouverait, s'il produisait un acte authentique de reconnaissance, et que cet acte fût attaqué : demandeur dans la première hypothèse sur la question de filiation, il ne serait plus sur la même question que défendeur dans la seconde. Les précédents législatifs confirment au surplus notre manière de voir. En effet, le Code n'ayant pas reproduit la disposition de l'art. 8 de la loi du 12 brumaire an II, qui admettait les enfants naturels dont les pères étaient morts avant sa promulgation, à prouver leur filiation par la possession d'état, l'on ne peut expliquer son silence que par l'intention d'établir à cet égard une règle contraire. Il est vrai que lors de la discussion au Conseil d'état, dans la séance du 26 brumaire an X, de l'art. 6 du projet portant : « La loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée », le ministre de la justice avait fait remarquer qu'il était nécessaire d'expliquer ces mots *la paternité non avouée*, puisque l'aveu pouvait résulter d'actes privés du père et d'autres circonstances, aussi bien que d'une reconnaissance consignée sur les registres de l'état civil, reconnaissance à laquelle l'art. 6 semblait cependant exclusivement se référer. Il est encore vrai que la justesse de cette observation fut reconnue. Mais l'argument que les partisans de l'opinion contraire ont voulu tirer de ces données tourne contre eux, puisque la révision demandée par le ministre de la justice aboutit précisément à l'insertion dans la seconde rédaction, présentée à la séance du 12 frimaire an X, de l'art. 21, qui ne figurait pas dans la première, et qui est devenu sans aucune modification l'art. 334 du Code Napoléon. Voy. Loaré, *Lég.*, VI, p. 30, art. 6; p. 123, n° 5; p. 148, art. 21. Voy. aussi l'*Exposé de motifs* de Bigot-Préameneu (Loaré, VI, p. 212 à 214, n° 33). Loiseau, p. 474. Toullier, II, 970 et 971. Proudhon, II, p. 143. Duranton, III, 238 à la note. Marcadé, sur les art. 340 à 342, n° 6. Coulon, *Quest. de droit*, p. 584. Bonnier, *Des preuves*, n° 147. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 499. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, p. 130 et suiv. Civ. rej., 13 mars 1827, Sir., 27, 1, 444. Bastia, 17 décembre 1834, Sir., 35, 2, 525. Voy. en sens contraire : Demolombe, *Revue de législation*, 1835, I, p. 427, et *Cours*, VI, 480; Merville, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, 809; Ballot, *même Revue*, 1849, VI, p. 322; Hérold, *Revue pratique*, 1856, I, p. 204. Cpr. aussi Valette, sur Proudhon, II, p. 150, obs. 3, et *Explication sommaire*, p. 185, n° 23.

Le principe qui vient d'être posé ne s'oppose cependant pas à ce que l'enfant, porteur d'un acte authentique de reconnaissance, ne puisse, si son identité avec l'individu dénommé dans cet acte vient à être contestée, l'établir par témoins ou à l'aide de simples présomptions, même sans commencement de preuve par écrit³.

Que si l'identité de l'auteur même de l'acte de reconnaissance avec l'individu auquel on impute la paternité, était déniée, et que les énonciations de cet acte ne fussent pas assez complètes et précises pour faire rejeter *de plano* cette dénégation, l'enfant ne serait pas admis à prouver par témoins ou à l'aide de simples présomptions l'identité contestée; il ne le pourrait qu'au moyen d'actes authentiques émanés de son prétendu père⁴.

La recherche de la paternité est interdite à toute personne indistinctement, et quel que soit le but dans lequel on voudrait l'exercer.

Ainsi, l'enfant naturel qui n'a pas été volontairement reconnu, n'est admis à faire preuve de sa filiation paternelle, ni pour succéder à celui qu'il prétend être son père, ni même pour lui demander des aliments⁵.

Réciproquement, nul n'est reçu à prouver la filiation paternelle d'un enfant naturel non volontairement reconnu, soit pour faire peser sur lui l'incapacité de recevoir à titre gratuit établie par l'art. 908⁶, soit pour lui faire appliquer les dispositions des art. 161 et 162, relatives aux empêchements de mariage résultant de la parenté et de l'alliance⁷.

³ Dans cette hypothèse il n'y a pas recherche de paternité, puisque la reconnaissance est constante, et que la question est seulement de savoir si elle s'applique à celui qui s'en prévaut. Demolombe, V, 484. Bastia, 17 août 1829, Sir., 29, 2, 279. Bordeaux, 18 février 1846, Sir., 46, 2, 289.

⁴ Cette proposition a été consacrée, dans ses diverses parties, par les arrêts suivants, rendus tous les trois dans l'affaire Guillermet. Civ. cass., 18 juin 1851, Sir., 51, 1, 391. Riom, 14 juillet 1853, et Civ. rej., 7 novembre 1855. Sir., 56, 1, 151.

⁵ Rolland de Villargues, nos 210 et 270. Demolombe, V, 485 *bis*. Civ. cass., 3 ventôse an X, Sir., 3, 1, 186. Civ. cass., 26 mars 1806, Sir., 6, 1, 570. Limoges, 27 août 1811, Sir., 12, 2, 237.

⁶ Toullier, II, 939. Duranton, III, 233. Richefort, II, 310, no 7. Grenier, *Des donations*, I, 130. Merlin, *Quest.*, vo Paternité, § 1. Valette, sur Proudhon, II, p. 136, note a. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 496. Demolombe, *loc. cit.* Civ. cass., 14 mai 1810, Sir., 10, 1, 272. Limoges, 7 décembre 1809, Sir., 13, 2, 335. Req. rej., 14 mai 1811, Sir., 14, 1, 111. Civ. cass., 17 décembre 1816, Sir., 17, 1, 191. Req. rej., 1^{er} avril 1818, Sir., 18, 1, 244. Toulouse, 15 avril 1834, Sir., 35, 2, 348. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 228 à 233.

⁷ Duranton, II, 166. Cpr. § 568 *ter*, texte et note 12; Nîmes, 3 décembre

Il y a plus, la mère d'un enfant naturel ne pourrait, en se fondant sur la prétendue paternité de l'homme qu'elle accuserait de l'avoir séduite, former contre ce dernier une action en dommages-intérêts⁸.

Par exception au principe ci-dessus posé, la recherche de la paternité est permise en cas d'enlèvement⁹. Art. 340.

1811, Sir., 12, 2, 438. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Du mariage*, I, 107. Cpr. aussi Demolombe, V, 486 et 424. — Loiseau (p. 577 à 580, et p. 596 à 598) émet sur ce point deux avis contradictoires.

⁸ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, Lég., VI, p. 121 et 122, n° 2, *in fine*). Merlin, *Rép.*, v° Fornication, § 2. Loiseau, p. 398 à 407. Demolombe, V, 485 bis. Civ. cass., 19 vendémiaire an VII, Sir., 1, 1, 168. Civ. cass., 5 nivôse an XII, Sir., 4, 2, 51. Req. rej., 10 mars 1808, Sir., 8, 1, 231.

⁹ Pour comprendre le véritable sens de cette exception, il importe de rappeler les différentes transformations qu'a subies la seconde disposition de l'art. 340. La section de législation avait proposé un article ainsi conçu : « Le ravisseur qui « refusera de reconnaître l'enfant dont la naissance fait concourir l'époque de la « conception avec celle de la durée du rapt, pourra être condamné en des dommages-intérêts au profit de cet enfant, sans que celui-ci puisse prendre le nom « du ravisseur, ni acquérir sur ses biens les droits d'enfant légitime. » Mais dans la séance du 26 brumaire an X, cet article fut attaqué par les uns à raison de l'exception qu'il introduisait au principe qui défend la recherche de la paternité, et par les autres à cause de la restriction qu'il apportait à l'étendue de cette exception. Après une discussion assez longue, le Conseil d'état résolut de n'admettre aucune espèce d'exception au principe qui vient d'être rappelé. Pour se conformer à cette décision, la section de législation proposa, dans la séance du 12 frimaire an X, un nouvel article ainsi conçu : « La recherche de la paternité « est interdite. Lors même que la conception d'un enfant concourra avec des circonstances de rapt ou de viol, il n'y aura lieu qu'à des dommages-intérêts « envers la mère. » Cet article fut adopté et communiqué au Tribunat, qui fit remarquer qu'il ne s'agissait pas de déterminer ici dans quel cas il y avait lieu d'accorder des dommages-intérêts à la mère, mais bien de statuer que dans le cas même où des dommages-intérêts pourraient être accordés, la recherche de la paternité n'en devait pas moins être interdite. Il proposa, en conséquence, de rédiger la disposition précédente en ces termes : « La recherche de la paternité « est interdite, quand bien même l'époque de la conception d'un enfant concourt avec des circonstances de rapt ou de viol qui donneraient lieu à des « dommages-intérêts au profit de la mère. » Enfin, d'après la conférence qui eut lieu entre le Tribunat et la section de législation au Conseil d'état, celle-ci revint, dans la séance du 13 brumaire an XI, sur la première résolution qui avait été adoptée, et proposa d'admettre la recherche de la paternité en cas d'enlèvement. Toutefois, la rédaction de la disposition qu'elle présenta différait de celle de l'art. 340, notamment en ce que la déclaration de paternité devait être, non pas seulement facultative, mais obligatoire pour le juge. Treilhard disait, à l'appui de cette nouvelle rédaction, que le concours de l'époque de l'enlèvement avec celle de la conception et la prolongation de la séquestration ne pouvaient laisser aucun doute sur la paternité. Mais Boulay répondit qu'il serait dangereux

Celui qui a enlevé une femme mineure ou majeure¹⁰, et qui l'a tenue plus ou moins longtemps en charte privée¹¹, peut, sur la demande de toute partie intéressée, être déclaré père de l'enfant dont cette femme est accouchée, lorsque l'époque de la conception coïncide avec celle de la séquestration¹². Il n'est d'ailleurs

de rendre la déclaration de paternité obligatoire pour le juge, puisqu'il est impossible de fixer le moment précis de la conception, et qu'ainsi le concours de l'époque de l'enlèvement avec celle de la conception n'est jamais certain. D'après cette observation, l'art. 340 fut définitivement adopté dans les termes du Code. Cpr. Loqué, *Lég.*, VI, p. 31, art. 14; p. 119 à 123, nos 2 à 4; p. 148 et 149, art. 27; p. 179, no 17; p. 183 à 185, nos 8 à 10.

¹⁰ *Lex non distinguit*. Peut-être objectera-t-on que l'art. 31, sect. I, tit. II, part. II, du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791, sous l'empire duquel le Code Napoléon a été discuté, n'incriminait le rapt que lorsqu'il avait été commis envers une fille âgée de moins de quatorze ans. Mais nous répondrons que si, d'après la législation pénale en vigueur lors de la discussion du Code Napoléon, le rapt ne dégénérait en délit *sui generis* que dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée, il n'en constituait pas moins, en toute autre circonstance, une atteinte à la liberté individuelle, définie et punie par cette même législation. Voy. Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791, part. II, tit. I, sect. III, art. 19. Or, les rédacteurs de l'art. 340, en se servant du terme générique *enlèvement*, ont clairement manifesté l'intention de ne pas restreindre l'exception établie par cet article à l'hypothèse où la recherche de paternité serait dirigée contre l'auteur d'un crime de rapt proprement dit. Nous répondrions de la même manière, et à l'aide des art. 341 à 344 du Code pénal de 1810, à l'objection tirée des art. 354 à 357 du même Code. Demolombe, V, 489.

¹¹ Plus la séquestration se prolongera, et plus la présomption de la paternité du ravisseur acquerra de gravité. Cpr. la note suivante.

¹² Cette rédaction nous paraît exprimer, mieux que ne le fait celle de l'art. 340, le véritable esprit de la loi, tel qu'il ressort de la discussion au Conseil d'état, analysée dans la note 9 *supra*. Cpr. Paris, 28 juillet 1821, Sir., 21, 2, 235. — Quant à l'époque de la conception, il faut, en recourant aux présomptions établies par les art. 312, al. 2, 314 et 315, la placer dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis le commencement du trois centième jour jusqu'à la fin du cent quatre-vingtième avant et non y compris celui de la naissance de l'enfant. Cpr. § 546, texte no 3. Toutefois, il importe de remarquer que si, en règle générale, l'enfant peut, en se tenant d'ailleurs dans les limites ci-dessus indiquées, assigner à sa conception le moment le plus favorable à ses intérêts, sans que le juge soit autorisé à reporter cet événement à une époque différente, il n'en est pas de même dans l'hypothèse actuelle. Si, par exemple, la séquestration avait duré depuis le trois centième jour jusqu'au deux cent quatre-vingt-cinquième avant la naissance de l'enfant, et que ce dernier voulût placer sa conception dans cet intervalle de temps, le juge ne serait pas obligé de s'en tenir à cette fixation; il pourrait, en faisant usage du pouvoir discrétionnaire que l'art. 340 lui accorde, précisément à raison de l'incertitude qui règne sur le moment de la conception, rejeter la recherche de paternité, dans le cas où les autres circonstances de la cause tendraient à démontrer qu'elle n'est pas fondée. — *Quid juris*, si la séquestration

pas nécessaire que le fait de l'enlèvement ait été préalablement jugé par un tribunal de justice répressive¹³.

L'exception dont il est question ne s'applique qu'au rapt de violence et non à celui de séduction¹⁴. Cette exception ne peut être étendue au cas de viol¹⁵.

s'était prolongée depuis le commencement du trois centième jour jusqu'à la fin du cent quatre-vingtième avant la naissance? La paternité du ravisseur semblerait devoir être la conséquence forcée d'un pareil concours de circonstances. Toutefois, dans ce cas-là même, le jugement qui refuserait de la déclarer, échapperait à la censure de la Cour de cassation. Cpr. en sens divers : Rolland de Villargues, n° 268 ; Delvincourt, I, p. 233 ; Toullier, II, 941 ; Demolombe, V, 493.

¹³ Duvergier, sur Toullier, II, 941, note a ; Demolombe, V, 492. Cpr. Paris, 28 juillet 1821, Sir., 21, 2, 235. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 418 ; Toullier, II, 941. Ces auteurs ne donnent aucune raison à l'appui de leur manière de voir, qui est repoussée par le texte même de l'art. 340, et qui, si elle était admise, entraînerait dans la pratique les plus graves inconvénients.

¹⁴ Il résulte, en effet, des travaux préparatoires : 1° Qu'on ne s'est trouvé conduit à admettre la recherche de la paternité en cas d'enlèvement, que par suite de la supposition que cet événement pourrait donner lieu à des dommages-intérêts envers la mère ; 2° que si on a définitivement admis cette recherche dans cette hypothèse exceptionnelle, c'est uniquement par le motif que la durée plus ou moins longue de la séquestration de la mère, pendant le temps correspondant à celui de la conception, pourrait fournir la preuve de la paternité du ravisseur. Or, ces deux considérations ne s'appliquent, en aucune manière, au rapt de séduction. D'une part, en effet, ce rapt n'était pas incriminé par le Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 ; et bien que puni par le Code pénal actuel, il ne pourrait, même aujourd'hui, donner lieu, contrairement à la règle *Volenti non fit injuria*, à des dommages-intérêts au profit de la femme séduite. D'autre part, le rapt de séduction n'emporte pas, comme celui de violence, l'idée de séquestration. Enfin, nous ferons remarquer que, dans le langage usuel, le mot *enlèvement* suppose une violence exercée envers la personne enlevée, et que telle est aussi, d'après le discours de Duveyrier, l'acception dans laquelle les rédacteurs de l'art. 340 ont entendu cette expression. Cpr. *Dictionnaire de l'académie*, v° Enlèvement ; Locré, *Lég.*, VI, p. 322, n° 42. Voy. en ce sens : *Consultation délibérée*, par MM. Grappe, Delacroix-Frainville et Bonnet, Sir., 21, 2, 236. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 569, texte et note 3 ; Rolland de Villargues, n° 207 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 137, note a, 1° ; Marcadé, sur l'art. 340, n° 2 ; Richefort, II, 306 ; Demolombe, V, 490 ; Paris, 28 juillet 1821, Sir., 21, 2, 235.

¹⁵ *Exceptio est strictissimæ interpretationis, et aliàs non est eadem ratio.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 498. Voy. en sens contraire : Locré, sur l'art. 340 ; Loiseau, p. 418 et 419 ; Delvincourt, I, p. 233 ; Toullier, II, 941 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 139, note a, 2° ; Marcadé, *loc. cit.* ; Taulier, I, p. 434 ; Richefort, II, 306 ; Demolombe, V, 491 ; Zachariæ, § 569, texte et note 4. Cette dernière opinion nous semble repoussée, non-seulement par le texte, mais encore par l'esprit de la loi. En effet, les diverses transformations qu'a subies l'art. 340 prouvent que le cas de viol a été, tout aussi bien que celui d'en-

Du reste, la prohibition de la recherche de la paternité ne forme pas obstacle à ce que l'enfant naturel qui prétend avoir été volontairement reconnu, dans son acte de naissance, ou dans un acte subséquent reçu par l'officier de l'état civil, ne puisse, après avoir prouvé la perte des registres, être admis à établir, même par témoins, que ces registres contenaient une reconnaissance en sa faveur¹⁶. La même solution semble devoir s'appliquer au cas de perte de la minute de tout autre acte authentique de reconnaissance¹⁷.

§ 570.

b. De la recherche de la maternité.

La recherche de la maternité est permise. Art. 341, al. 1.

Le droit de rechercher la maternité n'appartient pas seulement à l'enfant ou à son représentant¹; il compète encore à toute per-

lèvement; présent à la pensée du législateur, qui les avait même assimilés l'un à l'autre sous le rapport des dommages-intérêts auxquels ils pourraient donner lieu envers la mère; qu'ainsi c'est avec intention, et non par oubli, qu'il n'a pas reproduit cette assimilation relativement à la recherche de paternité. On ne peut qu'approuver la détermination qu'il a prise à cet égard. Qui ne comprend en effet que, tout en admettant la possibilité de la conception à la suite d'un viol, on ne saurait cependant trouver dans ce fait passer une présomption de paternité équivalente à celle qui résulte d'une séquestration prolongée pendant un temps plus ou moins long. C'est du reste en ce sens que se sont unanimement exprimés les orateurs du gouvernement et du Tribunat, en indiquant le cas d'enlèvement comme étant le seul dans lequel la recherche de la paternité serait exceptionnellement permise. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu; *Rapport*, par Lahary; et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 214, n° 33; p. 267, n° 38; p. 322, n° 42).

¹⁶ Arg. art. 46 et 62. Merlin, *Rép.*, v° État civil (actes de l'), § 2, sur l'art. 46, n° 5. Voy. cep. Civ. rej., 13 mars 1827, Sir., 27, 1, 444. Cet arrêt, dont les considérants semblent condamner la doctrine que nous avons émise, n'est pas précisément contraire à notre manière de voir, puisque, dans l'espèce sur laquelle il a statué, l'enfant qui recherchait la paternité s'était borné à offrir la preuve de la perte des registres de l'état civil, sans articuler qu'il existât dans les registres perdus un acte de reconnaissance à son profit.

¹⁷ Arg. art. 1348, n° 4. Cpr. aussi art. 1335 et 1336.

¹ Il est généralement admis que la recherche de maternité peut être exercée au nom de l'enfant par son représentant, par exemple, par son père, agissant en qualité de tuteur légal. Riom, 26 juillet 1854, Sir., 55, 2, 13. — Les créanciers de l'enfant pourraient aussi, sinon intenter une action principale en recherche de maternité, du moins invoquer à l'appui de l'action en délivrance de droits successifs qu'ils auraient formée du chef de leur débiteur, les moyens tendant à faire constater sa filiation maternelle. Cpr. § 312, texte, notes 20 et 29; § 544 bis, texte n° 1 et note 9.

sonne légalement intéressée à établir la filiation maternelle d'un enfant naturel².

Ainsi, les descendants légitimes d'un enfant naturel non reconnu de son vivant, sont autorisés à faire constater sa filiation maternelle, pour exercer les droits de succession que leur accorde l'art. 759³. Leur réclamation à cet égard n'est pas même soumise aux restrictions établies par les art. 329 et 330⁴.

² Des opinions contraires, plus ou moins divergentes entre elles, se sont produites sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Cpr. 3 à 6 *infra*. La proposition formulée au texte découle nettement, selon nous, du premier alinéa de l'art. 341, qui, admettant d'une manière absolue la recherche de la maternité, la permet, par cela même, à toute personne légalement intéressée à établir la filiation maternelle d'un enfant naturel. Si le deuxième et le troisième alinéa de l'article précité ne prévoient explicitement que le cas où la réclamation est formée par l'enfant, ils ne sauraient pour cela être considérés comme restrictifs du principe absolu posé dans le premier alinéa du même article. Ces dispositions, en effet, ont pour unique objet de régler la manière dont la preuve de la filiation maternelle doit être administrée, et non d'indiquer les personnes autorisées à rechercher la maternité. Les termes *l'enfant qui réclamera sa mère*, sont simplement énonciatifs, et s'expliquent par la circonstance que le cas où la maternité est recherchée par l'enfant est le plus ordinaire. Nous ajouterons que l'art. 340 fournit en faveur de notre opinion un argument décisif. Cet article permettant, dans l'hypothèse exceptionnelle dont il s'occupe, la recherche de la paternité à toute personne intéressée, il doit en être de même, à plus forte raison, de la recherche de la maternité, que la loi admet d'une manière générale. Merlin, *Rép.*, v^o Maternité, n^o 5. Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 392. Richefort, III, 337 et 338. Pont, *Revue de législation*, 1844, XIX, p. 254. Taulier, I, p. 434 et 435. Baudot, *Revue pratique*, 1857, III, p. 337. Cpr. Neyremand, *Revue critique*, 1857, XI, p. 298; Req. rej., 12 juin 1823, Sir., 23, 1, 394; Civ. rej., 7 avril 1830, Sir., 30, 1, 175.

³ Marcadé, sur l'art. 342, n^o 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 502. Demolombe, V, 520 à 524. Voy. en sens contraire: Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, p. 150; Paris, 13 décembre 1837, Sir., 37, 2, 369; Bastia, 31 mars 1840, Dalloz, 1840, 2, 120. Voy. aussi: Paris, 31 mars 1837, Dalloz, 1837, 2, 139. — En indiquant comme favorables à la proposition énoncée au texte les auteurs cités en tête de la note, nous devons cependant faire remarquer que leur point de départ n'est pas le même que le nôtre. Ils n'accordent, en effet, la recherche de maternité aux descendants légitimes de l'enfant naturel que du chef de ce dernier, et comme le représentant, tandis que nous la leur concédons en propre nom, et en leur qualité de parties légalement intéressées à faire constater la filiation maternelle de cet enfant. La différence qui nous sépare n'est pas sans intérêt pratique. Voy. la note suivante.

⁴ Nous nous écartons sur ce point de l'opinion des auteurs cités en tête de la note précédente, qui, n'accordant aux descendants légitimes de l'enfant naturel la recherche de maternité qu'en leur qualité de représentants de ce dernier, et par application des art. 329 et 330, se trouvent ainsi forcément amenés à ne la leur concéder que sous les restrictions établies par ces articles. A notre avis, au

Ainsi encore, les frères et sœurs légitimes ou naturels d'un enfant naturel sont recevables à établir sa filiation maternelle, pour faire valoir les droits de succession que leur confère l'art. 766⁵.

La recherche de la maternité est même admise contre l'enfant, soit pour empêcher la violation des prohibitions de mariage portées aux art. 161 et 162, soit pour demander, en vertu de l'art. 908, la réduction des libéralités excessives que sa mère lui aurait faites⁶.

contraire, la question doit uniquement se résoudre par l'art. 341. Ce moyen de solution nous paraît d'autant plus rationnel, que la distinction si profonde, tracée par le législateur entre les dispositions concernant la filiation légitime et celles qui sont relatives à la filiation naturelle, repousse tout système qui reposerait sur la combinaison de ces deux ordres de règles. En vain oppose-t-on que d'après cette manière de voir, la condition des descendants de l'enfant naturel, quant à la recherche de sa filiation maternelle, serait plus favorable que celle des descendants de l'enfant légitime. On a perdu de vue en faisant cette objection, que la recherche de maternité exercée par les descendants de l'enfant naturel dans le seul but de faire valoir les droits de succession qui leur appartiennent sur les biens délaissés par la mère de cet enfant, est loin d'avoir des conséquences aussi graves que la réclamation d'état formée par les descendants d'un enfant légitime, réclamation dont le résultat sera, si elle est accueillie, de faire entrer ces descendants eux-mêmes et leur postérité dans les familles des père et mère de leur auteur. Cpr. Baudot, *Revue pratique*, 1857, III, p. 316; Angers, 29 mai 1852, Sir., 52, 2, 641.

⁵ Cette proposition est généralement rejetée par la jurisprudence. Voy. Paris, 16 décembre 1833, Sir., 34, 2, 184; Amiens, 25 janvier 1838, Sir., 38, 2, 457; Civ. rej., 20 novembre 1843, Sir., 43, 1, 849; Besançon, 12 juillet 1855, Sir., 56, 2, 452. On peut cependant considérer jusqu'à certain point l'arrêt Lahirigoyen (Civ. rej., 1^{er} juin 1853, Sir., 53, 1, 481. Cpr. texte et note 19 *infra*) comme indiquant une tendance à revenir sur cette jurisprudence, dont la conséquence serait d'attribuer à l'État, au détriment des frères et sœurs, et malgré l'évidence matérielle des faits, la succession de l'enfant naturel, par cela seul qu'il n'aurait pas été volontairement reconnu dans la forme déterminée par la loi. Quant aux auteurs, ils ne se sont pas spécialement occupés de la question, à l'exception toutefois de M. Demolombe, qui admet la solution que nous lui avons donnée (V, 524 *in fine*), mais en partant de l'idée que c'est au nom de l'enfant naturel, et par l'effet d'une transmission d'action, que ses frères et sœurs sont autorisés à rechercher la maternité. Cette idée présente, il faut en convenir, quelque chose de bien singulier dans l'hypothèse qui nous occupe. Celui qui se prévaut d'une transmission d'action ne peut le faire, en effet, qu'en établissant avant tout sa qualité de successeur universel. Or, cette qualité est si peu constante pour les frères et sœurs de l'enfant naturel, que la recherche de maternité tend précisément à la faire constater. Tous ces détours imaginés pour échapper aux conséquences du système qui refuse aux tiers intéressés la recherche de la maternité, prouvent de plus fort, à notre avis, le peu de fondement de ce système.

⁶ L'incapacité de recevoir dont se trouvent frappés les enfants naturels, est attachée à leur qualité même, et non pas seulement à la reconnaissance volontaire dont ils auraient été l'objet. C'est ce qui ressort du texte même de l'art. 908,

La filiation maternelle d'un enfant naturel ne peut s'établir que par la preuve directe des faits indiqués au second alinéa de l'art. 341. Le principe qu'à défaut de titre la possession d'état suffit pour constater la filiation légitime, ne s'applique pas plus, en matière de filiation naturelle, à la preuve de la maternité qu'à celle de la paternité⁷. La conformité de la possession d'état à l'acte de naissance

qui s'exprime d'une manière générale et absolue, sans établir de distinction entre les enfants naturels reconnus et ceux qui ne l'ont pas été. Cette incapacité ne peut sans doute atteindre que les enfants dont la filiation maternelle se trouvera constatée; mais elle doit les atteindre tous, de quelque manière que cette constatation ait eu lieu, soit par une reconnaissance volontaire, soit par un jugement rendu à la suite d'une recherche de maternité. Cela posé, la question se réduit à savoir si la réclamation des personnes légalement intéressées à se prévaloir de l'incapacité établie par l'art. 908, peut être écartée sous le prétexte que la loi ne leur aurait pas nominativement concédé la faculté de rechercher la maternité. Or, indiquer une pareille question, c'est la résoudre, puisqu'il va de soi que la loi, en accordant un droit, accorde par cela même la faculté de prouver le fait auquel son existence est attachée. Nous ne comprendrions d'ailleurs pas, qu'une fraude concertée entre la mère et l'enfant pour violer une loi d'ordre public, pût être sanctionnée par la justice; et cette observation nous paraît beaucoup plus puissante que toutes les considérations hasardées qu'on a fait valoir à l'appui du système contraire, considérations qui, bien loin d'être conformes aux vrais principes de la morale, ne présentent qu'un faux semblant d'honnêteté. La morale sociale ne serait-elle pas profondément blessée si, malgré la notoriété de la filiation maternelle d'un enfant naturel, il devait être interdit aux héritiers légitimes de la faire judiciairement constater pour demander la réduction du legs universel que sa mère lui aurait fait! La conscience publique ne serait-elle pas froissée plus profondément encore, si la recherche de la maternité devait être interdite aux tiers, alors même qu'il s'agirait d'empêcher ou de faire annuler un mariage incestueux! Voy. en ce sens les auteurs cités à la note 2 *supra*. Voy. en sens contraire: Duranton, III, 242; Marcadé, sur l'art. 341, n° 8; Demolombe, V, 527; Valette, *Explication sommaire*, p. 485, n° 22; Colmar, 4 mai 1844, Sir., 44, 2, 203.; Req. rej., 3 février 1851, Sir., 51, 1, 225; Orléans, 8 février 1855, Sir., 55, 2, 138.

⁷ La possession d'état n'emporte pas de sa nature une preuve directe et complète de la filiation, elle ne fournit à cet égard qu'une simple induction; et si l'art. 320 a érigé cette induction en présomption légale, quand il s'agit de filiation légitime, cela n'autorise pas à étendre le bénéfice de cette disposition à la filiation naturelle. Il y a mieux, le rapprochement des art. 334 et 341 et des art. 319 et suivants démontre que le législateur a entendu établir pour la preuve de la filiation naturelle des règles spéciales, toutes différentes de celles qu'il avait tracées pour la filiation légitime, et conduit à reconnaître que s'il n'a pas reproduit, en s'occupant des enfants naturels, la disposition de l'art. 320, c'est avec l'intention bien arrêtée de ne pas admettre la possession d'état comme prouvant d'une manière suffisante la filiation naturelle. Le parti auquel il s'est arrêté se justifie par la considération que la possession d'état, dont un enfant naturel

dans lequel la mère serait indiquée, ne suffirait même pas, en de-

jouirait à l'égard de sa mère seulement, serait loin de présenter la même valeur que la possession d'état d'enfant légitime, qui, pour être complète, doit rattacher l'enfant, non-seulement à sa mère, mais encore à son père, et même à leurs familles respectives. Deux arguments principaux ont été présentés au soutien de l'opinion contraire. On a dit en premier lieu, que la demande formée par celui qui jouit de la possession d'état d'enfant naturel, dans le but de faire déclarer sa filiation maternelle, ne constitue pas une recherche de maternité, puisqu'il n'a point à réclamer un état qu'il possède. Ayant déjà réfuté cette argumentation à la note 2 du § 569, nous nous bornerons à y renvoyer. Nous ajouterons seulement que l'opinion intermédiaire de ceux qui, tout en rejetant la possession d'état comme insuffisante pour établir la filiation paternelle, l'admettent comme faisant preuve de la filiation maternelle, ne tend à rien moins qu'à imputer aux rédacteurs du Code une grave inconséquence. En effet, si dans leur pensée la possession d'état avait dû fournir une preuve complète de la filiation maternelle, elle aurait dû également, et même à plus forte raison, suffire pour prouver la filiation paternelle, et il n'eût plus existé aucun motif rationnel d'interdire la recherche de la paternité. On s'est prévalu en second lieu, de ce que la partie de l'art. 7 du projet (correspondant à l'art. 341 du Code), qui assimilait la possession constante de l'état d'enfant naturel à un commencement de preuve par écrit, a été supprimée sur l'observation de Portalis, qu'une pareille possession d'état ne forme pas seulement un commencement de preuve, mais la preuve la plus complète de la filiation maternelle. Cpr. Loqué, *Lég.*, VI, p. 30, art. 7 ; p. 125, n° 9. Nous répondrons à cette objection que rien ne prouve que la suppression dont il s'agit ait été opérée par suite et dans le sens de l'observation faite par Portalis, puisque le procès-verbal de la discussion est complètement muet sur ce point, tandis qu'il s'exprime d'une manière très-précise sur le sort de deux autres amendements présentés à l'occasion du même article par le ministre de la justice et par Maleville. Ce retranchement peut très-bien s'expliquer par d'autres motifs ; et il nous paraît en tout cas certain, que si la section de législation avait voulu admettre l'opinion de Portalis, elle n'aurait pas manqué de la consacrer d'une manière formelle, surtout après avoir introduit dans la rédaction définitive la disposition de l'art. 334 qui la rejette implicitement. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que le projet primitivement présenté a subi en dernier lieu de notables modifications ; et, en présence de ce fait, il semble impossible d'attacher une grande valeur aux opinions émises dans le cours des discussions qui ont précédé l'introduction de ces changements. Loiseau, p. 525 à 528. Toullier, II, 970 et 971. Magnin, *Des minorités*, I, 224. Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 610. Marcadé, sur l'art. 340, n° 6, et *Revue critique*, 1851, I, p. 150. Ancelot, *Revue de législation*, 1852, II, p. 130 et suiv. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 234 ; Proudhon, II, p. 143 et 144 ; Duranton, III, 238 ; Richesfort, II, 337 bis ; Bonnier, *Des preuves*, n° 144 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 501 ; Demolombe, V, 477 à 480 ; Merville, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, 809 ; Ballot, *même Revue*, 1849, VI, p. 812 ; Hérolé, *Revue pratique*, 1856, I, p. 204 ; Neyrémand, *Revue critique*, 1857, XI, p. 298 ; Rouen, 20 mai 1829, Sir., 38, 2, 6, à la note. Voy. aussi pour et contre les arrêts cités à la note suivante.

hors du cas prévu par l'art. 336, pour établir la filiation maternelle de l'enfant qui se trouverait dans cette position ⁸.

La preuve de la filiation maternelle doit, pour être complète, porter tant sur l'accouchement de la femme qu'on prétend être la mère de l'enfant naturel dont l'état est en question, que sur l'identité de cet enfant avec celui dont elle est accouchée ⁹. Cette preuve complexe peut se faire simultanément quant à l'un et à l'autre de ces faits; et il n'est pas nécessaire pour l'admissibilité de la preuve de l'identité, que celle de l'accouchement ait été au préalable rapportée ¹⁰. Il y a mieux, la simplification de la procédure semble

⁸ Dans l'état actuel de notre législation, l'acte de naissance dressé sans la participation de la femme indiquée comme mère, n'ajoute rien à la possession d'état, à moins que cette indication n'émane de celui qui s'est reconnu le père de l'enfant. C'est ce qui ressort, d'une manière non douteuse, de la combinaison des art. 334, 336 et 341. Cette législation, nous en convenons, est rigoureuse; elle place trop souvent le magistrat dans la nécessité de faire abstraction de sa conviction personnelle comme homme, et de repousser des recherches de maternité fondées sur des faits certains à ses yeux comme à ceux du public. Aussi serait-il à désirer qu'on généralisât la disposition de l'art. 336, en l'appliquant à tous les cas où la mère aurait été indiquée dans l'acte de naissance par l'une ou l'autre des personnes que l'art. 56 charge de faire la déclaration de l'accouchement. Mais, tout en manifestant le vœu d'un changement de législation sur ce point, nous ne pensons pas qu'il appartienne aux interprètes et aux tribunaux de corriger les imperfections de la loi telle qu'elle existe. Voy. dans ce sens : Bourges, 2 mai 1837, Sir., 38, 2, 5; Nancy, 9 février 1850, Sir., 51, 1, 225; Civ. cass., 17 février 1851, Sir., 51, 1, 161; Paris, 26 avril 1852, Sir., 52, 2, 525; Lyon, 20 avril 1853, Sir., 53, 2, 497; Metz, 21 juin 1853, Sir., 56, 2, 449; Pau, 28 juin 1855, Sir., 55, 2, 673; Paris, 17 juillet 1858, Sir., 58, 2, 534. Voy. en sens contraire : Proudhon, *loc. cit.*; Duranton, III, 239; Paris, 27 juin 1842, Sir., 12, 2, 418; Rouen, 19 décembre 1844, Sir., 45, 2, 133; Limoges, 4 avril 1848, Sir., 48, 2, 375; Paris, 26 juillet 1849, Sir., 49, 2, 490; Paris, 18 mars 1850, Sir., 50, 2, 593; Grenoble, 12 décembre 1850, Sir., 51, 2, 391; Paris, 10 mai 1851, Sir., 51, 1, 225, à la note; Caen, 24 mai 1858, Sir., 58, 2, 534.

⁹ Voy. la rédaction primitive de l'art. 341, et les observations présentées par Rœderer sur cette rédaction, dans la séance du 26 brumaire an X (Loché, *Lég.*, VI, p. 30, art. 7; p. 125, n° 10). Demolombe, V, 498.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Maternité, n° 4. Duranton, III, 210. Richefort, II, 328. Marcadé, sur l'art. 341, n° 3. Demolombe, V, 500. Req. rej., 3 juillet 1850, Sir., 50, 1, 705. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 942; Rolland de Villargues, n° 275. Ces auteurs prétendent que l'art. 341 ne s'occupe que de la preuve de l'identité, et non de celle de l'accouchement qu'il suppose toute faite. Mais cette interprétation est évidemment contraire à la texture grammaticale de l'article précité, de laquelle il ressort que la preuve à faire par le demandeur en recherche de maternité est une preuve complexe, qui doit porter tout à la fois sur l'accouchement et sur l'identité.

exiger que la preuve de ces deux faits ne soit pas séparée ; en tout cas, celle de l'accouchement ne devrait être admise isolément qu'autant que le demandeur aurait suffisamment édifié le juge sur les circonstances à l'aide desquelles il prétend établir l'identité¹¹.

L'accouchement et l'identité sont également susceptibles de se prouver par témoins¹². Mais la preuve testimoniale n'en est admissible qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit de nature à les rendre vraisemblables tous les deux¹³ ; de telle sorte que la preuve par témoins de l'accouchement ne devrait pas être admise, malgré la production d'un commencement de preuve par écrit relatif à ce fait, s'il n'existait pas un pareil commencement de preuve de l'identité¹⁴. Art. 341, al. 3.

Le commencement de preuve par écrit qu'exige l'art. 341, ne peut être remplacé par des présomptions graves résultant de faits déjà constants¹⁵. Il doit, en général, émaner de la mère ; et, dans ce cas, il est opposable à toute personne indistinctement. Le com-

¹¹ Demolombe, V, 501. •

¹² Merlin, *Rép.*, v^o Maternité, n^o 4. Duranton, III, 240. Duvergier, sur Toullier, II, 942, note 1. Richefort, II, 328 et suiv. Marcadé, sur l'art. 341, n^o 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 500. Demolombe, V, 500. Voy. cep. Toullier, II, 942 et 943. Suivant cet auteur, l'accouchement ne pourrait se prouver que par écrit. Son opinion sur ce point se rattache à celle que nous avons réfutée à la note 10 *supra*.

¹³ Voy. en ce sens les autorités citées à la note précédente. Cpr. cep. Delvincourt, I, p. 233. D'après cet auteur, l'accouchement pourrait se prouver par témoins sans commencement de preuve par écrit. Cette opinion, que repousse évidemment le texte de l'art. 341, suppose d'ailleurs une hypothèse qui ne paraît pas pouvoir se présenter. En effet, s'il est vrai qu'un commencement de preuve par écrit se rapportant exclusivement à l'accouchement, ne rende pas vraisemblable le fait de l'identité, on ne comprendrait pas qu'un écrit formant un commencement de preuve de l'identité d'un individu avec l'enfant dont une femme est accouchée, ne formât pas en même temps un commencement de preuve de l'accouchement de cette femme.

¹⁴ Il ne doit pas être permis de porter atteinte à l'honneur d'une femme en offrant de prouver son accouchement, si l'on n'a pas par devers soi un commencement de preuve de l'identité, qui est absolument indispensable pour que la recherche de maternité puisse aboutir.

¹⁵ En d'autres termes, les dispositions de l'art. 323 ne s'appliquent qu'à la preuve de la filiation légitime, et ne peuvent être étendues à celle de la filiation naturelle. Merlin, *Rép.*, v^o Légitimité, sect. III, n^o 3 ; *Quest.*, v^o Maternité. Rolland de Villargues, n^o 278. Toullier, II, 944 et 945. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 500. Demolombe, V, 502. Civ. cass., 28 mai 1810, Sir., 40, 4, 193. Grenoble, 24 janvier 1844, Sir., 45, 2, 341. Toulouse, 13 juillet 1846, Sir., 48, 2, 116.

commencement de preuve résultant d'écrits étrangers à la mère ne pourrait être opposé qu'aux auteurs de ces écrits ¹⁶.

L'acte de naissance auquel n'a point concouru la femme qui y est indiquée comme mère, ne forme, encore qu'il ait été dressé sur la déclaration de l'une des personnes désignées en l'art. 56, ni preuve complète ¹⁷, ni même commencement de preuve par écrit de l'accouchement ¹⁸. Il en est ainsi, non-seulement au regard de

¹⁶ L'art. 324 n'est pas plus que l'art. 323, applicable à la matière qui nous occupe. Bonnier, *Des preuves*, n° 445. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, V, 503. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 340 à 342, n° 3; Paris, 7 juillet 1838, Sir., 45, 2, 194, à la note. Toutefois, on ne peut pas non plus s'en tenir exclusivement à l'art. 1347. La reconnaissance de la mère étant opposable à toute personne indistinctement, il doit en être de même du commencement de preuve par écrit émané d'elle.

¹⁷ Duranton, I, 307, III, 236. Marcadé, sur les art. 340 à 342, n° 3. Demolombe, I, 297, V, 506. Grenoble, 5 avril 1843, Sir., 45, 2, 340. Colmar, 4 mai 1844, Sir., 44, 2, 203. Pau, 29 juillet 1844, Sir., 45, 2, 193. Metz, 21 juin 1853, Sir., 56, 2, 449. Pau, 28 juin 1855, Sir., 55, 2, 673. Besançon, 12 juillet 1855, Sir., 56, 2, 452. Paris, 17 juillet 1858, Sir., 58, 2, 534. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Maternité; Rolland de Villargues, n° 276; Toullier, II, 866 et 867; Proudhon, II, p. 143; Bordeaux, 19 janvier 1831, Sir., 31, 2, 231; Paris, 7 juillet 1838, Sir., 45, 2, 194, à la note; Limoges, 4 avril 1848, Sir., 48, 2, 375. On invoque à l'appui de cette dernière solution, l'art. 46 du Code Napoléon, et l'opinion émise par Emmery, lors de la discussion qui s'éleva au Conseil d'état sur la question de savoir si la recherche de la maternité devait être permise contre une femme mariée. Cpr. Loqué, *Lég.*, VI, p. 143, n° 20. Mais l'argument tiré de l'art. 46 repose sur une confusion évidente entre le fait de la naissance et celui de la filiation. Si, d'après cet article, l'acte de naissance prouve le fait même de la naissance de l'enfant pour lequel il a été dressé, il ne résulte nullement de sa disposition que cet acte fasse également preuve de la filiation maternelle, c'est-à-dire de l'accouchement de la femme qui s'y trouve désignée comme mère. Ce n'est que par l'art. 349 que le législateur a attaché à l'acte de naissance l'effet de prouver la filiation. Or, cet article ne concerne que les enfants légitimes; et, comme il s'écarte à cet égard des règles ordinaires sur la force probante des actes instrumentaires, il n'est pas permis de l'étendre aux enfants naturels. Cette extension doit d'autant plus être rejetée qu'elle conduirait, pour le cas où l'indication de la mère dans l'acte de naissance aurait été faite par le père, à une conséquence incompatible avec la disposition de l'art. 336. Quant à l'opinion émise par Emmery, elle ne saurait être d'aucun poids, puisqu'elle n'a été énoncée que transitoirement, à l'occasion d'une question toute différente de celle dont nous nous occupons, et que rien ne prouve que le Conseil d'état en ait tenu compte. — Il est du reste bien entendu que l'acte de naissance ferait preuve complète de l'accouchement à l'égard des personnes sur la déclaration desquelles il a été dressé, dans le cas où l'enfant viendrait élever contre elles des prétentions à la succession de la femme qui s'y trouve indiquée comme sa mère.

¹⁸ L'acte de naissance dressé sans le concours de la femme qui y est désignée

la prétendue mère, mais encore en ce qui concerne les tiers auxquels on voudrait opposer cet acte¹⁹.

A plus forte raison l'acte de naissance ne forme-t-il pas un commencement de preuve par écrit de l'identité²⁰. Ce commencement

comme mère, n'étant pas émané d'elle, ne peut former commencement de preuve par écrit, ni à son égard, ni par suite à l'égard des personnes qui n'y ont point figuré. Duranton, III, 237. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* Bourges, 2 mai 1837, Sir., 38, 2, 5. Grenoble, 5 avril 1843, Sir., 45, 2, 341. Pau, 29 juillet 1844, Sir., 45, 2, 193. Nancy, 9 février 1850, Sir., 51, 1, 225. Lyon, 3 août 1851, Sir., 52, 2, 101. Metz, 21 juin 1853, Sir., 56, 2, 449. Pau, 22 juin 1855, Sir., 55, 2, 673. Paris, 17 juillet 1858, Sir., 58, 2, 534. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 233 et 234 ; Bordeaux, 19 février 1846, Sir., 46, 2, 294 ; Limoges, 4 avril 1848, Sir., 48, 2, 275.

¹⁹ Suivant une doctrine nouvelle, émise pour la première fois par la Cour de cassation (Civ. rej., 1^{er} juin 1853, Sir., 53, 1, 481), et qui a été reproduite par la Cour de Caen (24 mai 1858, Sir., 58, 2, 535), l'acte de naissance dressé, même sans le concours de la mère, sur la déclaration de l'une des personnes désignées en l'art. 56, ferait preuve complète de l'accouchement, sinon à l'égard de la prétendue mère et de sa famille, du moins à l'égard des tiers, de telle sorte que si l'identité de l'enfant n'était pas contestée, sa filiation maternelle se trouverait, en ce qui concerne les tiers, établie au moyen de son acte de naissance. La distinction sur laquelle repose cette doctrine pourrait sans doute, s'il s'agissait de réviser notre législation, se justifier par la considération que c'est uniquement dans l'intérêt de la femme recherchée comme mère et de sa famille, que la constatation de la filiation naturelle doit être soumise à des conditions rigoureuses, et que du moment où cette filiation, loin d'avoir été contestée, a été tacitement reconnue par la mère et par sa famille, les tiers n'ont point qualité pour la méconnaître. Mais quelque rationnelle et sérieuse que soit cette considération, nous ne pensons pas qu'elle puisse prévaloir contre les art. 334 et 341, et autoriser le juge à considérer comme constante, à l'égard des tiers, une filiation naturelle qui ne serait pas suffisamment établie d'après les dispositions de ces articles. Il nous paraît au surplus que la Cour de cassation n'a été amenée à introduire dans la loi la distinction relative aux tiers, que pour échapper aux conséquences du système, erroné selon nous, qui n'admet la recherche de la maternité que de la part de l'enfant. Cpr. notes 5 et 8 *supra*.

²⁰ La première rédaction de l'art. 341 contenait un quatrième alinéa ainsi conçu : « Le registre de l'état civil qui constatera la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès ne sera pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit. » Mais, dans la séance du 26 brumaire an X, le ministre de la justice proposa la suppression de cette disposition, en faisant remarquer que la question étant précisément de savoir si le registre s'appliquait ou non au réclamant, on tournait dans un cercle vicieux en tirant du registre même les premiers traits de lumière sur cette application. Boulay adopta cet amendement au nom de la section de législation, qui ne reproduisit plus l'alinéa ci-dessus transcrit dans la rédaction définitive de l'art. 341. Cpr. Locré, *Lég.*, VI, p. 30, art. 7 ; p. 124, nos 7 et 8 ; p. 149, art. 28. Marcadé, sur les art. 340 à 342, n° 3. Demolombe, V, 508. Civ. cass., 28 mai 1810, Sir., 10, 1, 193. Bordeaux, 19 fé-

de preuve ne peut résulter que d'écrits qui se rapportent à l'enfant dont l'état fait l'objet du litige. En cas de contestation sur l'existence de cette condition, l'identité de l'enfant avec l'individu auquel ces écrits s'appliquent, résulterait suffisamment de la conformité des énonciations qu'ils renferment, avec l'état que possédait l'enfant à l'époque correspondante à leur date ; et la preuve de cette conformité pourrait se faire par témoins, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit ²¹.

En l'absence de tout commencement de preuve par écrit de nature à rendre vraisemblables tant le fait de l'identité que celui de l'accouchement, la recherche de maternité devrait être déclarée non recevable. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'enfant aurait une possession d'état conforme à un acte de naissance dressé sans le concours de la femme qui y aurait été indiquée comme mère ²².

Que si la maternité avait été reconnue, soit dans l'acte de naissance, soit dans un acte authentique postérieur, et que la contestation ne portât plus que sur l'identité de l'enfant avec l'individu désigné dans l'acte de reconnaissance, la preuve de cette identité résulterait complètement d'une possession d'état conforme à cet

vrier 1846, Sir., 46, 2, 294. Toulouse, 13 juillet 1846, Sir., 48, 2, 116. Poitiers, 7 mars 1855, Sir., 57, 1, 97.

²¹ Il ne saurait, à la rigueur, exister de commencement de preuve par écrit de l'identité, car, quelque précises que soient les énonciations de l'écrit invoqué comme tel, il sera toujours possible de soutenir que cet écrit ne concerne pas celui auquel on prétend l'appliquer. Cpr. la note précédente. Le seul moyen de sortir de cette difficulté, c'est d'admettre le réclamant qui produit un écrit dont il entend faire résulter un commencement de preuve de son identité avec l'enfant dont sa prétendue mère est accouchée, à prouver, au moyen de la possession d'état dont il jouissait à l'époque où cet écrit a été fait, qu'il s'applique réellement à lui. Objecterait-on que si cette possession d'état était elle-même contestée, et qu'il fallût pour l'établir en venir à une preuve testimoniale, l'admission de cette preuve constituerait une violation de l'art. 341, qui défend de prouver l'identité par témoins, sans un commencement de preuve par écrit préexistant ? Nous répondrions qu'autre chose est d'établir l'identité du réclamant avec l'enfant dont la prétendue mère doit être accouchée, autre chose est de prouver l'identité du réclamant avec l'individu dénommé dans l'écrit qu'il veut se faire appliquer, et que les dispositions prohibitives de l'art. 341 ne concernent que la première, non la seconde de ces preuves. D'ailleurs, il faut bien trouver le moyen de rendre possible l'application de la loi, et celui que nous avons indiqué nous paraît rationnel, exempt de tout inconvénient, et conforme à l'esprit général de la législation. Demolombe, V, 507. Cpr. Toulouse, 13 juillet 1846, Sir., 48, 2, 116.

²² Cpr. sur la première de ces propositions : texte, notes 13 et 14 *supra*. Cpr. sur la seconde : texte, notes 7 et 8 *supra*.

acte, et pourrait même, à défaut d'une pareille possession, se faire par témoins sans commencement de preuve par écrit²³.

Toutes les règles relatives à la manière de prouver la filiation maternelle d'un enfant naturel s'appliquent, non-seulement à l'hypothèse où la maternité est recherchée par l'enfant lui-même, mais encore à celle où elle l'est par toute autre personne²⁴.

La recherche de la maternité est permise contre une femme mariée²⁵, à supposer que la conception de l'enfant se reporte à une époque antérieure au mariage²⁶.

L'action en recherche de maternité est imprescriptible à l'égard de l'enfant naturel, qui ne peut ni transiger ni compromettre sur cette action²⁷. Les autres personnes auxquelles compète l'action en recherche de maternité, peuvent, au contraire, compromettre et transiger sur cette action, qui se prescrit à leur égard conformément aux règles ordinaires²⁸.

B. DES DROITS RESPECTIFS DES ENFANTS NATURELS ET DE LEURS PÈRES ET MÈRES. DE L'ÉTAT DE CES ENFANTS.

§ 571.

1^o Des droits des pères et mères des enfants naturels reconnus.

1) Les pères et mères des enfants naturels reconnus jouissent, en vertu de dispositions spéciales de la loi :

a. Du droit de consentir au mariage de ces enfants, qui, de

²³ Aix, 22 décembre 1852, Sir., 54, 2, 321.

²⁴ *Non obstat* art. 341, al. 2 et 3 : *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Cpr. notes 2 à 6 *supra*; Merlin, *Rép.*, v^o Maternité, n^o 5; Demolombe, V, 528; Req. rej., 12 juin 1823, Sir., 23, 1, 394; Civ. rej., 7 avril 1830, Sir., 30, 1, 175.

²⁵ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, VI, p. 125 et 126, n^o 10; p. 137 à 139, n^o 17; p. 140 à 144, n^{os} 20 et 21). Merlin, *Rép.*, v^o Maternité, n^o 7. Toullier, II, 947. Demolombe, V, 529.

²⁶ Dans l'hypothèse contraire, l'action constituerait, non une recherche de maternité, mais une réclamation d'état. Cpr. sur cette hypothèse : § 544, texte n^o 3, notes 32 et 33.

²⁷ Art. 6, 1128, 2045, 2226 du Code Napoléon, art. 1004 du Code de procédure, et arg. de ces articles. Cpr. art. 328; § 544 *bis*, texte n^{os} 2 et 3; § 420, texte n^o 4 et notes 12 à 16. Troplong, *Des transactions*, n^o 67. Demolombe, V, 514 et 515. Civ. cass., 12 juin 1838, Sir., 38, 1, 695. Civ. cass., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 161. Req. rej., 21 avril 1840, Sir., 40, 1, 873. Voy. cep. Paris, 3 juillet 1812, Sir., 14, 2, 42.

²⁸ La raison en est que le résultat de la recherche de maternité n'intéresse que la fortune de ces personnes, et non leur état. Demolombe, V, 526.

même que les enfants légitimes, ne peuvent se marier sans avoir obtenu le consentement de leurs pères et mères, ou du moins sans avoir requis leur conseil¹. Art. 158.

b. Du droit de demander, dans le cas prévu par l'art. 182, la nullité du mariage que leurs enfants auraient contracté sans leur consentement². Art. 182 cbn. 158.

c. Du droit de correction. Art. 383. Le droit de correction des pères et mères naturels n'est même pas, comme celui des pères et mères légitimes, soumis aux restrictions résultant des art. 380 à 382³. Du reste, lorsqu'un enfant naturel a été reconnu par son père et par sa mère, cette dernière ne jouit, en général, du droit de correction qu'autant que le père est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté⁴.

d. Du droit de succéder, en certains cas, à leurs enfants⁵.

2) Les pères et mères des enfants naturels reconnus ont, indépendamment de toute disposition spéciale de la loi, droit à l'honneur et au respect de ces enfants⁶.

Ils jouissent, en outre, à l'instar des pères et mères légitimes, des droits qui découlent des devoirs d'éducation, de direction, et de protection dont les parents sont tenus vis-à-vis de leurs enfants, sauf cependant aux tribunaux à restreindre ou à suspendre l'exercice de ces droits, lorsque l'intérêt des enfants le demande⁷. Ce

¹ Cpr. § 462, texte n° 2, 2); § 463, texte n° 8, 2).

² Cpr. § 462, texte n° 2, 2).

³ *Discours au Corps législatif*, par Albisson (Loché, *Lég.*, VII, p. 88, n° 7). Proudhon, II, p. 248 à 250. Duranton, III, 360. Taulier, I, p. 484 à 487. Allemand, *Du mariage*, II, 1089. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 383, n° 3; Demolombe, VI, 638 à 647. Cpr. aussi : Delvincourt, I, p. 250 à 252; Valette, sur Proudhon, II, p. 249, note a, et p. 250, note a; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 561 et 562.

⁴ Arg. art. 158 cbn. 148 et 149. Toutefois, les tribunaux pourraient, pour le plus grand avantage de l'enfant, concéder à la mère le droit de correction, quoique le père ne fût ni décédé ni dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Demolombe, VI, 637. Cpr. note 8 *infra*.

⁵ Cpr. art. 765; §§ 607 et 608.

⁶ Arg. art. 299 et 312 du Code pénal. Cpr. art. 371; § 550, texte n° 1. Rolland de Villargues, n° 295. Toullier, II, 1075. Duranton, III, 360. Demolombe, VI, 608.

⁷ Le Code Napoléon ne contient pas de principe général sur les droits et les devoirs des pères et mères naturels à l'égard de leurs enfants. Il ne renferme même sur ce point qu'un très-petit nombre de dispositions spéciales. Cpr. art. 158, 338, 383, 756 et suiv. Aussi les interprètes sont-ils divisés, non-seulement sur les questions de détail auxquelles a donné lieu le silence de la loi, mais encore sur le principe qui doit servir de guide pour la solution de ces questions. Les uns assimilent, en

principe régit non-seulement les rapports des parents vis-à-vis des enfants, mais encore ceux des pères et mères entre eux⁸. Il conduit aux conséquences suivantes :

a. Les pères et mères naturels ont, comme les pères et mères

règle générale, et sauf les exceptions qui résultent directement ou indirectement des dispositions de la loi, les pères et mères naturels aux pères et mères légitimes, en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits qui compètent aux parents à l'égard de leurs enfants. Telle paraît être la manière de voir de Locré (sur l'art. 372), et de Loiseau (p. 530 à 552, et *Appendice*, p. 34 et 35). D'autres auteurs, et notamment Rolland de Villargues (nos 290 à 302, *Sir.*, 13, 2, 19), repoussent cette assimilation, et n'accordent aux pères et mères naturels que les droits qui leur sont explicitement ou implicitement concédés par des dispositions spéciales de la loi. Enfin Proudhon (II, p. 159 à 161 et 248 à 250), Toullier (II, 972 à 979 et 1073 à 1076), Delvincourt (I, p. 250 et 251) et M. Duranton (III, p. 360) ne s'expliquent pas d'une manière précise sur le principe général à suivre en cette matière. Notre manière de voir à cet égard tient à peu près le milieu entre les deux opinions que nous avons analysées, en ce que, d'une part, nous n'accordons aux pères et mères naturels que les droits qui sont corrélatifs aux devoirs auxquels ils sont soumis, et en ce que, d'autre part, nous leur reconnaissons ces droits, abstraction faite de toute disposition spéciale de la loi. Le principe posé au texte nous paraît justifié, tant par de hautes considérations de morale, et par l'intérêt même des enfants naturels, que par les dispositions des art. 158 et 383, et par les explications données à l'occasion de ces articles, soit au sein du Conseil d'état, soit dans les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat. Cpr. Locré, *Lég.*, VII, p. 37, n° 17 ; p. 62, n° 13 ; p. 75, n° 8. Enfin, ce principe n'entraîne aucun inconvénient dans la pratique, puisque nous accordons aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel ils sont autorisés à s'en écarter le cas échéant. Quant à ce pouvoir discrétionnaire, il se justifie par la considération que la loi, ne pouvant accorder aux pères et mères des enfants naturels la confiance pour ainsi dire illimitée qu'elle accorde avec raison aux pères et mères légitimes, a dû s'en remettre aux tribunaux pour apprécier les véritables intérêts de ces enfants. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 383, n° 4 ; Demolombe, VI, 615, 621 et 622.

⁸ Demolombe, VI, 622. Ainsi, la mère naturelle n'est, en général, appelée à exercer l'autorité paternelle sur un enfant qui a été également reconnu par son père, que lorsque ce dernier est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Arg. art. 173 cbn. 158, 149 et 148. Mais les tribunaux pourraient apporter à cette règle les modifications qu'ils jugeraient convenables dans l'intérêt de l'enfant. Valette, sur Proudhon, II, p. 218, note a. Marcadé, sur l'art. 383, n° 2. Taulier, I, p. 488. Cadrès, n° 173. Demolombe, VI, 626 à 629. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 251 ; Toullier, II, 1076 ; Duranton, III, 360 ; Vazeille, *Du mariage*, II, p. 474 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 562. Ces auteurs accordent à la mère, du vivant même du père, les mêmes droits qu'à ce dernier, et chargent les tribunaux de décider, d'après le plus grand intérêt de l'enfant, les contestations qui s'élèveraient à cet égard entre le père et la mère. Voy. aussi dans ce sens : Riom, 26 juillet 1854, *Sir.*, 55, 2, 13. Cette dernière opinion ne diffère donc guère, dans ses résultats pratiques, de celle que nous avons émise.

légitimes, le droit d'élever leurs enfants, et de les retenir chez eux jusqu'à leur majorité, sauf le cas d'enrôlement volontaire et celui de mauvais traitements. Toutefois, le juge peut, suivant les circonstances, enlever au père et confier à la mère le droit d'éducation ; il peut même ordonner que l'enfant naturel sera élevé, aux frais de ses parents, par telle personne qu'il jugera convenable de désigner à cet effet⁹.

b. Les enfants naturels qui veulent se faire adopter, se soumettre à une tutelle officieuse, entrer dans les ordres sacrés, ou prononcer des vœux dans une congrégation religieuse, sont, en ce qui concerne le consentement à obtenir de leurs pères et mères, ou le conseil à leur demander, soumis aux mêmes obligations que les enfants légitimes¹⁰.

c. Les pères et mères naturels ont, comme les pères et mères légitimes, le droit de former opposition au mariage de leurs enfants, et de demander, dans les cas prévus par les art. 184 et 191, la nullité de celui qu'ils auraient contracté¹¹.

d. Les pères et mères naturels ont, à l'instar des pères et mères légitimes, la tutelle légale de leurs enfants¹².

⁹ Favard, *Rép.*, v^o Enfant naturel, § 1, n^o 6, et § 2. Loiseau, p. 530 à 537. Merlin, *Rép.*, v^o Éducation, § 2. Rolland de Villargues, p. 290 et 291. Toullier, II, 1076. Vazeille, II, 473. Delvincourt et Duranton, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 383, n^o 2. Demolombe, VI, 630. Agen, 16 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 49. Pau, 13 février 1822, Sir., 23, 2, 89. Bruxelles, 23 décembre 1830, Sir., 31, 2, 57. Caen, 27 août 1827, Sir., 30, 2, 245. Paris, 4 juillet 1836, Sir., 38, 2, 444. — Il a même été jugé que l'éducation d'un enfant naturel pouvait être l'objet de conventions particulières, et que les tribunaux devaient ordonner l'exécution de ces conventions, lorsque tel était l'intérêt de l'enfant. Caen, 27 août 1828, Sir., 30, 2, 245. Amiens, 12 août 1837, Sir., 38, 2, 157. Voy. également dans ce sens : Duranton, III, 360 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 248, note a ; Demolombe, VI, 623.

¹⁰ Arg. art. 158 cbn. art. 346 et 361. Décret du 18 février 1810, art. 4. Demolombe, VI, 611 et 612.

¹¹ Arg. art. 158 et 182 cbn. 173, 184 et 191. Cpr. § 454, texte n^o 1 ; § 461, texte n^o 2, 2), b ; § 467, texte n^o 2. Demolombe, VI, 610.

¹² Arg. art. 468 cbn. 383. Cpr. § 550, texte n^o 2. Loiseau, p. 537. Delvincourt, I, p. 269. Vazeille, *Du mariage*, II, 478. Magnin, *Des minorités*, I, 52. Chardon, *Puissance paternelle*, nos 80 et suiv. Cadrès, n^o 180. Taulier, II, p. 22. Bruxelles, 4 février 1811, Sir., 11, 2, 199, et 13, 1, 281. Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2, 2. Grenoble, 21 juillet 1836, Sir., 37, 2, 471. Douai, 13 février 1844, Sir., 44, 2, 79. Crim. rej., 29 avril 1850, Sir., 50, 1, 702. Douai, 22 juillet 1856, Sir., 57, 2, 33. Poitiers, 5 mai 1858, Sir. 58, 2, 420. Cpr. Paris, 1^{er} février 1812, Sir., 12, 2, 161 ; Civ. rej., 22 juin 1813, Sir., 13, 1, 281 ; Req. rej., 31 août 1815, Sir., 15, 1, 361. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v^o Tuteur, § 4 ; Rolland de Villargues, *Dissertation*, Sir., 13, 2, 19, et *Rép. du*

L'enfant naturel qui a été reconnu par son père et sa mère est, du vivant même de cette dernière, soumis à la tutelle du premier, qui ne doit pas être considéré comme simple administrateur, dans le sens de l'art. 389, des biens de cet enfant ¹³.

La tutelle de la mère ne commence qu'au décès du père. Ce dernier n'est point autorisé à lui nommer un conseil de tutelle ¹⁴. Mais lorsque la mère, tutrice légale de son enfant naturel, se marie, il y a lieu à l'application des art. 395 et 396 ¹⁵.

e. Les pères et mères naturels ont le droit d'émanciper leurs enfants ¹⁶, et le dernier mourant d'entre eux, celui de leur nommer un tuteur par testament ¹⁷.

f. Les pères et mères naturels ont le droit d'accepter, en vertu de l'art. 935, les donations faites à leurs enfants.

A la différence des pères et mères légitimes, les pères et mères naturels n'ont pas d'usufruit légal à exercer sur les biens de leurs enfants ¹⁸. Mais ils ont comme eux, quand ils sont dans le besoin,

notariat, v^o Enfant naturel, n^o 62; Duranton, III, 431; Valette, sur Proudhon, II, p. 290, n^o 8; De Fréminville, *De la minorité*, I, 33; Richefort, *État des familles*, II, 273; Marcadé, sur l'art. 390, n^o 2; Demolombe, VIII, 382 à 385; Demante, *Cours*, II, 438 bis; Girard de Vasson, *Revue critique*, 1857, XI, p. 363; Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 179; Paris, 9 août 1811, Sir., 11, 2, 475; Amiens, 23 juillet 1814, Sir., 15, 1, 361; Grenoble, 5 avril 1819, Sir., 20, 1, 368; Agen, 19 février 1830, Sir., 32, 2, 58; Lyon, 11 juin 1856, Sir., 56, 2, 526. Le *Répertoire* de Favard de Langlade contient sur cette question deux solutions contradictoires. Voy. v^o Enfant naturel, § 3; v^o Tutelle, § 1, n^o 5.

¹³ D'après l'esprit comme d'après le texte des art. 389 et 390, l'administration légale ne peut s'appliquer qu'aux enfants légitimes. Marcadé, sur l'art. 389, n^o 2. Taulier, I, p. 504. Demolombe, VI, 650 et 651; VIII, 381. Voy. en sens contraire: Favard, *Rép.*, v^o Enfant naturel, § 3, n^o 2. Voy. aussi Toullier, II, 1073.

¹⁴ En effet, le père d'un enfant naturel n'a aucune autorité légale à exercer sur la mère de cet enfant. Cpr. Demolombe, VIII, 384.

¹⁵ Demolombe, VIII, 387. Req. rej., 31 août 1815, Sir., 15, 1, 361. Voy. en sens contraire: Taulier, II, p. 22 et 23.

¹⁶ Cpr. art. 477. Delvincourt, I, p. 469. Proudhon, II, p. 426. Loiseau, p. 545 à 550. Favard, *Rép.*, v^o Émancipation, § 1, n^o 1. Toullier, II, 1287. Duranton, III, 657. Cadrès, n^o 187. Chardon, *Puissance paternelle*, n^o 180. Marcadé, sur l'art. 477, n^o 2. Demolombe, VIII, 373 à 375. Limoges, 2 janvier 1821, Sir., 21, 2, 322. Voy. en sens contraire: Rolland de Villargues, n^o 302.

¹⁷ Cpr. art. 397 et suiv. Taulier, II, p. 22. Voy. en sens contraire: Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 585; Demolombe, VIII, 386.

¹⁸ Le droit d'usufruit légal établi par l'art. 384 n'est point une conséquence du devoir d'éducation imposé aux pères et mères, et constitue un avantage accordé à ces derniers, au préjudice de leurs enfants. On ne peut donc étendre aux pères et mères naturels les dispositions de cet article, d'autant plus que les termes mêmes dans lesquels il est conçu, rapprochés de l'art. 383, indiquent de la manière la

le droit de leur demander des aliments ¹⁹. Les enfants naturels sont tenus de l'obligation alimentaire, conjointement avec les descendants ou ascendants légitimes des personnes auxquelles les aliments sont dus, dans la proportion suivant laquelle ils sont appelés à succéder à ces personnes d'après les dispositions de l'art. 757 ²⁰.

2^o *Des droits des enfants naturels reconnus.*

1) Les pères et mères naturels sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants ²¹.

2) Les pères et mères naturels doivent des aliments à leurs enfants même majeurs, lorsque ceux-ci sont dans le besoin, et qu'ils se trouvent sans descendants légitimes ou naturels en état de leur en fournir ²².

3) Les enfants naturels succèdent à leurs pères et mères, et jouissent même sur leur patrimoine d'un droit de réserve ²³.

plus claire, que l'intention du législateur a été de n'accorder le droit d'usufruit légal qu'aux pères et mères légitimes. Delvincourt, I, p. 250. Toullier, II, 975 et 1073. Duranton, III, 360 et 364. Proudhon et Valette, II, p. 252. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 124. Vazeille, *op. cit.*, II, 477. Rolland de Villargues, n^o 295, et Sir., 13, 2, 19. Magnin, *Des minorités*, I, 268 et 279. Chardon, *op. cit.*, n^o 118. Richefort, *État des familles*, II, 273. Taulier, I, p. 504. Marcadé, sur l'art. 384, n^o 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 563. Demolombe, VI, 649. Pau, 13 février 1822, Sir., 23, 2, 89. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 550; Favard, *Rép.*, v^o Enfant naturel, § 2, n^o 2.

¹⁹ Cette proposition n'est point une conséquence du principe que nous avons précédemment posé ; mais elle nous paraît résulter, par arg. *a majori ad minus*, des dispositions de l'art. 765 rapprochées de celle de l'art. 207 qui consacre, en règle générale, la réciprocité de l'obligation alimentaire. Voy. aussi L. 5, § 4, *D. de agnos. et alend. lib.* (25, 3) : *Matrem cogemus vulgo quæsitos liberos alere, nec non, eos eam*. Cpr. texte et note 22 *infra*. Merlin, *Rép.*, v^o Aliments, § 1, art. 2, n^o 11. Loiseau, p. 557. Delvincourt, I, p. 223. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n^o 37. Duranton, II, 396. Favard, *Rép.*, v^o Enfant-naturel, § 1, n^o 3. Demolombe, IV, 18. Bordeaux, 20 mars 1837, Sir., 37, 2, 483.

²⁰ Cpr. § 553, texte n^o 2. Demolombe, *loc. cit.*

²¹ *Exposé de motifs*, par Portalis, et *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, IV, p. 488, n^o 16 ; p. 321, n^o 45). Demolombe, IV, 16. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

²² Cpr. art. 765, et § 553, texte n^o 2. Merlin, *op. et v^o cit.*, § 1, art. 2, n^o 5. Loiseau, p. 552 à 557. Rolland de Villargues, n^{os} 315 et 316. Delvincourt, I, p. 221. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 756, n^o 36. Duranton, II, 377. Vazeille, *Du mariage*, II, 599. Favard, *op. et v^o cit.*, § 1. Cadres, n^o 157. Demolombe, IV, 17. Req. rej., 16 novembre 1808, Sir., 9, 1, 110. Toulouse, 24 juillet 1810, Sir., 11, 2, 105. Req. rej., 27 août 1811, Sir., 12, 1, 13. Bordeaux, 22 février 1851, Sir., 51, 2, 494.

²³ Cpr. art. 756 et suiv. ; §§ 605, 606 et 686.

3° *De l'état des enfants naturels reconnus.*

L'enfant naturel reconnu par son père et par sa mère, ou par son père seulement, porte le nom et suit la condition de ce dernier. L'enfant naturel qui n'a été reconnu que par sa mère, porte le nom et suit la condition de celle-ci²⁴.

II. DES ENFANTS INCESTUEUX ET DES ADULTÉRINS.

§ 572.

1° La recherche de la maternité ou de la paternité est prohibée d'une manière absolue, lorsqu'elle doit avoir pour résultat de constater une filiation incestueuse ou adultérine¹. Art. 342. Cette recherche ne peut en pareil cas avoir lieu, ni dans l'intérêt de l'enfant, ni à son détriment; et l'on n'y est pas plus admis par voie d'exception que par voie d'action².

La recherche de la maternité devrait être rejetée, dans le cas même où un enfant naturel ayant été reconnu par un homme non marié, on voudrait, pour attaquer cette reconnaissance comme faite en contravention à l'art. 335, prouver que cet enfant a pour

²⁴ Rolland de Villargues, nos 286 à 289. Proudhon et Valette, I, p. 120 et 122. Delvincourt, I, p. 22. Toullier, I, 259 et 260; II, 973. Magnin, *Des minorités*, I, 13 et 216. Taulier, I, p. 101 et 102. Demolombe, I, 149. Douai, 19 mai 1835, Sir., 36, 2, 97. Req. rej., 15 juillet 1840, Sir., 40, 1, 900. Caen, 18 novembre 1852, Sir., 52, 2, 432. Metz, 8 août 1855, Sir., 57, 2, 35. Voy. cependant : Duranton, I, 123 à 126; Richelot, I, 66; Coin-Delisle, sur l'art. 10, n° 11.

¹ Ainsi, la recherche de la paternité n'est pas même admissible en cas d'enlèvement, lorsque le ravisseur, ou la femme ravie, était marié à l'époque de l'enlèvement. Duranton, III, 325. Bedel, n° 69. Marcadé, sur l'art. 342, n° 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 503. Demolombe, V, 565. Voy. en sens contraire : Loiseau, p. 735; Grenier, *Des donations*, I, 230; Malpel, *Des successions*, n° 169. L'opinion de ces auteurs, que paraissent avoir induit en erreur les explications inexactes données au sein du Conseil d'état par Tronchet et Treilhard, lors de la discussion des art. 762 et 763, est évidemment contraire à l'art. 342, qui, en prohibant la recherche de la paternité, déjà interdite en règle générale par le premier alinéa de l'art. 340, ne peut avoir eu d'autre but que de faire cesser, dans l'hypothèse dont il s'occupe, l'exception unique apportée à cette règle par le deuxième alinéa du même article.

² Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 18. Favard, *Rép.*, v° Enfant adultérin, n° 5. Duranton, III, 207. Bonnier, *Des preuves*, n° 142. Demolombe, V, 570. Paris, 6 juin 1809, et Aix, 14 juillet 1808, Sir., 9, 2, 310 et 311. Civ. cass., 14 mai 1810, Sir., 10, 1, 272. Req. rej., 14 mai 1811, Sir., 14, 1, 111. Civ. cass., 17 décembre 1816, Sir., 17, 1, 191. Req. rej., 1^{er} avril 1818, Sir., 18, 1, 244. Req. rej., 6 mai 1820, Sir., 20, 1, 311. Cpr. § 569, texte et notes 5 à 7.

mère une femme qui était déjà mariée à l'époque de sa conception³. Mais l'enfant qui a été reconnu par un homme marié comme né de lui et d'une autre femme que son épouse, doit, en répudiant cette reconnaissance illégale, être admis à rechercher pour sa mère naturelle cette femme elle-même.

Il est également défendu de reconnaître volontairement les enfants incestueux ou adultérins. Art. 335.

Les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de cette règle, semblent devoir se résoudre par les distinctions suivantes :

a. L'acte par lequel un individu se reconnaît le père de l'enfant né d'une femme dont il est le parent ou l'allié au degré prohibé pour le mariage, ou qui était mariée à l'époque de la conception de cet enfant, constitue une reconnaissance de paternité incestueuse ou adultérine, qui rentre sous la prohibition de l'art. 335⁴. Et si, pour écarter l'application de cet article, l'enfant contestait l'identité de la femme indiquée dans l'acte de reconnaissance avec celle à laquelle son adversaire prétend attribuer la maternité, ce dernier serait admis à prouver cette identité par témoins ou à l'aide de présomptions, même sans commencement de preuve par écrit⁵.

b. Au contraire, l'acte par lequel une femme, en reconnaissant sa maternité, aurait indiqué comme père de l'enfant un homme qui était marié à l'époque de la conception de ce dernier, ou dont elle se trouve être parente ou alliée au degré prohibé pour le mariage, devrait, malgré cette indication, être maintenu comme contenant reconnaissance d'un enfant naturel simple⁶.

³ *Discours* de Duveyrier (Loché, *Lég.*, VI, p. 329, n° 49). Demolombe, V, 566. Cpr. § 544, texte n° 3, notes 32 et 33.

⁴ Lorsqu'un homme, au lieu de reconnaître simplement tel enfant naturel, se déclare le père de l'enfant né de telle femme, il n'est pas possible de séparer l'indication de la mère de la reconnaissance de paternité, puisque c'est par cette indication que se trouve individualisé l'enfant reconnu. Si donc cette femme était mariée, ou se trouve être parente ou alliée de l'auteur de la reconnaissance, il sera certain que ce dernier a reconnu un enfant incestueux ou adultérin, et non un enfant naturel simple. Bastia, 18 août 1845, Pal. 1845, 2, 789. Bordeaux, 17 novembre 1859, Sir., 60, 2, 5. Voy. en sens contraire : Bourges, 12 juillet 1859, Sir., 60, 2, 1.

⁵ Cette preuve, n'ayant pas pour objet la maternité même et ne pouvant avoir pour résultat de la constater, ne constitue à aucun point de vue une recherche de maternité, à laquelle on puisse appliquer les dispositions des art. 341 et 342. Voy. pour et contre cette solution, les arrêts de Bordeaux et de Bourges cités à la note précédente.

⁶ Une pareille indication, qui n'aurait pas dû être consignée dans l'acte de reconnaissance, ne peut légalement produire aucun effet. Art. 335. On doit d'au-

c. Lorsqu'un enfant a été reconnu, dans un seul et même acte, par deux personnes de sexe différent, dont l'une était mariée à l'époque de sa conception, la reconnaissance est nulle même à l'égard de celle qui n'était pas mariée⁷. Il en est autrement, quand la maternité et la paternité n'ont pas été simultanément reconnues par un seul et même acte : dans ce cas, la reconnaissance émanée de la personne qui était libre au moment de la conception de l'enfant est valable, malgré la nullité de la reconnaissance faite par celle qui se trouvait engagée dans les liens du mariage⁸.

d. La reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un seul et même acte, par un homme et une femme parents ou alliés entre eux au degré prohibé pour le mariage, est nulle à l'égard de tous deux⁹. Que si la double reconnaissance a eu lieu par actes séparés, il convient de distinguer si la reconnaissance de la maternité a précédé ou suivi celle de la paternité. Au premier cas, la reconnaissance de la maternité devra être maintenue, sans égard à celle de la paternité qui restera inefficace. Au second cas, la reconnaissance de la paternité l'emportera sur celle de la maternité, sauf à l'enfant à faire abstraction de l'une et de l'autre, et à rechercher la maternité conformément à l'art. 341¹⁰.

tant moins s'y arrêter, qu'en fait l'individualité de l'enfant reconnu par sa mère en est complètement indépendante. Cpr. Richefort, II, 323. Voy. cep. Demolombe, V, 575 et 576.

⁷ En effet, les déclarations de paternité et de maternité faites simultanément, et dans un seul et même acte, par deux personnes, dont l'une se trouvait engagée dans les liens du mariage, étant corrélatives et ne pouvant être séparées l'une de l'autre, impriment nécessairement à l'enfant la qualité d'enfant adultérin. Merlin, *Rép.*, v^o Filiation, n^o 19. Demolombe, V, 574. Angers, 8 décembre 1824, Sir., 26, 2, 47. Civ. rej., 1^{er} août 1827, Sir., 28, 2, 49, Bourges, 4 janvier 1839, Sir., 39, 2, 289. Cpr. Nîmes, 13 juillet 1824, Sir., 25, 2, 318. Voy. en sens contraire : Taulier, I, p. 415.

⁸ Merlin, *op.*, v^o et loc. cit. Duranton, III, 205 et 206. Taulier, I, 415. Demolombe, V, 577. Cpr. Dijon, 29 août 1818, Sir., 19, 2, 153 ; Req. rej., 11 novembre 1819, Sir., 20, 1, 222.

⁹ Demolombe V, 579 et 580. Voy. cep. Taulier, I, p. 415 et 416.

¹⁰ Cette hypothèse divise généralement les auteurs. Suivant M. Duranton (III, 201), la reconnaissance de la mère l'emporterait toujours, qu'elle ait précédé ou suivi celle du père. D'après M. Taulier (I, p. 415), il faudrait donner la préférence à la reconnaissance que l'enfant choisira, comme étant la plus avantageuse pour lui. Enfin, M. Demolombe (V, 580) enseigne que c'est aux magistrats à apprécier, suivant les circonstances, quelle est la reconnaissance qui devra être maintenue et celle qui devra être annulée. A notre avis, aucune de ces solutions n'est acceptable. Et d'abord, il n'existe pas de motif légal pour préférer d'une manière absolue la reconnaissance de la maternité à celle de la paternité. D'un autre côté, il ne

La reconnaissance volontaire d'un enfant incestueux ou adultérin ne produit aucun effet juridique. Elle ne peut être invoquée, ni par cet enfant, ni contre lui⁴¹. Ainsi, elle ne saurait pas plus

peut appartenir à l'enfant de déterminer son état par l'effet seul de sa volonté. Enfin, nous ne comprenons pas l'intervention des tribunaux dans le sens indiqué par M. Demolombe, puisqu'il ne s'agit pas ici, comme dans le cas de plusieurs reconnaissances contradictoires, soit de paternité, soit de maternité, de rechercher celle qui présente le plus de garanties de sincérité. Quant à la solution que nous avons cru devoir proposer, elle se fonde sur cette idée bien simple que l'inceste n'ayant été révélé que par la seconde reconnaissance, c'est celle-ci qui doit être repoussée. Le tempérament que nous apportons à notre solution, nous paraît d'ailleurs sauvegarder les intérêts de l'enfant d'une manière conforme à la loi.

⁴¹ Les opinions sont partagées sur la manière de concilier les art. 335 et 762, ainsi que sur la question de savoir quelle peut être la valeur des reconnaissances volontaires d'enfants incestueux ou adultérins. Nous invoquerons, dans le sens des solutions que nous avons admises, les auteurs et les arrêts suivants : Maleville, sur les art. 340 et 762 ; Chabot, *Des successions*, sur l'art. 762, nos 3 et 4 ; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1, sur l'art. 762 ; Delvincourt, I, part. II, p. 234 à 235, et II, part. I, p. 24 ; Loiseau, p. 732 à 740 ; Grenier, *Des donations*, I, 130 bis ; Duranton, III, 195 à 209, et VI, 331 ; Favard, *Rép.*, v^o Enfant adultérin, n^o 1 ; Malpel, *Des successions*, nos 168 à 170 ; Poujol, *Des successions*, sur l'art. 762 à 764, n^o 2 ; Marcadé, sur l'art. 335, n^o 2 ; Taulier, I, p. 417 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 487, et II, 528 à 530 ; Demolombe, V, 581 et 587 ; Paris, 13 août 1812, Sir., 13, 2, 83 ; Civ. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 329 ; Req. rej., 11 novembre 1819, Sir., 20, 1, 222 ; Rouen, 6 juillet 1820, Sir., 20, 2, 261 ; Civ. cass., 9 mars 1824, Sir., 24, 1, 114 ; Civ. rej., 1^{er} août 1827, Sir., 28, 1, 49 ; Civ. rej., 18 mars 1828, Sir., 28, 1, 313 ; Montpellier, 19 janvier 1832, Sir., 32, 2, 38 ; Bordeaux, 21 décembre 1835, Sir., 37, 2, 71 ; Civ. rej., 8 février 1836, Sir., 36, 1, 241 ; Civ. cass., 4 décembre 1837, Sir., 38, 1, 29 ; Civ. cass., 3 février 1841, Sir., 41, 1, 117 ; Req. rej., 18 mars 1846, Sir., 47, 1, 30 ; Req. rej., 19 avril 1847, Sir., 47, 1, 562 ; Bastia, 30 avril 1855, Sir., 55, 2, 619. D'après l'opinion diamétralement opposée à celle que nous avons adoptée, le but de l'art. 335 serait uniquement de refuser aux enfants incestueux ou adultérins les droits de succession et de famille dont jouissent les enfants naturels proprement dits, de sorte que la reconnaissance faite en contravention à cet article n'en constaterait pas moins, d'une manière légale, la filiation de l'enfant reconnu, et pourrait, par conséquent, être invoquée tant par cet enfant que contre lui. Cpr. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v^o Filiation, n^o 20 à 22 ; Rolland de Villargues, nos 250, 342 et 349 ; Toullier, II, 967 à 969, et IV, 246 ; Vazeille, *Traité du mariage*, II, 504 ; Bruxelles, 29 juillet 1811, Sir., 11, 2, 484 ; Toulouse, 5 mars 1827, Sir., 27, 2, 162 ; Lyon, 25 mars 1835, Sir., 35, 2, 242 ; Paris, 14 décembre 1836, Sir., 36, 2, 63 ; Rennes, 31 décembre 1834, Sir., 36, 2, 506. On argumente, à l'appui de cette manière de voir, des dispositions de l'art. 762, qui supposent, dit-on, l'efficacité des reconnaissances volontaires d'enfants incestueux ou adultérins, et des explications données au Corps législatif, par Siméon et Jaubert, à l'occasion des art. 762 et 908. Cpr. Locré, *Lég.*, X, p. 294, n^o 25 ; XI, p. 442, n^o 16. Ces raisons ne sont, à notre

donner lieu à l'application de l'art. 762, qu'à celle de l'art. 908¹².

Il n'y a aucune distinction à établir, à cet égard, entre les reconnaissances faites par acte sous seing privé et celles qui se trouvent consignées dans un acte authentique¹³, entre les re-

avis, rien moins que concluantes. Si l'art. 762 ne pouvait recevoir son application que dans l'hypothèse dont nous nous occupons, il serait, à la rigueur, permis d'y voir une dérogation implicite à l'art. 335. Mais comme il est, ainsi que nous l'indiquerons au texte, des cas où, indépendamment de toute reconnaissance, soit volontaire, soit forcée, la filiation d'enfants incestueux ou adultérins se trouve légalement constatée par la force même des choses, rien n'empêche de concilier les art. 335 et 762, en n'appliquant ce dernier qu'aux cas exceptionnels dont nous venons de parler. D'un autre côté, l'art. 335 ne se borne pas à restreindre l'efficacité des reconnaissances d'enfants incestueux ou adultérins, il les prohibe de la manière la plus absolue. Ces reconnaissances ne peuvent donc produire aucun effet. En limitant la portée de l'art. 335, les auteurs que nous combattons en neutralisent complètement la disposition, qui serait en effet parfaitement inutile, si cet article ne devait être que la reproduction des art. 762 et 908. Enfin, à l'autorité de Siméon et Jaubert, nous opposerons celle de Lahary et Duveyrier, qui, en développant les motifs de l'art. 335, ont formellement refusé toute espèce d'efficacité aux reconnaissances d'enfants incestueux ou adultérins. Gpr. *Lég.*, VI, p. 264, n° 34; p. 323, n° 44.

¹² Entre notre opinion et celle que nous venons de refuter se placent diverses opinions intermédiaires. C'est ainsi que d'une part on a prétendu, en se fondant sur les mots *ne pourra avoir lieu au profit*, dont se sert l'art. 335, qu'un enfant incestueux ou adultérin n'a pas, il est vrai, le droit de se prévaloir de la reconnaissance pour réclamer des aliments, mais que toute personne intéressée est admise à l'invoquer contre lui pour demander la réduction des dispositions faites en sa faveur. Cpr. Bedel, nos 70 et suiv. C'est ainsi que d'autre part on a soutenu, dans un sens diamétralement contraire, qu'une reconnaissance d'enfant incestueux ou adultérin lui donne droit à des aliments en vertu de l'art. 762, mais ne le soumet pas à l'incapacité de recevoir à titre gratuit établie par l'art. 908. Cpr. Foüet de Conflans, *Esprit de la jurisprudence en matière de succession*, sur l'art. 762, 4° et 5°. La première de ces opinions a l'inconvénient de ne pas concilier les art. 335 et 762, et de laisser subsister l'antinomie apparente de ces deux dispositions. Elle a en outre, ainsi que la seconde, le tort de scinder les art. 762 et 908, qui sont cependant liés par une connexité tellement intime, qu'il est impossible d'en séparer l'application. Aussi ces deux opinions paraissent-elles généralement abandonnées. Demolombe, V, 583 et 584.

¹³ Partant de la fausse idée qu'une reconnaissance sous seing privé est suffisante pour donner droit à des aliments, la Cour de Nancy a jugé, le 20 mai 1816 (Sir., 17, 2, 149), que si un enfant incestueux ou adultérin ne peut, d'après l'art. 335, être légalement reconnu par acte authentique, la reconnaissance sous seing privé faite à son profit suffit pour lui donner le droit de réclamer des aliments, en vertu de l'art. 762. Voy. aussi Paris, 25 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 4. Ce système, le plus irrationnel de tous ceux qui ont été imaginés pour concilier les dispositions des art. 335 et 762, n'a pas trouvé de partisans. Il a été également réprouvé par la doctrine et la jurisprudence. Foüet de Conflans, *op.*

connaissances qui ont été acceptées et celles qui n'ont pas été acceptées par l'enfant ¹⁴.

Du reste, la nullité d'ordre public dont se trouve entachée la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin, n'autorise pas celui qui l'a faite à demander l'annulation, pour défaut de cause, de l'engagement qu'il aurait pris de fournir des aliments à l'enfant par lui reconnu ¹⁵.

D'un autre côté, cette nullité n'empêche pas que les tribunaux ne puissent annuler, comme contraires à la prohibition portée par l'art. 908, les dispositions à titre gratuit faites au profit d'un enfant incestueux ou adultérin, reconnu par l'acte même qui renferme ces dispositions ¹⁶.

La nullité dont se trouvent frappées les reconnaissances volontaires d'enfants incestueux ou adultérins, est absolue, irréparable et perpétuelle. Elle peut être proposée en tout temps, nonobstant toute renonciation contraire, et par toute personne intéressée ¹⁷.

cit., sur l'art. 762, 6°. Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 21. Demolombe, V, 385. Req. rej., 6 mai 1820, Sir., 20, 1, 311. Cpr. Req. rej., 1^{er} avril 1818, Sir., 18, 1, 244.

¹⁴ La Cour de Bordeaux (21 décembre 1835, Sir., 37, 2, 71) a imaginé de concilier les art. 335 et 762, en restreignant l'application de ce dernier article au cas où la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin aurait été acceptée par celui-ci. Mais ce système ne se soutient pas mieux que les précédents. Il est en effet évident que la loi défendant par des motifs d'ordre public les reconnaissances de paternité ou de maternité adultérine ou incestueuse, l'acceptation d'une pareille reconnaissance par l'enfant reconnu ne peut couvrir le vice dont elle se trouve entachée. Art. 6. Demolombe, V, 586. Civ. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 329. Poitiers, 21 octobre 1825, Sir., 28, 1, 49. Req. rej., 18 mars 1846, Sir., 47, 1, 20.

¹⁵ Cpr. § 568 *ter*, texte et note 10. Grenoble, 20 janvier 1831, Sir., 33, 2, 538. Civ. rej., 15 juillet 1846, Sir., 46, 1, 721. Voy. cep. Angers, 8 décembre 1824, Sir., 26, 2, 47.

¹⁶ Nous avons déjà indiqué au § 568 *ter*, texte et note 14, les motifs qui nous portent à abandonner l'opinion contraire, que nous avons défendue dans nos premières éditions. Merlin, *Rép.*, v° Filiation, n° 20. Fouet de Conflans, *op. cit.*, sur l'art. 762, 7°. Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1, sur l'art. 762. Zachariæ, § 572, note 18. Toulouse, 5 mars 1827, Sir., 27, 2, 162. Civ. rej., 4 janvier 1832, Sir., 32, 1, 146. Lyon, 13 mars 1847, Dalloz, 1847, 2, 75. Voy. en sens contraire : Demolombe, V, 588.

¹⁷ La reconnaissance des enfants incestueux et adultérins étant prohibée à raison du vice de leur naissance, et ce vice n'étant pas susceptible de se couvrir, la reconnaissance elle-même ne peut être validée par aucun événement postérieur. Cpr. les observations du tribunal d'appel de Lyon, sur la demande duquel l'art. 335 a été introduit dans le Code (Crussaire, *Analyse des observations des tribunaux*, p. 218). Maleville, sur l'art. 762. Favard, *Rép.*, v° Enfant adulté-

2° Malgré les prohibitions prononcées par les art. 335 et 342, une filiation incestueuse ou adultérine peut cependant se trouver légalement établie, par la force même des choses, dans les trois hypothèses suivantes¹⁸ :

a. Lorsqu'un enfant est issu d'un mariage qui, contracté de mauvaise foi, en contravention aux art. 147, 161 à 163, a depuis été annulé, pour cause de bigamie ou d'inceste¹⁹.

b. Lorsque, dans les cas prévus par les art. 312, al. 2, 313 et 325, il a été judiciairement déclaré qu'un enfant conçu par une femme mariée n'a point pour père le mari de sa mère²⁰.

c. Lorsque, par erreur de fait ou de droit, un jugement, non susceptible d'être réformé, a admis une recherche de paternité dont le résultat a été de constater une filiation incestueuse ou adultérine²¹.

rin, n° 1. Douai, 26 décembre 1835, Sir., 37, 2, 188. — Toutefois, la demande en nullité dirigée contre une reconnaissance d'enfant incestueux ou adultérin, devrait être écartée pour défaut d'intérêt, si elle n'avait d'autre but que de faire valoir des droits pécuniaires éteints par renonciation ou prescription. Cpr. § 459, texte *in fine*, notes 11 et 12 ; § 545 *bis*, texte n° 2, note 47 ; § 546, note 22.

¹⁸ Voy. les auteurs et les arrêts cités au commencement de la note 11 *supra*, et les trois notes suivantes.

¹⁹ Cpr. § 459, texte et note 5. Marcadé, sur l'art. 335, n° 3. Demolombe, V, 587. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, II, p. 157.

²⁰ Chabot (*Des successions*, sur l'art. 762, n° 3) ne mentionne pas le cas indiqué en l'art. 325, et rappelle celui dont s'occupe l'art. 314. L'omission de l'art. 325 ne peut être qu'un oubli. Req. rej., 11 avril 1854, Sir., 54, 1, 289. Quant à la citation de l'art. 314, elle est évidemment erronée. L'enfant désavoué comme ayant été conçu avant le mariage, n'est pas pour cela un enfant adultérin.

²¹ Loiseau (p. 735), Favard (*Rép.*, v° *Enfant adultérin*, n° 1), Grenier (*Des donations*, I, 130 *bis*) et Malpel (*Traité des successions*, n° 169), s'attachant aux explications, tout au moins incomplètes, données au sein du Conseil d'état, par Tronchet et Treilhard, lors de la discussion des art. 762 et 763, citent au nombre des cas dans lesquels la filiation d'un enfant adultérin ou incestueux peut se trouver constatée par la force des choses, celui de l'enlèvement de la mère. Cpr. art. 340. Nous ferons remarquer à cet égard que la recherche de la paternité étant interdite, lorsqu'elle doit avoir pour résultat de conduire à la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse, les juges saisis d'une pareille demande devraient la rejeter, en suppléant, même d'office, la fin de non-recevoir qui ressort de l'art. 342. Il n'est donc pas exact de ranger l'enlèvement de la mère au nombre des circonstances de nature à prouver, d'une manière absolue, la filiation de l'enfant adultérin ou incestueux dont elle est accouchée. Duranton, III, 235. Bedel, n° 69. Marcadé, sur l'art. 342, n° 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 503. Demolombe, V, 565. — Mais si, par erreur de fait ou de droit, la recherche de la paternité a été admise dans l'hypothèse dont nous nous occupons, le jugement qui l'aura accueillie, établira la preuve légale d'une filiation

Mais la possession d'état, insuffisante pour établir une filiation simplement naturelle, l'est à plus forte raison pour constater une filiation incestueuse ou adultérine²².

C'est donc aux hypothèses qui viennent d'être indiquées, et à ces hypothèses seules, que s'appliquent les dispositions légales qui, soit explicitement, soit implicitement, s'occupent des enfants incestueux ou adultérins, et les développements que nous allons donner à ce sujet dans la suite de ce paragraphe²³.

3° En général, la loi ne reconnaît aucun lien de parenté ou d'alliance entre les enfants incestueux ou adultérins d'une part, les auteurs de leurs jours et les parents ou alliés de ces derniers d'autre part. Ce principe est cependant soumis aux exceptions suivantes :

a. Les enfants incestueux ou adultérins doivent honneur et respect à leurs pères et mères. Les dispositions légales qui ne sont que des conséquences de cette règle, leur sont par conséquent applicables²⁴.

b. Les enfants incestueux ou adultérins ont le droit de porter le nom de leur père, ou celui de leur mère si leur filiation ne se trouve légalement constatée qu'à l'égard de cette dernière²⁵.

adultérine ou incestueuse vis-à-vis des personnes à l'égard desquelles ce jugement aura acquis l'autorité de la chose jugée : *Res judicata pro veritate habetur*. Demolombe, V, 587. Req. rej., 12 décembre 1854, Sir., 55, 1, 593.

²² La possession d'état qui ne tire sa force que de l'aveu tacite du père ou de la mère, ne peut pas être plus efficace que ne le serait une reconnaissance formelle. Demolombe, V, 564. Bonnier, *Revue pratique*, 1856, I, p. 347. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, II, p. 158 ; Hérold, *Revue pratique*, 1856, I, p. 158.

²³ Suivant M. Valette (sur Proudhon, *loc. cit.*), la filiation incestueuse ou adultérine se trouverait encore légalement constatée, lorsque l'officier public a reçu la reconnaissance dans l'ignorance où il était, soit de la parenté ou de l'alliance, soit du mariage préexistant. Mais cette opinion, à l'appui de laquelle notre savant collègue invoque un passage évidemment erroné du discours de Siméon au Corps législatif, ne doit pas être admise. Il ne saurait être permis d'éluder la prohibition portée par l'art. 335, au moyen de réticences commises dans la déclaration de reconnaissance et de précautions prises pour cacher à l'officier public le véritable état des choses.

²⁴ Loiseau, p. 744 et 745. Demolombe, V, 598. Voy. Code pénal, art. 299 et 312 ; loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, art. 19.

²⁵ Arrêt du Parlement de Paris, du 18 juin 1707, rapporté par Augéard, II, p. 26. Loiseau, p. 730. Demolombe, V, 596. Voy. cep. Bedel, n° 98. — L'arrêt de la Cour de Paris du 22 mars 1828 (Sir., 29, 2, 75), et celui de la Cour de Douai du 26 décembre 1835 (Sir., 37, 2, 188) ne sont pas contraires à notre manière de voir. Dans les espèces sur lesquelles ces arrêts ont statué, la filiation de l'enfant incestueux ou adultérin ne se trouvait pas légalement établie.

c. Les prohibitions et incapacités légales qui, d'après les explications données au § 567, sont communes aux parents et alliés légitimes et illégitimes, s'appliquent aussi bien au cas où la filiation est incestueuse ou adultérine, qu'à celui où elle est naturelle proprement dite²⁶. Il en est de même des présomptions légales d'interposition de personnes, établies par les art. 911 et 1100²⁷.

d. Les enfants incestueux ou adultérins ont, soit pendant leur minorité, soit après leur majorité, droit à des aliments, lorsqu'ils se trouvent dans le besoin²⁸. Art. 762, al. 2.

Ces aliments sont dus par les père et mère de leur vivant²⁹, et ils forment, après leur décès, une dette de leurs successions³⁰. Art. 763. Cependant toute réclamation est interdite à l'enfant incestueux ou adultérin, lorsque son père ou sa mère lui a assuré des aliments, ou l'a mis en état de pourvoir à ses besoins, ne fût-ce même qu'au moyen d'un simple art mécanique³¹, à moins que l'enfant ne se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de gagner sa vie³², ou que les aliments qui lui ont été assurés ne soient devenus insuffisants³³. Art. 764.

²⁶ Cpr. § 567, texte n° 2 et note 4.

²⁷ Cpr. § 567, texte n° 2 et note 5; § 649, texte et note 63; § 690, texte et note 29. Demolombe, V, 600. Cpr. Angers, 8 décembre 1824, Sir., 26, 2, 47; Civ. rej., 1^{er} août 1827, Sir., 28, 1, 49. Ces arrêts ont été rendus dans des espèces où la filiation adultérine ou incestueuse n'était pas légalement constatée.

²⁸ Quoique l'art. 762 ne mentionne pas cette condition, elle doit y être suppléée, d'après les principes généraux sur la dette alimentaire, et comme ressortant implicitement de l'art. 764. Delvincourt, II, p. 67 et 68. Loiseau, p. 556 et 750. Bedel, n° 93. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 763, n° 1. Marcadé, sur l'art. 763. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 532. Demolombe, XIV, 127.

²⁹ Arg. *a fortiori*, art. 763. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 762, n° 5. Loiseau, p. 749 et 750. Duranton, II, 378. Demolombe, IV, 16 et 17; V, 593.

³⁰ Ce n'est en effet qu'à titre de créance, et non à titre de droit héréditaire, que les aliments peuvent être réclamés. Merlin, *Quest.*, v° Réserve (droit de), § 1. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 762, n° 2. Malpel, *Des successions*, n° 172. Bedel, n° 102. Demolombe, XIV, 124.

³¹ En disant dans l'art. 764, que l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre les successions de ses père et mère, lorsque ceux-ci lui auront fait apprendre un art mécanique, le législateur nous paraît avoir voulu exprimer l'idée que les parents d'un enfant incestueux ou adultérin ne sont pas légalement obligés de lui donner une éducation en rapport avec leur position sociale et leur fortune, comme ils y seraient tenus envers un enfant légitime, et même envers un enfant naturel simple, et qu'ils ont satisfait à leurs obligations par cela seul qu'ils l'ont mis en état de gagner sa vie, en lui faisant apprendre un art mécanique. Demolombe, XIV, 128.

³² Delvincourt, II, p. 208 et 209. Rolland de Villargues, n° 344. Poujol, *Des successions*, sur l'art. 764, n° 10. Demolombe, XIV, 129.

³³ Il résulte de la rédaction de cet article, que tout ce que le père a fait pour

Les aliments sont, du vivant des père et mère, réglés dans la proportion de leurs facultés et des besoins de l'enfant. Arg. art. 208. Ils sont fixés, après le décès des père et mère, eu égard tant aux forces de l'hérédité, au nombre et à la qualité des héritiers ou successeurs irréguliers, qu'aux besoins de l'enfant³⁴. Art. 763 cbn. 208.

e. Les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent, soit par donation entre-vifs, soit par testament, recevoir de leurs pères et mères que des aliments³⁵. Art. 908 cbn. 762. Un legs, quoique fait à titre d'aliments à un enfant incestueux ou adultérin, devrait être annulé, si cet enfant se trouvait, par sa fortune ou par sa profession, à même de pourvoir convenablement à son existence, et serait, en tout cas, réductible à la mesure de ses besoins³⁶. Toute personne intéressée peut demander l'annulation ou la réduction, suivant les circonstances, des libéralités faites à un enfant incestueux ou adultérin³⁷.

assurer à l'enfant des moyens d'existence, vient à la décharge de la mère, et vice versa. Delvincourt et Poujol, *loc. cit.* Duranton, VI, 330. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 532. Demolombe, XIV, 127.

³⁴ Loiseau, p. 556 et 750. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 762, nos 1 et 4. Malpel, *op. cit.*, n° 171. Delvincourt, *loc. cit.* Poujol, *op. cit.*, sur l'art. 764, nos 7 à 9. Marcadé, sur l'art. 763. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, XIV, 125 à 127.

³⁵ Discours de Jaubert (Loché, *Lég.*, XI, p. 442, n° 16). Loiseau, p. 752 et 753. Voy. aussi les différentes autorités citées aux notes 11 à 16 *supra*.

³⁶ Il n'est pas contestable qu'un legs fait à titre d'aliments à un enfant incestueux ou adultérin par son père ou sa mère, ne soit en cas d'excès réductible à la mesure des besoins réels de cet enfant. Et s'il est ainsi, on doit nécessairement en conclure qu'un pareil legs est annulable, lorsque le légataire n'est pas dans le besoin. La fausse qualification donnée à la disposition ne saurait avoir pour effet de la valider. Demolombe, XIV, 132. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 572, note 10.

³⁷ Suivant Loiseau (p. 755 et 756), l'annulation ou la réduction des dispositions à titre gratuit faites au profit d'enfants incestueux ou adultérins ne pourrait être demandée que par les héritiers *ab intestat* de leurs pères et mères. Nous avons nous-mêmes adopté une solution analogue en ce qui concerne les enfants naturels simples, en nous fondant sur cette idée qu'à leur égard, l'art. 908 crée plutôt une indisponibilité partielle dans l'intérêt de la famille légitime, qu'il n'établit une incapacité de recevoir dans le sens strict du mot, puisque, à défaut de parents au degré successible, ces enfants sont appelés par la loi elle-même à recueillir la totalité de la succession de leurs pères et mères. Cpr. § 649, texte et note 73. Mais quant aux enfants incestueux ou adultérins, la disposition de l'art. 908 a un tout autre caractère, et une portée beaucoup plus absolue. Ils sont en effet exclus dans tous les cas possibles des successions de leurs pères et mères, qui, à défaut d'héritiers ou d'autres successeurs irréguliers, sont dévolues à l'État. Ils se trouvent ainsi frappés d'une véritable incapacité, fondée sur des motifs d'ordre

Sauf ces exceptions, et sous tous autres rapports, il faut s'en tenir au principe ci-dessus posé. Ainsi, l'enfant incestueux ou adultérin n'est point admis, même en l'absence d'héritiers, à exercer sur l'hérédité de son père ou de sa mère les droits successifs dont jouissent les enfants naturels proprement dits. Art. 762, al. 1. Ainsi encore, les père et mère d'un enfant incestueux ou adultérin ne peuvent, comme les père et mère d'un enfant naturel simple, ni exercer sur sa personne et sur ses biens les droits de puissance paternelle de tutelle, et de succession indiqués au § 571³⁸, ni même lui réclamer des aliments³⁹. Enfin, les frères et sœurs d'un enfant incestueux ou adultérin ne sont pas autorisés à lui succéder en vertu de l'art. 766⁴⁰.

public, et que toute personne intéressée est par cela même admise à faire valoir. Bedel, n° 102. Demolombe, XIV, 132.

³⁸ Bedel, n° 104. Favard, *Rép.*, v° *Enfant adultérin*, nos 2 et 3. Mackeldey, *Theorie der Erbfolgeordnung des Codex Napoleon*, p. 147. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 765, n° 7. Malpel, *op. cit.*, n° 173. Poujol, *op. cit.*, sur l'art. 765, n° 4. Marcadé, sur l'art. 766. Demolombe, V, 595 et 597; VI, 605; VIII, 370; XIV, 137. Nîmes, 13 juillet 1824, Sir., 25, 2, 318. Voy. cep. en sens contraire : Loiseau, p. 741 à 745; p. 757 et 758.

³⁹ L'enfant incestueux ou adultérin est sans doute obligé *natura et pietate* à fournir des aliments à ses père et mère qui sont dans le besoin; mais rien ne prouve que le législateur ait entendu accorder la sanction civile à cette obligation naturelle. La doctrine contraire est cependant enseignée par M. Demolombe (IV, 19), qui invoque pour la soutenir la réciprocité de la dette alimentaire, et la disposition de l'art. 371. Ces raisons ne nous paraissent pas suffisantes : si de fait la dette alimentaire est ordinairement réciproque, elle ne l'est pas par essence, et l'on comprend qu'elle cesse de l'être quand il n'y a pas parité de position entre deux personnes dont l'une est soumise à l'obligation alimentaire envers l'autre. Or, c'est précisément ce qui se rencontre dans les rapports d'un enfant incestueux ou adultérin et de ses parents. Bien qu'il n'existe pas entre ces personnes de lien civil de parenté de nature à donner naissance à une obligation alimentaire, le législateur a dû imposer aux père et mère d'un enfant incestueux ou adultérin l'obligation de lui fournir des aliments, en réparation de la faute grave dont ils se sont rendus coupables tant à son égard qu'envers la société. Mais dans cet ordre d'idées, il eût été peu logique de rendre cette obligation réciproque à la charge de l'enfant, victime innocente du vice de sa naissance. Quant à l'argument tiré de l'art. 371, nous ne voyons pas qu'il soit possible de faire découler l'obligation alimentaire du devoir d'honneur et de respect auquel l'enfant se trouve soumis.

⁴⁰ Chabot, Malpel et Poujol, *opp. et locc. citt.* Demolombe, XIV, 138. Voy. cep. Duranton, VI, 339.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

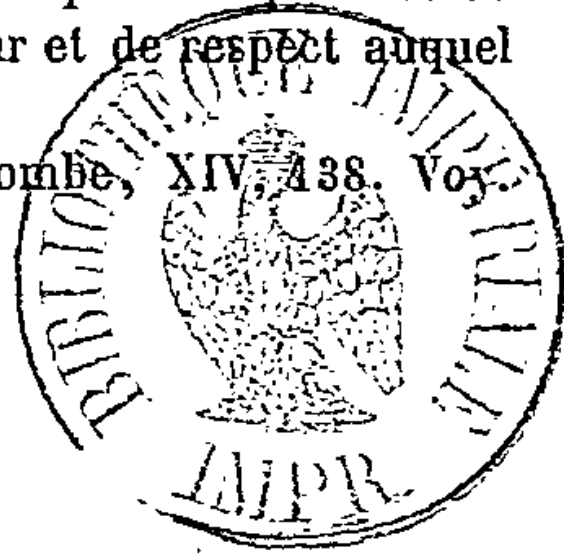


TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE QUATRIÈME VOLUME.

Suite de la seconde partie.

(*Livre premier. — Seconde division.*)

	Pages.
Seconde subdivision. — Des droits de puissance et de famille.	
Première section. — Du mariage et de la puissance maritale.	
Chapitre premier. — Du mariage considéré sous le rapport du lien personnel qu'il crée entre les époux.	1
449 I. Notions historiques	2
II. Définition du mariage. — Des conditions essentielles à son existence.	
450 A. Généralités	5
B. Spécialités.	
451 1. Des qualités essentielles des parties, en fait de mariage.	
451 bis 2. Du consentement des parties contractantes. — De la forme dans laquelle il doit être donné.	9
452 3. De la célébration du mariage.	13
452 bis Appendice au paragraphe précédent. — De la preuve de la célébration du mariage.	14
III. Des conditions de la validité du mariage.	
A. Généralités.	
453 1. Notion et division de ces conditions	25
454 2. Des oppositions au mariage. — <i>a.</i> Du droit de former opposition à un mariage.	26
455 Continuation. — <i>b.</i> De la manière dont l'opposition doit être formée.	33
456 Continuation. — <i>c.</i> Des suites juridiques de l'opposition.	34
457 Continuation. — <i>d.</i> De la demande en main-levée de l'opposition.	35
458 3. Des demandes en nullité de mariage. — Des exceptions qui peuvent y être opposées.	39
459 Des effets de l'annulation d'un mariage.	41
460 Du mariage putatif.	42
B. Spécialités.	
1. Des empêchements de mariage.	
a. Des empêchements dirimants.	
461 Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité absolue	50
462 Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité relative	59
463 b. Des empêchements simplement prohibitifs	73
464 De l'examen de certains cas dans lesquels il y a controverse sur le point de savoir s'il existe ou non un empêchement de mariage.	81
2. Des formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage.	

	Pages.
59	
465 a. Des publications	93
466 b. De la célébration	95
467 c. Des conséquences qu'entraîne l'inobservation des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents.	99
Appendice aux paragraphes qui traitent des conditions de l'existence et de la validité du mariage.	
468 Des mariages contractés par des Français en pays étranger	107
469 Des mariages contractés en France par des étrangers.	115
IV. Des effets du mariage en ce qui concerne les droits et devoirs respectifs des époux.	
470 1. Des droits et des devoirs communs aux deux époux	119
471 2. Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux	119
472 Continuation. — De l'autorisation maritale	122
V. De la dissolution du mariage et de la séparation de corps.	
A. De la dissolution du mariage.	
473 Des causes de dissolution du mariage	148
474 Des seconds mariages	149
B. De la séparation de corps.	
489 1. Notion de la séparation de corps.	150
490 2. Aperçu historique. — Règle d'interprétation.	151
491 3. Des causes en vertu desquelles il est permis de former une demande en séparation de corps. — Des moyens à l'aide desquels on peut établir la preuve des faits qui lui servent de base	152
492 4. Des personnes qui ont qualité pour former une demande en séparation de corps. — Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande.	160
493 5. De la procédure à suivre sur la demande en séparation de corps. — Des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu	165
494 6. Des effets de la séparation de corps.	173
495 et 496 7. De la cessation de la séparation de corps	181
Chapitre second. — Du mariage considéré quant aux biens des époux.	
Introduction.	
497 Aperçu historique	184
498 De l'ordre suivi dans la rédaction du titre du contrat de mariage . .	188
499 De l'interprétation du titre du contrat de mariage	189
500 De la dot.	191
501 Du contrat de mariage. — 1. Généralités.	198
502 2. Des personnes qui doivent figurer au contrat de mariage. — De la capacité requise pour ce contrat	201
503 3. De la forme du contrat de mariage. — De la publicité à laquelle il est soumis	213
503 bis 4. De l'époque à laquelle le contrat de mariage peut être fait. — Des conditions auxquelles il est permis d'y apporter des changements. .	216
504 5. Des conventions et stipulations permises dans le contrat de mariage. — De l'interprétation des clauses de ce contrat.	227
504 bis De la loi à laquelle, en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis	235

505	I. Du régime de communauté.	
	A. De la communauté légale.	
505	Notion de la communauté légale.	237
506	Des mariages à la suite desquels s'établit la communauté légale. —	
	De l'époque où elle commence.	239
507	De l'actif de la communauté.	240
508	Du passif de la communauté	270
509	De l'administration de la communauté	278
510	Des conséquences du régime de communauté, en ce qui concerne le	
	patrimoine propre des époux	290
511	Des droits des époux contre la communauté, et de ceux de la com-	
	munauté contre les époux	298
512	Des créances de l'un des époux contre l'autre	313
	Appendice aux §§ 507 à 512.	
513	Spécialités concernant les successions échues aux conjoints pendant	
	le mariage	315
514	Spécialités sur les rentes perpétuelles dues à l'un des conjoints ou	
	par l'un d'eux.	323
515	De la dissolution de la communauté. — Des différentes manières	
	dont elle se dissout	324
516	Continuation. — De la séparation de biens judiciaire	328
517	Du droit de la femme d'opter entre l'acceptation ou la répudiation de	
	la communauté.	349
518	Des suites de l'acceptation de la communauté	359
519	Continuation. — Du partage de l'actif de la communauté	359
520	Continuation. — Du partage du passif de la communauté, ou du paie-	
	ment des dettes communes	363
521	Des effets de la renonciation à la communauté	372
	B. Des conventions par lesquelles les époux modifient le régime de	
	la communauté légale.	
	1. Des conventions qui ont pour objet d'étendre ou de restreindre la	
	communauté légale.	
522	a. De la communauté réduite aux acquêts.	374
523	b. De la réalisation de tout ou partie du mobilier des époux	387
524	c. De l'ameublement de tout ou partie des immeubles des époux	397
525	d. De la communauté universelle	406
	2. Des conventions qui tendent à modifier les effets de la communauté	
	légale.	
526	a. De la clause de séparation de dettes	408
527	b. De la clause de franc et quitte.	412
528	c. De la clause par laquelle la femme stipule la reprise de son apport	
	franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté.	415
529	d. Du préciput conventionnel	419
530	e. Des clauses tendant à modifier la règle du partage égal de la com-	
	munauté.	425
	II. Du régime exclusif de communauté.	
531	a. De la clause portant que les époux se marient sans communauté.	430
532	b. De la clause de séparation de biens	438

	Pages.
III. Du régime dotal.	
533 Généralités sur le régime dotal. — 1. De la soumission à ce régime.	440
533 bis 2. De la distinction des biens de la femme en dotaux et en parapher- naux	444
A. Des biens dotaux.	
534 De la constitution de dot	448
535 Des droits respectifs des époux sur les biens dotaux. — 1. Des droits du mari	460
536 Continuation. — 2. Des droits de la femme	468
537 De l'inaliénabilité des immeubles dotaux.	471
537 bis La dot mobilière est-elle inaliénable? Dans quel sens, ou dans quelle mesure, la jurisprudence a-t-elle admis cette inaliénabilité.	501
538 Des dettes de la femme mariée sous le régime dotal, en ce qui con- cerne le droit de poursuite de ses créanciers sur les biens dotaux.	506
539 Des effets de la séparation de biens sous le régime dotal.	515
540 De la restitution de la dot.	520
541 B. Des biens paraphernaux	532
Appendice au régime dotal.	
541 bis De la société d'acquêts.	537
Deuxième section. — De la filiation. — Des devoirs inhérents à la pa- ternité et à la maternité — De la puissance paternelle. — Des droits de famille.	
542 Introduction	540
Chapitre premier. — Des enfants légitimes et des enfants légitimés.	
I. De la filiation des enfants légitimes.	
543 Notions générales	541
544 De la preuve de la filiation des enfants légitimes	545
544 bis Continuation. — De l'action en réclamation d'état, et de l'action en contestation d'état proprement dite.	554
545 De la présomption de paternité attachée, en faveur de l'enfant conçu pendant le mariage, à la preuve de la filiation maternelle. — De la position de l'enfant conçu avant le mariage. — De celle de l'en- fant conçu après sa dissolution.	562
545 bis Continuation. — De l'action en désaveu, et de l'action en contestation de légitimité	583
546 II. De la légitimation des enfants naturels.	594
547 III. Des obligations auxquelles les pères et mères sont soumis envers leurs enfants mineurs, légitimes ou légitimés.	599
IV. De la puissance paternelle sur les enfants légitimes ou légitimés.	
548 1. Aperçu historique.	600
549 2. Notions générales sur la puissance paternelle	602
550 3. Des droits de la puissance paternelle	603
550 bis Continuation. — De l'usufruit légal des père et mère	608
551 4. Des différentes manières dont la puissance paternelle s'éteint ou se perd, et des causes par lesquelles l'exercice peut en être sus- pendu.	617
V. Des droits de famille indépendants de la puissance paternelle.	
552 Des droits et devoirs entre ascendants et descendants légitimes.	619

TABLE DES MATIÈRES.

731

§§	Pages.
553 De la dette alimentaire attachée à la parenté et à l'alliance légitimes. Chapitre deuxième. — Des enfants adoptifs, et des mineurs soumis à la tutelle officieuse.	620
554 Aperçu historique	633
555 Définition de l'adoption. — Division de la matière	635
I. De l'adoption de Droit commun.	
a. Des conditions et des solennités de l'adoption.	
556. 1. Des conditions intrinsèques de l'adoption	635
557 2. Des solennités extrinsèques de l'adoption	640
558 3. Des conséquences qu'entraîne l'absence des conditions ou l'inob- servation des solennités indiquées aux deux paragraphes pré- cédents	643
b. Des effets de l'adoption.	
559 1. Des effets de l'acte d'adoption, et de ceux de l'inscription de l'a- doption sur les registres de l'état civil.	647
560 2. Des effets de l'adoption définitivement consommée.	649
561 II. De l'adoption privilégiée.	655
Appendice. — Des mineurs soumis à la tutelle officieuse.	
562 Notions générales	658
563 Des conditions intrinsèques et des formalités extrinsèques relatives à l'établissement de la tutelle officieuse	658
564 Des effets de la tutelle officieuse.	660
Chapitre troisième. Des enfants illégitimes.	
565 Définition et division des enfants illégitimes.	663
566 Aperçu historique	664
567 Notions générales sur l'état et les droits des enfants illégitimes . .	665
I. Des enfants naturels simples.	
A. De la reconnaissance des enfants naturels.	
1. De la reconnaissance volontaire.	
568 Des conditions intrinsèques de la reconnaissance.	668
568 bis Des conditions extrinsèques de la reconnaissance.	675
568 ter Des conséquences qu'entraîne l'absence des conditions indiquées aux deux paragraphes précédents.	682
568 quater De l'irrévocabilité de la reconnaissance et de l'étendue de ses effets.	689
2. De la reconnaissance forcée.	
569 a. De la recherche de la paternité.	694
570 b. De la recherche de la maternité.	700
571 B. Des droits respectifs des enfants naturels et de leurs pères et mères. — De l'état de ces enfants	710
572 II. Des enfants incestueux et des adultérins.	716

FIN DE LA TABLE DU QUATRIÈME VOLUME.



