LOUIS JOSSERAND
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
CONSEILLER HONORAIRE A LA COUR DE CASSATION

COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANÇAIS

CONFORME AUX PROGRAMMES OFFICIELS DES FACULTÉS DE DROIT
MIS AU COURANT DES LOIS, DES DÉCRETS-LOIS, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Chevallier, 1931)

III

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX
LES SUCCESSIONS LÉGALES
LES LIBÉRALITÉS

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, rue Soufflot, PARIS (V°)
—
1940

TROISIÈME ÉDITION

930

COURS
DE
DROIT CIVIL
POSITIF
FRANÇAIS

8° F
38258
(3)

D. L
n 43h2 10-6-40
A

DU MÊME AUTEUR

Les successions entre époux, Lyon, 1892.

De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, A. Rousseau, 1897 (épuisé).

Traité élémentaire des voies d'exécution, (ancien traité de Garsonnet), 7e édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925.

De l'abus des droits, Paris, A. Rousseau, 1905 (épuisé).

Les transports, en service intérieur et en service international, à l'exclusion des transports maritimes, 2e édition, Paris, A. Rousseau, 1926.

Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles, Librairie Dalloz, 1926.

De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2e édition, Paris, Librairie Dalloz, 1939.

Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Librairie Dalloz, 1928.

Evolutions et actualités, Conférences de droit civil, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936 (épuisé, 2e édition en préparation).

LOUIS JOSSERAND

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
CONSEILLER HONORAIRE A LA COUR DE CASSATION

COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANÇAIS

CONFORME AUX PROGRAMMES OFFICIELS DES FACULTÉS DE DROIT
MIS AU COURANT DES LOIS, DES DÉCRETS-LOIS, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Chevallier, 1931)

III

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX
LES SUCCESSIONS LÉGALES
LES LIBÉRALITÉS



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, rue Soufflot, PARIS (V^e^)

1940

TROISIÈME ÉDITION

Table des divisions de l'ouvrage

(Les numéros renvoient aux pages)

TROISIÈME PARTIE *(suite)*

Titre VII. — Les régimes matrimoniaux 1

INTRODUCTION 1

PLAN 8

Première division. — LE RÉGIME MATRIMONIAL DE DROIT COMMUN : LA COMMUNAUTÉ LÉGALE 10

Nature et position juridique de la communauté 11

Chapitre I. — COMPOSITION DE LA COMMUNAUTÉ ET DES PATRIMOINES DES ÉPOUX 14

Section I. — Actif de la communauté et actif propre à chacun des époux 15

§ I. — Les meubles 16

N° 1. — Généralité de la règle de présomption d'acquêts 17

N° 2. — Dérogations apportées à la règle; *propres mobiliers* 21

N° 3. — Les propres mobiliers imparfaits 27

§ II. — Les immeubles 28

N° 1. — Immeubles présents 29

N° 2. — Immeubles acquis à titre gratuit au cours de la communauté 32

N° 3. — Certains immeubles acquis à titre onéreux pendant la communauté 35

1° Arrangement de famille 35

2° Parts indivises 37

Retrait d'indivision 39

3° Immeubles subrogés à des propres 43

Echange 45

Remploi et emploi 46

§ III. — Les fruits des propres 58

§ IV. — *Les biens réservés* 61

Section II. — Passif de la communauté et dettes personnelles aux époux 67

§ I. — Les dettes présentes 69

§ II. — Les dettes assumées par les époux au cours de la communauté 73
N° 1. — Les dettes du mari 74
Le mandat domestique 75
N° 2. — Les dettes de la femme 79
1° Dettes assumées par la femme avec l'intervention maritale 80
2° Dettes contractées avec l'autorisation de justice 85
3° Dettes assumées en dehors d'une autorisation spéciale 86
N° 3. — Dettes afférentes aux successions, aux legs et aux donations 91
§ III. — Charges usufructuaires et charges du ménage . . 94

Chapitre II. — Administration de la communauté et des propres des époux 95
Section I. — Administration des biens communs 95
§ I. — L'ancien droit 96
§ II. — Le Code civil 96
N° 1. — Actes permis au mari 97
N° 2. — Actes interdits au mari 98
1° Actes frauduleux 98
2° Certaines libéralités 101
§ III. — La rupture de l'unité d'administration; les biens réservés 106
§ IV. — Pouvoirs de la femme sur les biens communs . . 114
Section II. — Administration des propres de la femme . . 115
§ I. — Pouvoirs limités du mari 116
I. Actes interdits au mari 116
1° Aliénations 116
2° Actes assimilables aux aliénations 119
3° Acquisitions 120
4° Exercice des actions 121
II. Actes permis au mari 121
III. Actes permis à la femme 124
§ II. — Responsabilité du mari 126

Chapitre III. — La contribution aux charges du ménage . . . 126

Chapitre IV. — Dissolution de la communauté 129
Section I. — Modes de dissolution qui opèrent sans rétroactivité 130
§ I. — Décès d'un époux 130
§ II. — Absence 134
§ III. — Annulation du mariage 136
Section II. — Mode de dissolution qui opère avec rétroactivité — *La séparation de biens principale* 137
I. Causes de la séparation de biens 138
II. Qui peut demander la séparation 140

III. Procédure de la séparation de biens 143
IV. Effets du jugement de séparation 146
1° Rétroactivité 146
2° Rétablissement du régime antérieur 148
Section III. — Modes de dissolution qui ne rétroagissent qu'entre les parties 149
1° Séparation de biens accessoire 149
2° Divorce 151

Chapitre V. — Des partis que la femme peut prendre à la dissolution de la communauté et des suites qu'ils comportent . 153
Section I. — Le droit d'option 153
Section II. — La renonciation à la communauté et ses conséquences 157
§ I. — Formes de la renonciation 157
§ II. — Délais de la renonciation 159
§ III. — Effets de la renonciation 161
1° Actif 162
2° Passif 164
Section III. — L'acceptation de la communauté et ses conséquences 165
§ I. — Formation de la masse partageable 167
N° 1. — Reprises ou prélèvements effectués par les époux 167
I. Reprises en nature 168
II. Reprises en valeur (*récompenses* dues aux époux) . . 168
1° Causes des récompenses 170
2° Montant des récompenses 173
3° Mode de règlement et nature des récompenses . . 173
Théorie des prélèvements 175
III. Les difficultés de preuve 179
1° Reprise des immeubles 181
2° Reprises mobilières 181
N° 2. — Rapports effectués par les époux à la communauté : *récompenses dues à la communauté* . . . 188
1° Causes de récompense 189
2° Montant des récompenses 194
3° Règlement des récompenses 196
§ II. — Partage de la masse commune 198
N° 1. — Partage de l'actif 198
1° Dans quelles proportions se partage l'actif . . . 199
2° Mode et effets du partage 200
N° 2. — Règlement du passif 204
I. — Obligation aux dettes : droit de poursuite des créanciers 205
II. — Contribution aux dettes 207
III. — Le bénéfice d'émolument 209

Appendice au Chapitre V : *Les récompenses entre époux* . . 213

Deuxième division. — Le contrat de mariage 215
Section I. — Conditions de validité et d'efficacité 216
§ I. — Conditions de fond 216
§ II. — Conditions de forme 220
§ III. — Publicité du contrat de mariage 222
§ IV — Inefficacité du contrat de mariage : caducité et nullité 225
1° Caducité 225
2° Nullité 226
Section II. — Dispositions qui trouvent place dans un contrat de mariage 230
La constitution de dot 235
I. — Nature juridique de la constitution de dot . . . 236
1° Solutions concrètes de notre droit positif 236
2° Le principe général; constitution de dot et action paulienne 239
II. — Effets et exécution de la constitution de dot . . 243
III. — Preuve du paiement de la dot 245
Section III. — Efficacité et durée d'application du contrat de mariage : *immutabilité du régime matrimonial* 246
§ I. — Le contrat de mariage ne produit d'effets qu'à compter du mariage 247
Les contre-lettres 249
§ II. — La règle de l'immutabilité 251

Troisième division. — Les régimes matrimoniaux contractuels . 260

Chapitre I. — La communauté conventionnelle 260
Section I. — Clauses modificatives de la composition de la communauté 261
§ I. — Modifications de l'actif 261
N° 1. — Clauses extensives 261
1° Communauté universelle 261
2° Clause d'ameublissement 262
N° 2. — Clauses restrictives 264
§ II. — Modifications du passif 266
1° Clause de séparation des dettes 266
2° Clause d'apport franc et quitte 268
§ III. — La communauté d'acquêts 269
1° Actif 271
2° Passif 276
Section II. — Clauses intéressant la liquidation et le partage de la masse commune 276
§ I. — Clauses qui dérogent à la règle du partage par moitié 277
1° Stipulation de parts inégales 277
2° Forfait de communauté 278
3° Attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux 279

§ II. — Clauses qui, sans heurter de front la règle du partage par moitié, font cependant à l'un des époux une situation privilégiée 281
1° Le préciput 281
2° Clause dite commerciale 284
3° Reprise d'apport franc et quitte 286

Chapitre II. — Le régime sans communauté 289

Chapitre III. — La séparation de biens contractuelle 297
1° Composition des patrimoines des époux 300
2° Contribution aux charges du mariage 302
3° Gestion des biens de la femme; atténuation de son incapacité 306
4° Fin du régime 313
5° Combinaison avec d'autres régimes 313

Chapitre IV. — Le régime dotal 314
Section I. — Généralités 314
Section II. — Les biens dotaux 319
§ I. — Quels biens sont dotaux 319
Immutabilité de la dot sous le régime dotal 322
Subrogation réelle 326
§ II. — Propriété, administration et jouissance des biens dotaux 328
I. — Propriété 328
II. — Jouissance 330
III. — Administration 332
§ III. — Inaliénabilité de la dot 337
N° 1. — De l'inaliénabilité au sens strict du mot . . 338
I. — Durée de l'inaliénabilité 339
II. — A quels actes l'inaliénabilité fait obstacle 339
III. — Biens inaliénables 341
IV. — Sanction de l'inaliénabilité 343
V. — Exceptions à l'inaliénabilité 348
1° Exceptions conventionnelles 349
Les clauses de remploi 351
Remploi de la dot mobilière 358
2° Exceptions légales 359
N° 2. — De l'imprescriptibilité de la dot 368
N° 3. — De l'insaisissabilité de la dot 370
I. — Portée objective de l'insaisissabilité 370
II. — Nature juridique de l'insaisissabilité 372
III. — Sanction de l'insaisissabilité 378
N° 4. — Intangibilité des reprises dotales 378
§ IV. — Restitution de la dot 380
Section III. — Les biens paraphernaux 387
§ I. — Les paraphernaux ordinaires 388
§ II. — Les paraphernaux à dotalité incluse 390

Section IV. — Combinaison du régime dotal avec d'autres régimes 394
§ I. — Adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal 395
§ II. — La séparation de biens intervenue sous le régime dotal 398

Appendice au titre VII. — NATURE JURIDIQUE DES AVANTAGES MATRIMONIAUX; RANG DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME 405
N° 1. — Nature juridique des avantages matrimoniaux sous les régimes communautaires 405
I. — Absence d'enfants issus d'un précédent mariage . 406
II. — Présence d'enfants issus d'un précédent mariage . 410
N° 2. — Rang de l'hypothèque légale de la femme mariée 414

QUATRIÈME PARTIE. — **Le patrimoine. Les successions légales ou successions ab intestat** 419

Généralités 419

Titre I. — Conditions requises pour succéder. Identification de l'héritier ou des héritiers 426

Chapitre I. — CAPACITÉ DE SUCCÉDER 426

Chapitre II. — INDIGNITÉ SUCCESSORALE 431

Chapitre III. — LES DIFFÉRENTS ORDRES DE SUCCESSIBLES . . . 436
Section I. — Les deux directives générales 436
Section II. — Les dérogations que comportent les directives . 438
§ I. — Concours de successibles appartenant à des ordres différents; *système de la fente* 438
§ II. — Concours de successibles occupant des degrés différents : la *représentation successorale* 441
Section III. — Mise en œuvre des principes et des dérogations qu'ils comportent : la dévolution successorale en action 445
§ I. — Dévolution d'une succession laissée par un défunt qui avait l'état d'enfant légitime 445
N° 1. — Ordre des descendants 447
N° 2. — Ordre composite des collatéraux privilégiés et des ascendants privilégiés 451
N° 3. — Ordre des ascendants 452
N° 4. — Ordre des enfants naturels 452
N° 5. — Ordre des collatéraux ordinaires 454
N° 6. — Le conjoint survivant 460
N° 7. — L'Etat 473
§ II. — Dévolution d'une succession laissée par un défunt qui avait l'état d'enfant naturel 481
§ III. — Succession laissée par un enfant adoptif 483

§ IV. — Les successions anomales 483
N° 1. — Les cas de succession anomale 484
N° 2. — Nature juridique des successions anomales et principes généraux qui président à leur fonctionnement 488
§ V. — Appréciation du système français de dévolution successorale; système des parentèles 495

Titre II. — Ouverture et transmission de la succession 497

Chapitre I. — La saisine héréditaire et l'envoi en possession : héritiers légitimes et successeurs irréguliers 498
Section I. — La saisine héréditaire 500
§ I. — En quoi consiste la saisine 501
§ II. — Effets produits par la saisine 502
§ III. — A qui appartient la saisine 503
§ IV. — Nature juridique de la saisine 504
Section II. — L'envoi en possession 506
§ I. — Formalités de l'envoi en possession 507
§ II. — Effets de l'envoi en possession 509
Section III. — Mesures fiscales relatives à la possession de l'hérédité 510

Chapitre II. — Droit d'option qui appartient à l'héritier; vacance de la succession 513
Section I. — Les divers partis entre lesquels peut choisir l'héritier 514
§ I. — Acceptation pure et simple 514
N° 1. — Formes de l'acceptation pure et simple . . . 515
I. — Acceptation volontaire 515
II. — Acceptation forcée; détournement d'effets héréditaires 518
N° 2. — Nature juridique de l'acceptation pure et simple 521
§ II. — Acceptation sous bénéfice d'inventaire 526
§ III. — Renonciation 529
Section II. — Le droit d'option envisagé en lui-même, abstraitement des partis qu'il comporte 537
1° Moment avant lequel le droit d'option n'existe pas . . 538
2° Moment à partir duquel le droit d'option ne peut plus être exercé 539
Prescription du droit d'option 540
3° Exercice du droit d'option 542
Délais de délibération 543
Vacance de la succession 545

Titre III. — Les conséquences et la réalisation de la vocation successorale. Situation faite à l'héritier définitif. Liquidation de la succession 548

Chapitre I. — Situation faite à l'héritier unique 549
Section I. — Le principe de la continuation de la personne du défunt par son héritier 550

§ I. — Le principe de la continuation de la personne en droit positif français 550
I. — L'obligation de l'héritier a-t-elle la même étendue que jadis celle de son auteur ? 553
II. — Preuve et mode d'exécution des dettes laissées par le défunt 557
§ II. — Le principe de la continuation de la personne envisagé aux points de vue critique, historique et comparatif . 558
Section II. — Les charges de la succession (par opposition aux dettes du défunt) 562
§ I. — L'obligation d'acquitter les legs 563
§ II. — Les charges *stricto sensu* 566
Section III. — Les institutions qui font échec au principe de la continuation de la personne : *bénéfice d'inventaire et séparation des patrimoines* 568
Généralités 568
§ I. — Le *bénéfice d'inventaire* étudié dans ses effets et dans sa cessation 572
N° 1. — Effets de l'acceptation bénéficiaire 572
I. — Isolement des deux patrimoines 573
II. — Administration et liquidation de la succession bénéficiaire 579
1° Vue générale 579
2° Réalisation de l'actif successoral et maniement des deniers 581
3° Utilisation des deniers 583
4° Pouvoirs et responsabilité de l'héritier bénéficiaire et de l'administrateur judiciaire 584
N° 2. — Cessation du bénéfice d'inventaire 592
§ II. — La *séparation des patrimoines* 595
N° 1. — Conditions mises au fonctionnement du bénéfice 595
N° 2. — Nature, effets et portée du bénéfice de la séparation des patrimoines 601
Appendice à la section III : *les successions vacantes* 607
Section IV. — Les actions qui sanctionnent les droits et les obligations de l'héritier. — *La pétition d'hérédité* 609
§ I. — Caractères de la pétition d'hérédité 610
§ II. — Preuve de la qualité d'héritier 612
§ III. — Contenu et résultats de la pétition d'hérédité; *l'héritier apparent* 614

Chapitre II. — Les problèmes soulevés par la pluralité d'héritiers 621
Section I. — La situation antérieure au partage; la communauté d'héritiers 622
§ I. — Condition juridique des biens héréditaires composant la masse successorale; *indivision héréditaire* . . . 623
§ II. — Le passif héréditaire; division des dettes 626

Section II. — Le partage et ses effets 635
§ I. — L'action en partage 637
N° 1. — Qui peut demander le partage 638
Le retrait successoral 641
N° 2. — A quelle époque le partage peut être demandé : *La convention d'indivision* 646
N° 3. — Capacité requise pour figurer dans un partage 652
§ II. — L'objet du partage 656
Le rapport des libéralités 659
Généralités 659
N° 1. — Qui doit le rapport 660
N° 2. — A qui le rapport est dû 667
N° 3. — Quelles libéralités sont rapportables 671
Dispenses et exemptions de rapport 678
N° 4. — Réalisation du rapport 689
1° Rapport en moins prenant 691
2° Rapport en nature 696
Le rapport des dettes 700
§ III. — Les formes du partage 706
N° 1. — Diverses espèces de partage 706
N° 2. — Formes du partage amiable 712
N° 3. — Formes du partage judiciaire 712
N° 4. — Le droit d'intervention des créanciers . . . 723
§ IV. — Nature et effets du partage 725
N° 1. — Caractère et effet déclaratifs du partage . . 726
I. — Vues générales 726
II. — Conséquences de l'effet déclaratif 730
III. — Sphère d'application du principe de l'effet déclaratif 735
N° 2. — Caractère égalitaire du partage, *la garantie* . 748
§ V. — Des moyens par lesquels un partage peut être attaqué 752
1° Nullité du partage 752
2° Rescision pour cause de lésion 753
3° Révocation pour cause de fraude; action paulienne . 757

Appendice aux successions : étude complémentaire de l'absence; *dévolution des biens des absents* 759

CINQUIÈME PARTIE. — **Les libéralités** 765

Chapitre préliminaire. — GÉNÉRALITÉS 765

Titre I. — Les libéralités du droit commun 774

Chapitre I. — FORMES DES LIBÉRALITÉS 774
Section I. — Formes des testaments 775
§ I. — Testament olographe 776
§ II. — Testament authentique 784
§ III. — Testament mystique 786

§ IV. — Observations communes aux diverses formes du testament 787
1° Mérites et inconvénients respectifs 787
2° Testaments conjonctifs 788
3° Testament verbal 788
4° Sanctions 789
Section II. — Formes des donations entre vifs 790
§ I. — Formes prescrites pour les actes portant donation . 791
§ II. — Les libéralités sans acte portant donation (*Donations sans formes*) 798
I. — Donation par voie de *renonciation* 799
II. — Donations qui ont pour cadre un *contrat à titre onéreux* 800
1° Donations ayant pour cadre un acte à titre onéreux intervenu entre donateur et donataire 800
2° Donation ayant pour cadre un contrat à titre onéreux intervenu entre le donateur et une personne autre que le donataire. — *Stipulation pour autrui* . 801
3° Donation ayant pour cadre un contrat à titre onéreux fictif : *donations déguisées* 802
III. — Donations par voie de tradition. — *Dons manuels* 806
IV. — Libéralités par voie de souscription 811

Chapitre II. — Conditions de fond requises pour la validité des libéralités 813
Section I. — Le consentement, et spécialement la déclaration de volonté du disposant 813
§ I. — La désignation du légataire 814
§ II. — Caractère irrétractable de la volonté du donateur; *principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs* . . 818
I. — Clauses condamnées au nom du principe de l'irrévocabilité 819
1° Prohibition de la *donation de biens à venir* . . . 820
2° Prohibition des *donations sous condition potestative* 822
3° Prohibition des donations emportant obligation d'acquitter un passif indéterminé 823
4° Prohibition des donations avec réserve du droit de disposer 824
II. — Clauses compatibles avec le principe de l'irrévocabilité 825
1° Clause de *réserve d'usufruit* 825
2° Clause de *retour conventionnel* 826
§ III. — Les vices du consentement proprement dits . . 831
Section II. — La capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit 833
§ I. — Les incapacités de disposer 834
N° 1. — Incapacités de jouissance 835
1° Personnes qui ne sont pas saines d'esprit . . . 835
2° Mineurs 837

3° Condamnés à certaines peines 839
N° 2. — Incapacités d'exercice 840
§ II. — Incapacités de recevoir 842
N° 1. — Incapacités de jouissance 842
I. — Incapacités générales 842
II. — Incapacités relatives 848
Moment auquel s'apprécie la capacité de recevoir . . 857
N° 2. — Incapacités d'exercice 858
§ III. — Sanctions des diverses incapacités 861
Présomptions d'interposition de personne 863
Section III. — La cause 867
1° La cause du Code civil 868
2° La cause impulsive et déterminante 868

Chapitre III. — Objet et étendue des libéralités 873
Section I. — Le legs universel 876
§ I. — Formalités 878
§ II. — Droits du légataire universel 881
§ III. — Obligations du légataire universel 883
Section II. — Le legs à titre universel 886
1° Définition 886
2° Formalités à accomplir 889
3° Droits du légataire à titre universel 890
4° Obligations du légataire à titre universel 891
Section III. — Le legs à titre particulier 892
1° Dans quels cas il y a legs à titre particulier valable . . 893
Legs de la chose d'autrui 893
2° Etendue du legs 897
3° Formalités à remplir 898
4° Droits du légataire 899
5° Obligations du légataire 904

Chapitre IV. — Les modalités (conditions et charges, clauses pénales); la cause impulsive et déterminante 905
I. — Le terme 905
II. — Conditions et charges 906
Charges et legs 906
Différentes catégories de charges 907
Charges et conditions 908
Charges ou conditions illicites, immorales ou impossibles 911
La cause impulsive et déterminante 916
III. — Les clauses pénales 920

Chapitre V. — Interprétation des libéralités 921

Chapitre VI. — Effets et exécution des libéralités 924
Des exécuteurs testamentaires 929

Chapitre VII. — Des causes qui peuvent enlever à une libéralité tout ou partie de son efficacité 935
Section I. — La caducité des legs 936
Section II. — Révocation des libéralités 943
§ I. — Révocation légale : survenance d'enfant 944
§ II. — Révocation judiciaire 951
I. — Révocation pour cause d'inexécution des charges . 952
II. — Révocation pour cause d'ingratitude 960
§ III. — Révocation des legs par la volonté unilatérale du testateur 968
1° Révocation expresse 968
2° Révocation tacite 969
Section III. — Réduction des libéralités pour atteinte à la réserve : *Disponible et réserve de droit commun* 974
Généralités 975
§ I. — Quels héritiers sont réservataires et quel est le montant de leur réserve 980
I. — Famille légitime 980
1° Réserve des descendants 981
2° Réserve des ascendants 984
II. — Famille adoptive 987
III. — Famille naturelle 987
§ II. — Nature de la réserve héréditaire et utilisation du disponible 990
I. — Nature de la réserve héréditaire 990
II. — Utilisation du disponible 993
§ III. — Comment on vérifie si la réserve a été entamée par les libéralités 995
I. — Formation de la masse de calcul 995
II. — Imputation des libéralités sur la masse, décomposée en disponible et en réserve 1006
§ IV. — Sanction de la réserve; *réduction et action en réduction* 1011
Section IV. — A qui profitent la caducité, la révocation ou la réduction des libéralités; *théorie de l'accroissement* . . . 1022

Titre II. — Les libéralités à statuts spécialisés 1027

Chapitre I. — Les donations matrimoniales 1028
Section I. — Des donations faites à l'occasion et en faveur du mariage 1028
§ I. — Donations consenties, dans le contrat de mariage, par un tiers 1031
N° 1. — Donation de biens présents 1032
N° 2. — Donation de biens à venir; *institution contractuelle* 1033
I. — Conditions de validité 1035
II. — Effets de l'institution contractuelle 1039
III. — Causes de caducité et de révocation 1044

IV. — La promesse d'égalité 1045
N° 3. — La donation cumulative de biens présents et de biens à venir 1046
§ II. — Donations consenties dans le contrat de mariage entre les futurs époux 1048
§ III. — Donations faites en faveur du mariage, mais « hors contrat » 1050
Section II. — Les donations entre époux 1051
1° Forme de ces donations 1053
2° Règles de fond 1056
3° Nature juridique 1058
Section III. — Le disponible spécial entre époux 1060
§ I. — Etendue et fixation du disponible spécial entre époux 1061
I. — Le défunt n'a laissé ni descendants, légitimes ou naturels, ni ascendants 1061
II. — Le défunt laisse un ou plusieurs ascendants légitimes 1062
III. — Le défunt laisse à la fois un ou plusieurs enfants naturels et un ou plusieurs enfants légitimes . . . 1064
IV. — Le défunt laisse un ou plusieurs enfants naturels ou bien un ou plusieurs enfants adoptifs 1065
V. — Le défunt laisse un ou plusieurs descendants légitimes 1066
1° Enfants communs 1066
2° Enfants issus d'un précédent mariage 1068
§ II. — Combinaison des disponibles spéciaux entre eux et avec le disponible de droit commun 1071
1° Combinaison des disponibles spéciaux avec le disponible de droit commun 1072
2° Combinaison des deux disponibles spéciaux 1075
§ III. — Sanction des règles qui président à l'établissement des disponibles spéciaux 1077
1° Réduction 1077
2° Nullité de certains actes suspects 1079
Présomptions d'interposition des personnes 1082

Chapitre II. — Les substitutions fidéicommissaires 1083
§ I. — Généralités 1083
§ II. — Le principe : prohibition et nullité des substitutions 1086
I. — Motifs de la prohibition 1087
II. — Caractères distinctifs de la substitution prohibée 1087
Les legs conditionnels alternatifs 1091
III. — Sanction de la prohibition 1094
§ III. — L'exception : les substitutions permises 1095

Chapitre III. — Les fondations 1105
1° Fondation par voie indirecte 1109
2° Fondation par voie directe 1111

Chapitre IV. — Les partages d'ascendant 1114
§ I. — Conditions requises pour la validité des partages d'ascendant 1117
§ II. — Effets produits par le partage 1127
§ III. — Des vices dont peut être atteint un partage d'ascendant et de leurs conséquences 1131
I. — Nullité, révocation, rescision ou réduction d'un partage d'ascendant 1132
II. — Règles applicables aux diverses actions; réalisation de la nullité, de la révocation, de la rescision ou de la réduction 1138
III. — Procédés auxquels la pratique a recours pour conjurer la destruction ou le remaniement d'un partage d'ascendant 1144

Addenda 1147

Ouvrages fréquemment cités et ouvrages fondamentaux

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, par Aubry et Rau, sur la 4e ou sur la 5e édition, suivant les cas.

Beudant. — *Cours de droit civil français*, par Ch. Beudant, publié par son fils, Robert Beudant.

Colin (A.), Capitant et de la Morandière. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 8e édit.

Colin (M.). — *Les donations entre vifs et les testaments*, dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, de Baudry-Lacantinerie, 2 vol.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., continué par Guillouard.

Fenet. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*

Huvelin. — *Cours élémentaire de droit romain*, publié par R. Monier.

Laurent. — *Principes du droit civil français*, 33 vol.

Le Balle. — *Les successions ab intestat*, dans le *Cours de droit civil français*, de Ch. Beudant, 2e édit., publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. V et V*bis*.

Le Courtois et Surville. — *Du contrat de mariage*, dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, de Baudry-Lacantinerie, 3 vol.

Lenoan. — *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, dans le *Cours de droit civil français*, de Ch. Beudant, 2e édit., publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. X.

Locré. — *Législation civile, commerciale et criminelle* de la France (travaux préparatoires).

Maury et Vialleton. — *Successions*, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. IV.

Nast. — *Régimes matrimoniaux*, 2 vol., dans le *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. VIII et IX.

Planiol et Ripert. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 11e édit.

Pothier. — Œuvres de Pothier, édit. Bugnet, 10 vol. et une *table générale des matières.*

Nota. — *Les numéros d'articles qui ne sont suivis d'aucune indication se réfèrent au Code civil.*

TRASBOT. — *Donations et testaments*, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT, t. V.

P. VOIRIN. — *Les donations entre vifs et les testaments*, dans le *Cours de droit civil français*, de Ch. BEUDANT, 2e édit., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI et VII.

WAHL. — *Des successions*, dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE, 3 vol.

Abréviations

Al.	Alinéa.
Ann. dr. com.	Annales de droit commercial.
Ann. lég. étrang.	Annuaire de législation étrangère publié par la Société de Législation comparée.
Arg.	Argument.
Art.	Article.
Bull. Soc. ét. lég.	Bulletin de la Société d'études législatives.
Bull. Soc. lég. comp.	Bulletin de la Société de Législation comparée.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. d'Et.	Conseil d'Etat.
C. Enreg.	Code de l'Enregistrement.
C. for.	Code forestier.
C. instr. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. pén.	Code pénal.
C. pr.	Code de procédure civile.
C. sup. arb.	Cour supérieure d'arbitrage.
C. trav.	Code du Travail et de la Prévoyance sociale.
Cbn	Combiné avec.
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Comp.	Comparez.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.	Décret.
D. P.	Recueil périodique et critique de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. H.	Recueil hebdomadaire de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. Jurisp. gén.	Répertoire alphabétique Dalloz.
D. Jurisp. gén. supplément.	Supplément au répertoire précédent.
D. L.	Décret-loi.
Ed.	Edition.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.

Gaz. trib.	Gazette des tribunaux.
Ibid.	Même ouvrage et même passage.
J. Off.	Journal Officiel.
L.	Loi.
Op. cit.	*Opere citato* (ouvrage déjà cité).
Ord.	Ordonnance.
p.	page.
Pasicr.	Pasicrisie belge.
Préc.	Précité.
Rec. somm.	Recueil des sommaires.
Ref. X, 1, 57	Refonte de la Jurisprudence de Sirey, tome X, 1re partie, page 57.
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. gén.	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.
Rev. gén. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. gén. ass. et resp.	Revue générale (belge) des assurances et des responsabilités.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil de jurisprudence de *Sirey*.
S. chr.	Sirey chronologique.
Sem. jur.	Semaine juridique (ancienne Semaine législative).
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation.
Suiv.	Suivants *ou* suivantes.
Sol. impl.	Solution implicite.
T.	Tome.
Trib. confl.	Tribunal des conflits.
V.	Voyez.

TROISIÈME PARTIE (*suite*)

TITRE VII

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

1. Sources. — C. civ. livre III, titre V, art. 1387 à 1581; L. 10 juill. 1850; L. 13 juill. 1907; L. 29 avril 1924; L. 18 fév. 1938.

Bibliographie. — Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 3 vol.; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, 1 vol.; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 4 vol.; Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, de Baudry-Lacantinerie, 3 vol.; Lenoan, *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd. publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. X; J. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, 1932; Marcel Nast, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de MM. Planiol et Ripert, t. VIII et IX, *Régimes matrimoniaux*, 2 vol., 1925 et 1927; Amiaud, *Traité formulaire de notariat*, 5 vol.; Defrénois, *Traité formulaire des contrats de mariage*.

INTRODUCTION

2. Définition. — On entend par *régime matrimonial* le statut qui régit les intérêts pécuniaires des époux.

Importance du sujet. — Ce statut, véritable charte ma-

trimoniale, présente une importance extrême; le choix du régime est appelé à retentir sur toute la vie juridique des époux; il domine tant leurs rapports réciproques que leurs rapports avec les tiers; le *crédit* et les *pouvoirs* du mari en dépendent, comme aussi la *capacité* et les *pouvoirs* de la femme; suivant que les époux seront communs en biens ou séparés de biens, leurs intérêts pécuniaires seront plus ou moins confondus ou demeureront isolés; en sorte que le régime matrimonial fait sentir son influence même sur les rapports personnels des époux, car l'indépendance des patrimoines et de leur gestion développera celle des existences, de même que la communion des intérêts favorisera la communauté de vie.

3. Principe de la liberté des conventions matrimoniales. — En principe, la loi laisse aux époux toute liberté pour l'aménagement de leur régime matrimonial; à la différence des rapports concernant les personnes, ceux qui intéressent les biens sont fixés par la volonté des intéressés qui construisent à leur gré la charte sous laquelle s'établira, se poursuivra et se dissoudra leur union : le contrat de mariage est un contrat formé de gré à gré et en quelque sorte sur mesure; il est le produit de deux volontés également autonomes, compte tenu des exigences de l'*ordre public*.

4. Régimes-types. — Cependant, le législateur ne pouvait pas laisser les contractants sans direction aucune; il ne devait pas leur imposer une improvisation qui risquerait fort d'être dangereuse; il lui appartenait de leur faciliter, au besoin même de leur épargner cette tâche en les faisant bénéficier de l'expérience accumulée par les siècles. Aussi a-t-il organisé des *régimes-types* dont chacun constitue en quelque sorte un contrat de mariage tout fait que les époux ont le loisir de s'approprier en déclarant qu'ils adoptent tel régime, qu'ils se marient sous tel régime.

Ces régimes-types sont au nombre de quatre : 1° la *communauté*; 2° le régime *sans communauté*; 3° la séparation *de biens*; 4° le *régime dotal*.

1° La *communauté* tire son nom et son caractère distinctif d'une masse commune, d'un patrimoine commun entre les époux et qui revêt lui-même le nom de communauté. Sous ce régime, trois patrimoines sont à distinguer : *a*) les biens

de la communauté; *b*) les biens propres au mari; *c*) les biens propres à la femme. Tous les revenus alimentent la caisse commune; enfin, ce qui achève l'union des intérêts, c'est le mari qui, réserve faite du cas où la femme exerce une profession distincte, administre tous les biens, pour les trois patrimoines;

2° Sous le régime *sans communauté*, le mari a encore l'administration de tous les biens et il en perçoit également les revenus sous l'obligation de subvenir aux charges du mariage; mais il n'existe plus de patrimoine commun; on ne distingue plus que les biens du mari et ceux de la femme;

3° La *séparation de biens* est exclusive, elle aussi, d'une masse commune, mais avec cette particularité que la femme a l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle, ce qui accuse l'indépendance des intérêts et des existences. Toutefois, la femme est tenue de contribuer, dans une certaine mesure et sur ses revenus personnels, aux dépenses du ménage;

4° Le régime dotal se caractérise par le statut original auquel se trouve soumise la dot de la femme, dont le mari a l'administration et la jouissance, mais qui est intangible, à la fois *inaliénable* et *insaisissable*, si bien que, quoi qu'il advienne, la femme est à peu près certaine de la conserver et de la recouvrer lorsque sera venu le moment de la restitution. Quant aux biens de la femme qui ne sont pas compris dans la dot et qu'on nomme *paraphernaux*, ils sont traités comme si les époux étaient séparés de biens; ils sont donc soumis à l'administration de la femme qui en a aussi la jouissance.

On le voit, chacun de ces quatre régimes-types possède sa physionomie propre; en les accueillant tous, les rédacteurs du Code civil ont témoigné d'un heureux esprit d'éclectisme, et notamment en consacrant les deux grands régimes qui se partageaient notre ancienne France : la communauté et le régime dotal; la première qui florissait dans nos pays de coutume, le second qui régnait dans les pays de droit écrit.

5. Régime légal (de droit commun). — Si éclectique que fût son esprit, le législateur ne pouvait pas placer les quatre régimes-types sur la même ligne; nécessairement, il devait donner à l'un d'eux le pas sur les autres, car il lui fallait choisir un régime *légal*, ou *de droit commun*, qui serait applicable aux époux à défaut de contrat de mariage

ainsi que dans l'éventualité d'un contrat frappé de nullité; donc un régime à la fois *fondamental* et *supplétif*, régissant les rapports pécunaires non réglementés contractuellement.

Il a conféré ce rôle prépondérant à la *communauté*, plus exactement à une certaine communauté qui, sans être universelle, englobe une grande partie des biens des époux et à peu près toutes leurs dettes; on l'appelle la *communauté légale*; c'est elle qui constitue le *régime légal* de notre droit français qui est donc un droit *communautaire*.

Ce résultat ne fut pas atteint sans de longs et passionnés débats entre partisans de la communauté et défenseurs du régime dotal; afin de donner quelque satisfaction à ces derniers, on décida de consacrer un chapitre spécial à leur régime favori, le chapitre III (art. 1540 et suiv.), tandis que cet honneur était refusé au régime sans communauté et à la séparation de biens.

6. Droit comparé. — De nos jours, la primauté accordée par le Code civil au régime de communauté a donné lieu à des critiques qu'il serait malaisé d'exposer et de faire comprendre au seuil même de cette étude; nous les retrouverons à propos de la communauté légale (notamment *inf.*, n^os^ 20 et 113); on a surtout reproché à ce régime les complications qu'il implique a raison de l'existence d'une masse commune et la prépondérance qu'il confère au mari tandis qu'il condamne la femme à une situation de dépendance et de subordination. Et il faut bien reconnaître que le droit commun législatif ne lui est guère favorable : si différents pays de faible étendue ou de population réduite lui ont accordé leurs suffrages (*Pays-Bas*, *Portugal*, *Belgique*, *Luxembourg*, *Norvège*, l. 20 mai 1927, *Ann. lég. étran.*, 1928, p. 441, *Républiques de l'Amérique du Sud*, etc.), les législations les plus récentes et les plus importantes ont fait choix, comme régime légal, d'un régime plus ou moins *séparatiste*, c'est-à-dire exclusif, sinon toujours d'une communauté d'intérêts, du moins d'un patrimoine commun : c'est à ce type moderne que correspond la *communauté d'administration* du Code civil *allemand* (art 1363 et suiv.) et l'*union des biens* du Code civil *suisse* (art. 209 et suiv.), comme aussi les systèmes en vigueur en *Italie*, en *Turquie*, en *Angleterre*, en *Chine*, au *Japon* et dans nombre d'*Etats de l'Amérique du Nord*.

6*bis*. **Projets de réforme.** — Aussi comprend-on que des propositions soient élaborées tendant à substituer à la communauté légale, en tant que régime de droit commun, la séparation de biens, régime simple et qui laisse à la femme plus d'indépendance (V. LÉVY-ULLMANN, *Rapport à la Société d'études législatives*, Bull. de cette Société, 1922). Mais, outre que la supériorité de ce régime sur celui de la communauté n'est nullement démontrée (V. SAVATIER, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparations de biens*, *D. H.*, 1929, chron. p. 21; *inf.*, n^os^ 516 et 518), il faut remarquer que sa popularité est minime, car, sur 82.346 contrats de mariage qui ont été passés en 1898 (*Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1899, p. 145), 2.128 seulement avaient adopté le régime de la séparation de biens, alors que 68.412, soit plus des trois quarts, portaient adoption d'une communauté plus ou moins étendue. Or, sans aller jusqu'à dire que le régime légal soit vraiment, exactement interprétatif de la volonté probable des parties, il serait paradoxal de conférer cette position juridique dominante à un statut pour lequel nos populations manifestent une telle désaffection. (V. dans les *Travaux de la Semaine internationale de droit*, tenue à Paris, en 1937, la partie concernant le *régime matrimonial de droit commun*, avec le rapport général de M. G. RIPERT, et les rapports spéciaux pour les divers pays : Angleterre, Belgique, Canada, Chili, Hollande, Italie, etc.)

Projets de réforme. — M. René Renoult, Garde des Sceaux, a déposé sur le bureau du Sénat, à la date du 23 juin 1932, un projet de loi tendant, dans deux parties distinctes, à supprimer l'incapacité de la femme mariée (ce qui est chose faite par la loi du 18 février 1938), et aussi à consacrer comme régime matrimonial légal, un système intermédiaire entre la séparation de biens et la communauté : pendant la durée du mariage, il n'y aurait pas de biens communs; mais, au jour de la cessation du régime, les acquêts, se dissociant *in extremis* des propres, seraient partagés entre les époux ou leurs héritiers. (V. *Rev. trim.*, 1932, p. 1235.)

Ce régime bâtard, dit de *la participation aux acquêts*, auquel on pourrait appliquer le nom de *communauté posthume*, repose tout entier sur le paradoxe d'un partage de biens qui n'avaient cependant jamais été communs; les

époux ne deviendraient associés qu'en cessant d'être époux ou en se séparant, ce qui peut sembler une gageure.

On sait que cette seconde partie a été disjointe du projet primitif afin de hâter le vote de la première qui a pris corps dans la loi du 18 février 1938 conférant à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile (*sup.*, t. I^er^, *Suppl.*, 1939, pp. 10 et suiv.); elle est ainsi demeurée en suspens et semble bien être définitivement abandonnée, puisque le Sénat est actuellement saisi d'une proposition, à l'occasion de laquelle il a été fait appel à la collaboration de la *Société d'études législatives*, et qui s'en réfère, comme régime matrimonial de droit commun, à la *communauté d'acquêts*.

7. Alsace et Lorraine. — Aux termes de la loi du 1^er^ juin 1924 (art. 1^er^), la législation française est seule applicable, dans les départements recouvrés, depuis le 1^er^ janvier 1925. Seulement, des dispositions transitoires étaient indispensables pour respecter, en quelque mesure, des droits acquis sous l'empire de la législation allemande; ces mesures ont d'ailleurs été édictées avec le désir de précipiter l'unification de législation; c'est ainsi que l'article 127 de la loi du 1^er^ juin 1924 permet aux époux, mariés sous l'empire du droit local, d'opter, dans le délai d'un an, pour un des régimes de notre Code civil ou bien de rédiger un contrat de mariage dans des termes conformes à notre droit; faute de quoi, le régime matrimonial se trouve mué *de plano* en un de nos régimes-types correspondants; par exemple, la *communauté d'administration* du droit allemand devient *communauté d'acquêts* du droit français, tandis que la séparation de biens allemande est transformée en séparation de biens française. (V. l'art. 128 de la loi de 1924.)

8. Les biens réservés et l'attribution à la femme mariée de l'exercice de sa pleine capacité civile. — 1° Une loi du 13 juillet 1907 est venue conférer à la femme mariée des droits extrêmement étendus sur les produits de son travail qui ont le caractère de *biens réservés*; leur propriétaire en a l'administration, la jouissance et même, sous le bénéfice d'une réserve pour les libéralités entre vifs, dont on peut d'ailleurs se demander si elle n'a pas été supprimée implicitement par la loi du 18 février 1938, la disposition : cela *sous tous les régimes*, sans aucune exception et nonobstant toute stipulation contraire.

Cette loi importante a réagi puissamment sur tous les régimes, notamment sur le régime légal de la communauté; du moment que la femme exerce une *profession distincte*, elle acquérait une capacité élargie en ce qui concerne son pécule réservé; encore que les biens qui le composent entrent dans la masse commune, c'est elle qui en a l'administration et la libre disposition. La réforme de 1907 a consacré, dans une large mesure, l'émancipation de la femme laborieuse, et, du même coup, elle a neutralisé, ou du moins sensiblement affaibli, l'objection que l'on tirait, contre le régime de la communauté, de l'effacement qu'il inflige à la femme; cet effacement n'est plus à craindre du moment que celle-ci exerce une profession; elle conquiert alors l'indépendance et la capacité par le travail.

2° Mais l'importance de la loi de 1907 a été par la suite bien atténuée par l'attribution à la femme mariée du plein exercice de sa capacité civile (L. 18 février 1938; art. 215 C. civ. nouv. réd.); la première réforme a été en quelque sorte dépassée par la seconde, plus générale et plus absolue, puisqu'elle profite à toutes les femmes mariées et sans qu'il y ait lieu, en principe, de distinguer d'après l'origine de leurs biens; aussi la loi du 18 février 1938 a-t-elle dû abroger une partie des dispositions contenues dans celle de 1907 et désormais sans objet.

Nous rechercherons, à propos de chacun des grands régimes matrimoniaux, les répercussions exercées et par la loi du 13 juillet 1907 et par celle du 18 février 1938. Il est vrai que les auteurs de cette dernière loi se sont défendus de vouloir toucher au statut des différents régimes matrimoniaux; mais cette prétention était illusoire; elle ne pouvait qu'être démentie par les liens qui unissent étroitement et nécessairement le régime des biens des époux et la capacité ou le pouvoir qui leur sont reconnus par la loi; comme nous aurons l'occasion de le constater à maintes reprises, la réforme réalisée en 1938 a exercé une répercussion sur l'organisation et le fonctionnement des régimes matrimoniaux (*sup.*, t. I^er^, *Suppl.*, 1939, p. 20; Marc Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, n° 25).

9. La dot. — Il est indispensable de donner, dès maintenant, quelques notions de la *dot* qui peut exister sous tous les régimes et sur laquelle le Code civil ne contient malheureusement pas de théorie générale. Le mot comporte deux

acceptions, l'une du langage courant, l'autre du vocabulaire juridique.

1° Dans le *langage courant*, on entend ordinairement par « *dot* » les biens donnés aux futurs époux à l'occasion et en vue du mariage, et cela soit par des parents, soit par des étrangers. En ce sens, la dot peut être constituée au profit du mari comme en faveur de la femme; d'autre part, elle ne fait pas corps avec le régime matrimonial, car, quel que soit celui-ci, il peut fonctionner abstraction faite de toute dot ainsi comprise;

2° Dans la *langue jurdique*, la dot « ... *est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage* » (art. 1540). Ainsi comprise, elle diffère de la dot vulgaire sous plusieurs rapports.

a) Elle ne saurait émaner que de la femme; c'est celle-ci qui apporte des biens au mari, au sens de l'article 1540, sans réciprocité possible;

b) La dot ainsi entendue, qui va de la femme au mari — celui-ci étant l'ayant-cause de celle-là — n'a pas un caractère purement gratuit, car elle comporte une affectation spéciale qui est de subvenir aux charges du mariage; en sorte que le mari n'a pas exactement la position d'un donataire pur et simple; l'apport qui lui est fait comporte une charge, et cela dans son intégralité;

c) La dot, au sens juridique du mot, ne suppose pas la rédaction d'un contrat de mariage, ni d'un acte quelconque; on la trouve, en effet, sous le régime de la communauté légale, alors que les époux n'ont pas fait de contrat et alors même qu'aucune libéralité ne leur aurait été adressée à l'occasion du mariage; elle résulte de l'affectation d'un bien de la femme aux charges du mariage — affectation conventionnelle ou affectation légale, en pleine propriété ou seulement en jouissance, peu importe : du moment qu'un bien de la femme est destiné, par le contrat ou par la loi, soit par son capital même, soit par les revenus qu'il donne, à faire face aux charges du mariage, il a un caractère dotal.

Sauf indication contraire, c'est dans ce sens étroit, le seul juridique, que nous prendrons le mot *dot*.

10. Plan. — Dans trois *divisions*, nous étudierons :

1° Le *régime légal*, c'est-à-dire la *communauté légale*;

2° Le *contrat de mariage*;

3° Les régimes établis par contrat, les *régimes contractuels*.

Après quoi, dans un *appendice*, nous rechercherons quelle est la nature juridique des *avantages matrimoniaux* sous les régimes de communauté et nous compléterons les explications précédemment données, dans le tome II, relativement à l'*hypothèque légale de la femme mariée*.

PREMIÈRE DIVISION

Le régime matrimonial de droit commun

LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

11. Sources. — Art. 1399 à 1496.

Bibliographie. — Outre les ouvrages cités pour les régimes matrimoniaux en général (*sup.*, n° 1), L. et A. Mérignhac, *Traité du régime de communauté*, 2 vol., 1894.

12. Importance pratique de la communauté légale. — La communauté légale est le régime de trois catégories d'époux.

1° Elle constitue le statut de ceux qui n'ont pas fait de contrat de mariage (pour l'année 1898, 204.833 unions sur un total de 287.179 mariages célébrés; pour l'année 1913, 229.217 unions sur 299.000 mariages);

2° Sont également mariés sous ce régime, sans l'avoir voulu, les époux dont le contrat de mariage est atteint d'un vice qui en détermine la nullité; tout se passe alors comme s'ils n'avaient pas fait de contrat;

3° Enfin, il arrive que les époux fassent un contrat valable, mais dans lequel ils déclarent adopter purement et simplement le régime de la communauté légale. On peut se demander à quoi bon un tel contrat qui semble se borner à une consolidation superflue du régime qui eût été applicable en son absence; mais il peut servir de cadre à des libéralités et il permettra sans doute de fixer, par un inventaire, la consistance des biens présents des époux. Pour l'année 1898, le régime légal a été ainsi adopté expressément dans 866 contrats.

On voit, par cette énumération, que la communauté légale est, de beaucoup, le régime matrimonial le plus répandu; il régit environ 80 % des unions; il est vrai que ce ne sont pas les plus riches d'entre elles; le régime légal est surtout celui des ménages sans fortune.

13. Caractéristique. — Comme il a été déjà noté, la communauté légale, ainsi d'ailleurs que toute communauté conjugale, est caractérisée par l'existence d'une masse commune alimentée par les biens et par les dettes des époux: qui dit communauté conjugale dit société de biens, mise en commun, dans des proportions variables, des éléments actifs et passifs des patrimoines de chacun des conjoints.

14. Nature et position juridique de la communauté [1]. — Il convient d'écarter deux conceptions, qui ont trouvé des défenseurs, mais qui peuvent être considérées comme condamnées.

1° On a soutenu que le patrimoine de la communauté serait en réalité le patrimoine du mari, propriétaire exclusif des biens dits communs, sur lesquels la femme n'aurait aucun droit effectif, du moins pendant la durée du régime. On a appuyé cette conception étrange sur les pouvoirs très étendus qui appartiennent au mari sur les biens communs, dont il peut disposer librement, sauf certaines réserves en matière de donation, et qui se confondent, *en fait*, avec ses propres biens; sur l'effacement de la femme, qui ne participe point à l'administration de la communauté; et aussi sur la tradition : ne disait-on pas autrefois, dans nos anciennes coutumes : « *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore?* » Mais cette thèse devient de plus en plus paradoxale à mesure que se développent les droits de la femme et que se restreignent ceux du mari : elle n'explique pas que la femme qui exerce une profession distincte ait l'administration et la disposition de ses biens réservés; ni que le mari voie ses pouvoirs limités par certaines dispositions (art. 1422, 1437); elle est condamnée par le texte de l'article 1492, d'après lequel la femme *renonçante* « *perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté* » : c'est donc qu'elle en avait jusque là; on ne perd que ce que l'on possédait. Il faut donc admettre, avec tous les auteurs récents et avec la jurisprudence (Req., 18 déc. 1935, *D. P.*,

[1] V. Chéron, *Etude sur l'adage « uxor non est proprie socia, sed speratur fore »*, thèse, Paris, 1901; Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse, Paris, 1902; Ricol, *La copropriété en main commune*, thèse, Toulouse, 1907; H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Rev. crit.*, 1929, p. 65); Aubéry, *La communauté de biens conjugale; origine et évolution du régime légal*, thèse, Paris, 1911; Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux* (*Rev. trim.*, 1903).

1936, 1, 41, note M. Nast), que les biens de la communauté appartiennent et au mari et à la femme; la terminologie est d'ailleurs suffisamment expressive en ce sens : biens *communs* et propriété *exclusive*, *unitaire*, sont des termes incompatibles entre eux.

15. — 2° Il est vrai que la contradiction serait résolue, mais dans un sens inattendu, si l'on attribuait à la communauté la *personnalité morale*; alors, les biens communs, tout en ressortissant au mari et à la femme, appartiendraient à une tierce personne qui viendrait s'interposer entre ces deux tenants. (*Sic*, J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932; suivant la formule de l'auteur, la communauté conjugale serait « *une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée* ».) Les conséquences de cette conception seraient notamment les deux suivantes :

a) Les créanciers de la communauté auraient pour gage propre les biens qui la composent et sur lesquels ils primeraient les créanciers personnels des époux, de même que les créanciers d'une société quelconque, pourvu qu'elle soit personnifiée, se payent sur l'actif social sans avoir à craindre le concours des créanciers personnels des associés;

b) L'*effet déclaratif* du partage ne se produirait, ne remonterait qu'au jour de la dissolution de la communauté, car, jusque-là, il n'y avait pas indivision, mais propriété unitaire ayant pour titulaire la communauté, personne morale; tandis que, en l'absence de personne de ce genre, la copropriété daterait du jour de l'entrée de chaque bien en communauté, et c'est jusqu'à ce jour que rétroagirait le partage, c'est-à-dire pour une période qui pourrait être très étendue, vingt ans, trente ans ou davantage.

Il faut repousser l'idée de personnalité morale comme nous avons écarté celle de propriété exclusive du mari.

a) La *tradition* est négative : la communauté conjugale ne fut jamais présentée comme personne morale, pas plus par nos anciennes coutumes que par nos anciens auteurs;

b) Il existe, on le verra, une *confusion de fait*, entre les biens du mari et ceux de la communauté (*inf.*, n° 109); cette confusion serait inexplicable si les biens communs ressortissaient à une personne morale distincte de la personne du mari;

c) Toutes les dettes de la communauté sont d'abord personnelles à l'un ou à l'autre des époux; il n'en est pas une

seule dont l'exécution ne puisse être poursuivie personnellement contre le mari ou contre la femme (*inf.*, n° 110);

d) Surtout, la communauté conjugale ne rayonne pas au dehors comme une société ordinaire; celui qui traite avec le mari, traite avec lui personnellement et non pas ès qualités, en tant que représentant de l'association conjugale dont il ignore peut-être l'existence; en fait, cette association, qui n'a pas de raison sociale, ne projette pas de personnalité au dehors;

e) Enfin, la jurisprudence n'admet pas que les créanciers de la communauté priment, sur les biens communs, les créanciers personnels des époux (Civ., 18 avril 1860, *D. P.*, 1860, 1, 185, *S.*, 1860, 1, 305, note Massé).

Il faut donc écarter toute idée de personnalité morale, comme le font une doctrine de plus en plus ferme. (Nast, *op. cit.*, t. I^er^, n° 157; Lenoan, dans le Cours de Ch. Beudant, 2^e^ éd., t. X, n° 247) et une jurisprudence aujourd'hui constante. (Civ., arrêt précité du 18 avril 1860; Req., 10 février 1896, *D. P.*, 1896, 1, 559, *S.*, 1900, 1, 511; 16 novembre 1921, *S.*, 1923, 1, 217, note Bourcart, *D. P.*, 1823, 1, 166; Lyon, 15 juillet 1926; *D. P.*, 1927, 2, 129, note Nast; Douai, 22 février 1932, *D. P.*, 1932, 2, 38.)

16. La communauté est une copropriété de nature particulière. — Il faut conclure que la communauté conjugale est une forme de copropriété, mais qui présente, à notre avis, un caractère particulier. Il est impossible, en effet, d'y voir une *indivision*, comme celle qui s'établit entre cohéritiers ou entre personnes qui ont acheté en commun une même chose : d'une part, la communauté conjugale est à base d'association; d'autre part, les biens qui la composent ont une affectation déterminée; ils sont voués à un but; ils composent un patrimoine distinct des patrimoines des époux; ils réalisent, à notre avis, une *copropriété sans indivision*, une *propriété en main commune*, « *Gesamte Hand* ». (V. les thèses précitées de M. Masse et de M. Ricol; et L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du centenaire du Code civil*, p. 357); on s'explique ainsi que le Code civil envisage la communauté conjugale en tant que patrimoine indépendant; elle constitue une masse de biens et de dettes, douée d'une vie propre, tendant à un but qui lui est assigné et vers lequel elle se dirige pour ainsi dire d'elle-même, en vertu de l'impulsion qui lui a été donnée, et sans organe représentatif, sans personnification : elle est une communauté agissante et non personnifiée, douée d'une

certaine individualité et ressortissant à deux personnes physiques, les époux.

Avec cette conception, comme avec celle de la personnalité morale, l'effet *rétroactif* du partage ne remonterait qu'au jour de la dissolution de la communauté; car cet effet perd toute raison d'être du moment qu'il n'y a pas indivision. (V. L. Josserand, *op. cit.*, *Livre du Centenaire*, p. 376; et *inf.*, n° 1187); et cette solution a parfois été consacrée par la jurisprudence. (Douai, 5 mars 1897, *D. P.*, 1897, 2, 220), mais elle est repoussée par la Cour de cassation (Civ., 28 décembre 1886, *D. P.*, 187, 1, 486) qui reconnaît ainsi à la communauté conjugale la nature d'un patrimoine indivis. (V. sur cette question, H. Capitant, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1929, p. 121, et l'arrêt précité de la Cour de Douai.)

17. Plan. — Nous étudierons dans cinq *chapitres* :

1° La *composition* de la communauté;

2° L'*administration* des biens communs et des biens propres aux époux;

3° La *contribution* aux charges du ménage;

4° La *dissolution* de la communauté;

5° Les *partis* que la femme peut prendre à la dissolution de la communauté et les *suites* qu'ils comportent.

Chapitre premier

Composition de la communauté et, par suite, des patrimoines des époux

18. Généralités. — La communauté légale, régime de droit commun, n'est pas une communauté universelle; elle n'absorbe pas tous les biens ni toutes les dettes des époux; elle est une communauté *restreinte;* certains biens demeurent la propriété exclusive de l'un ou de l'autre des époux. Trois catégories sont donc à distinguer : 1° les biens *communs*; 2° les *propres* du mari; 3° les *propres* de la femme.

La communauté de ces trois patrimoines est fixée par la loi d'une façon impérative; elle échappe, durant le mariage, plus exactement durant le régime, à la volonté des époux : ceux-ci auraient pu, en rédigeant un contrat de mariage, écarter, modifier les règles légales; mais, n'en ayant rien fait, ils sont désormais impuissants à modifier leur statut matrimonial, même dans ses applications les plus secon-

daires; il ne dépendrait pas d'eux qu'un bien, destiné à entrer en communauté, restât propre à l'un d'eux, ou inversement; ainsi le veut la règle de l'*immutabilité des conventions matrimoniales* (*inf.*, n° 442).

19. Plan. — Comme tout partimoine, la communauté comporte des éléments actifs et des éléments passifs; elle comprend des *biens* et des *dettes*; une section sera consacrée à chacun de ces éléments.

Section I. — ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ ET ACTIF PERSONNEL À CHAQUE ÉPOUX

20. Système possible. — On concevrait que le législateur eût établi un départ entre les biens acquis par les époux à titre onéreux, au cours du mariage, et tous autres biens; les premiers seuls fussent entrés en communauté tandis que tous les autres en eussent été exclus : on eût consacré ainsi, en tant que régime légal, la *communauté réduite aux acquêts* — le mot « acquêts » désignant les biens acquis par les époux à titre onéreux — c'est-à-dire un régime qui paraît répondre à nos mœurs, à notre état social, puisqu'on le trouve adopté dans le plus grand nombre des contrats de mariage (*inf.* n° 468); il eût été logique de le hausser au rang de régime légal. La proposition en fut bien faite par Malleville, mais elle fut repoussée à raison d'une objection d'ordre pratique que présenta Tronchet : le régime légal doit être aménagé de telle sorte qu'il soit susceptible de fonctionner en dehors de tout contrat, puisqu'il est, par définition même, le régime des gens mariés sans contrat. Or, la communauté d'acquêts, par cela même qu'elle range dans des catégories distinctes les meubles présents et les meubles futurs, implique au moins la rédaction d'un inventaire lors du mariage; elle est donc inaccessible à ceux qui se marient sans avoir pris le souci de leurs intérêts pécuniaires, c'est-à-dire à la grande majorité. L'objection parut décisive; elle ne l'était pas absolument, car la difficulté eût pu être résolue grâce à l'établissement de certaines présomptions, et la preuve en est que la communauté d'acquêts fonctionne dans certains pays, par exemple au *Chili*, en tant que régime légal (Travaux de la *Semaine internationale de droit* de Paris, de 1937; *Le régime matrimonial de droit commun*, pp. 63 et suiv.); on verra, d'ailleurs, que, même sous le régime de notre communauté légale, il existe encore des

difficultés de preuve de ce genre; seule les éviterait la communauté universelle que notre législateur a également écartée, en tant que régime de droit commun, pour s'en tenir à une solution intermédiaire entre la communauté réduite aux acquêts et la communauté généralisée, solution qu'il a empruntée à la coutume de Paris.

21. Système du code civil; principe. — Ce système consacre, *en fait*, une distinction entre les meubles et les immeubles, les premiers entrant bien plus facilement que les seconds en communauté; mais, *en droit*, le principe est le même; tous les biens sont réputés communs, jusqu'à preuve contraire; Loysel disait déjà que « *tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire* »; et l'article 1402 consacre cette règle pour ce qui est des immeubles, ce qui permet de conclure *a fortiori*, et par conséquent *a simili* pour les meubles, puisque ceux-ci, dans le système de notre Code civil, pénètrent en communauté plus volontiers que les immeubles : la *présomption d'acquêts* a ainsi une valeur générale de nos jours comme dans nos anciennes coutumes; elle est vraie pour tous les biens, mobiliers ou immobiliers.

22. Mise en œuvre du principe. — Plan. — Mais, si le principe est le même, sa mise en œuvre varie suivant qu'on se trouve en matière mobilière ou en matière immobilière; tandis que la mise en commun du mobilier est une règle presque absolue, l'entrée des immeubles dans la masse commune est loin d'être constante.

Il sera question :

1° Du *mobilier*;
2° Des *immeubles*;
3° Des *fruits* des propres des époux;
4° Des *biens réservés*.

§ I. — LES MEUBLES

23. Principe. — Plan. — Le principe est posé dans l'article 1401-1° qui fait pénétrer dans la communauté tous les meubles des époux; ainsi se trouve exprimée, en matière mobilière, la présomption d'acquêts que l'article 1402 n'énonce que pour les immeubles.

Il faut se rendre compte de la *généralité* de la règle; puis signaler les *dérogations* qu'elle comporte, enfin opposer les propres mobiliers *imparfaits* aux propres véritables ainsi qu'aux acquêts.

N° 1

Généralité de la règle

24. Exclusion de distinctions. — Il ressort de l'article 1401-1° et de la tradition qu'on ne distingue, ni d'après l'*époque* de l'acquisition du meuble, ni d'après le *mode* d'acquisiton, ni enfin suivant la *nature* du meuble.

25. I. Epoque de l'acquisition. — Le mobilier *présent* — celui que chacun des époux possédait au jour du mariage — entre en communauté comme le mobilier *futur* — celui qui leur advient au cours du mariage (article 1401-1°).

26. II. Mode d'acquisition. — Dans le mobilier futur, on ne distingue pas entre celui qui est advenu *à titre gratuit* et celui qui a été acquis *à titre onéreux*; le premier entre dans la masse commune aussi bien que le second. Il est même à remarquer que l'article 1401-1° ne vise expressément, comme mobilier futur entrant en communauté, que les biens acquis par voie de donation ou de succession. Mais c'est parce que le doute n'était possible que pour ces biens-là qui ont été transmis *intuitu personae*; s'ils entrent en communauté, c'est *a fortiori* que les meubles acquis à titre onéreux y entrent avec eux; aucun doute n'est possible à ce sujet.

Il a été jugé que même les biens acquis irrégulièrement ont le caractère d'acquêts : les gains illicites, provenant, par exemple, de l'exploitation d'un remède secret, entrent en communauté (Paris, 4 août 1909, *S.*, 1910, 2, 71; *D. P.*, 1910 2, 304).

27. III. Nature du meuble. — Ce ne sont pas seulement les meubles *corporels* qui pénètrent dans la masse commune, ce sont aussi les meubles *incorporels*, encore que, pour certains d'entre eux, il y ait eu des difficultés, et sous le bénéfice de certaines réserves ou de certaines distinctions.

1° Les *créances* sont presque toujours mobilières puisque les contrats sont, dans notre droit, translatifs de propriété; elles entrent donc presque toujours en communauté, sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après les conditions de leur naissance, et qu'elles résultent d'une vente, d'un bail, d'un partage (soulte), d'une assurance. Il faut se rappeler que l'*hypothèque*, simple accessoire, suit la créance partout où elle passe; elle pénètre donc, à sa suite et malgré son caractère de droit ordinairement immobilier, dans la commu-

nauté : *accessorium sequitur principale* (*sup.*, t. II, n° 1637).

2° Les *rentes*, toujours mobilières dans notre droit (*sup.*, t. I^er^, n° 1374), sont aussi des acquêts de communauté, sans distinguer selon qu'elles sont *perpétuelles* ou *viagères*, ou qu'elles ont été constituées avant le mariage ou postérieurement à la célébration; ceci, à moins cependant qu'une circonstance particulière ne leur imprime le caractère de propre (subrogation réelle, *inf.*, n^os^ 72 et suiv.; donation avec clause d'exclusion de la communauté, *inf.*, n° 37).

3° Le capital d'une *assurance sur la vie*, contractée par les époux ou par l'un d'eux, ou par un tiers au profit de l'un des époux, ou de tous deux, entre, en principe, dans la communauté. Il en est ainsi, notamment, de l'assurance que le mari a contractée pour lui-même et qui est payable lorsqu'il atteindra un âge déterminé (assurance sur la vie en cas de vie); si, au contraire, l'assurance a été contractée par l'un des époux au profit de l'autre, le capital constitue un propre pour celui-ci, par interprétation de la volonté du stipulant (*inf.*, n° 38). Comp. *inf.*, n^os^ 323, 328.

4° Les *actions* ou *intérêts* que les époux possèdent entrent également en communauté, à titre de meubles, comme d'ailleurs toutes les *valeurs de bourse*; il en va de même des bénéfices qui en sont issus (lot, prime de remboursement, actions acquises grâce à un droit de souscription, même préférentiel; Civ., 18 déc. 1935, *D. H.*, 1936, 33, etc.)

5° Les *fonds de commerce*, qui sont, sans aucun doute, des meubles incorporels (*sup.*, t. I^er^, n^os^ 1369, 1515 et suiv.; Douai, 1^er^ avril 1912, *D. P.*, 1913, 2, 17, note Lalou).

6° Une *officine de pharmacie* (Req., 27 nov. 1935, *S.*, 1936, 1, 16).

28. — 7° Les *offices ministériels* ou plutôt leur valeur vénale, figurée par le droit de présentation, entrent aussi en communauté (Civ., 4 janv. 1853, *S.*, 1853, 1, 468, *D. P.*, 1853, 1, 73; Req., 6 janv. 1880, *D. P.*, 1880, 1, 361, note Dutruc, *S.*, 1881, 1, 49, note Labbé). Il est intéressant de constater que l'office lui-même, le « titre » n'entre pas dans la masse commune, mais seulement la « finance »; il en résulte que la femme ou ses héritiers ne sauraient contraindre l'officier ministériel à se démettre de l'office, à le céder; ils peuvent seulement exiger qu'il soit tenu compte de la valeur de la charge lors de la dissolution de la communauté; ils auront droit à la moitié de cette valeur (Req., 6 janvier 1880, précité; Aix, 10 mai 1906, *S.*, 1908, 2, 61, *D. P.*, 1908, 2, 401).

29. — 8° *La propriété littéraire ou artistique.* — Un auteur, un artiste ont, sur leur œuvre, un ensemble de droits qui se ramènent à un monopole d'exploitation et qu'on désigne sous le nom de *propriété littéraire* ou *artistique*; sans nul doute, les produits, les profits de cette propriété entrent en communauté, tout le monde le reconnaît; mais la controverse est instituée pour la propriété elle-même : constitue-t-elle un propre, ou bien, si l'auteur est marié sous un régime communautaire, va-t-elle entrer en communauté?

C'est dans ce dernier sens que le problème a été résolu par la Cour de Cassation (Civ., 25 juin 1902, *S.*, 1902, 1, 305, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1903, 1, 5, note critique A. Colin et conclusions du procureur général Baudoin; Paris, 5 fév. 1935, *S.* 1935, 2, 96). Cette solution est la seule qui soit conforme aux textes : 1° à l'article 1401-1° qui fait entrer dans la masse commune tous les biens mobiliers; la propriété littéraire ou artistique est assurément un meuble incorporel; 2° à l'article 1er, § 2, de la loi du 14 juillet 1866; il est question dans ce texte des « *droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint* (le conjoint survivant) *du régime de la communauté* » : c'est donc que l'œuvre littéraire ou artistique a la position juridique d'un acquêt en communauté; les travaux préparatoires de cette loi confirment d'ailleurs cette interprétation (*Sic*, Bry, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, nos 762 et suiv.; Lyon-Caen, note précitée; comp. Lenoan, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, t. X, n° 263).

Néanmoins, et encore que la Cour de cassation se soit prononcée en ce sens, la question demeure très discutée; des auteurs qualifiés estiment que les droits d'auteur constituent des biens propres au profit de l'écrivain ou de l'artiste (Nast, *op. cit.*, t. Ier, nos 195 et suiv. et note citée ci-dessous; A. Colin, note précitée); ils se rallient ainsi à l'opinion de la Cour de Paris dont la décision (1er février 1900, *S.*, 1900, 2, 121, note Saleilles) fut cassée par la Chambre civile (arrêt précité du 25 juin 1902), mais a été reproduite ultérieurement par différents arrêts ou jugements (Trib. civ. Seine, 1er avril 1936, *D. P.*, 1936, 2, 65, note conforme M. Nast; Paris, 23 fév. 1938, *S.*, 1938, 2, 169, note P. Esmein). Leur argumentation tient essentiellement dans les trois observations suivantes :

1° Les productions de l'esprit présentent un caractère très personnel qui répugne à leur mise en communauté; on ne conçoit pas, pour elles, de partage; car l'élément moral et intellectuel domine, en ce qui les concerne, le point de vue

pécuniaire et patrimonial; on va même jusqu'à créer, pour les droits de l'auteur ou de l'inventeur, une troisième catégorie de droits, à côté et en supplément de la division classique des droits réels et des droits de créance, celle des *droits intellectuels* ou *droits de clientèle* (P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, *Rev. trim.*, 1935, p. 251. (Comp. J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *La Doctrine française du droit d'auteur*);

2° L'évaluation pécuniaire d'une œuvre littéraire ou artistique est impraticable à raison des changements qui peuvent se produire par la suite et qui sont imprévisibles (M. Nast, note précitée);

3° Le thèse de la Cour de cassation conduit à des résultats inattendus et iniques, par exemple en cas de *divorce* suivi de remariage de la femme : le second mari, s'il est commun en biens, lui aussi, deviendra lui-même copropriétaire de l'œuvre du premier mari et exercera sur elle un droit de contrôle ou d'exploitation; et surtout au cas où la communauté serait dissoute par le *prédécès de l'auteur* : car alors, le conjoint survivant aura d'abord, en tant que commun en biens, en tant qu'associé, la moitié du droit d'auteur, en pleine propriété, puis, à titre successoral, l'usufruit de l'autre moitié (L. 14 juillet 1866, article 1er); tandis que, si la communauté avait été dissoute par le prédécès du conjoint de l'auteur, ce dernier n'aurait droit qu'à la moitié en pleine propriété, le surplus allant aux héritiers du défunt; en sorte qu'il sera moins bien traité, lui le père de son œuvre, que ne l'eût été son conjoint survivant. Cette inconséquence est évitée dans la théorie qui attribue aux droits d'auteur la qualité de propres; de toute façon, l'auteur est alors assuré de conserver, jusqu'à son décès, la proprété exclusive de son œuvre dont il est demeuré le seul titulaire.

Cette dernière objection est exacte autant qu'impressionnante; mais on ne saurait en dire autant des deux autres : à la première, on peut répondre que la doctrine dissidente en arrive à établir une confusion entre le droit moral de l'auteur et le droit pécuniaire, à intégrer celui-ci dans celui-là; à la deuxième, il est facile de riposter qu'elle prouve trop, car elle conduirait à écarter de la communauté même un fonds de commerce dont les destinées ne sauraient être fixées dès aujourd'hui et dont la valeur est susceptible d'être décuplée ou centuplée par la suite.

En tout cas, on doit reconnaître que, dans l'état actuel des textes, il est difficile de ne pas approuver l'arrêt du

25 juin 1902 (V. la note précitée de M. P. Esmein) ; et, quoi qu'on dise, le côté patrimonial des droits d'auteur est prépondérant; la propriété littéraire est une source de revenus, comme la propriété corporelle; d'ailleurs, ne voit-on pas fréquemment des écrivains s'associer pour composer et pour publier un livre? C'est donc qu'une œuvre de ce genre ne répugne pas à la mise en société et au partage; à quoi il faut ajouter que les droits d'auteur sont parfaitement cessibles; rien ne s'oppose donc, juridiquement, à leur mise en communauté conjugale.

30. Réserve pour le droit moral de l'auteur. — On s'accorde à exclure de la masse commune le *droit moral* de l'auteur ou de l'artiste pour lequel la Cour de cassation a fait elle-même une réserve nécessaire dans son arrêt du 25 juin 1902 (V. aussi Trib. civ. Seine, 1er avril 1936, *D. H.*, 1936, 262) : l'auteur reste maître de publier ou non ses œuvres, de les rééditer ou non (V. sur le droit moral, *sup.*, t. Ier, n° 1528 et *inf.*, n° 33, et Ed. Silsz, *La notion juridique du droit moral de l'auteur*, *Rev. trim.*, 1933, p. 399; Chatin, *Le droit moral de l'auteur*, Dijon, 1937; Desbois, *L'évolution des droits de l'auteur*, *Rev. trim.*, 1939, p. 1) ; on lui demande seulement de ne pas mésuser de ce droit, de ne pas en *abuser*, dans une pensée de malveillance à l'égard de son conjoint ou de ses héritiers (même arrêt).

31. — 8° *Dessins et modèles industriels; brevets d'invention.* — La question qui vient d'être examinée pour la propriété littéraire ou artistique, se pose dans des termes analogues pour les dessins et modèles industriels, ainsi que pour les brevets d'invention; pour les mêmes raisons, nous la résolvons dans le même sens, (*Sic*, Bry, *op. cit.*, n° 297; *contra*, Nast, t. Ier, n° 203).

N° 2

Dérogations que comporte la règle

Propres mobiliers

32. Enumération. — De si large envergure que soit la règle qui fait entrer les meubles en communauté, elle comporte cependant des dérogations qui sont à ranger dans diverses catégories :

1° Certains meubles sont propres parce qu'ils répugnent, par leur *nature* même, à toute mise en communauté;

2° Il en est d'autres qui sont exclus de la masse commune comme représentant un propre ou une fraction de propre, donc à raison de leur *origine*;

3° Certains meubles sont propres de par une *manifestation de volonté*;

4° Enfin, le bénéfice de l'*assurance sur la vie* contractée par un conjoint commun en biens au profit de son conjoint, est érigé à l'état de propre par la loi qui régit le contrat d'assurance.

33. I. **Meubles qui constituent des propres parce que leur nature répugne à toute mise en communauté.** — Cette répugnance peut tenir soit à leur incessibilité, soit à leur caractère très personnel.

A. **Meubles incessibles.** — Du moment que la mise en communauté s'analyse en une cession, les meubles incessibles ne sauraient s'y prêter; tel est le cas des *pensions de retraite*; des *pensions alimentaires*; des *rentes* dues à la victime d'un *accident du travail* (Loi 9 avril 1898, art. 3 mod. art. 4, L. 1er juillet 1938); des *retraites ouvrières* (Loi du 5 avril 1910, art. 21); des *allocations* aux vieillards, infirmes et incurables (Loi du 14 juillet 1905, art. 21) ou aux familles nombreuses (Loi du 22 juillet 1923, art. 4).

B. **Meubles ayant un caractère très personnel.** — Il s'agit alors de biens parfaitement cessibles, mais dont le caractère personnel, voire même intime, répugne à la mise en communauté : *portraits* de famille; *lettres missives*; *décorations*; *brevets et diplômes*; *uniforme militaire*; *robe* du magistrat, du professeur, de l'avocat; *vêtements* à l'usage de chacun des époux (arg., art. 1492, § 2); *manuscrits* : si les droits d'auteur entrent en communauté, au moins dans l'opinion de la Cour de cassation (*sup.*, n° 29), il est admis que le manuscrit lui-même constitue un propre; l'auteur peut, à son gré le modifier, le détruire, le publier ou l'immobiliser; il conserve un *droit moral* (*sup.*, n° 30), lequel n'est efficace que si la propriété du manuscrit est demeurée exclusivement la sienne.

34. — Le caractère strictement personnel d'un bien est sujet à appréciation et à controverse; c'est ainsi qu'on s'est posé la question pour les indemnités délictuelles allouées, par application des articles 1382 et suivants, à l'un des époux, victime d'un accident; les cours d'appels étaient divisées, mais la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de

l'exclusion de la communauté; on considère que l'indemnité est représentative de la personne même de la victime, de sa santé, de son intégrité corporelle, lesquelles sont évidemment insusceptibles d'une mise en communauté (Req., 13 avril 1921, *S.*, 1922, 1, 257, note Demogue, *D. P.*; 1922, 1, 5 note H. Capitant; Trib. civ. Laval, 27 juill. 1932, *D. P.*, 1932, 2, 169, note Cendrier).

Il y aurait lieu de décider de même pour l'*indemnité d'assurance contre les accidents* servie à la victime par un assureur; il faut y voir également un bien propre, alors même que les primes auraient été payées avec les deniers de la communauté; car il serait inexact de prétendre que l'indemnité fût la représentation de ces primes (V. Ripert, note *D. P.*, 1911, 2, 225, critiquant une décision rendue en sens contraire par la Cour d'Orléans, 21 mai 1907; Demogue, note précitée).

35. II. **Meubles qui constituent des propres comme représentatifs d'un propre ou d'une fraction de propre.** — La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce qu'il dépende des époux de substituer un acquêt à un propre en transformant matériellement les éléments de leurs patrimoines; sans quoi il serait trop facile d'avantager l'un de ces patrimoines au détriment d'un autre. Aussi est-il admis traditionnellement que toute valeur qui représente un propre, est elle-même exclue de la communauté, quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente actuellement : *tout ce qui sort d'un propre constitue un propre*, en vertu d'une loi de *subrogation réelle* destinée à assurer le respect des frontières que la loi a établies entre les trois patrimoines : le meuble dérivé d'un propre est *subrogé* au bien dont il procède; il occupe sa position juridique; comme lui, il est propre : *subrogatum capit naturam subrogati*.

36. Applications. — Nombreuses et importantes sont les applications de cette loi de subrogation réelle.

1° Les fruits d'un propre entrent en communauté, car celle-ci a un droit de jouissance sur la fortune personnelle des époux (*inf.*, n° 94); mais il en va autrement des *produits* proprement dits, lesquels demeurent propres à l'époux à qui appartient le bien d'où ils sont issus : tels les *matériaux* provenant de la démolition d'une maison; *les coupes de bois* pratiquées en dehors d'un aménagement régulier, antérieur au mariage (art. 1043); les produits des *carrières* et

les redevances des *mines*, ouvertes ou concédées depuis le mariage (même texte) ; la moitié du *trésor* attribué *jure soli* au propriétaire du fonds; les *lots* et les *primes* se rapportant à des valeurs mobilières propres.

2° Si un bien propre à l'un des époux fait l'objet d'un *échange*, le bien acquis est lui-même propre, fut-il mobilier (arg. art. 1407) ; et il faut en dire autant de la *soulte* due par le coéchangiste à l'époux (Req., 11 avril 1902, *D. P.*, 1903, 1, 465, note Guénée).

3° Au cas de *vente* d'un propre, la créance du prix est représentative du bien aliéné; elle appartient donc en propre à l'époux vendeur; sans doute, si le prix est payé par l'acheteur avant la fin de la communauté, il entre dans la caisse commune (*inf.*, n° 40), mais l'époux vendeur a droit alors à une récompense de la part de la communauté qui s'est enrichie à ses dépens. Et si, avec ce prix, un autre bien a été acheté, il aura lui-même le caractère de propre, pourvu du moins que son origine soit régulièrement établie : on dit alors qu'il y a *remploi* (*inf.*, n^os^ 77 et suiv.).

Le prix de *licitation* d'un immeuble indivis est traité ainsi que le prix de vente amiable (Bordeaux, 9 décembre 1846, *S.*, 1847, 2, 414).

4° Les *indemnités* diverses dues à l'un des époux du chef de la perte ou de la détérioration d'un propre sont elles-mêmes des propres; il en est ainsi, par exemple, de l'*indemnité d'assurance* à laquelle peut prétendre l'époux dont l'immeuble a été incendié, indemnité qui est représentative non des primes, mais de la maison sinistrée; la solution ne varie donc pas (sauf une question de récompense à régler) si lesdites primes avaient été acquittées avec l'argent commun (Bordeaux, 19 mars 1857, *D. P.* 1858, 2, 61).

37. III. **Meubles qui sont exclus de la communauté par une manifestation de volonté. — Meubles donnés ou légués avec exclusion de communauté.** — Celui qui donne ou qui lègue des biens mobiliers à l'un des époux, peut stipuler qu'ils n'entreront point en communauté mais qu'ils resteront propres au donataire ou au légataire (art. 1401-1°). Le disposant aurait pu ne rien donner ou ne rien léguer; du moment qu'il consent une libéralité, libre à lui de régler la destination juridique des biens; mieux vaut, pour la communauté elle-même, la jouissance des biens donnés ou légués que rien du tout; elle n'est donc pas fondée à se plaindre de l'insertion d'une clause qui, à

vrai dire, ne va même pas à l'encontre du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, car ce principe s'impose aux époux, non aux tiers; il ne liait pas le disposant (*inf.*, n° 446).

38. Formes. — Il n'est pas nécessaire que la volonté d'exclusion soit formulée expressément; elle peut ressortir des circonstances de la cause, de la nature même de la libéralité, des conditions dans lesquelles elle intervient. Si, par exemple, le mari consent une *donation* à sa femme, pendant le mariage, avec les biens communs, ce serait enlever toute signification pratique à cette libéralité que de faire retomber ces biens dans la communauté, puisqu'on les ramènerait ainsi au point de départ; de même, lorsqu'un mari contracte une *assurance* sur la vie au profit de sa femme, on admettait volontiers qu'il avait entendu exclure de la communauté le droit au capital assuré (Req., 10 novembre 1879, *D. P.*, 1880, 1, 175; Civ., 22 février 1893, *D. P.*, 1893, 1, 401, note Planiol, *S.*, 1894, 1, 65, note Labbé) et la loi du 13 juillet 1930 consacre expressément cette solution, dans des termes plus généraux (*inf.*, n° 39*bis*).

39. Difficulté pour les biens compris dans la réserve de gratifié. — Il est discuté que la clause d'exclusion de la communauté puisse affecter des biens compris dans la *réserve* de l'époux gratifié; d'après la Cour de cassation, son domaine serait limité aux biens faisant partie de la quotité disponible et elle serait donc frappée de nullité en tant qu'elle affecterait des biens ressortissant à la réserve du gratifié (Civ., 6 mai 1885, *S.*, 1885, 1, 289, note Labbé; *D. P.*, 1885, 1, 369). On justifie cette solution en disant que la réserve, qui est d'ordre public (*inf.*, n° 1683), doit parvenir intacte à l'héritier réservataire; elle doit être libre de toute charge, de toute restriction, de toute modalité; or, elle ne présenterait pas ce caractère si une destination anormale pouvait lui être imposée par le disposant. A quoi on ajoute que la communauté a pu légitimement compter sur les biens compris dans la réserve de l'époux, par exemple sur ceux qui composaient la réserve de la femme dans la succession de son père; il est à considérer que cette communauté était cessionnaire des droits éventuels de la femme, qu'elle était « aux droits » de celle-ci.

Ces considérations ne sont pas pleinement satisfaisantes;

la réserve est établie dans l'intérêt du réservataire, de la femme dans l'espèce; or, la clause d'exclusion de la communauté, bien loin de restreindre les droits de la femme, vient au contraire les développer puisqu'elle tend à leur donner un caractère exclusif, à éviter un partage avec le mari. Au reste, tout le monde admet qu'elle est valable, même pour la réserve, lorsqu'elle figure dans le contrat de mariage; concession bien compromettante, car, si l'ordre public et le caractère intangible de la réserve s'opposaient vraiment à la validité de la clause d'exclusion, ils y feraient obstacle en toute occurrence et sans distinguer selon le cadre dans lequel elle est insérée.

39*bis*. IV. Disposition spéciale pour l'assurance sur la vie. — Aux termes de l'art. 71, § 1, de la loi du 13 juillet 1930, « *le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint constitue un propre pour celui-ci* »; c'est la seule solution qui, respectueuse de la volonté du souscripteur, confère à l'assurance sur la vie contractée par l'un des conjoints en faveur de l'autre, la plénitude de ses effets; mais c'est au prix d'une déviation imprimée au statut communautaire : acquises *à titre onéreux*, les sommes assurées, qui sont des *meubles*, auraient dû, à un double titre, entrer en communauté; la faveur avec laquelle l'opération est envisagée et aussi la préoccupation de lui faire produire tous ses effets ont fait écarter cette solution trop stricte et trop logique.

Mais nous pensons qu'elle s'imposerait si l'assurance avait été contractée par un conjoint *personnellement* et pour son propre bénéfice : les sommes assurées entreraient alors en communauté, conformément au droit commun du régime; la disposition de l'article 71, § 2 de la loi de 1930 doit être interprétée, non pas extensivement et par une analogie qui fait défaut en l'occurrence, mais suivant une argumentation *a contrario* parfaitement justifiée puisqu'elle consacre le retour au droit commun. Il est inadmissible que le mari puisse à volonté se constituer à lui-même des propres avec l'argent de la communauté.

Au contraire, l'article 71 s'appliquerait certainement à l'assurance contractée par les deux époux au profit du survivant, puisque ce dernier se trouvera lors du décès de son conjoint, dans la même situation que s'il avait été, dès l'origine, l'unique bénéficiaire.

N° 3

Les propres mobiliers imparfaits

40. Biens consomptibles. — Propres mobiliers imparfaits. — Les dérogations à la règle qui fait entrer en communauté les meubles des époux ne présentent pas toute l'importance pratique qu'on serait tenté de leur attribuer, car il est une vaste catégorie de biens qui répugnent, par leur nature intrinsèque, à jouer exactement le rôle de propres : ce sont ceux qui se consomment par le premier usage, ceux qui sont *consomptibles*.

On sait, et nous exposerons plus en détail (*inf.*, n° 94), que la communauté a, sur la fortune personnelle de chacun des époux, un droit de jouissance assez analogue à un droit d'usufruit; or, l'usufruit, en tant qu'il porte sur des biens consomptibles, se transforme en *quasi-usufruit*, c'est-à-dire que le prétendu usufruitier devient propriétaire des choses sur lesquelles repose son droit (*sup.*, t. I[er], n° 1863), à charge de rendre l'équivalent lors de l'expiration de l'usufruit. Telle est précisément la situation de la communauté vis-à-vis des propres qui se consomment par le premier usage; elle a la position juridique de quasi-usufruitier, donc de propriétaire à charge de rendre; ces biens ne sont donc des propres que théoriquement; pratiquement, ils entrent en communauté, comme les acquêts; ce sont des propres manqués en quelque sorte; on les appelle des *propres imparfaits*. Ce ne sont pas des propres parfaits, puisque la communauté en est propriétaire; mais ce ne sont pas non plus des acquêts proprement dits, puisqu'ils n'entrent en communauté qu'à charge de récompense; l'époux dont ils proviennent n'en perd la propriété qu'en devenant, en retour, créancier de la communauté jusqu'à concurrence de leur valeur. Tel est le cas, notamment, de l'argent, du *numéraire*, lequel entre fatalement dans la caisse de la communauté, quelle que soit sa provenance. Si, par exemple, un immeuble propre à l'un des époux est vendu au cours du mariage, la créance du prix de vente constitue bien un propre parfait, par loi de subrogation réelle (*sup.*, n° 36), mais le prix lui-même, encore qu'il provienne d'un propre, entre en communauté, sauf récompense, c'est-à-dire indemnité au profit de l'époux vendeur : le propre parfait est remplacé par un propre imparfait, à moins que ce prix ne soit lui-même employé de telle façon que la filière suivie puisse être reconstituée : le

bien acquis en *remploi* est propre comme celui auquel il a été substitué indirectement (*inf.*, n° 77).

41. — Il va sans dire que la substitution d'un propre imparfait à un propre parfait porte atteinte aux intérêts de l'époux dont la position devient moins solide; mieux vaut être propriétaire que créancier; mais, en revanche, les *risques* suivent la propriété; tandis que les propres parfaits sont aux risques de l'époux à qui ils appartiennent, les propres imparfaits sont à ceux de la communauté qui demeure redevable, en toute occurrence, de la récompense à laquelle l'époux a droit.

§ II. — LES IMMEUBLES

42. Principe. — La *présomption* d'acquêts fonctionne, pour les immeubles comme pour les meubles (art. 1402); « *tout immeuble est réputé acquêt de communauté...* » (on disait, dans notre ancien droit « *conquêt* »), mais cette présomption comporte de plus nombreuses et de plus graves dérogations en matière immobilière que dans le compartiment mobilier; ici encore, se manifeste la sollicitude des rédacteurs du Code civil pour la fortune immobilière qui devait demeurer, à leur sentiment et autant que possible, intacte dans chaque famille, sans être influencée par le mariage; en conséquence, ils ne font entrer en communauté que les immeubles qui sont, avec le mariage, dans un rapport étroit, tandis qu'ils en excluent ceux qui, par leur origine, ressortissent plus spécialement à chacun des époux.

Rentrent dans cette dernière catégorie et ont donc le caractère de propres, par dérogation à la règle de présomption d'acquêts :

1° Les immeubles *présents*;

2° Les immeubles acquis *à titre gratuit* au cours du mariage;

3° Et même certains immeubles acquis *à titre onéreux*, dans des conditions déterminées.

Si bien qu'il ne reste plus guère, pour alimenter la communauté, que la plupart des immeubles acquis à titre onéreux *constante matrimonio* : ce sont bien là, en effet, les immeubles qui se rattachent étroitement à l'union des personnes, et par le moment de l'acquisition et par la cause même de cette acquisition : ils ont été acquis, soit avec l'argent de la communauté, soit grâce à l'activité, à l'industrie des époux.

43. Plan. — Nous étudierons successivement les trois catégories d'immeubles qui, sous le régime de la communauté légale, constituent des propres; nous saurons ainsi ce qui reste, en matière immobilière, de la présomption d'acquêts.

N° 1

Immeubles présents

44. Principe. — En règle générale, les immeubles *présents* restent propres à l'époux qui en avait la propriété lors du mariage (art. 1402; 1404, § 1); en effet, ils ne sont nullement le produit de la collaboration des conjoints; ils répugnent, par leur origine même, à l'idée de communauté. Si les meubles présents obéissent à un statut tout différent, c'est que la ligne de démarcation serait trop difficile à tracer, en l'absence d'un contrat de mariage, par rapport aux meubles acquis *constante matrimonio*, tandis que la date de l'acquisition des immeubles est attestée par des titres écrits qui permettent de savoir si elle se place avant ou après la célébration du mariage.

45. Ce qu'il faut entendre par immeubles présents. — On entend par là les immeubles qui appartiennent aux époux en vertu d'un titre, d'une cause antérieure au mariage, *ex causa antiqua*, et par exemple :

1° L'immeuble dont l'un des époux avait la possession « *légale* » antérieurement au mariage, c'est-à-dire la possession *ad usucapionem* : la prescription venant à s'accomplir ensuite au cours du mariage, ce bien constitue un propre pour le possesseur devenu propriétaire (art. 1402, 1404, § 1). En d'autres termes, l'usucapion rétroagit au jour de l'entrée en possession, ce qui s'explique, pour la prescription acquisitive de droit commun, par cette idée qu'elle est un simple mode de preuve de la propriété; pour l'usucapion abrégée, de dix à vingt ans, par cette circonstance qu'elle vient renforcer le titre émané d'un *non dominus* (sur ces différents points, V. *sup.*, t. I[er], n[os] 1602 et 1773);

2° L'immeuble acquis par l'effet d'une *condition*, suspensive ou résolutoire, réalisée rétroactivement au cours de la communauté; du moment que le titre d'acquisition est antérieur au mariage, le bien est considéré comme présent

(*réméré* exercé par un vendeur; *révocation* d'une donation; *résolution* d'une vente pour défaut de paiement du prix);

3° L'immeuble recouvré sur l'exercice d'une *action en nullité*;

4° A l'inverse, l'immeuble acquis, avant le mariage, en vertu d'un titre *annulable*, consolidé par une *confirmation* postérieure au mariage;

5° L'immeuble recouvré sur l'exercice d'une action en rescision pour cause de *lésion*;

6° A l'inverse, l'immeuble acquis, antérieurement au mariage, en vertu d'une vente rescindable pour cause de lésion, puis consolidée, depuis le mariage, par le paiement du supplément du juste prix, conformément à l'article 1681.

En un mot, il y a lieu de tenir compte de cette idée que certaines acquisitions se réalisent *rétroactivement* et que l'origine des droits de l'acquéreur se trouve alors reportée plus ou moins haut dans le passé; si le jour qui leur sert de point de départ est antérieur au mariage, l'immeuble est considéré comme présent et a donc le caractère de propre.

46. — Il faut noter que l'immeuble donné à l'un des époux par *contrat de mariage* rentre dans cette catégorie; non pas que le titre d'acquisition rétroagisse, mais parce qu'il se trouve placé à une époque antérieure au mariage.

46*bis*. Droit issu d'une promesse de vente. — Lorsqu'un immeuble a fait l'objet d'une promesse de vente et si le créancier, qui s'est marié sans contrat dans l'intervalle, lève ensuite l'option, la jurisprudence considère que son droit, qui avait pour objet le fait du débiteur et qui était donc mobilier, est entré en communauté et que, par suite, l'immeuble est un conquêt (Req., 26 nov. 1935, *D. P.*, 1936, 1, 37, rapport E. Pilon; Civ., 7 mars 1938, *D. H.*, 1938, 260); nous avons indiqué les graves objections auxquelles se heurte cette solution (*sup.*, t. II, n° 1072; note M. Nast, 1932, 2, 134); en réalité, l'acquisition a bien lieu *ex causa antiqua* encore que la vente se forme au jour de l'acceptation et sans rétroactivité.

47. Dérogation. — A la règle que les immeubles présents sont propres, le Code civil apporte une exception : si l'un des époux acquiert un immeuble au cours de la période qui s'écoule entre le contrat de mariage et le mariage, ce bien entre en communauté (art. 1404, § 2).

Cette disposition ne présente qu'un bien faible intérêt pratique; son application suppose :

1° Que les époux ont fait un contrat de mariage;

2° Que, dans ce contrat, ils ont adopté — éventualité bien rare — le régime de la communauté légale; s'ils avaient réduit la communauté aux acquêts, l'article 1402, § 2 ne jouerait pas (Douai, 28 juin 1933, *S.*, 1934, 2, 22);

3° Qu'ils n'ont pas réglé, dans ledit contrat, le sort de l'immeuble en question : s'il en était autrement, il y aurait lieu de s'en référer aux termes de la convention.

48. Raison d'être de la dérogation. — Différentes explications ont été mises en avant pour rendre compte de l'entrée en communauté de cet immeuble intercalaire, les deux suivantes notamment :

1° La loi veut prévenir une fraude que l'un des époux aurait pu être tenté de commettre au détriment de la communauté, donc de son conjoint, et consistant dans l'immobilisation de sa fortune mobilière dans le période intermédiaire entre le contrat de mariage et le mariage : afin d'éviter l'entrée en communauté de ses valeurs mobilières, il se hâterait de les réaliser et d'acheter un immeuble qui, si on lui appliquait la règle de l'article 1404, § 2, lui resterait propre, en tant qu'immeuble présent. C'est pour déjouer cette trahison par anticipation que le deuxième alinéa du même texte fait pénétrer ledit immeuble dans le patrimoine commun;

2° D'autres auteurs font intervenir le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. D'après le contrat, les valeurs mobilières et l'argent de chacun des futurs conjoints doivent entrer en communauté; s'ils y étaient soustraits, il y aurait atteinte portée à la loi du régime matrimonial.

Il n'est pas indifférent de choisir entre ces deux explications; car la première conduit à une interprétation stricte de l'article 1404, § 2, au lieu que la deuxième légitime une interprétation extensive, par analogie; *a)* si l'on suppose, faisant l'hypothèse inverse de celle que prévoit le texte, que l'un des époux *vende* un immeuble postérieurement au contrat de mariage et avant le mariage, on dira, dans la première interprétation, que le prix de vente entre en communauté, conformément au droit commun, car la communauté, bien loin de perdre à cette transformation de l'actif du patrimoine du conjoint, y gagne nettement; du moment qu'il n'y a pas de fraude à redouter, on sort de l'esprit de

la disposition de l'article 1404, § 2, et on en revient donc à l'application des principes généraux. Mais si c'est, au contraire, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial qui est en cause, le cas de vente intérimaire doit, comme celui d'achat, être l'objet d'un traitement spécial : de même que l'immeuble acheté entre en communauté, par respect des conventions matrimoniales, de même le prix de l'immeuble vendu doit rester propre, au nom de ces mêmes conventions, sinon le statut matrimonial serait mis en échec : la loi de la *subrogation réelle* conduit à la deuxième solution aussi bien qu'à la première; si l'immeuble acheté est la représentation des valeurs aliénées, de même et à l'inverse, le prix de l'immeuble vendu lui est subrogé et prend sa place dans le patrimoine du vendeur; *b)* avec la première interprétation, la disposition de l'article 1404, § 2, est à cantonner strictement dans le domaine de la communauté légale et il ne saurait être question de la faire jouer sous le régime de la communauté d'acquêts (*inf.*, n° 470).

A notre avis, c'est la première explication, celle qui est tirée de la crainte d'une fraude, qui est la plus sûre :

1° Pothier décidait que le prix provenant de la vente d'un immeuble pendant la période intermédiaire constituait un propre (*Traité de la communauté*, n° 281); or, cette disposition n'a pas été reproduite dans le Code civil, et fort logiquement, car Pothier la rattachait à la prohibition des donations entre époux, laquelle a été écartée par notre droit;

2° Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne reçoit son application qu'à compter du mariage; c'est alors seulement que commence la communauté (art. 1399; *inf.*, n° 444); sans doute, les meubles présents des époux entrent en communauté, mais, pour les déterminer, c'est au moment du mariage qu'il convient de se placer et non pas au jour du contrat de mariage.

N° 2

Immeubles acquis à titre gratuit au cours de la communauté

49. Principe. — L'immeuble échu à l'un des époux « *à titre de succession ou donation* » constitue un propre (art. 1402); et « donation » est ici synonyme de « libéralité », soit entre vifs, soit testamentaire : les biens légués sont exclus de la communauté comme les biens donnés et pour

la même raison : ils ne sont pas dus à la collaboration des époux; leur acquisition se réalise « *intuitu personae* ». S'il en va autrement des meubles, lesquels entrent en communauté même acquis à titre gratuit, c'est que les rédacteurs du Code civil y ont vu des biens vils, ne composant pas, à vrai dire, le patrimoine familial.

50. Innovation. — Dans notre ancien droit, les immeubles acquis par succession étaient biens propres, mais non ceux qui étaient acquis par donation, sauf si la donation émanait d'un ascendant; Loysel disait « *il n'est si bel acquêt que de don* » (*Institutes coutumières*, n° 655), ce qui signifiait précisément que les immeubles donnés entraient en communauté, à titre d'acquêts. C'est que de tels biens n'avaient pas une origine familiale; il n'était donc pas indispensable de les maintenir, coûte que coûte, dans la famille; seuls, les propres *successoraux* étaient aussi des propres de *communauté*. En répudiant la théorie des propres successoraux, le législateur de 1804 fut amené, étant donné le point de vue auquel il se plaçait, à imprimer le caractère de propres aux biens donnés comme aux biens recueillis dans une succession : les uns comme les autres sont dévolus *intuitu personae*.

51. I. Immeubles acquis par succession. — On entend ici par « succession » la succession *ab intestat*, à l'exclusion des legs, qui rentrent sous la rubrique des *libéralités*; peu importe d'ailleurs la nature de la succession: *régulière* ou *irrégulière*, *ordinaire* ou *anomale*; même l'immeuble acquis par l'exercice du *retrait successoral* a le caractère de propre.

52. Difficulté pour les successions mixtes. — La divergence des règles applicables aux meubles et aux immeubles recueillis dans une succession par un époux commun en biens, suscite une difficulté pour les successions mixtes, c'est-à-dire pour celles qui se composent à la fois de meubles et d'immeubles, ce qui est le cas normal pour les hérédités de quelque importance. Sans doute, les meubles entrent en communauté tandis que les immeubles demeurent propres à l'époux héritier; et rien de plus simple s'il recueille tout, c'est-à-dire s'il est l'unique héritier du défunt. Mais les choses se compliquent s'il existe un autre ou d'autres héritiers; en ce cas, un partage est nécessaire, à la suite duquel la proportion des meubles et des immeubles

a pu être modifiée, au regard de l'héritier commun en biens; et la question se pose alors de savoir si les droits de la communauté sont établis en considération de la consistance de l'hérédité ou bien en fonction de la composition de la part attribuée, dans le partage, à l'époux héritier; question qui se ramène à un problème général, celui du domaine d'application de l'*effet déclaratif du partage*; selon que l'on englobe ou non dans ce domaine les rapports de chacun des héritiers avec ses propres ayants cause (la communauté est l'ayant cause de l'héritier commun en biens), on s'en réfère aux résultats du partage ou bien à la consistance de l'hérédité (V. *inf.*, n° 1219).

53. II. Immeubles donnés ou légués. — Ces immeubles restent propres, eux aussi, à l'époux acquéreur (art. 1402), sans distinguer d'après la nature de la libéralité : *donation entre vifs*, donation *déguisée*, *indirecte*, etc.

54. Dérogation et difficulté. — Bien entendu, le disposant aurait la faculté de stipuler que l'immeuble entrera en communauté (art. 1405) : la clause d'*entrée en communauté* est aussi efficace pour les immeubles que la clause d'*exclusion de communauté* pour les meubles (*sup.*, n° 37); et la volonté du donateur ou du testateur n'a pas besoin d'être expresse; elle peut se manifester tacitement, se dégager des circonstances de la cause; le tribunal appréciera (Req. 27 avril 1859, *D. P.*, 1859, 1, 508; *S.*, 1860, 1, 251).

Il sera bien embarrassé si la donation ou le legs ont été adressés aux deux époux conjointement et sans assignation de parts; l'immeuble est légué à tel individu et à sa femme; la libéralité s'adresse-t-elle à la communauté, ou bien, pour moitié et à titre de propres, à chacun des époux? La question n'est pas sans intérêt : si l'immeuble entre en communauté, il est soumis pour le tout aux larges pouvoirs du mari; il devient le gage des créanciers du mari et de la communauté; enfin, si, plus tard, la femme renonce à la communauté, elle perd tous droits sur lui; mais si la libéralité détermine deux propres, un pour le mari, un pour la femme, la part de la femme échappe aux larges pouvoirs du mari, comme au gage de certains créanciers; et elle y a droit en toute occurrence, même dans l'hypothèse d'une renonciation à la communauté; en outre, et depuis que la loi du 18 février 1938 lui a conféré la capacité civile, elle pourra aliéner sa part en nue propriété.

Il semble bien que, dans le doute, et en l'absence de toute

indication, cette question d'interprétation de volonté du disposant, qui devient alors seulement une question de droit, doive être tranchée en faveur de la communauté : la règle est que les biens acquis au cours de la communauté tombent dans la masse commune; les dérogations apportées à la présomption d'acquêts doivent être strictement interprétées; or, les articles 1402 et 1405 ne soustraient à cette présomption que les immeubles échus par succession ou par donation *à l'un des époux*, non ceux qui ont été donnés ou légués aux deux époux conjointement; ceux-là doivent suivre la loi commune, c'est-à-dire entrer en communauté (*Sic.*, Chambéry, 3 avril 1901, *D. P.*, 1903, 2, 54).

N° 3

Certains immeubles acquis à titre onéreux dans des conditions déterminées

55. Principe. — En thèse générale, les immeubles acquis à titre onéreux ont la position juridique d'acquêts de communauté, solution toute naturelle, puisqu'ils sont normalement dus au travail des époux ou à l'utilisation de valeurs communes.

56. Exceptions. — Exceptionnellement, il advient que, ces considérations n'étant plus de mise, ces immeubles restent propres à l'époux acquéreur; il en est ainsi :

1° Des immeubles acquis à l'occasion d'un *arrangement de famille* (art. 1406);

2° Des *parts indivises* acquises par l'un des époux en sa qualité de copropriétaire d'un immeuble propre (art. 1408, § 1);

3° Des immeubles qui sont *subrogés* à des propres, directement ou indirectement (art. 1407 et 1433 à 1435).

57. I. Immeubles dont l'acquisition se rattache à un arrangement de famille, ou, comme disaient nos anciens auteurs, à un « accommodement de famille » (art. 1406). — D'après ce texte, ils restent propres à l'époux acquéreur, encore qu'ils aient été acquis par lui, non à titre gratuit, mais à titre onéreux.

Ce texte doit être interprété restrictivement : 1° il déroge à la règle que tous les biens sont acquêts; 2° la solution qu'il donne s'explique, d'après Pothier, par cette considération que, si l'accommodement n'avait pas eu lieu,

l'immeuble eût plus tard été transmis à l'époux par voie de succession; il eût donc constitué pour lui un propre; on ne veut pas que sa destination soit modifiée parce qu'il a été prématurément transmis à l'acquéreur, parce qu'il a fait l'objet d'une sorte d'avancement d'hoirie (POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 139).

58. Conditions exigées. — Cette considération explique l'une au moins des deux conditions exigées par l'article 1406 pour que l'immeuble constitue un propre :

1° L'immeuble doit être cédé par un *ascendant* à son descendant commun en biens; sans quoi, on ne pourrait plus parler d'acquisition par anticipation, d'avancement d'hoirie. Il n'est d'ailleurs pas exigé que l'acquéreur fût, *au jour de l'arrangement*, l'héritier présomptif de l'ascendant;

2° Il faut que l'immeuble ait été cédé par l'ascendant au descendant « *soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers* ». L'opération se caractérise donc par le but poursuivi, par l'esprit dans lequel elle est conçue : ou bien l'ascendant s'acquitte d'une dette dont il était tenu envers son descendant; il y a alors *dation en paiement*; ou bien il charge l'acquéreur d'acquitter les dettes dont il est tenu, lui cédant, envers des personnes quelconques, des tiers; et alors l'opération se présente comme une *donation avec charges*. On ne voit pas bien, dans cette seconde éventualité, en quoi consiste la dérogation au droit commun; il est normal, en effet, que l'immeuble acquis par donation, même *sub modo*, constitue un propre; et l'on devrait décider ainsi, même en l'absence de l'article 1406. Cependant, on peut supposer que la charge soit énorme, qu'elle enlève à l'opération son caractère gratuit; alors, l'immeuble devrait entrer en communauté; l'article 1406 lui imprime, lui maintient, même dans ce cas-limite, la qualité de propre.

En définitive, ce sont bien ou ce peuvent être des opérations à titre onéreux que celles qui sont prévues dans l'article 1406 qui consacre donc une solution dérogatoire au droit commun; et cela est si vrai que le texte prévoit une récompense au profit de la communauté qui a subi, en effet, un préjudice : dans le premier cas, elle a perdu la créance qui lui appartenait contre l'ascendant; dans le deuxième, c'est avec son argent que les dettes de l'ascendant ont été acquittées; d'où le principe d'une récompense qui rétablit

l'équilibre entre les deux patrimoines, celui de la communauté et celui de l'époux acquéreur.

59. — L'article 1406 comportant l'interprétation stricte, il faut décider qu'il ne vise pas la *vente* d'un immeuble consentie par un ascendant à son descendant: le bien acquis dans ces conditions entrerait en communauté (Req., 1er mai 1912, *motifs*, *D. P.*, 1913, 1, 297, note MAGNOL).

60. II. **Parts indivises acquises par l'un des époux en sa qualité de copropriétaire d'un immeuble propre** (art. 1408, § 1).

Principe. — Lorsqu'un époux, propriétaire, à titre de propre, d'une part indivise dans un immeuble, acquiert tout ou partie des parts qui lui manquent, les parts nouvelles, qui devraient, d'après le droit commun, entrer en communauté, du moins si l'acquisition a eu lieu à titre onéreux, vont rejoindre les parts anciennes pour constituer, comme elles et après elles, un bien propre; cela *sauf récompense au profit de la communauté*, car c'est de la caisse commune qu'est sortie la somme d'argent qui a servi à réaliser l'acquisition (art. 1408, §1).

61. **Explication juridique.** — 1° Pothier explique cette règle en faisant appel à l'*effet déclaratif* du partage dont les effets remontent jusqu'au jour où a commencé l'indivision; en fonction de ce principe, l'époux qui acquiert de nouvelles parts indivises est censé les tenir de la même source que les anciennes; or, par hypothèse, cette source est constitutive de propres, non d'acquêts (POTHIER, *La Communauté*, nos 146 et 148).

Cette explication est controuvée : 1° elle ne cadre pas avec l'origine de la disposition contenue dans l'article 1408, § 1, disposition qui avait cours déjà en droit romain, alors que, cependant, le partage était, non déclaratif, mais bien translatif de propriété; 2° elle est une source de difficultés, car on n'est pas d'accord sur le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage; notamment, on se demande s'il est attaché aux actes qui ne font pas cesser complètement l'indivision (*inf.*, n° 1200);

2° Aussi admet-on l'indépendance de la disposition de l'article 1408, § 1, par rapport à l'article 883 et à l'effet déclaratif du partage; si les parts nouvelles constituent des propres, c'est pour une raison d'utilité pratique : il ne faut pas que ces parts entrent en communauté, car alors l'époux

acquéreur n'aurait cessé d'être dans l'indivision avec ses consorts que pour être dans l'indivision avec la communauté, c'est-à-dire avec un patrimoine commun; la situation, au lieu d'être améliorée, serait ainsi aggravée; une nouvelle indivision viendrait se greffer sur la copropriété communautaire. C'est pour conjurer ce résultat que l'on attribue aux parts anciennes comme un vertu attractive; elles appellent à elles les parts nouvelles auxquelles elles impriment le caractère de propres; il y a là une sorte d'*accession juridique* qui constitue un phénomène assez curieux et qui tend à l'unification de la propriété, à la réalisation de l'unité du statut juridique de l'immeuble (Nast, t. I^er^, n° 236).

62. Domaine d'application de l'art. 1408, § 1. — Cette explication, qui prévaut en jurisprudence (Req., 18 février 1908, *D. P.*, 1908, 1, note Guénée, *S.*, 1914, 1, 315) aussi bien qu'en doctrine, conduit à reconnaître à la disposition de l'article 1408, § 1 un large domaine d'application. On ne distingue ni d'après la *nature* de l'acte qui est intervenu — vente, partage, licitation, transaction — ni selon que l'indivision est antérieure ou non au mariage, ni suivant que l'acte d'acquisition fait ou non cesser, complètement, l'indivision (Civ., 30 janv. 1865, S., 1865, 1, 140, *D. P.*, 1865, 1, 190; Lyon, 21 janv. 1876, *D. P.*, 1878, 2, 38), ni enfin, selon qu'il concerne seulement un immeuble déterminé (c'est l'éventualité visée dans l'art. 1408, § 1) ou qu'il s'étend à un ensemble, à une universalité (Req., 18 février 1908, précité).

Mais du moins faut-il que l'acquisition porte sur un ou sur des *immeubles* (art. 1408); les acquisitions mobilières sont soumises au droit commun; réalisées à titre onéreux, elles alimentent la communauté (*Res mobilis res vilis*). En conséquence, si l'acquisition se réfère à une masse de biens mixte, partie mobilière et partie immobilière, ce sont seulement les parts immobilières qui constituent des propres, et, à supposer qu'un prix ait été fixé globalement, il faudra procéder à une *ventilation* pour déterminer le montant de la récompense due à la communauté et qui sera arrêtée par exemple au tiers du prix total si les parts immobilières représentaient le tiers de la masse indivise acquise (Req., 18 février 1908, précité).

63. Acquisition par l'autre époux. — Il semble, du moins, que l'accession ne doive se réaliser qu'autant que

les parts ont été acquises par l'époux qui était dans l'indivision, et non par son conjoint : dans ce dernier cas, les parts acquises entreraient en communauté, par application du principe contenu dans l'article 1401-3°. Cependant, si la jurisprudence donne cette solution pour les acquisitions réalisées par la femme de tout ou partie de l'immeuble sur lequel le mari avait antérieurement un droit indivis, elle l'écarte, au contraire, pour les acquisitions faites par le mari de parts indivises dans un immeuble dont la femme était copropriétaire : la Cour de cassation estime que, lorsqu'il intervient ainsi, le mari est à présumer comme faisant œuvre de *mandataire* de sa femme; c'est pour le compte de celle-ci qu'il agit, en vertu d'un *mandat tacite*, et, en conséquence, l'accession se produit au profit de la copropriétaire, comme si elle eût figuré elle-même à l'acquisition; ceci jusqu'à preuve du contraire, le mari pouvant spécifier qu'il agit pour son compte personnel ou pour celui de la communauté, auquel cas les parts acquises entrent en communauté dans les termes de l'article 1404-3° (*Sic*, Civ., 2 décembre 1867, *D. P.*, 1867, 1, 469, *S.*, 1868, 1, 161; 17 février 1886, *S.*, 1886, 1, 161, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1886, 1, 249; Nast, t. I[er], n° 239).

64. Le retrait d'indivision. — Le législateur a considéré comme tellement essentielle cette accession des parts acquises à la part propre, cette *consolidation* des droits de l'époux copropriétaire, qu'il a pris toutes précautions pour que la femme fût à même d'en bénéficier à coup sûr et pour que ses projets ne fussent pas à la merci de son mari.

C'est qu'en effet, lorsque c'est la femme qui est copropriétaire d'un immeuble, il est à craindre que son mari, la devançant, ne se porte lui-même acquéreur pour le compte de la communauté, de la chose tout entière; il est bien placé pour prendre les devants; ayant l'administration des trois patrimoines coexistants, il est au courant de la situation exacte. Pour prévenir cette hâte de mauvais aloi, la loi ouvre à la femme, dans le deuxième alinéa de l'article 1408, une *option*. Elle lui permet, en présence de l'acquisition effectuée par son mari, soit de laisser l'opération produire ses effets naturels, et alors les parts acquises par le mari entreront et resteront en communauté, soit de s'insurger contre cette opération et de *retirer* l'immeuble de la communauté afin de s'en faire un propre, sauf, en pareille éventualité, à rembour-

[1] V. la note de M. Vialleton, *S.*, 1924, 2, 105.

ser à ladite communauté le prix d'acquisition qui était sorti de sa caisse : si elle opte pour ce deuxième parti, elle exerce le *retrait d'indivision*.

65. Idée générale du retrait. — On sait qu'exercer un retrait, c'est prendre pour son compte le marché d'autrui, c'est *exproprier* autrui. Le Code civil n'admet cette expropriation pour cause d'utilité privée que dans trois éventualités auxquelles correspondent le *retrait de droits litigieux* (art. 1699, *sup.*, t. II, n° 813), le *retrait successoral* (art. 841, *inf.*, n° 1059) et le *retrait d'indivision* de l'article 1408, § 2. Dans l'espèce, le rôle de *retrayant* est joué par la femme, celui de *retrayé* par la communauté (et non par le mari) ; on suppose donc que les parts nouvelles — ou l'immeuble tout entier — ont été acquis *à titre onéreux*; si l'acquisition a eu lieu à titre gratuit, le retrait ne peut pas fonctionner, car alors c'est le mari, non la communauté, qui a été rendu propriétaire; on ne serait plus dans les termes de l'article 1408, § 2, qui suppose que l'acquisition a profité à la communauté; et, d'ailleurs, on est également en dehors de l'esprit du retrait; du moment que le mari a recueilli les parts indivises par donation, par testament ou par succession, on ne peut plus lui prêter des projets machiavéliques à l'encontre de sa femme : l'acquisition s'est réalisée en dehors de son initiative; les fraudes ne sont plus à craindre de sa part.

En résumé, on suppose :

1° Que la femme était propriétaire d'une part *indivise* dans un *immeuble*;

2° Que le mari acquiert, à *titre onéreux*, donc en tant que représentant de la communauté, et non pas en qualité de mandataire exprès ou tacite de sa femme, une ou plusieurs des parts indivises, ou encore, l'immeuble tout entier (adjudication sur licitation, par exemple.

C'est alors que la loi ouvre une option à la femme.

66. Les deux termes de l'option.

1° *Premier terme.* — La femme laisse les événements suivre leur cours; elle laisse à la communauté le marché passé par son mari. C'est ainsi qu'il faut entendre les mots de l'article 1408 « ... *abandonner l'effet à la communauté...* »; ce qu'elle abandonne, ce n'est pas nécessairement l'immeuble tout entier, comme le ferait supposer la formule législative; c'est ce que le mari a acquis, c'est-à-dire parfois tout l'immeuble, et alors elle renonce effectivement

à quelque chose, à la part qui lui appartenait antérieurement, et c'est pourquoi elle a droit à une *récompense* (art. 1408, § 2); mais peut-être aussi une ou plusieurs parts indivises seulement, et en ce cas l'immeuble, jadis indivis entre la femme et des tiers, appartient indivisément à la femme et à la *communauté*, et aussi peut-être à des tiers.

67. — 2° *Deuxième terme de l'option.* — La femme exerce le *retrait*; elle retire alors de la communauté le bien qui y était entré; elle prend pour son compte le marché du mari; elle se trouve alors *à peu près* dans la même situation que si, conformément à l'article 1408, § 1, elle avait acquis directement les parts qui lui manquaient. Elle doit, en ce cas, puisqu'elle exproprie la communauté, l'indemniser; c'est à elle qu'il appartient alors de servir une *récompense* à la communauté, jusqu'à concurrence du prix de l'acquisition fait par le mari (art. 1408, § 2, *in fine*).

68. Effets du retrait. — Nous disons que le retrait place la femme *à peu près* dans la même situation que si elle avait traité elle-même avec ses consorts; cette restriction veut être expliquée; elle se rattache à une distinction traditionnelle entre les effets que produit le retrait dans les rapports du retrayant et les auteurs du retrayé.

A. **Rapports du retrayant avec le retrayé; transcription.** — Dans cette direction, le retrait a un effet *rétroactif*; la femme n'est pas l'ayant cause du mari ou de la communauté à qui elle se trouve substituée. Les parts acquises sont considérées comme n'étant jamais entrées en communauté, et, en conséquence, les droits réels dont l'immeuble avait pu être grevé, dans l'intervalle, du chef du mari, sont rétroactivement anéantis. Cette rétroactivité n'est pas écrite dans l'article 1408, mais elle n'est pas contestée; sans elle, le retrait faillirait à sa mission qui est d'assurer à la femme le bénéfice du droit d'accession que le premier alinéa de l'article 1408 ouvre à l'époux copropriétaire. Car le mari aurait alors un moyen de rendre ce bénéfice illusoire; il lui suffirait de grever aussitôt l'immeuble par lui acquis de droits réels, enlevant ainsi à la femme tout intérêt à exercer un retrait qui ne lui assurerait qu'une propriété démembrée. Pour conjurer cette manœuvre, il faut reconnaître au retrait une sorte de vertu rédemptrice, un effet rétroactif sur lequel tout le monde est d'accord, car il est dans la tradition comme il est dans la ligne de l'institution.

Cette rétroactivité n'a pas pour seule conséquence la

libération de l'immeuble des charges nées du chef du mari; elle conduit à décider qu'un seul droit de *mutation* est exigible et qu'une seule *transcription* est à effectuer.

On peut, en effet, tenir pour certain que le retrait est assujetti à la transcription en vertu de l'article 1er-5° de la loi du 23 mars 1855 qui, dans sa teneur actuelle, élargie par un décret-loi du 30 octobre 1935, soumet à cette formalité « tout acte... déclaratif... » (*sup.*, t. Ier, nos 1729 et s.) ; le retrait d'indivision rentre assurément dans cette catégorie et doit donc être publié, d'autant mieux qu'il présente pour les tiers de plus graves dangers. (*Sic*, Voirin, *Lois nouvelles*, 1936, 1, p. 175; P. Durand, *Rev. crit.*, 1936, *Le régime de la transcription*, n° 12; Nerson, *Les dispositions du décret-loi de 1935 relatives à la transcription*, p. 143; *sup.*, t. Ier, nos 1730 et 1731.)

69. B. Rapports du retrayant avec les auteurs du retrayé, avec ceux qui avaient cédé leurs parts au mari. — A cet égard, le retrait est démuni d'effet rétroactif, sans quoi l'opération intervenue entre les cédants et le mari se trouverait dénaturée; en effet, le mari est, nous le supposons, un acheteur; si on attribuait au retrait un effet rétroactif *erga omnes*, il en résulterait que la femme se trouverait d'avair traité avec ses *copropriétaires*, si bien que l'opération ne serait plus une vente, mais bien un partage. Rétrospectivement, les cédants seraient transformés en copartageants, et cela en dehors de leur volonté; ce n'est plus le privilège du vendeur qui leur appartiendrait, mais celui du copartageant; de plus, l'action en résolution pour défaut de paiement du prix leur échapperait (*sup.*, t. II, n° 385; *inf.*, n° 1192). De tels résultats sont inadmissibles; on ne comprendrait pas que les cédants, qui ont traité avec le mari, se trouvassent, à leur insu, d'avoir traité avec la femme et que toute l'économie de l'opération en fût bouleversée. Il faut que le mari demeure, à leur égard, leur ayant cause; si le prix n'est pas payé, ils conservent le droit d'agir contre lui et de demander la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix; une fois la résolution prononcée, il leur sera loisible de revendiquer leurs parts contre la femme. (Civ., 14 nov. 1854, *D. P.*, 1855, 1, 132.)

70. Modalités de l'option. — 1° **Forme.** — L'option peut être *expresse ou tacite*; le juge induira la décision de la femme des circonstances de la cause (trib. civ., Espalion, 5 nov. 1923, *S.*, 1924, 2, 105 note Vialleton).

2° **Epoque.** — Il semble résulter de l'article 1408, § 2, que la femme doive attendre la dissolution de la communauté pour exercer son action : « *lors de la dissolution de la communauté* », et, effectivement, la jurisprudence est assez favorable à cette interprétation (Nancy, 9 juin 1854, *S.*, 1854,2, 785; Rennes, 9 février 1891, *S.*, 1891, 2, 217); mais l'opinion contraire est défendue, et fort heureusement; la formule légale doit être interprétée non pas à la lettre, ce qui conduit à un résultat logiquement défectueux, mais en ce sens que, jusqu'à la dissolution de la communauté, la femme ne peut être obligée à prendre parti; du moins a-t-elle la faculté de se décider aussitôt, et on ne voit pas sur quoi on pourrait se baser, rationnellement, pour la contraindre à surseoir. (*Sic*, trib. civ. d'Espalion, précité; Lyon, 20 juill. 1843, *S.*, 1844, 2, 319; Lenoan, *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., t. X, n° 305.) Une fois la communauté dissoute, elle peut être mise en demeure de se prononcer; si elle garde le silence, l'immeuble reste définitivement dans la communauté; il y était entré, sauf retirement (retrait) ultérieur; on ne peut pas faire jouer le retrait dans le silence de la femme; une présomption d'exercice du retrait irait à l'encontre du droit commun.

A supposer que la femme n'ait pas été mise en demeure, son droit d'option survit pendant *trente* ans à dater de la dissolution de la communauté, après quoi il est prescrit et l'immeuble est donc définivement commun.

71. 3° **Qui peut exercer l'option.** — L'option peut être exercée soit par la femme soit, après son décès, par ses héritiers (Riom, 12 déc. 1888, *D. P.*, 1890, 2, 324); mais *non par ses créanciers* : on considère que l'intérêt moral domine ici l'intérêt pécuniaire; c'est du moins en ce sens que la jurisprudence a été fixée anciennement par la Cour de cassation (Civ., 19 juill. 1834, *D. Jur. gén.*, V° *Contr. de mariage*, n° 847, *S.*, 1834, 1, 533; Req., 8 mars 1837, *D. Jur. gén.*, *ibid.*; Riom, arrêt précité). Mais il faut convenir que presque tous les auteurs sont en sens contraire et estiment que l'exercice du retrait d'indivision n'est pas exclusivement attaché à la personne dans les termes de l'article 1166. (V. cependant, dans le sens de la jurisprudence, Nast, t. Ier, n° 245.)

72. III. **Immeubles subrogés à des propres, directement ou indirectement.** — Il arrive qu'un immeuble

soit substitué à un bien propre; il lui succède alors en tant que propre, il lui est subrogé.

La *subrogation réelle* [1] était définie par Pothier « une fiction de droit par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle a été acquise et à laquelle elle est subrogée » (*La Communauté*, n° 197); il s'agit bien entendu ici de la place juridique; le nouveau bien prend la position juridique de l'ancien. Nous avons rencontré, chemin faisant, plusieurs applications de ce concept de la subrogation réelle qui n'est encore, dans notre droit, qu'à un état presque embryonnaire et, en tout cas, peu évolué; nous avons vu comment une *indemnité d'assurance* ou de *responsabilité* peut être substituée, au point de vue hypothécaire, à un bien disparu (*sup.*, t. II, n^os^ 1967 et suiv.); et, plus près de notre sujet, comment les meubles qui procèdent d'un propre lui sont substitués (*sup.*, n° 35); le concept fonctionne de même au profit des immeubles; il est rendu nécessaire par cette circonstance qu'il existe, sous les régimes communautaires, trois patrimoines en présence, entre lesquels l'équilibre doit être maintenu; lorsqu'un bien est aliéné qui appartenait à l'un des trois compartiments, celui qui est acquis en retour doit prendre sa place; s'il allait dans le compartiment voisin, toute l'économie du régime serait troublée; l'un des patrimoines s'enrichirait indûment aux dépens d'un autre; sans doute, l'équilibre pourrait être rétabli par le jeu des récompenses; mais une récompense se ramène à une créance; or, il vaut mieux «tenir que courir », sans compter que les récompenses ne se règlent qu'à la dissolution de la communauté, tandis que la subrogation réelle peut fonctionner aussitôt; elle donne à qui en bénéficie le double avantage de la *sécurité* et de la *rapidité*; avec elle, il n'y a ni danger d'insolvabilité, ni retard apporté dans le règlement.

73. Deux formes de subrogation réelle. — La subrogation réelle peut, sous les régimes communautaires, affecter deux formes différentes : tantôt la substitution d'un immeuble à un propre est *directe*, immédiate; d'autres fois,

[1] V. Demogue, *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle* (*Rev. crit.*, 1901, pp. 236 et suiv.); H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle* (*Rev. trim.*, 1919, pp. 385 et suiv.); Voirin, *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2^e^ éd., t. IV, n^os^ 42 et suiv.; Henry, thèse Nancy, 1913; et les notes de M. Saleilles (*S.*, 1894, 2. 185; 1903, 1, 321) et de M. Planiol (*D. P.*, 1902, 1, 33).

elle comporte un intermédiaire, elle est *indirecte* : la première éventualité est celle de l'échange; la deuxième est celle du *remploi*.

I

L'échange

74. Principe. — L'immeuble acquis à titre d'échange contre un propre n'entre point en communauté « *et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné...* » (art. 1407). Le texte suppose que l'échange porte sur deux immeubles, mais la solution ne varierait pas si c'était un meuble propre qui fût échangé contre un immeuble; la raison de décider est la même. A cet égard, la jurisprudence se montre libérale. (V. pour le cas d'actions et parts de fondateur d'une société, acquises par le mari en rémunération de l'apport par lui fait de son fonds de commerce propre, Civ., 18 déc. 1935, *S.*, 1937, 1, 57, note P. Durand.)

La subrogation se produit *de plano*, sans qu'il soit besoin d'accomplir aucune formalité.

75. Echange avec soulte. — La seule difficulté sérieuse est soulevée par l'échange avec *soulte*. Il est rare que l'opération puisse être réalisée *de but à but*, sans que l'une des parties doive payer à l'autre une somme d'argent, un retour en argent, une *soulte*, correspondant à la différence de valeur des deux biens échangés: l'acquéreur du bien le plus important doit payer une soulte à l'acquéreur de la chose qui vaut le moins cher.

1° Si c'est l'époux qui a droit à la soulte, il n'y a pas de doute : la créance est propre, en vertu de la loi de subrogation réelle; mais la soulte, une fois versée, entre dans la caisse commune, en tant que chose consomptible, en qualité de propre imparfait; d'où le principe d'une indemnité, d'une récompense au profit de l'époux et contre la communauté qui s'enrichit à ses dépens (art. 1407, *in fine*).

76. — 2° Mais si c'est l'époux qui doit la soulte, la situation est différente; l'immeuble acquis est alors, par hypothèse, plus important que l'immeuble aliéné; est-il donc admissible qu'il constitue un propre pour le tout? S'il en était ainsi, le patrimoine personnel de l'époux s'accroîtrait tandis que celui de la communauté serait diminué d'autant; situation d'autant plus singulière que la soulte est payée avec l'argent commun; la communauté se trouverait de payer

pour accroître, à ses dépens, la fortune propre de l'un des époux. Sans doute, elle aurait droit à une récompense, mais il ne s'en produirait pas moins un décalage dans la consistance respective des trois patrimoines; l'un des époux aurait acquis des biens en nature avec l'argent de la communauté.

Ce résultat est cependant accepté lorsque la soulte est modique, et la contestation ne s'élève que lorsqu'elle présente une grande importance, si, par exemple, elle est égale ou même supérieure à la valeur de l'immeuble aliéné par l'époux. Nous écartons deux opinions, l'une d'après laquelle l'immeuble acquis serait propre pour le tout, dans tous les cas, par application de l'article 1407, que l'on applique pour ainsi dire jusqu'à la lie; c'est permettre à l'époux d'accroître à volonté sa fortune propre, ce qui est inadmissible; une autre, suivant laquelle l'opération présenterait un caractère *mixte*, en partie vente et en partie échange, en sorte que le nouvel immeuble serait propre jusqu'à concurrence de la valeur de l'ancien et commun pour le surplus; système pratiquement détestable, bien qu'il soit celui de Pothier (*La Communauté*, n° 133), qui vient greffer une copropriété supplémentaire sur cette copropriété qu'est déjà la communauté; en effet, l'époux acquéreur serait dans l'indivision avec la communauté, c'est-à-dire, partiellement tout au moins, avec lui-même.

Mieux vaut décider qu'il appartient au juge d'apprécier si l'opération doit être traitée comme un échange ou comme une vente; dans le premier cas, la loi de la subrogation réelle jouera pour le tout, sauf récompense au profit de la communauté; dans le deuxième, l'immeuble acquis sera commun pour le tout, comme le serait un immeuble acheté dans des conditions normales, ouvertement; cela sauf récompense au profit de l'époux qui s'est dessaisi de son propre et jusqu'à concurrence de la valeur de celui-ci (Comp. Nast, t. I[er], n° 234.)

II

Le remploi

Articles 1434 et 1435

Bibliographie. — Benech, *De l'emploi et du remploi;* H. Capitant, *Clauses d'emploi et de remploi*, thèse 1889.

77. Idée générale. — De même que l'échange, le *remploi* s'analyse en une substitution, en un *remplacement* :

seulement, le remplacement n'est plus immédiat; il comporte un intermédiaire; l'opération se déroule en deux temps; elle comporte deux phases qu'elle tend à unir étroitement, à solidariser : 1° d'abord, un bien propre à l'un des époux, le plus souvent un immeuble, est vendu; 2° puis, avec le prix de la vente, un autre bien, ordinairement un immeuble aussi, est acquis. Ce nouveau bien devrait normalement entrer en communauté, puisqu'il a été acquis à titre onéreux, et avec l'argent de la communauté, — cela sous le bénéfice d'une récompense au profit de celle-ci. L'époux aliénateur deviendrait ainsi, de propriétaire qu'il était, simple créancier.

Ce résultat serait fâcheux; il altérerait la composition respective des trois patrimoines; car autre chose est être propriétaire d'un bien propre, autre chose être créancier de la communauté; si un propriétaire est exposé à souffrir des dépréciations, des moins-values, il est appelé, en revanche, à bénéficier des plus-values; et surtout, il a un droit dès maintenant réalisé et qui se suffit à lui-même, alors qu'un créancier peut se heurter plus tard à l'insolvabilité de la communauté, danger redoutable, surtout pour la femme, puisque c'est le mari qui a l'administration des intérêts communs, sans contrôle effectif. L'opération se solderait alors, pour elle, par la perte d'un bien propre.

C'est le remploi qui permet de conjurer ce résultat, cette rupture d'équilibre; grâce à lui, le bien acquis avec les deniers provenant de la vente d'un propre deviendra lui-même propre; il sera substitué à son prédécesseur, et lui sera subrogé, pourvu du moins que sa filiation soit régulièrement établie, nous verrons par quels procédés.

78. Plan. — Nous devons étudier :
1° Les *conditions* du remploi;
2° La *nature* et les *effets* de cette opération.

79. I. Conditions du remploi. — Elles seront examinées dans leur *ordre chronologique habituel.*

1° **Première condition.** — Le remploi suppose d'abord qu'un bien, appartenant en propre à l'un des époux, est *aliéné* : bien mobilier ou immobilier, corporel ou incorporel; on peut remployer les deniers provenant du rachat d'une servitude (art. 1433), d'une cession de créance.

80. Emploi. — On va même plus loin et on admet généralement que l'opération peut fonctionner en dehors de toute

aliénation préalable; sans doute, il n'y a pas alors à vrai dire remploi, il y a plutôt *emploi* de sommes propres, advenues à l'un des époux indépendamment de toute aliénation véritable : ce sont des deniers qui ont été donnés ou légués, soit au mari, soit à la femme, avec clause d'exclusion de la communauté; ou qui ont été exclus de la communauté par une clause du contrat de mariage; ou qui proviennent du paiement d'une créance propre à l'un des époux, ou du règlement d'une indemnité d'assurance contre un risque survenu à un propre. Sans doute, de telles éventualités ne sont pas tout à fait semblables à la situation créée par la vente d'un propre; à la différence du remploi qui tend à reconstituer le patrimoine de l'époux vendeur sur ses bases anciennes, l'emploi tend plutôt à modifier la composition des patrimoines en présence; les deniers dont on prétend faire emploi n'ont jamais eu la position juridique de propres véritables; ils constituaient des propres imparfaits, c'est-à-dire des acquêts, sauf récompense; décider que le bien acquis par eux sera propre parfait, c'est substituer à la créance de l'époux contre la communauté un droit de propriété actuel; c'est rompre l'équilibre des patrimoines coexistants. Et c'est pourquoi on a soutenu et certaines juridictions ont admis, très anciennement, que les biens acquis en emploi de deniers propres sont des acquêts de communauté. (*Sic*, Douai, 2 avril 1846, *D. P.*, 1847, 2, 198; Rennes, 12 déc. 1846, *D. P.*, 1847, 2, 199).

Mais l'opinion dominante s'établit en sens contraire; les biens acquis en simple emploi de deniers d'origine propre, sont, comme les biens acquis en remploi d'un immeuble aliéné, des propres parfaits. On ne distingue pas pourquoi la subrogation réelle ne ferait pas son œuvre dans un cas comme dans l'autre; s'il faut éviter qu'un époux propriétaire soit réduit à la qualité de simple créancier, il est à souhaiter qu'un époux créancier de la communauté soit promu à la qualité de propriétaire; ses intérêts s'en trouveront sauvegardés, et très légitimement; les propres imparfaits sont des biens hybrides, soumis à un régime équivoque; leur multiplication n'est aucunement désirable; et, par exemple, lorsqu'une somme d'argent est donnée à l'un des époux avec exclusion de la communauté, l'intention du disposant est évidemment de la soustraire, non pas seulement en théorie, mais effectivement, à l'emprise communautaire, résultat qui ne peut être atteint que si l'emploi auquel on procède est constitutif de propre; d'ailleurs, l'article 1595-2° semble bien prévoir, à côté du rem-

ploi proprement dit, le simple emploi, lorsqu'il permet au mari de céder un bien à sa femme pour « *le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté* ». (*Sic*, Civ., 16 nov. 1859, *D. P.*, 1859, 1, 490; Paris, 9 juill. 1841, *S.*, 1841, 2, 319; Douai, 15 juin 1861, *D. P.*, 1862, 2, 159; — Comp. Nast, t. Ier, n° 458).

Il faut donc admettre, à côté du remploi, et comme source de propres, le simple emploi qui n'implique aucunement la vente d'un propre et qui se présente sous un aspect plus simple, la substitution ayant lieu directement, comme en cas d'échange, mais avec cette particularité que c'est une somme d'argent qui sert ici de monnaie d'échange, ce qui conduit à prendre des mesures, des garanties partiulières relativement à l'origine de ladite somme.

81. 2° Deuxième condition. — Après la vente, s'il y a remploi, et en dehors de toute vente, s'il y a simplement emploi, intervient *l'acquisition*.

Cette deuxième condition, à la différence de la précédente, est exigée dans tous les cas, pour l'emploi comme pour le remploi; il est indispensable qu'un bien soit cédé par un *tiers* à l'époux. Sans doute, il est loisible au mari de céder à sa femme un de ses biens ou un acquêt, en règlement de la récompense à laquelle elle a droit à raison de la vente de son propre et de l'encaissement du prix par la communauté; cette opération est prévue dans l'article 1595-2°; mais elle ne constitue pas un remploi; elle s'analyse en une *dation en paiement*, ce qui est tout autre chose; elle a pour but d'éteindre une dette, non de subroger un bien à un autre.

Il y a lieu de se demander d'abord *en quels biens* doit être fait le remploi, puis *à quel moment* il peut être effectué.

82. A. En quels biens se fait le remploi. — Il peut se faire en tous biens susceptibles, par leur nature, de constituer des propres parfaits; meubles ou immeubles, peu importe; c'est fréquemment que les remplois ou les emplois sont effectués en valeurs mobilières : rentes sur l'Etat, obligations de Villes ou de Compagnies de chemins de fer.

Il y a seulement lieu d'observer :

1° Que si, dans le contrat de mariage, on a spécifié la nature des biens pouvant tenir lieu de remploi, cette prescription doit être suivie à la lettre;

2° Que, pour favoriser certaines valeurs, le législateur a

posé le principe de leur équivalence, au point de vue du remploi, avec les immeubles, de telle sorte que, même si le contrat prescrit le remploi en immeubles, l'opération peut être valablement effectuée à l'aide desdites valeurs. Ce sort de faveur est assuré notamment à toutes les *rentes* sur l'Etat français (L. 2 juill. 1862, art. 46; du 16 sept. 1871, art. 29, et lois postérieures), aux obligations du *Crédit National* (L. du 10 oct. 1919, art. 6 modif. par la loi du 30 juin 1923, art. 107), aux emprunts contractés par les sinistrés pour la réparation des régions dévastées par la guerre (L. du 24 mars 1921, art. 2, § 2, modif. par la L. du 30 juin 1923, art. 108; Civ., 20 janv. 1932, *D. H.*, 1932, 129, *S.*, 1932, 1, 67); aux *obligations de la Défense Nationale* (L. du 10 juill. 1915, art. 1[er]), aux emprunts émis par la *Caisse Nationale d'amortissement de la Dette publique* (L. du 7 août 1926, art. 6), par la *Caisse des pensions* (L. du 22 mars 1924, art. 95). D'ailleurs, cette équivalence n'est pas d'ordre public; elle peut être écartée par une clause du contrat de mariage spécifiant que le remploi aura lieu en immeubles, à l'exclusion de toutes valeurs mobilières, sans aucune exception; l'essentiel est que la volonté des parties s'induise clairement de la formule employée. (V. Req., 8 juin 1877, *S.*, 1879, 1, 104; Caen, 26 janv. 1872, *D. P.*, 1874, 5, 426, *S.*, 1872, 2, 49.)

83. B. **A quel moment le remploi peut-il être effectué?** — Il semble que l'acquisition du propre subrogé doive se situer nécessairement entre le jour de l'aliénation — au cas de remploi proprement dit — ou de l'encaissement des derniers propres — au cas d'emploi — et la fin de la communauté; et cette formule est bien exacte dans sa seconde proposition car on ne comprendrait pas qu'une acquisition à titre de propre eût lieu une fois la communauté dissoute, donc à un moment où, le régime communautaire étant aboli, il n'y a plus ni propres ni acquêts; mais la première proposition, si elle est conforme à la pratique courante, n'est pas d'une vérité absolue : notre jurisprudence admet, en effet, que le remploi soit effectué prévisionnellement, par anticipation.

84. Remploi par anticipation. — D'ordinaire, l'aliénation précède l'acquisition à titre de remploi; cependant, il arrive que cet ordre rationnel des événements soit inversé et que les époux acquièrent un immeuble en remploi d'un bien qu'ils se proposent d'aliéner ultérieurement : il y a

alors *remploi par anticipation* ou *in futurum*. Cette combinaison peut présenter certains avantages : elle permet de profiter d'une occasion de placement qui risquerait d'être perdue si l'on devait attendre, pour la saisir, d'aliéner le bien avec le prix duquel on veut effectuer le remploi : ce n'est pas du jour au lendemain que l'on trouve acquéreur pour un immeuble. D'autre part, le remploi par anticipation présente pour les époux, et surtout pour la femme, plus de sécurité que le remploi ordinaire; elle n'a pas à craindre que le prix provenant de l'aliénation ne soit dissipé par le mari; il est utilisé à l'avance; il est pourvu d'une affectation sûre, avant même que d'exister.

Il est vrai qu'en présence de tels avantages, il faut signaler un danger que présente cette inversion de l'ordre des facteurs de l'opération : il est à craindre que l'époux, une fois l'acquisition effectuée, ne se refuse à aliéner son propre, auquel cas le remploi ne se réaliserait pas, car la condition à laquelle il était subordonné, à savoir la vente d'un propre, serait défaillie, en sorte que l'immeuble entrerait en communauté, conformément au droit commun; ce qui revient à dire que la communauté sera sacrifiée, car l'époux, et notamment le mari, effectuera ou non la vente de son propre, réalisera ainsi ou non le remploi selon que l'acquisition effectuée par anticipation se révèlera ou non avantageuse pour lui; si elle ne sert pas ses intérêts, il ne vendra pas et il laissera ainsi le marché au compte de la communauté.

Malgré cette considération qui a conduit quelques auteurs à condamner le remploi *in futurum*, cette opération est considérée comme régulière et par la doctrine dominante et par une jurisprudence depuis longtemps constante. (Civ., 14 mai 1879, *D. P.*, 1879, 1, 420, *S.*, 1880, 1, 17; Montpellier, 4 déc. 1924, *D. P.*, 1925, 2, 55; Angers, 31 mai 1927, *D. H.*, 1927, 438). On peut d'ailleurs faire la part *de* l'objection adressée à la validité du remploi par anticipation en admettant la femme à poursuivre la nullité de l'acquisition réalisée par le mari si celui-ci, obéissant à un calcul frauduleux, attend, pour se décider à vendre son propre, que l'immeuble acquis par anticipation ait augmenté ou diminué de valeur. *Fraus omnia corrumpit*; toute opération juridique est susceptible d'être viciée par les mobiles frauduleux qui l'ont inspirée.

85. 3° **Troisième condition. — Formalité requise.** — Lorsqu'un immeuble est acquis pour être substitué à un

propre aliéné, la subrogation ne s'opère pas *ipso facto*; des conditions de forme sont requises en vue d'établir la filiation du bien nouvellement acquis.

L'article 1434 exige, en effet, une *double déclaration*; on doit indiquer dans l'acte d'acquisition : 1° que cette acquisition est effectuée avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre — ou, au cas de simple *emploi*, provenant de telle source déterminée, par exemple d'une donation avec clause d'exclusion de communauté; 2° que l'opération est faite à titre de remploi, que l'immeuble est acquis pour tenir lieu de remploi du propre aliéné ou d'emploi des deniers donnés.

Cette double déclaration doit trouver place *dans l'acte d'acquisition lui-même* (art. 1434); après, il serait trop tard; l'immeuble suivrait sa voie naturelle, c'est-à-dire qu'il entrerait dans la communauté; et le mal serait irréparable; sans doute, si l'opération intéressait la femme, le mari aurait la possibilité de faire sortir l'immeuble de la communauté pour le remettre à la femme en paiement de la créance qui appartient à celle-ci contre la communauté depuis le jour où le prix de vente est entré dans la caisse commune; mais cette opération, prévue et validée par l'article 1595-2°, est une *dation en paiement*, non un remploi; la femme tient alors l'immeuble, non du vendeur, mais de la communauté; elle doit donc subir les droits réels qui ont pu le grever pendant son séjour dans le patrimoine commun, par exemple l'hypothèque légale à laquelle le mari peut être assujetti en qualité de tuteur. Il ne faut donc pas dire que l'omission de la double déclaration dans l'acte d'acquisition puisse jamais être complètement réparée; elle est seulement susceptible d'être atténuée à l'aide d'une dation en paiement, et encore à condition qu'il s'agisse des intérêts de la femme, non de ceux du mari.

En principe, la double déclaration de l'article 1434 est absolument obligatoire et ne comporte point de substituts possibles : c'est par elle seule que se manifeste efficacement l'intention des époux de subroger un nouveau bien à l'ancien, sans solution de continuité. Toutefois, dans une opinion, contestable mais satisfaisante pratiquement, ce formalisme ne serait de rigueur que si la question de preuve s'élève dans les rapports de la femme avec un tiers, tel un créancier de la communauté; mais, dans les rapports des époux ou leurs héritiers, entre eux, l'intention de procéder au remploi pourrait s'affirmer par d'autres circonstances, et il suffirait, pour que le nouveau bien fût propre, que les

époux eussent été d'accord, après l'acquisition, pour lui attribuer la signifcation d'un remploi; avec cette conception, la double déclaration cesse d'être une condition mise à la validité du remploi, pour devenir un simple procédé de publicité, d'opposabilité. (*Sic*, M. Nast, *op. cit.*, t. I^er^, n° 506; Gaudemet, *Rev. trim.*, 1932, p. 147; Req., 11 mai 1931, *S.*, 1932, 1, 41, note Ch. Lyon-Caen; 17 mai 1938, *D. P.*, 1938, 1, 73, note E. P.)

86. 4° **Quatrième condition, spéciale au remploi effectué pour le compte de la femme. — Acceptation de la femme.** — Lorsque le remploi est fait pour le compte du mari, l'observation des trois conditions précédentes suffit à assurer la validité de l'opération subrogatoire; mais si le remploi est fait par le mari pour le compte de la femme, l'article 1435 exige une condition supplémentaire qui consiste dans l'*acceptation* du remploi par la femme. Simple administrateur de la fortune de celle-ci, le mari ne saurait lui créer des propres à volonté; la destination qu'il se propose d'assurer à l'immeuble acquis n'a que la valeur d'un simple projet qu'il forme en tant que chef de la communauté; pour que ce projet devienne une réalité, encore faut-il que la femme donne son approbation, qu'elle accepte l'*offre* de remploi qui lui est adressée.

L'acceptation de la femme doit être *formelle* (art. 1435); la loi n'admet pas qu'elle intervienne tacitement; elle ne résulterait donc pas de la seule présence de la femme lors de l'acquisition réalisée par le mari seul; et il est même douteux qu'on puisse l'induire de sa participation à l'acte qu'elle aurait revêtu de sa signature, sans s'expliquer davantage, sans spécifier que l'acquisition a lieu à titre de remploi.

87. — L'acceptation peut intervenir soit dans l'acte d'acquisition, soit ultérieurement, par acte séparé; la femme peut la donner aussi longtemps que dure la communauté; après la dissolution de celle-ci, il serait trop tard ainsi qu'il résulte des termes de l'articles 1435, comme du simple bon sens : on ne peut pas imprimer à un bien le caractère de propre de communauté alors qu'il n'y a plus de communauté; faute, pour la femme, d'avoir accepté en temps utile, le bien est entré en communauté, conformément à sa destination normale, puisqu'il a été acquis à titre onéreux; la solution serait la même si l'offre de remploi était repoussée par la destinataire.

La femme fera sagement de se prononcer le plus tôt possible; car il semble bien que le mari puisse rétracter son offre à volonté; c'est un principe, en effet, que les pollicitations sont révocables « *ad nutum* » (*sup.*, t. II, n° 46).

88. II. Nature et effets du remploi. — Principe. — L'immeuble acquis en remploi prend la place du propre aliéné — ou des deniers propres : il constitue donc lui-même un propre en vertu de la loi de subrogation réelle qui trouve ici son application.

89. Difficulté. — Une difficulté s'élève lorsque, comme il advient le plus souvent, le bien acquis en remploi n'est pas d'une valeur identique à celle du bien aliéné ou de la somme à employer; si la différence est en moins, il est évident que l'immeuble devient propre pour la totalité, mais si elle est en plus, le cas est assez embarrassant, par exemple si un immeuble dont la vente a donné 100.000 francs est remplacé par un autre que l'on a dû payer 130.000, ce qui implique que l'on a puisé dans la caisse de la communauté jusqu'à concurrence de 30.000 francs. On a soutenu que le nouveau bien serait néanmoins propre pour le tout, en toute éventualité; mais ce serait permettre aux époux de modifier arbitrairement la consistance respective des trois patrimoines et d'enfler l'un d'eux avec la substance de la communauté. A notre avis la solution doit être la même que pour l'échange; si la différence de valeur est acceptable, l'opération conserve, pour le tout, sa vertu subrogatoire, sauf pour l'époux avantagé, l'obligation d'indemniser la communauté au moyen d'une récompense. (*Sic*, dans un cas où la différence de valeur en faveur du bien acquis, était de 25 %, Douai, 21 déc. 1905, *D. P.*, 1907, 2, 390.) Mais si la différence est énorme, il n'est plus possible de considérer que l'acquisition a été faite à titre de remploi, et le nouvel immeuble doit être commun, pour le tout; il est inadmissible qu'une maison de 500.000 francs puisse être considérée comme le remploi d'un immeuble de 100.000; et, d'autre part, il faut éviter de dire que le nouvel immeuble devient propre jusqu'à concurrence de la valeur de l'ancien et qu'il est commun pour le surplus, dans l'espèce à concurrence des quatre cinquièmes; on créerait ainsi un enchevêtrement de droits bien dangereux; en réalité, il n'y a pas alors remploi, mais acquisition indépendante de l'aliénation précédemment effectuée; le but poursuivi — la substitution d'un propre à un autre propre — ne peut pas être atteint;

l'opération ne peut pas être subrogatoire; il y a un défaut de proportion entre le modèle et la réplique; celle-ci ne peut pas être un agrandissement indéfini de celui-là.

90. Remploi fait pour le compte de la femme. — Lorsque le remploi est fait au nom du mari, ou encore s'il intervient en faveur de la femme, mais celle-ci participant à l'acte d'acquisition et acceptant aussitôt la combinaison, les effets produits sont assez simples : le mari ou la femme sont les ayants cause directs du vendeur; c'est de lui qu'ils tiennent l'immeuble acquis à titre de propre.

La situation est plus complexe lorsque, le remploi ayant été fait pour la femme, celle-ci ne l'accepte qu'après coup; il convient alors de se demander si l'acceptation ne produit ses effets qu'à sa date ou si, grâce à une vertu *rétroactive* dont elle serait douée, les effets n'en remonteraient pas jusqu'au jour de l'acquisition.

1° On a soutenu que l'acceptation de la femme ne produit d'effet qu'à sa date, sans rétroactivité. Dans cette conception, le remploi se décomposerait en deux phases distinctes : l'immeuble entrerait d'abord en communauté, conformément au droit commun du régime; puis il en sortirait par l'acceptation de la femme, pour devenir un propre; en sorte que la femme serait l'ayant cause, non du vendeur mais de la communauté.

Ce système est à écarter.

a) Il conduit à des conséquences fâcheuses : avec lui, il y a deux transcriptions à effectuer, deux droits de mutation à acquitter; de plus, la femme est exposée à subir des droits réels dont l'immeuble a pu être grevé au cours de son passage dans la communauté (hypothèques légales ou judiciaires nées du chef du mari);

b) Il est inadmissible que la femme soit seule exposée à de tels dangers que le mari ne court évidemment pas puisque, le remploi ayant lieu pour son compte, il ne saurait être question d'acceptation séparée de l'acquisition; tandis que le mari succède directement au vendeur, la femme n'acquerrait l'immeuble que par l'intermédiaire de la communauté; elle serait donc défavorisée;

c) En décomposant l'opération en deux temps, on en méconnaît le but et l'esprit. Si l'acceptation de la femme n'a pas une vertu rétroactive, comment comprendre la double déclaration de l'article 1434? Si, de toute façon, l'immeuble doit entrer d'abord en communauté, on ne voit plus à quoi rime ce formalisme. En réalité, les partisans du

système que nous critiquons, confondent le remploi avec une opération très différente, la *dation en paiement* prévue par l'article 1595-2°; le mari a toujours la possibilité, ayant acquis un immeuble pour le compte de la communauté de l'offrir ensuite à sa femme à titre de dation en paiement et en règlement de la récompense à laquelle lui donne droit l'encaissement, par la communauté, du fait de la vente d'un de ses propres; cette opération est parfaitement licite, mais elle se décompose, elle, en deux phases indépendantes que rien ne vient relier. Bien différent est le remploi des articles 1434 et 1435; si le législateur exige la double déclaration que l'on sait, c'est parce qu'il veut éviter que l'immeuble entre en communauté; c'est parce qu'il veut en faire un propre, tout de suite; c'est parce que, dans sa pensée, l'époux doit succéder directement au vendeur, sans passer par l'intermédiaire de la communauté. L'opération est une; les divers éléments en sont soudés par la double déclaration de l'article 1435.

91. — 2° Il faut donc, de toute nécessité, que l'acceptation de la femme rétroagisse au jour de l'acquisition. Mais comment expliquer juridiquement un tel résultat?

a) Evidemment, l'explication par la *dation en paiement* est à écarter comme ne conduisant pas aux résultats cherchés; elle ne tient pas devant les termes des articles 1434 et 1435 d'où il ressort que l'immeuble acquis à titre de remploi prend immédiatement la place de son prédécesseur dans le patrimoine de l'époux et qu'il n'entre donc pas en communauté;

b) On a eu recours, cette conception écartée, à celle de la *gestion d'affaires* : le mari jouerait, dans l'opération, le rôle de gérant d'affaires par rapport à sa femme dont l'acceptation, prévue dans l'article 1435, ne serait autre que la *ratification* de la part du maître dont l'affaire a été bien administrée. (*Sic*, Pothier, *La communauté*, n° 200; Labbé, *Ratification des actes du gérant d'affaires*, n^os^ 89 et suiv.; H. Capitant, thèse sur *les clauses d'emploi et de remploi*, p. 226). On arrive alors à un résultat satisfaisant en ce que la femme acquiert directement l'immeuble, lequel ne traverse point la communauté; car les actes du gérant d'affaires produisent leurs effets, grâce au concept représentatif, dans le patrimoine du maître, directement (*sup.*, t. II, n^os^ 1439 et suiv.); mais ce système a contre lui : 1° de ne pas rendre compte du droit de révocation de l'offre, droit auquel il a été cependant fait allusion au cours des travaux

préparatoires (FENET t. XIII, p. 563) : il ne dépend pas d'un gérant de prendre pour lui le bénéfice d'une opération conclue pour le compte d'autrui, de s'approprier les actes qu'il a passés en tant que représentant; 2° le texte de l'article 1435 où il est question, non de ratification mais d'*acceptation*; 3° les nécessités de l'administration de la communauté : il est inadmissible que le mari voie ses pouvoirs paralysés pendant toute la durée de la communauté grâce à la conjugaison du principe de la rétroactivité de la ratification de la femme avec le caractère obligatoire de l'offre; les droits réels par lui conférés sur l'immeuble seraient exposés à disparaître à raison de la décision prise tardivement par la femme et sans qu'il eût le moyen de parer à cette éventualité.

92. — *c*) La véritable explication doit être cherchée dans la *stipulation pour autrui* : le mari procède à l'acquisition en tant que chef de la communauté; mais il stipule en même temps pour la femme, dans les termes de l'article 1121. Alors tout s'explique.

1° On comprend la nécessité de la *double déclaration* de l'article 1434, qui est la forme tangible sous laquelle s'affirme la stipulation pour la femme ; sans elle, l'immeuble entrerait en communauté, de même que l'assurance sur la vie profiterait au souscripteur s'il ne déclarait pas stipuler pour sa femme ou pour ses enfants, plus généralement pour un tiers;

2° La *rétroactivité* de l'acceptation s'explique plus clairement encore : la déclaration de remploi a fait naître, au profit de la femme, un droit qui est entré aussitôt dans son patrimoine; l'acceptation de l'article 1435 n'est pas celle d'une offre pure et simple; elle réalise la consolidation d'un droit déjà et immédiatement acquis (*sup.*, t. II, n° 315) : elle est donc déclarative comme l'est l'acceptation d'une succession ou d'une communauté;

3° On comprend aussi que le mari puisse revenir sur sa pollicitation : l'article 1121 permet au stipulant de révoquer son offre aussi longtemps que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter (*sup.*, t. II, n° 311) ;

4° Enfin, les effets de la révocation s'expliquent d'eux-mêmes : lorsque le stipulant révoque la stipulation pour autrui, par exemple une assurance sur la vie au profit d'un tiers, il s'applique par là même le bénéfice de l'opération, dès le jour du contrat. Or, en l'espèce, le mari a traité en tant que chef de la communauté; c'est donc au profit de la

communauté que se réalise la révocation : l'immeuble entre en communauté, dès le jour de l'acquisition (*Sic*, BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, t. I^er^, n° 421; NAST, t. I^er^, n° 510).

En résumé, on peut donc définir le remploi effectué pour le compte de la femme : une stipulation d'acquisition faite par le mari, chef de la communauté, au profit de la femme, dans le but de fournir à celle-ci l'équivalent d'un propre aliéné et de reconstituer ainsi son patrimoine sur ses bases primitives.

93. Frais du remploi. — Ils incombent à l'époux qui acquiert l'immeuble à titre de propre, sauf convention contraire (Civ., 16 nov. 1859, *D. P.*, 1859, 1, 490; Besançon, 29 juill. 1871; *D. P.*, 1873, 5. 397).

§ III. — *LES FRUITS DES PROPRES*

94. Généralités. — Nous n'avons envisagé jusqu'ici, en tant qu'éléments actifs de la communauté, que les *capitaux*; il y a lieu de se préoccuper maintenant des *revenus*, des fruits des capitaux mobiliers ou immobiliers.

Or, ces fruits entrent tous dans la masse commune qu'ils alimentent indistinctement au cours du mariage; il en est ainsi non seulement des revenus des acquêts, mais aussi des revenus des propres, lesquels sont donc destinés, eux aussi, à subvenir aux charges du mariage, qui sont dotaux — au sens juridique du mot — sinon pour le capital, du moins en ce qui concerne leurs revenus. Ainsi le décide, dans des termes d'une absolue généralité, pour « *tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartiennent aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit* », l'article 1401-2°.

95. Pourquoi cette disposition. — On pourrait se demander à quoi bon cette disposition; les fruits sont tous des meubles; ils devaient donc, de par leur nature même, entrer en communauté en vertu de l'article 1401-1°, et il était inutile, dès lors, de leur consacrer un paragraphe spécial qui semble constituer une superfétation.

Il existait cependant deux raisons de viser les fruits distinctement des capitaux : 1° s'il est vrai que les meubles entrent en communauté, cette règle comporte des excep-

tions; notamment, le caractère propre appartient à ceux d'entre eux qui représentent un propre ou qui sont issus d'un propre, ce qui est précisément le cas pour les fruits; il était utile de dissiper toute équivoque à ce sujet; 2° la communauté n'est pas toujours légale; sa composition est souvent plus ou moins réduite par le contrat de mariage qui exclut de la masse commune telle et telle catégorie de biens; il était donc intéressant de placer les fruits dans un compartiment spécial, de préciser qu'ils alimentent la communauté dans tous les cas en vertu du *droit de jouissance* qui appartient à celle-ci sur la fortune propre de chacun des époux.

96. Droit de jouissance de la communauté. — Principe. — Le droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux, droit qui est exercé par le mari en sa qualité de chef de la communauté, ressemble assurément à un *usufruit*; ainsi qu'un usufruitier véritable, la communauté acquiert les fruits civils jour par jour, les fruits *en nature* par la séparation; son droit se transforme, dans la mesure où il affecte des choses consomptibles, en une sorte de quasi-usufruit, donc en un droit de propriété avec charge de rendre; comme un usufruitier, elle n'a droit définitivement aux coupes de *hautes futaies* que s'il y a eu un aménagement régulier antérieurement à sa jouissance, donc à la célébration du mariage (art. 1403, §§ 1 et 2), et une observation du même genre doit être présentée, *mutatis mutandis*, pour les produits des mines et des carrières, lesquels ne tombent en communauté sans récompense que si l'exploitation avait été commencée antérieurement au mariage (art. 1403, § 3).

97. Différences avec l'usufruit. — L'analogie entre le droit de jouissance de la communauté et l'usufruit ne va pas jusqu'à l'unité de régime juridique; assez nombreuses sont les différences qui séparent les deux droits; elles se ramènent à deux idées directrices.

I. **Première idée.** — La jouissance de la communauté est un droit à affectation spéciale, un *droit-fonction* au premier chef qui peut être comparé à la jouissance des parents sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans; les revenus des biens sont destinés à faire face aux charges du mariage :

1° Aussi décide-t-on que le droit de jouissance de la communauté n'est ni cessible, ni saisissable, ni susceptible d'être

hypothéqué; il n'a de raison d'être qu'autant qu'il est exercé par le mari, ès qualités, en tant que chef de la communauté;

2° On décide aussi, par un argument *a fortiori* puisé dans l'article 1550, que le mari est dispensé de fournir caution : s'il bénéficie de cette dispense, d'après ce texte, sous le régime dotal, c'est à plus forte raison qu'il doit y avoir droit sous le régime de communauté, lequel lui confère, sur les biens communs, des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui appartiennent, sous le régime dotal, sur la dot de la femme.

98. II. Deuxième idée. — Sous les régimes de communauté, il importe de maintenir l'équilibre entre les trois patrimoines coexistants; il ne faut pas que l'un d'eux s'enrichisse injustement aux dépens d'un autre. Afin de répondre à cette préoccupation, le régime de l'usufruit a été modifié dans un sens plus équitable; le statut en a été écarté dans la mesure où il eût favorisé un patrimoine aux dépens d'un autre.

Voici trois applications de cette directive générale :

1° On sait que, d'après l'article 529, l'usufruitier ne peut réclamer, à la fin de l'usufruit aucune indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites, encore que la valeur de la chose en fut augmentée (*sup.*, t. I[er] n° 1925). Cette disposition est écartée dans les rapports de la communauté avec les patrimoines propres des époux : la communauté conjugale a droit à une récompense à raison des améliorations apportées, sur le fonds propre à l'un des époux, avec l'argent commun (*inf.*, n° 319);

2° L'article 585 qui écarte toute indemnisation à raison des frais faits pour les récoltes tant avant l'ouverture de l'usufruit et par le propriétaire, qu'avant la fin de l'usufruit et par l'usufruitier, ne s'applique pas exactement dans les rapports de la communauté avec les époux; il trouve bien son application pour les récoltes sur pied lors du mariage, lesquelles appartiennent à la communauté sans récompense, pour cette raison décisive que, si elles avaient été levées avant le mariage, elles fussent entrées dans la masse commune — elles ou le prix provenant de leur vente — en tant que meubles présents, purement et simplement. Mais la disposition de l'article 585, § 2, n'est pas applicable, par analogie, au droit de jouissance de la communauté : si des récoltes sont sur pied lors de la dissolution de celle-ci, elles appartiennent bien à l'époux propriétaire du fonds mais celui-ci doit indemniser la communauté des dépenses qu'elle a faites : frais de semences, de labours, etc. Aucun texte ne donne

cette solution; mais elle est traditionnelle; il ne faut pas que l'un des époux s'enrichisse injustement aux dépens de la communauté;

3° D'après le statut de l'usufruit, l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité à raison des *coupes de bois* qu'il aurait négligé de pratiquer au cours de sa jouissance (art. 590, § 1); l'article 1403, § 2, donne une solution toute différente en matière de communauté : si des coupes de bois qui auraient pu être normalement faites, pendant la durée de la communauté, ne l'ont pas été, il en est dû récompense à l'époux non propriétaire ou à ses héritiers.

§ IV. — *LES BIENS RÉSERVÉS*

99. Sources. — L. 13 juill. 1907, modif. par LL. 19 mars 1919, 8 juin 1923 et 18 févr. 1938.

Bibliographie. — Aubry et Rau, 5e éd. par Bartin, t. VII, notamment § 500*bis*; Nast, *op. cit.*, t. II, nos 1305 et suiv.; Lalou, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, 1910; thèses de : Damez, Lyon, 1905; Perceau, Paris, 1908; Moride, Paris, 1908; Dupré, Lyon, 1909; Guyot, Dijon, 1910; Veaux, Rennes, 1925. — Pour les femmes *commercantes* : Valéry, *Ann. dr. com.* 1907, p. 396; MM. Bernard et Bonnecase, *Rev. trim.* 1910, p. 5; Margat, *La femme mariée commerçante*. — Pour les modifications résultant de l'abrogation, par la loi du 18 févr. 1938, de certaines dispositions de la loi du 13 juill. 1907, V. Bonnecase, *Mariage et Régimes matrimoniaux*; M. Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*; M. Nast, commentaire, *D. P.*, 1939, 4, 12.

100. Généralités. — La loi du 13 juillet 1907, qui se rattache au mouvement d'émancipation de la femme, a rendu un hommage justifié à la dignité du travail en remettant à toute femme mariée la libre disposition de son salaire, qui échappe désormais, au moins juridiquement, à l'emprise du mari (*sup.*, t. Ier, n° 610; et *inf.*, n° 177) : le travail conduit ainsi à la capacité et au pouvoir; les biens provenant de son labeur sont davantage à la femme que les biens acquis par donation, à titre de dot ou de succession.

Cette législation est applicable *quel que soit le régime matrimonial des époux* (L. 13 juill. 1907, art. 1er, § 1); mais c'est sous les régimes de communauté qu'elle bouleverse le plus gravement les principes du Code civil; non pas

que les biens dits *réservés*, plus exactement *réservés à l'administration de la femme* (L. 13 juillet 1907, art. 3, § 1), aient été distraits du patrimoine commun; ils en font toujours partie; ils sont des *acquêts de communauté*, ainsi qu'il a été dit au cours des travaux préparatoires, et ils sont donc, lors de la dissolution de la communauté, à comprendre dans le partage; à cet égard, il n'y a rien de changé. Seulement, ces biens, jadis administrés par le mari, le sont, depuis 1907, par la femme : ils constituent, dans leur ensemble, un *pécule réservé* sur lequel la femme a de très larges pouvoirs d'administration, voire de disposition (*inf.*, n° 177); en même temps que la capacité juridique, elle s'assure, grâce à son travail, la liberté économique.

La communauté comprend donc, lorsque la femme réalise des gains, deux compartiments : l'un qui renferme des « *biens ordinaires de communauté* » (art. 3, § 4 de la loi) et qui demeure régi par le Code civil; l'autre qui se compose des *biens réservés* et qui obéit au statut créé par la loi de 1907.

100*bis*. Les biens réservés et la loi du 18 février 1938. — On pourrait penser que la loi du 18 février 1938, par cela même qu'elle a conféré à toutes les femmes mariées le plein exercice de leur capacité civile, a enlevé tout intérêt et toute signification à l'institution des biens réservés; mais cette appréciation serait entièrement erronée parce que la question de capacité se double ici d'une question de pouvoir; comme les biens réservés sont partie intégrante de la communauté, l'administration en reviendrait normalement au mari; pour l'attribuer à la femme, il ne suffisait pas de relever celle-ci de son *incapacité*; il fallait encore lui accorder le *pouvoir* d'agir sur des biens communs, qui ne sont pas sa propriété exclusive et dont le Code civil confiait l'administration au mari; tel fut le double objectif réalisé par la loi de 1907; et, si le premier se trouve aujourd'hui dépassé par la loi de 1938, le second conserve toute sa signification et toute son importance : actuellement, comme au temps où la femme mariée était frappée d'une incapacité générale, la femme laborieuse se trouve dotée d'un statut de faveur, d'ailleurs parfaitement justifié, en ce sens qu'elle a l'administration, au sens le plus large du mot, d'une partie des biens communs, à savoir ceux qui sont le produit de son travail. Aussi la loi du 18 février 1938 a-t-elle laissé subsister la loi du 13 juillet 1907, en se contentant d'abroger certaines de ses dispositions, jugées incompatibles avec le principe de la

capacité générale de la femme mariée (art. 1er, § 5, art. 2, 6, 7, 8, 9 et 10).

101. Caractère d'ordre public. — L'institution des biens réservés a un caractère d'ordre public; l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907 frappe de nullité « toute *clause contraire portée au contrat de mariage...* » il aurait été à craindre qu'une clause de ce genre ne fût devenue de style; et bien que le texte ne vise que les clauses insérées dans le contrat de mariage, il est certain que la même sévérité s'impose à l'encontre des conventions qui interviendraient au cours du mariage, soit pour modifier la consistance des biens réservés, soit pour accroître ou pour restreindre les pouvoirs de la femme; de tels arrangements seraient nuls, tant en vertu de l'article 1er de la loi, interprété conformément à son esprit, qu'à raison du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux (art. 1395, *inf.*, n° 437).

102. Plan. — Il faut rechercher :

1° *A quelles conditions* la femme peut acquérir des biens réservés;

2° *Quels biens sont réservés* (composition du patrimoine réservé);

3° Après quoi, il conviendra *d'apprécier* le système français et de le comparer à certains *régimes étrangers*.

103. I. A quelles conditions la femme peut acquérir des biens réservés. — La loi de 1907 exige deux conditions, auxquelles le droit commun impose l'addition d'une troisième :

1° La femme doit exercer une profession ou, du moins, effectuer un travail; la loi n'exige pas que ce travail ait un caractère vraiment professionnel; le salaire touché à raison d'un travail intermittent, ou même accidentel, est protégé par la loi, sans aucun doute.

Peu importe la nature du travail ou de la profession : il résulte des travaux préparatoires comme du texte de la loi que toutes les formes d'activité sont prises en considération: que la femme soit ouvrière, employée, fonctionnaire, médecin, avocat, écrivain, artiste ou commerçante, elle possède également l'aptitude à acquérir des biens réservés; suivant les paroles du rapporteur au Sénat, ce sont toutes les femmes laborieuses, sans exception aucune, que l'on a voulu protéger. Il semble même que les professions illicites soient à retenir aussi bien que les professions honnêtes : de

même que les gains illicites ou immoraux entrent en communauté (*sup.*, n° 26), ainsi, lorsqu'ils sont réalisés par la femme, ils bénéficient du régime institué par la loi de 1907 (NAST, t. II, n° 1324);

2° Il faut, de plus, que la femme exerce une profession « *distincte* » (art. 1er, § 5); qu'elle effectue un travail « *personnel* » (art. 1er, § 1); la loi ne protège pas les gains provenant du « *travail commun des deux époux* » (art. 1er, dernier alinéa). Collaboratrice de son mari, soit à égalité, soit sous sa direction, la femme ne peut pas acquérir de biens réservés. Cependant, il faut bien comprendre que cette réserve s'explique uniquement par l'existence d'un obstacle de fait, par l'impossibilité où l'on serait de distinguer les gains du mari de ceux de la femme; en conséquence, du moment que la discrimination est possible, la législation de 1907 reprend son empire, notamment si la femme, employée du mari, est appointée par lui : son salaire ou ses appointements sont alors protégés en tant que bien réservés (NAST, II, n° 1328);

3° Il est nécessaire que l'activité de la femme soit acceptée, approuvée par le mari qui, s'il n'est plus investi de la puissance maritale, abolie par la loi du 18 février 1938 (*sup.*, t. Ier, *Supp.* 1939, p. 36), reste du moins le chef de la famille (*ibid.*, art. 213, nouv. réd.). Cette approbation maritale s'induit, en général et pour la plupart des professions, de l'absence d'opposition : par cela seul que le mari n'use pas du droit de *veto* que lui confère l'article 216 nouvelle rédaction, on considère qu'il est consentant. Dans un seul cas la loi se montre plus exigente, et c'est lorsqu'il s'agit pour la femme d'exercer un commerce; l'article 4 du Code de commerce veut qu'elle obtienne à cet effet « *le consentement de son mari* », donc une autorisation proprement dite, et l'on s'accorde presque unanimement à considérer que ce texte n'a point été abrogé implicitement par la loi du 18 février 1938 (*sup.*, t. Ier, *Suppl.* 1939, p. 25).

104. Preuve. — La femme qui veut passer un acte juridique intéressant ses biens réservés peut être amenée à prouver qu'elle réunit les deux premières conditions qui viennent d'être énoncées; la validité de l'acte est soumise à la double justification qu'elle exerce une profession (ou qu'elle a effectué un travail) et que cette profession est indépendante, distincte de celle du mari; aux termes de l'article premier, § 5, de la loi de 1907, cette double preuve pouvait être administrée, soit par un *acte de notoriété*, c'est-à-dire par un acte

notarié contenant l'attestation de deux témoins, soit par « *tout autre moyen mentionné dans la convention* », mais cette disposition a été abrogée par l'article 2 de la loi du 18 février 1938; en conséquence, tous les modes de preuve du droit commun sont désormais admis.

La double preuve, ainsi administrée, est suffisante; il n'y a pas lieu d'exiger celle du consentement ou de la non-opposition du mari à l'exercice de la profession, ni celle de l'origine du bien dont la femme veut disposer.

105. II. **Quels biens sont réservés; consistance du pécule réservé.** — On suppose désormais qu'une femme a l'aptitude à acquérir des biens réservés : que comprendra au juste le patrimoine réservé? Comment sera-t-il alimenté?

D'après l'article 1er de la loi, le pécule réservé est alimenté par trois sources qui, loin d'être distinctes, sont dans un rapport de filiation; il comprend :

1° Les « *produits du travail personnel de la femme* » (art. 1er, § 1); tous les gains, sans distinction : gages de la domestique, salaire de l'ouvrière, appointements de l'employée, traitement de la fonctionnaire, honoraires du médecin et de l'avocat, droits d'auteur de l'écrivain, cachet de l'artiste, bénéfices de la commerçante; il semble bien que l'œuvre littéraire, artistique ou scientifique, ait elle-même le caractère de bien réservé : sans doute, elle est un capital plutôt qu'un revenu, mais elle est incontestablement un produit du travail personnel de la femme; rien, dans la teneur de la loi de 1907, ne permet de distinguer entre les capitaux et les revenus, et l'esprit même de la réforme exclut une discrimination de ce genre; les *droits d'auteur ou d'inventeur* sont biens réservés, comme le *fonds de commerce*, du moins s'ils constituent le produit de l'activité de la femme;

2° Les *économies* provenant du travail personnel (art. 1er, § 1). Décider autrement eût été détourner la femme de l'épargne et l'inciter à la consommation immédiate des produits de son travail;

3° Les *biens acquis* grâce à l'emploi des gains réalisés par le travail (art. 1er, § 2). Si la femme place ses économies, en valeurs mobilières ou en immeubles, les biens acquis dans ces conditions ont le caractère de biens réservés; et si les sommes disponibles ont été placées à la *Caisse d'épargne*, elles échappent complètement à l'emprise du mari qui ne peut pas prétendre faire opposition à leur retrait; sur ce point, la loi du 13 juillet 1907 a modifié indirectement la loi

du 20 juillet 1895 qui admet, en principe, cette opposition (art. 16; *sup.*, t. I[er], n° 605) dont on peut d'ailleurs se demander si elle n'a pas été supprimée implicitement par la loi du 18 février 1938 (*sup.* t. I, suppl. 1939, p. 18).

En résumé, ce sont tous les produits du travail qui sont protégés, indéfiniment et dans les formes successives qu'ils peuvent revêtir; une sorte de *subrogation réelle* se réalise de plein droit qui assure à la femme laborieuse une permanence dans la protection de ses gains, lesquels bénéficient d'un *droit de suite* d'une nature particulière.

106. Preuve. — Une contestation peut s'élever sur le point de savoir si tel bien est ou non réservé; ici encore, le fardeau de la preuve incombe naturellement à la femme, mais il est allégé par le législateur autant que possible; aux termes de l'artcle 4 de la loi de 1907, « *en cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés* ». Ce sont donc tous les modes de preuve qui sont à la disposition de la femme, à l'exclusion cependant de la commune renommée que son caractère dangereux a fait prohiber; elle intervient le plus souvent avec le caractère d'une *pénalité* (*sup.*, t. II, n° 198); son emploi serait donc injustifiable en l'occurrence.

107. III Appréciation du système français et droit comparé. — Le législateur français s'est montré moins audacieux que les législateurs étrangers de la dernière époque, notamment ceux de l'*Allemagne* (C. civ. allemand, art. 1365 et suiv.), de la *Suisse* (C. civ. suisse, art. 190 et suiv.), de la *Chine* (C. civ. Rép. de Chine, art. 1013).

1° Ces Codes ont institué, à côté des biens réservés de la femme, les *biens réservés du mari*; c'est ainsi que les effets personnels à l'usage exclusif du mari ont le caractère de biens réservés.

2° Même pour ce qui est des biens réservés de la femme, les Codes civils *allemand*, *suisse* et *chinois* ont institué un régime de plus large envergure que le nôtre; le pécule réservé de la femme comprend, non seulement les produits de son travail, mais encore les choses exclusivement destinées à son usage personnel (vêtements, bijoux); celles qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie; et aussi tout ce qui a été déclaré réservé dans le contrat de mariage (C. civ. suisse, art. 190), et enfin, d'après le même

texte, les biens stipulés réservés par l'auteur d'une libéralité entre vifs ou testamentaire. L'institution revêt ainsi une grande ampleur; elle repose, chez nos voisins, sur de larges assises; ce n'est pas seulement la loi qui imprime aux biens le caractère réservé, c'est aussi la volonté privée, soit celle des époux, soit celle des tiers.

3° Les biens réservés n'entrent point en communauté; ils appartiennent en propre à l'époux; ainsi s'expliquent mieux que dans le système français, les très larges pouvoirs conférés à la femme sur son pécule réservé, placé sous un régime de séparation partielle.

En *Belgique*, une loi du 12 août 1932 a institué un régime qui est calqué assez exactement sur celui de notre loi française du 13 juillet 1907; il est cependant plus libéral en ce que le pécule réservé comprend, outre les produits du travail de la femme, les choses qui sont destinées à son usage personnel : vêtements, bijoux, etc.

Section II. — PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ ET DETTES PERSONNELLES AUX ÉPOUX

108. Vue générale. — De même qu'il existe des biens propres et des biens communs, ainsi on distingue des dettes personnelles à chacun des époux et un passif commun. La comparaison entre la contexture de l'actif et celle du passif peut être poursuivie assez loin, car il existe une catégorie de dettes qui, tenant le milieu entre les dettes strictement personnelles aux époux et les dettes vraiment, définitivement communes, correspondent assez bien aux propres imparfaits: comme ceux-ci, elles n'entrent en communauté que sauf récompense à l'encontre de l'époux du chef de qui elles sont nées; ce sont des dettes intermédiaires, mises à la charge de la communauté, sauf recours contre l'époux débiteur; des dettes *communes sauf récompense* qui constituent le *passif provisoire* de la communauté; ce qui revient à dire qu'elles ne sont dettes de la communauté qu'au regard des créanciers, lesquels peuvent agir sur les biens communs, mais non dans les rapports des époux entre eux; on distingue ici la question de *poursuite* et celle de *contribution*; communes quant au droit de poursuite, ces dettes sont personnelles quant à la contribution, quant à leur incidence définitive; en fin de compte, un seul des époux, celui du chef de qui elles sont nées, doit en supporter le poids.

Nous négligerons tout à fait, pour le moment, ces dettes de nature mixte que nous retrouverons en étudiant la liqui-

dation de la communauté; à cette place, n'envisageant que le droit de poursuite des créanciers, nous ne distinguerons que deux catégories de dettes : les unes personnelles, les autres communes, sauf à discerner plus tard, parmi ces dernières, les deux sous-catégories que nous venons d'énoncer, et à opposer le passif commun provisoire au passif commun définitif.

109. Continuation du parallèle. Confusion de fait. — Il existe, entre les propres du mari et les biens communs une *confusion de fait* tenant aux larges pouvoirs qui sont dévolus à l'administration de la communauté; du moment que le mari peut se comporter, vis-à-vis des acquêts, à peu près comme s'il en était l'unique propriétaire et au point de pouvoir les aliéner à titre onéreux, parfois même à titre gratuit, les tiers n'arrivent pas à distinguer aisément les biens communs des propres du mari; la ligne de démarcation entre les deux patrimoines est estompée à raison de la généralité des pouvoirs de celui qui les administre; la réalité est masquée par l'apparence; la séparation qui existe en droit est voilée par une confusion qui se réalise en fait.

Cette confusion de fait entre les deux patrimoines exerce une répercusion sur le passif : il en résulte que les créanciers du mari ont action sur les biens de la communauté et qu'à l'inverse les créanciers de la communauté peuvent saisir les propres du mari; les uns comme les autres ont dû compter sur les deux catégories de biens indistinctement; et c'est ainsi que la confusion de fait entre l'actif du mari et celui de la communauté, entraîne un mélange des deux passifs. Au contraire, les propres de la femme, sur lesquels le mari n'a que des pouvoirs réduits, ne sont pas susceptibles d'être confondus avec les biens communs; aussi le passif personnel à la femme se différencie-t-il nettement du passif de la communauté, au point que les créanciers personnels ne peuvent même pas saisir les biens de leur débitrice en toute propriété, car ce serait porter atteinte au droit de jouissance de la communauté; seule, la nue-propriété demeure leur gage.

110. Particularité relative au passif. — Jusqu'ici, le parallèle se poursuit exactement entre le statut de l'actif et celui du passif, dans les grandes lignes du moins; mais il est un point sur lequel la symétrie est rompue : lorsqu'un bien entre en communauté, il cesse d'appartenir exclusivement à l'époux, il perd sa qualité de propre. Au contraire,

lorsqu'une dette devient commune, il n'en reste pas moins vrai qu'elle a été contractée par tel époux, la femme par exemple, et non par son conjoint; c'est avec la femme que le créancier a traité: il peut donc lui demander le paiement intégral; seulement, il a également action sur les biens communs, puisque la dette, par hypothèse, est devenue commune. *Il n'y a donc pas de dettes qui soient exclusivement dettes de la communauté*; avant d'être commune et tout en le devenant, chaque dette a été et demeure la dette de l'un des époux; telle est la conséquence inéluctable de cette idée que *la communauté n'a pas la personnalité morale* (*sup.*, n° 15); elle ne peut pas assumer de dettes, directement; elle n'est engagée qu'indirectement, par contre-coup; son passif est d'abord le passif personnel des deux associés; et tandis que les époux ont, sur les acquêts, des droits égaux, les dettes de la communauté ressortissent plus particulièrement, les unes au mari, les autres à la femme, suivant qu'elles sont nées du chef du premier ou sur la tête de la seconde : l'un des époux peut être poursuivi pour le tout, en qualité de débiteur initial, alors que l'autre ne peut être inquiété qu'en sa qualité d'associé, de commun en biens, donc pour moitié seulement : ceci, du moins, en ce qui concerne le droit de poursuite, la question d'obligation à la dette, la seule qui nous occupe ici.

111. Plan. — Nous étudierons :

1° Les dettes *présentes*;

2° Les dettes assumées par les époux *au cours de la communauté*;

3° Les *charges usufructuaires* et les *charges du ménage*.

§ I. — *LES DETTES PRÉSENTES*
LE PASSIF ANTÉRIEUR AU MARIAGE

112. Principe. — En ce qui concerne les dettes *présentes*, c'est-à-dire celles qui incombaient aux époux antérieurement à leur mariage, le Code civil établit une opposition entre celles qui sont *mobilières* et celles qui seraient *immobilières*: seules, les premières entrent en communauté; les secondes en sont exclues (art. 1409-1°).

En établissant cette distinction, le Code a entendu établir une concordance entre le sort de l'actif et celui du passif : de même que les meubles seuls entrent en communauté, ainsi les dettes mobilières seules deviennent communes.

113. Critique. — Cette prétendue symétrie entre l'aménagement de l'actif présent et celui du passif présent est de pure façade; elle constitue un trompe-l'œil et elle risque de consacrer, en réalité, les pires inégalités.

1° En fait, toute concordance peut faire défaut entre l'apport d'un époux et l'état de son passif : si sa fortune est purement immobilière et si, d'autre part, les dettes qui lui incombent sont toutes mobilières, il va conserver en propre tout son actif tandis qu'il se déchargera de la moitié de son passif, devenu commun; tout l'avantage de la combinaison sera pour lui, tous les inconvénients pour son conjoint.

2° La situation est aggravée encore par cette circonstance que, dans notre droit, les dettes sont presque toutes mobilières; les dettes immobilières constituent une rareté grâce au principe de l'effet translatif des contrats; étant donné, d'autre part, que les rentes, immeubles dans notre ancien droit, ont elles-mêmes le caractère mobilier, on doit faire quelque effort d'imagination pour découvrir des dettes immobilières (V. cependant, pour la dette née de la promesse de vente d'un immeuble, *sup.*, n° 46*bis*; t. II, n° 1072, et note M. Nast, *D. P.*, 1932, 2, 134); si bien qu'en somme, décider, comme le fait le Code civil, que seules les dettes mobilières entreront en communauté, revient à prescrire que toutes les dettes présentes seront communes : c'est la vérité *pratique*, *sinon théorique*.

114. La meilleure solution. — La bonne solution aurait été celle qui aurait fait tomber en communauté les dettes présentes des époux dans la proportion même où leur actif présent se trouve d'y entrer; seule, la loi de la *proportionnalité* eût donné des résultats équitables.

Si le législateur l'a écartée, c'est pour la raison même qui l'a incité à faire entrer en communauté le mobilier présent des époux : le régime légal est, avant tout, le régime des époux qui n'ont pas fait de contrat et dont le patrimoine présent n'a donc pas été fixé dans ses éléments constitutifs; on ignore dans quelle mesure ce patrimoine était mobilier; on manque donc des données nécessaires à l'application de la loi de proportionnalité, et c'est pourquoi le législateur a cru devoir se rabattre sur un indice d'un maniement plus facile, qui peut fonctionner en l'absence de tout inventaire, mais qui conduit, nous l'avons montré, à des résultats d'une inégalité choquante.

115. Difficulté de preuve ; question de la date certaine. — Puisqu'en fait toutes les dettes présentes entrent en communauté, il est intéressant de pouvoir les différencier des dettes nées au cours du mariage, car ces dernières, du moins celles qui incombent à la femme, demeurent souvent personnelles à celle-ci. Tandis que le créancier peut, dans le premier cas, si la dette est présente, saisir et les propres de la femme et les biens de la communauté, et aussi, à raison de la confusion de fait, les propres du mari, il en est réduit, dans la deuxième éventualité, si la dette a été contractée par la femme au cours de la communauté et sans l'autorisation maritale, à saisir les biens de sa débitrice en nue propriété, sans pouvoir s'en prendre aux biens communs ni aux propres du mari.

La preuve de la date de la dette de la femme a donc une importance décisive lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du gage du créancier; le Code civil la soumet à une règle importante : aux termes de l'article 1410, § 1, les dettes de la femme ne sont considérées comme antérieures au mariage que si elles ont acquis *date certaine* avant la célébration.

Cette disposition ne fait évidemment qu'appliquer en l'occurrence le droit commun de la preuve de la date des actes privés, tel qu'il ressort de l'article 1328 (*sup.*, t. II, n° 186) ; c'est qu'en effet, la communauté, à laquelle il est question d'infliger le fardeau d'une dette née du chef de la femme, a la position de *tiers* vis-à-vis de l'acte générateur de ladite dette, par exemple de l'acte d'emprunt auquel elle n'a pas participé et auquel elle n'a pas été représentée; à son égard, cet acte ne fait donc pas foi de sa date par lui-même, mais seulement le jour où une des circonstances de l'article 1328 lui aura donné date certaine.

Il n'est pas indifférent de constater que l'article 1410, § 1, réalise une simple adaptation du régime institué dans l'article 1328; on en conclut logiquement : 1° que le premier de ces textes doit être complété à l'aide du deuxième : il ne mentionne, comme susceptible de certifier la date de l'acte privé, générateur de la dette, que l'*enregistrement* et le *décès* de l'un des signataires; il faut ajouter, par application de l'article 1328, la relation de la substance de l'acte dans un acte authentique; 2° que la nécessité de la date certaine au sens de l'article 1328, est mise de côté dans un certain nombre d'éventualités : si l'obligation est *commerciale*, si le créancier a perdu son titre par suite d'un cas de force majeure, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité de se ménager une preuve écrite, ou encore si la dette résulte d'un délit ou d'un quasi-délit (art. 1348) ; l'article 1410, § 1,

comporte les mêmes tempéraments que l'article 1328 dont il est issu.

A quoi il convient d'ajouter que le mari peut toujours admettre la sincérité de la date apposée sur l'acte privé; c'est à lui qu'il appartient de décider de la question, en sa qualité de représentant de la communauté dont les intérêts sont en jeu; et il reconnaît implicitement cette sincérité lorsqu'il paie la dette; il avoue, par là même, qu'elle était antérieure au mariage, qu'elle était dette de communauté et il ne saurait donc ensuite réclamer une récompense de ce chef, soit à la femme, soit à ses héritiers (art. 1410, § 3), à moins cependant qu'il n'ait fait des réserves lors du paiement ou que la dette, par son origine même, ne comporte une récompense au profit de la communauté.

116. Contradiction apparente. — Si l'acte n'a pas date certaine et s'il n'en est pas dispensé, si, d'autre part, le mari se refuse à admettre son antériorité par rapport au mariage, le créancier ne peut saisir ni les biens communs, ni ceux du mari, ni même ceux de la femme en pleine propriété : son gage est limité à la nue propriété des propres de sa débitrice, car il doit respecter la jouissance de la communauté (art. 1410, § 2).

Cette solution était jadis faite pour surprendre; car il semble que la situation du créancier eût dû, logiquement, être inférieure encore à celle que lui fait la loi : l'acte, étant dépourvu de date certaine, doit être considéré comme postérieur au mariage; il se réfère donc à une époque où la femme était, d'après le Code civil, incapable de s'engager sans autorisation; ce n'est donc pas seulement, semble-t-il, une question d'*opposabilité* qui s'élevait alors, mais, ce qui est plus grave, une question de *validité*; l'engagement de la femme aurait dû être annulable, comme émanant d'une incapable; dès lors, le créancier n'eût dû avoir aucune action, même sur la nue propriété des propres de sa débitrice.

Mais cette argumentation n'était pas exacte; on confondait, en la produisant, deux points de vue différents. C'est seulement vis-à-vis des tiers que la certitude de la date est exigée par l'article 1328; entre les parties, l'arte privé fait foi de sa date, comme des autres mentions qu'il contient; il n'appartient donc pas au créancier d'arguer de l'article 1328 pour repousser la sincérité de la date; du moment que le conflit surgit entre les parties, l'acte est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme étant intervenu au jour fixé

par la date qui y figure, c'est-à-dire, nous le supposons, antérieurement au mariage, alors que la débitrice était, même sous l'empire du Code civil, pleinement capable : d'une part, l'engagement est valable entre les parties, parce que réputé contracté au jour indiqué, donc antérieurement au mariage et entre personnes pleinement capables; mais, d'autre part, la dette ne devient pas commune, parce que l'acte, étant dépourvu de date certaine, la communauté, représentée par le mari et ayant la position juridique des tiers, peut nier purement et simplement qu'il remonte au delà du mariage.

Depuis que la femme mariée est devenue capable (L. 18 févr. 1938), la solution donnée par l'article 1410 se justifie d'autant mieux; elle a perdu jusqu'à cette apparence de paradoxe qui vient d'être dissipée, puisque, de toute façon, l'engagement assumé par la femme est valable, sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après sa date.

117. — *En résumé*, deux éventualités, dont la seconde se dédouble, sont à distinguer :

1° Si la dette de la femme a date certaine antérieurement au mariage, elle entre en communauté et le créancier a donc action sur les trois patrimoines;

2° Si la dette n'a pas date certaine, le mari a le choix entre deux attitudes : s'il admet, en sa qualité de chef de la communauté, l'antériorité par rapport au mariage, on retombe dans le cas précédent; si, au contraire, il nie cette antériorité, comme c'est son droit, la dette est réputée avoir été assumée pendant le mariage et le créancier n'a donc pour gage que la nue propriété des propres de sa débitrice, cela conformément à la disposition de l'article 1410, § 2.

118. Récapitulation pour le passif présent. — Toutes les dettes *présentes* des époux entrent en communauté, réserve faite : 1° des dettes *immobilières*, du mari ou de la femme, dettes qui sont une rareté; 2° des dettes mobilières *de la femme* qui n'ont pas date certaine, à supposer du moins que le mari invoque ce défaut de certitude et qu'on ne soit pas dans un des cas exceptionnels où l'article 1328 cesse d'être applicable (dette commerciale, dette délictuelle, etc.).

§ II. — *LES DETTES ASSUMÉES PAR LES ÉPOUX EN COURS DE COMMUNAUTÉ*

119. Plan. — On distingue :

1° Les dettes du *mari*;

2° Les dettes de la *femme*;
3° Les dettes des *successions échues* aux époux.

N° 1

Dettes du mari

120. Plan. — Il faut : 1° poser le *principe*; 2° déterminer son *étendue d'application*; 3° indiquer les *dérogations* qu'il comporte.

121. I. Le principe. — Le principe est simple : toutes les dettes, nées du chef du mari, au cours de la communauté, sont communes (art. 1409-2°). La solution est rationnelle : le mari est le représentant et le chef de la communauté; il a le pouvoir d'aliéner, du moins à titre onéreux, et même, dans de certaines limites, à titre gratuit, les biens communs; il est naturel que ces mêmes biens répondent des engagements par lui assumés. Le créancier a donc pour gage et les biens personnels du mari et les biens de la communauté : les premiers parce que le mari est resté son débiteur personnel; les seconds parce que la dette est devenue dette de communauté; et cela indépendamment de la confusion de fait réalisée entre les biens du mari et ceux de la communauté; la communauté est devenue débitrice sans que le mari ait été personnellement dégagé.

122. II. Etendue d'application, portée du principe. — Le principe a une portée des plus étendues. On ne distingue :

1° Ni d'après l'*origine* de la dette : l'article 1409-2° s'exprime en des termes trop étroits lorsqu'il suppose que les dettes ont été « *contractées* » par le mari : nul doute que la communauté ne soit aussi bien tenue des dettes nées d'un délit ou d'un quasi-délit, d'un engagement unilatéral de volonté ou de l'enrichissement sans cause ou de la loi, pourvu que l'obligation ait pris naissance dans la personne du mari; même les *amendes* par lui encourues peuvent être recouvrées sur les biens de la communauté, sauf règlement ultérieur (art. 1424, *inf.*, n° 326);

2° Ni d'après le *but*, la destination de la dette : peu importe que le mari ait agi comme chef de la communauté ou bien en son nom personnel et en vue de ses seuls intérêts; le résultat est le même, en ce sens du moins que la dette entre indistinctement en communauté : par exemple, si le mari emprunte de l'argent pour faire des réparations à un

immeuble propre, ou s'il cautionne la dette d'autrui, ou s'il est condamné à une amende à raison d'une infraction qu'il aurait commise (art. 1424). Il semble que l'équilibre poursuivi entre les trois patrimoines soit alors rompu; mais il est rétabli à l'aide d'une récompense que le mari devra servir à la communauté; de telles dettes, se référant aux seuls intérêts du mari, ne font partie du passif commun qu'à titre provisoire et sauf récompense (*inf.*, n^os^ 282 et suiv.; 349 et suiv.);

3° Il est des dettes qui paraissent avoir été contractées par la femme et qui, dans la réalité juridique, l'ont été par le mari. Comme toute personne, le mari peut s'obliger par l'intermédiaire d'un *mandataire*, et son mandataire tout désigné n'est autre que la femme. Entre époux, les contrats sont en principe licites, et notamment le mandat; le mari peut donner mandat à sa femme de s'obliger en son nom; et comme le mandat a une vertu représentative, l'engagement est alors réputé avoir été assumé, non par la femme mandataire, mais par le mari mandant; c'est ce dernier qui, seul, est obligé personnellement; tout se passe comme s'il avait contracté lui-même, en sorte que le créancier a pour gage et les propres du mari et les biens de la communauté, à l'exclusion des propres de la femme qui n'a joué, en l'occurrence, qu'un rôle d'intermédiaire (art. 1420).

123. Mandat spécial et mandat général; exprès ou tacite. — Le texte suppose que le mandat donné par le mari à sa femme peut être soit *spécial*, soit *général*; il peut englober toute une catégorie d'actes déterminés; il peut se référer à l'administration de certains biens ou de tout le patrimoine du mari. De plus, spécial ou général, le mandat peut, d'après une jurisprudence constante, être *conventionnel* ou *légal*. Et ce mandat existe, est reconnu sans difficulté pour les *dépenses courantes du ménage*; il prend alors le nom de *mandat domestique*.

124. LE MANDAT DOMESTIQUE [1]. — Déjà, il a été question de ce mandat, de son étendue, de son fondement (*sup.*, t. I^er^, n° 603*bis*, n° 1012). Nous ne reprendrons ce sujet que pour rappeler des idées déjà exposées et pour réaliser leur adaptation à la communauté légale.

1° Première idée. — La femme, lorsqu'elle procède à des

[1] BINET, *La femme dans le ménage*, thèse, Nancy, 1904.

dépenses courantes, agit en tant que mandataire du mari. En conséquence :

a) Les créanciers ne peuvent pas saisir ses biens personnels, mais seulement les biens communs et les propres du mari (*sic*, pour les frais médicaux engagés pour la santé de la femme, et fût-ce sur son initiative, Ch. soc., 27 janv. 1939, *D. H.*, 1939, 199) ;

b) Si la femme renonce plus tard à la communauté, elle ne peut être actionnée par les fournisseurs, pas même au moyen de l'action *de in rem verso* (Civ., 7 juill. 1896, *D. P.*, 1898, 1, 18; 17 déc. 1901, *D. P.*, 1903, 1, 153) ;

c) Le mari peut retirer à la femme le mandat domestique et alors elle n'a plus le pouvoir de s'engager; mais encore faut-il que les fournisseurs aient été avisés du retrait, soit au moyen d'avis insérés dans les journaux (Req., 30 nov. 1868, *D. P.*, 1869, 1, 132), soit, ce qui est plus sûr, à l'aide de notifications individuelles (Poitiers, 23 déc. 1889, *D. P.*, 1890, 2, 359) ; l'efficacité de ce retrait est d'ailleurs limitée aux dépenses qui ne sont pas strictement indispensables à l'entretien du ménage (même arrêt).

2° **Deuxième idée.** — Le mandat domestique n'est pas d'ordre véritablement conventionnel, mais bien plutôt *légal*; le fondement doit en être cherché dans l'*obligation alimentaire* qui incombe au mari, dans les *devoirs d'entretien et de secours* dont il est tenu envers sa femme et dans sa situation de chef de la famille (art. 213, nouv. réd.), en un mot, dans le mariage lui-même (Nast, note *D. P.*, 1926, 2, 77) ; il s'agit là d'un mandat à la foi *légal et nécessaire* (Req., 6 août 1878, *D. P.*, 1879, 1, 400). En conséquence :

a) Le mandat domestique n'existe pas entre *concubins*, puisque l'obligation alimentaire n'est pas instituée dans leurs rapports réciproques et puisque rien d'analogue à la situation de chef de la famille (autrefois à la puissance maritale) ne saurait exister hors du mariage;

b) Le mandat domestique prend fin avec le droit de secours, l'obligation alimentaire et l'organisation familiale : il ne survit pas à la *séparation de corps*.

Au cas de *séparation de fait*, loin de disparaître, il devient, pour la femme, plus nécessaire que jamais; sans lui, elle se trouverait dans l'impossibilité de vivre; il acquiert donc une nouvelle ampleur, non pas par la volonté, expresse ou présumée du mari, mais par celle de la loi (V. *sup.*, t. I^er^, n° 1012) ;

c) L'étendue du mandat varie avec les ressources du ménage, avec le « train de maison » ; le mari ne peut en

déterminer arbitrairement l'étendue, car ce mandat n'est pas son œuvre; la portée en est subordonnée à des circonstances objectives(*sup.*, t. I[er], n° 603*bis*); mais on ne comprendrait pas qu'il s'étendît à des opérations financières (Req., 30 mai 1932, *S.*, 1933, 1, 217, note P. Guyot; *D. H.*, 1932, 345);

d) Le mari pourrait encore moins révoquer le mandat arbitrairement, par caprice ou par malveillance; il manquerait ainsi à ses devoirs conjugaux et fournirait à sa femme une cause de divorce ou de séparation de corps; le retrait des pouvoirs légaux et nécessaires ne peut avoir lieu que s'il est étayé sur un *juste motif* (*sup.*, t. I[er], *ibid.*).

125. III. **Les dérogations. — Les biens réservés. —** Le principe que toute dette du mari devient dette de communauté avait une portée absolue dans la période qui s'est écoulée entre 1854 et 1907.

Avant 1854, il comportait une exception au cas où le mari encourait une condamnation pour crime emportant la *mort civile* : la loi du 31 mai 1854, qui a aboli cette sanction cruelle, a abrogé l'article 1425 qui se référait à cette dérogation.

Mais la loi du 13 juillet 1907, en créant les *biens réservés*, est venue apporter au principe de la mise en communauté des dettes du mari une dérogation ou du moins un tempérament d'un genre tout différent : ces biens, acquis par la femme laborieuse, dans l'exercice de sa profession, font partie intégrante de la communauté (*sup.*, n° 100); ils sont des « acquêts » au premier chef; mais ils ne répondent pas indistinctement de toutes les dettes assumées par le mari; seuls peuvent les saisir les créanciers qui ont contracté avec le mari « *dans l'intérêt du ménage* » (art. 3, § 2, de la loi). Il faut donc désormais distinguer selon que le mari a agi dans l'intérêt du ménage ou bien dans son intérêt personnel; dans la première éventualité, il continue, comme avant la loi de 1907, à engager tous les biens communs, y *compris les biens réservés;* dans le deuxième cas, il engage encore les biens ordinaires de la communauté, ceux dont il a l'administration, mais non plus les biens réservés de sa femme; solution logique, puisque ces biens sont soumis à l'administration de la femme, et non à la sienne.

126. Distinction et preuve. — La distinction à établir entre les dettes personnelles au mari et les dettes ménagères est de nature à susciter des difficultés dans la pratique; non

pas pour les dépenses habituelles, comprises dans le cadre du mandat domestique de la femme, mais pour des dettes qui, encore qu'assumées dans l'intérêt de la maison, excèdent les limites des dépenses courantes : grosses réparations, achat d'outils professionnels, d'un matériel. Il y a là une question de fait dont l'appréciation peut être fort délicate. Tout au moins, la loi pose-t-elle un principe directeur : aux termes de l'article 3, § 3, « *la preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier* », ce qui revient à dire que la loi présume le caractère personnel de la dette; la preuve imposée au créancier peut d'ailleurs être administrée par tous moyens, même par simples présomptions et quelque soit l'intérêt en cause. En cas de doute, et par exemple s'il s'agit d'un emprunt, le créancier agira prudemment en exigeant des justifications relativement au but de l'opération, à la destination des deniers empruntés, et en se ménageant, à ce sujet, une preuve préconstituée.

127. Signature de la femme. — Il semble que les créanciers disposent d'une autre ressource qui serait d'exiger, à côté de la signature du mari, celle de la femme; en entrant ainsi dans la combinaison, la femme consentirait à ce que ses biens réservés répondissent, comme les biens ordinaires de la communauté, de l'exécution de la dette. La régularité de ce procédé est cependant contestée; elle l'a été par le rapporteur même de la loi du 13 juillet 1907, à la Chambre des députés, qui s'est appuyé, pour refuser à la femme la possibilité d'engager ses biens réservés envers les créanciers personnels de son mari, sur le caractère d'ordre public de la loi nouvelle et sur la disposition de l'article 1er qui interdit toute dérogation à l'aide d'une clause insérée dans le contrat de mariage. Mais autre chose est une dérogation anticipée en bloc, par contrat de mariage, et autre chose une dérogation établie au cours de la communauté et dans un cas particulier. Il serait singulier que la femme, dont on a voulu, en 1907, élargir la capacité et le pouvoir, se trouvât frappée d'un incapacité qui rappellerait la velléienne, avec cette particularité qu'il lui serait loisible d'engager ses biens réservés au profit de quiconque, sauf pour son mari. Enfin, et surtout, il est certain qu'elle pourrait engager ses biens propres vis-à-vis des créanciers personnels de son mari; à plus forte raison doit-elle avoir le droit d'engager ses biens réservés dont le mari est copropriétaire avec elle et dont elle a l'administration.

N° 2

Dettes de la femme

128. Position de la question. — Il ne s'agit, sous cette rubrique, que de l'*obligation à la dette*, et non de la *contribution*, de la répartition définitive dont il sera traité avec la liquidation de la communauté; de plus, il n'est question que des dettes assumées par la femme en son nom personnel, et non plus de celles qu'elle contracterait en tant que mandataire du mari et au sujet desquelles nous nous sommes précédemment expliqué (*sup.*, n° 122).

Ces dettes, qui naissent et se fixent dans le patrimoine de la femme, se présentent sous de tous autres auspices que celles qui proviennent du mari; deux obstacles s'opposaient jadis à ce qu'elle fussent douées du même rayonnement, à ce qu'elles devinssent exécutoires sur les trois patrimoines : le premier de ces obstacles était l'*incapacité* dont la femme se trouvait alors frappée à raison du mariage : il a disparu, en principe, avec la loi du 18 février 1938 qui a conféré à la femme le plein exercice de sa capacité civile (art. 215, § 1er, nouv. réd.), réserve faite cependant des cas exceptionnels dans lesquels la nécessité d'une autorisation ou d'un consentement a été maintenue et notamment lorsqu'il s'agit pour elle de faire le commerce (art. 215, § 2, nouv. réd.; — *sup.*, t. Ier, *Suppl.*, 1939, p. 21); le deuxième obstacle, qui subsiste toujours, consiste en ceci que la femme, à la différence du mari, n'est point le chef de la communauté; elle n'a pas qualité pour engager des biens dont l'administration est confiée au seul mari.

Ces obstacles, dont le deuxième seul a conservé toute sa valeur générale, ne sont pas insurmontables; ils n'existent pas constamment; et, à supposer qu'ils existent, ils peuvent disparaître; ils sont susceptibles d'être levés plus au moins complètement; soit par le *mari*, soit par le *tribunal*, voire par la *loi*.

129. Plan. — Nous sommes ainsi amené à distinguer trois catégories de dettes :

1° Celles que la femme assume avec l'*intervention maritale*;

2° Celles qu'elle contracte avec l'*autorisation de justice*;

3° Celles qu'elle assume seule, en dehors d'une autorisation spéciale, voir même de toute intervention quelconque.

130. I. Dettes assumées par la femme avec l'intervention maritale. — Cette intervention est susceptible de lever les deux obstacles qui s'opposent au plein rayonnement de la dette; elle peut à la fois relever la femme de son incapacité de femme mariée, dans les cas exceptionnels où elle subsiste encore sous une forme ou sous une autre, par exemple pour l'exercice d'un commerce, et lui conférer le pouvoir d'engager les biens communs; elle est alors, et surtout elle était avant la loi du 18 février 1938, à double fin et à double rendement.

Distinction. — Mais l'intervention du mari ne se présente pas toujours sous le même aspect; elle peut être plus ou moins active; donc plus ou moins efficiente; on peut supposer que le mari s'oblige lui-même, avec sa femme, envers le créancier; ou bien qu'il se contente d'habiliter la débitrice, de lui donner une autorisation.

131. A. Le mari s'oblige lui-même, avec sa femme, envers le créancier. — L'éventualité se dédouble, suivant qu'il s'engage *conjointement* ou *solidairement*.

1° L'engagement est contracté par le mari *conjointement* avec sa femme. — D'après les principes généraux, la dette devrait se diviser entre les deux époux, de plein droit chacun n'étant tenu que pour moitié (art. 1220; *sup.*, t. II, n° 750). Or, on s'accorde à écarter ce droit commun, non pas pour la femme, laquelle ne peut être poursuivie que pour moitié (art. 1487), mais pour le mari, qui sera tenu au *tout*. Ainsi le décide une longue tradition (Pothier, *La communauté*, n^os^ 729 et 730); d'ailleurs, l'article 1484 pose en principe que « *le mari est tenu, pour la totalité, des dettes de la communauté par lui contractées...* »; ce texte vise bien l'éventualité qui nous préoccupe; il donne donc la vraie solution qui, d'ailleurs, se justifie : le mari pouvait s'engager seul; si le créancier a exigé l'intervention de la femme, c'est pour augmenter, non pour réduire ses garanties; il a vu dans la femme un débiteur supplémentaire, venant s'ajouter, non se substituer pour partie au mari;

2° Le mari s'est engagé *solidairement* avec sa femme. — Les deux codébiteurs sont alors tenus *chacun au tout*, conformément au droit commun de la matière (art. 1203, 1483; *sup.*, t. II, n° 754); en conséquence, le créancier a action sur les trois patrimoines; il peut saisir les biens communs puisque toute dette du mari est dette de communauté (*sup.*, n° 121); c'est du chef du mari, non du chef de la femme,

que la dette devient commune, d'où il faut conclure que la libération du mari entraîne celle de la communauté (Req., 17 janv. 1881, *S.*, 1881, 1, 126; *D. P.* 1881, 1, 145; Paris, 20 fév. 1891, *D. P.*, 1891, 2, 326; *S.*, 1893, 2, 161, note Meynial).

Ceci n'est vrai d'ailleurs que pour le droit de poursuite du créancier; en ce qui concerne la contribution à la dette solidaire, voy. *inf.*, n° 294.

132. B. **Le mari se borne à donner une autorisation.** — C'est l'éventualité normale; le mari n'a pas déclaré s'engager; il n'est intervenu que pour habiliter sa femme, pour valider l'engagement qu'elle assume ou pour en accroître le rendement.

Il semble qu'alors la femme seule soit obligée; le mari ne saurait devenir débiteur sans l'avoir voulu; et il ne l'a pas voulu : « *qui auctor est non se obligat* ». Et cependant, la loi décide que le créancier peut poursuivre son paiement, non seulement sur les biens de la femme, mais aussi sur ceux du mari et sur ceux de la communauté : les trois patrimoines répondent de la dette que la femme a assumée avec l'autorisation du mari (art. 1419).

Comment expliquer ce résultat inattendu, ce rayonnement acquis par l'engagement de la femme autorisée?

133. Explications. — Deux explications sont proposées :

Première explication : le mari est bien engagé personnellement. — Dans une première opinion, le mari, lorsqu'il autorise sa femme, s'engagerait *personnellement*, par dérogation à la règle *qui auctor est non se obligat*; non pas qu'il l'ait voulu, mais la loi le veut pour lui dans l'article 1419; l'obligation qu'il assume, ou plutôt qui lui est imposée, est *légale*; la loi ne veut pas que le mari puisse faire contracter des dettes par sa femme et esquiver ainsi le fardeau d'une responsabilité qui doit lui incomber; du moment qu'il intervient, il engage sa responsabilité; et, du moment qu'il est tenu, la communauté répond également de l'engagement puisque toutes les dettes du mari sont aussi dettes communes (*sup.*, n° 121). La dette, bien que contractée par la femme, entre donc dans la communauté, suivant cette opinion, *du chef du mari* et non du chef de la femme.

En conséquence :

a) L'obligation du mari au tout survit à la dissolution de la communauté; à toute époque et même si la femme

accepte la communauté, il peut être contraint au paiement intégral (art. 1484);

b) Si la femme commerçante est déclarée en *faillite*, le concordat qu'elle obtient de ses créanciers ne profite pas au mari, tenu personnellement et non par contre-coup;

c) En cas de poursuite, le créancier fera sagement d'assigner le mari aux côtés de sa femme, sinon la condamnation ne serait exécutoire ni sur les biens du mari, ni sur ceux de la communauté.

134. Deuxième explication, par la confusion de fait entre les biens du mari et ceux de la communauté. — Dans cette opinion, le mari, lorsqu'il autorise sa femme, ne s'oblige pas personnellement; la règle *qui auctor est non se obligat* n'est pas écartée; seule, la femme s'oblige. Seulement, en intervenant, le mari lui permet d'engager les biens communs; il admet que la dette entre en communauté; elle y tombe du *chef de la femme*, seule tenue personnellement; et, si le créancier peut cependant saisir les propres du mari, cela tient à la confusion de fait qui existe traditionnellement entre ces biens et ceux de la communauté. La situation du mari vis-à-vis du créancier envers qui la femme s'est engagée avec son autorisation est la même que celle où il se trouve par rapport aux créanciers de la femme qui sont antérieurs au mariage : dans un cas comme dans l'autre, il ne peut être poursuivi qui comme commun aux biens, comme associé, non comme débiteur personnel.

En conséquence :

a) La communauté étant dissoute et la femme étant acceptante, le mari ne peut plus être poursuivi que comme commun en biens, donc pour la moitié de la dette (art. 1485);

b) Le *concordat* obtenu par la femme profite à la communauté et, par contre-coup, au mari;

c) La condamnation prononcée contre la femme est de plein droit exécutoire sur les biens communs, donc sur ceux du mari, alors même que ce dernier n'aurait pas figuré dans l'instance.

Supériorité de cette dernière explication. — L'opinion qui explique l'article 1419 par la confusion de fait entre les biens communs et les propres du mari est, à notre avis, bien plus satisfaisante que la première.

a) Elle respecte la règle *qui auctor est non se obligat*, règle conforme à la tradition et à la raison; il est inadmis-

sible que le mari soit obligé personnellement sans l'avoir voulu. Vainement dit-on que le cocontractant a dû compter sur son engagement personnel; cette supposition est purement divinatoire. On pourrait dire tout aussi bien que celui qui traite avec un mineur émancipé assisté de son curateur a dû compter que ce dernier serait tenu personnellement. En réalité, l'autorisation ou l'assistance sont extérieures à l'acte et restent en marge de l'opération;

b) Cette interprétation restrictive de l'intervention du mari s'impose avec une force accrue depuis que la loi du 18 février 1938 a conféré à la femme mariée une pleine capacité civile; l'autorisation maritale qui était jadis à double fin, dont le rôle primordial était alors de relever la femme de son incapacité, ne remplit plus aujourd'hui, sauf dans des cas limités, qu'une fonction unique; elle se ramène simplement à un permis d'engager les biens communs; de ce permis, il serait téméraire et paradoxal de conclure à l'intention, chez celui qui le délivre, de s'engager personnellement; l'autorisation maritale ayant été minimisée dans sa fonction, il devient impossible de la majorer dans ses effets; un procédé de forçage cadrerait mal avec la réduction effectuée en 1938.

c) Avec la première thèse, on aboutit à ce résultat singulier que le créancier se trouve dans une meilleure situation s'il a traité avec la femme autorisée du mari que s'il a traité avec les deux époux; dans la deuxième éventualité, en effet, il n'a qu'un débiteur et demi (*sup.*, n° 131); mais, dans la première, il aurait deux débiteurs tenus, d'après la jurisprudence, chacun au tout. Cette conséquence inattendue suffit à juger la thèse.

135. Jurisprudence ; obligation solidaire. — La Cour de cassation admet, non seulement que le mari, lorsqu'il autorise sa femme, s'engage personnellement, contrairement à la règle *qui auctor est non se obligat*, mais encore, circonstance aggravante, qu'il s'engage *solidairement* avec sa femme; le créancier a devant lui deux codébiteurs tenus chacun au tout; solution contraire à ce principe essentiel que la solidarité ne peut résulter que d'une clause expresse ou d'un texte de loi; la jurisprudence en admet ici l'existence sans clause et sans texte (Civ., 23 avril 1888, *S.*, 1889, 1 25, note Lacointa; *D. P.*, 1889, 1, 233; 16 juill. 1902, *D. P.*, 1903, 1, 401, note H. Capitant, *S.*, 1905, 1, 22; 27 juin 1922, *D. P.*, 1922, 1, 200; Paris, 20 fév. 1891, *D. P.*, 1891, 2, 326, *S.*, 1893, 2, 161, note Meynial); et elle est approuvée par de nombreux auteurs (Aubry et Rau, t. VIII, § 509 et

§ 520; CAPITANT note précitée). Mais l'opinion contraire, à laquelle nous nous rallions, qui a été consacrée par certaines cours d'appel (Lyon, 23 juillet 1858, sous cass., *D. P.*, 1881, 1, 145, *S.*, 1859, 2, 615; Pau, 24 oct. 1910, *D. P.*, 1912, 2, 5), et qui est plus respectueuse tant de la volonté des parties que des textes, de la tradition (V. POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 254), et de la tendance moderne, favorable à l'extension de la capacité de la femme, peut être considérée comme nettement dominante en doctrine (NAST, t. I^er^, n^os^ 360 et suiv.; MEYNIAL, note précitée; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, t. I^er^, n^os^ 587 et suiv.; GAUDEMET, *Rev. trim.*, 1910, pp. 812 et suiv; THALLER et PERCEROU, *Traité de droit commercial*, n° 171; PERCEROU, *Les Faillites*, t. I^er^, n° 1374*bis*; LYON-CAEN et RENAULT, t. I^er^, n° 261; LENOAN, *op cit.*, dans le *Cours* de Ch. BEUDANT, 2^e^ éd., t. X, n° 357); elle s'impose, à notre sentiment, depuis que la capacité de la femme mariée est devenue, en 1938, une réalité. La thèse de la Cour de cassation, à laquelle cette dernière réforme achève de faire perdre un fondement déjà bien fragile, est une thèse étatiste, en ce sens qu'elle crée d'autorité une obligation à la charge du mari, sans sa volonté et contre sa volonté : le procédé devient de plus en plus familier à la jurisprudence qui, par un procédé de forçage très discutable, fait sortir de certains contrats des obligations auxquelles les parties n'avaient certainement pas songé, par exemple, dans le transport de personnes, une obligation de sécurité absolue à la charge du voiturier (*sup.*, t. II, n^os^ 586 et 1304).

136. Prétendues exceptions à la règle de l'article 1919. — On a voulu voir des exceptions à la règle d'après laquelle la dette de la femme autorisée est exécutoire sur les trois patrimoines, dans les solutions données par les articles 1413 et 1432 : le premier de ces textes décide que les dettes des *successions immobilières* acceptées par la femme autorisée (aujourd'hui, et depuis la loi de 1938, elle n'a plus besoin d'autorisation) ne tombent pas en communauté; le deuxième, prévoyant le cas où la femme a vendu un propre avec l'autorisation maritale (même observation que pour l'acceptation d'une succession, au moins en ce qui concerne la vente de la nue propriété), et où l'acheteur serait ensuite évincé par un tiers, dispose ou semble disposer que le mari n'est exposé à un recours de l'acquéreur que s'il avait garanti « solidairement ou autrement » la vente, et non pas s'il s'était contenté de donner une autorisation. Et alors, généralisant les décisions contenues dans ces textes,

on a prétendu que la femme autorisée cessait d'engager le mari et la communauté lorsqu'elle s'obligeait dans son intérêt personnel, pour une affaire l'intéressant exclusivement.

Cette interprétation est très généralement repoussée : l'article 1413 vise des dettes, non pas contractées par la femme elle-même, mais incluses dans une succession par elle recueillie; quant à l'article 1432, il règle les rapports de la femme avec le mari et non pas ceux du mari avec l'acquéreur de l'immeuble; il s'occupe d'une question de *récompense* entre les époux, question d'ordre intérieur, de contribution à la dette, et non pas d'obligation.

137. II. Dettes contractées par la femme avec l'autorisation de justice. — Principe. — L'autorisation de justice suffit bien, comme jadis celle du mari, à habiliter la femme, à sauver, s'il y a lieu, l'acte de la nullité; mais là se borne son efficacité. A la différence du mari, le tribunal n'a pas la signature sociale; en conséquence, il est sans qualité pour engager les biens de la communauté, comme aussi les biens du mari; la dette assumée par la femme autorisée de justice n'est exécutoire que sur la *nue propriété de ses biens personnels*; car la jouissance de la communauté doit être respectée. Telle est la solution logique que consacre l'article 1426.

138. Dérogations. — A la règle ainsi posée, l'art. 1427 apporte deux exceptions; dans deux éventualités, la femme peut engager, avec la seule autorisation de justice, les biens communs, donc aussi, par répercussion, ceux du mari.

1° La femme s'oblige « *pour tirer son mari de prison* », ce qui suppose que le mari était *contraignable par corps*, éventualité assez fréquente jadis, beaucoup plus rare depuis qu'une loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale; il faut supposer, de nos jours, que le mari a commis une infraction à la loi pénale, ou qu'il est prisonnier de guerre ou qu'il a été capturé par des brigands qui exigent le paiement d'une rançon. On considère qu'une telle dette est dette de communauté, encore que la femme n'ait pas été autorisée par son mari;

2° Il en sera de même de la dette contractée par la femme, avec l'autorisation de justice, pour l'*établissement* (par mariage ou autrement) *d'un enfant commun*, issu du mariage actuel, et cela à supposer que le mari soit en état *d'absence*.

Bien qu'on l'ait contesté, l'article 1427, qui fournit ces deux exceptions, comporte l'interprétation restrictive : l'autorisation de justice serait impuissante à engager les biens

communs, même dans des cas très voisins de ceux qui sont visés par la loi, notamment si, le mari étant *interdit* ou *interné*, il s'agit d'établir les enfants communs.

138*bis*. Loi du 18 février 1938. — Bien que cette loi ait abrogé les articles 218 et suivants du Code civil qui prévoyaient et réglementaient l'autorisation de justice, ce qui semblerait impliquer l'abrogation de cette institution elle-même, son maintien ne saurait être mis sérieusement en doute alors qu'elle est formellement évoquée dans une série de textes *non abrogés* par ladite loi et notamment par les articles 861 à 864 du Code de procédure, où ils composent tout un titre consacré à *l'autorisation de la femme mariée*; plus spécialement, le maintien des dispositions contenues dans l'article 1427 est imposé par la directive même à laquelle ont obéi les auteurs de la loi nouvelle qui se sont toujours défendus de vouloir rien changer à l'organisation et au fonctionnement des régimes matrimoniaux (*sup.*, t. I[er], *Suppl.*, 1939, p. 30).

139. III. Dettes assumées par la femme en dehors d'une autorisation spéciale, voire même d'une autorisation quelconque. — Depuis que la femme mariée a été investie, par la loi du 18 février 1938, d'une pleine capacité civile, elle est à même d'assumer des dettes valables, mais dont l'exécution ne pourra être poursuivie, en principe, ni sur les biens de la communauté, ni sur les revenus des propres de la débitrice; les créanciers auront donc, pour unique gage, la nue propriété des propres de la femme. Cette solution est imposée par la conjugaison de ces deux postulats : d'une part, la capacité de la femme majeure; d'autre part, l'impossibilité où elle se trouve, n'ayant pas l'administration des biens communs, d'assumer des dettes exécutoire sur eux.

Cependant, la solution n'est pas d'une vérité absolue, et, pour lui assigner exactement la part qui lui revient comme aussi pour en bien pénétrer le sens, il est nécessaire de distinguer d'après la source de la dette :

A. Si la femme mariée a commis un *délit* ou un *quasi-délit*, elle est valablement engagée; car elle a, et elle avait déjà antérieurement à la loi de 1938, la *capacité délictuelle* (*sup.*, t. I[er], n° 605, et t. II, n° 455). Mais il est admis que la dette n'entre pas en communauté, du moins si le dommage n'a pas été causé par la femme dans une fonction à laquelle elle aurait été préposée par son mari (Req., 8 juill. 1872, *D. P.*, 1873,

1, 33), et que la victime a donc pour tout gage *la nue propriété des propres de la femme*; cette solution se justifie et par des arguments tirés des articles 1409-2° (aux termes duquel ce sont seulement les dettes que la femme a *contractées* du consentement du mari qui entrent en communauté), et 1426 (d'après lequel les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent point les biens de la communauté), et par cette idée directrice que les biens sociaux ne sauraient être engagés en dehors de celui qui en a l'administration (*Sic*, Req., 8 juill. 1872, précité; Civ., 17 août 1881, *D. P.*, 1881, 1, 471, *S.*, 1883, 1, 399; Trib. com. Seine, 31 oct. 1912, *D. P.*, 1914, 2, 96).

Amendes. — Si les *dommages-intérêts* ne sont pas recouvrables sur les biens communs, *a fortiori* en est-il de même de l'*amende* qui, étant une peine, revêt un caractère personnel (art. 1424) : ce texte établit, à cet égard, une opposition entre les amendes encourues par le mari, lesquelles sont exécutoires, sauf récompense, sur les biens communs, et les amendes prononcées contre la femme qui lui demeurent strictement personnelles.

Cependant, cette opposition n'a pas une valeur constante; il existe des amendes qui, bien qu'encourues par la femme, sont recouvrables sur les biens du mari et sur ceux de la communauté. Voy. pour les délits *ruraux*, la loi du 6 octobre 1791, au titre 2 article 27; pour les délits de *pêche*, celle du 16 avril 1829, article 74; pour les délits *forestiers*, le Code forestier, article 206; on considère qu'il y a là comme des délits conjugaux, accomplis en collaboration, qui profitent au ménage et dont il doit répondre sur toutes ses ressources.

140. B. — La femme qui *s'enrichit* sans cause aux dépens d'autrui est tenue du montant de son enrichissement, mais sur ses biens personnels seulement, plus exactement sur leur nue propriété; car, ici encore, il faut réserver tous les droits de la communauté, qui, on le suppose, ne s'est pas enrichie du même coup.

141. C. — En ce qui concerne les obligations *légales*, et tout en reconnaissant que la question est fort délicate, nous pencherions pour la même solution, déjà admise par POTHIER (*Traité de la communauté*, éd. Bugnet, t. VII, n° 256); ces dettes, nées sans la volonté de la femme, mais aussi sans celle du mari, sont bien valables, mais ne doivent pas être exécutoires sur les biens communs, pas plus que sur ceux du

mari (impôts indirects, obligations de voisinage). Nous ne déciderions autrement que pour celles de ces obligations dont le paiement constitue une charge des revenus (impôts directs, obligation alimentaire).

142. D. **Dettes contractuelles.** — En ce qui concerne cette catégorie de dettes également, le principe est que le créancier, envers qui la femme a pu s'engager valablement sans aucune habilitation, n'a d'action que sur la nue propriété des biens appartenant en propre à sa débitrice.

Toutefois, dans l'application de cette solution, on doit tenir compte de la situation spéciale qui est faite tant à la femme commerçante que, plus généralement, à la femme laborieuse, en ce qui concerne ses biens réservés.

1° **Femme commerçante.** — Lorsque la femme exerce le commerce, c'est du consentement du mari (C. com., art. 4) ; elle peut alors s'obliger « *pour ce qui concerne son négoce* », et du moment qu'elle est commune en biens, elle oblige du même coup la communauté et le mari, par application de l'article 1419 (C. com., art. 5, § 1) ; ses dettes commerciales entrent en communauté (art. 1426). Du même coup, le mari a habilité sa femme à faire le commerce et lui a permis, à l'avance, de donner comme gage à ses créanciers commerciaux les biens de la communauté, donc, par une répercussion nécessaire, ses propres biens à lui. Il n'y a donc pas dérogation véritable au principe que les dettes assumées par la femme agissant seule ne sont pas exécutoires sur les biens communs; il y a seulement ceci de particulier que le double permis est conféré à la femme une fois pour toutes, en bloc et par anticipation.

143. 2° **Femme exerçant une profession distincte.** La femme qui a la libre administration de ses biens réservés (*inf.*, n° 178), peut contracter des dettes exécutoires sur eux. En effet, la loi du 13 juillet 1907 décide, dans son article 3, § 1, que « *les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers* » ; et, puisque la loi ne distingue pas, par *tous ses créanciers*, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'origine et le but de l'engagement ni la date à laquelle il a été pris : les dépenses d'ordre purement personnel sont, aussi bien que les dépenses ménagères, recouvrables sur les biens réservés, alors que les créanciers du mari ne peuvent s'attaquer auxdits biens que si la dette avait été contractée dans l'intérêt du ménage (art. 3,

§ 2, de la loi; *sup.*, n° 125); d'autre part, les créanciers antérieurs au mariage ont les mêmes droits que ceux qui ont traité avec la femme une fois mariée. Toutes ces solutions, qui sont commandées par la généralité des termes de l'article 3, § 1, sont incontestables et incontestées.

Il faut admettre également que le créancier a action sur les propres de la femme, au moins pour la nue propriété, car, en ce qui concerne les fruits, il y a lieu de réserver le droit de jouissance du mari, ou plutôt de la communauté.

144. Difficulté. — La seule difficulté est de savoir si la femme laborieuse engage, outre ses biens réservés, les biens ordinaires de la communauté, *du moins lorsqu'elle agit dans l'intérêt du ménage*, car, si l'acte l'intéresse personnellement, la solution négative ne fait pas le moindre doute. Si cette solution est contestée par différents auteurs pour les dettes ménagères, c'est à raison de la disposition de l'article 3, § 4 de la loi de 1907 d'après laquelle le mari n'est responsable, ni sur ses propres ni sur les biens ordinaires de la communauté, des dettes et obligations que la femme contracterait autrement que dans l'intérêt du ménage et sans autorisation maritale; on conclut de là, *a contrario*, que ces deux catégories de biens répondent des engagements assumés par la femme dans l'intérêt du ménage, qui deviennent donc aussi dettes de communauté. (*Sic*, Lalou, n° 67; Nast, t. II, n° 1368; Margat, pp. 221 et suiv.)

Nous préférons une autre interprétation qui voit, dans la disposition de l'article 3, § 4, une simple évocation, un simple rappel du *mandat domestique* et qui ne confère, pensons-nous, à la femme laborieuse, aucun pouvoir propre d'engager les biens ordinaires de la communauté : du moment que l'engagement excède les limites du mandat domestique, il n'est exécutoire, à notre avis, que sur les biens réservés, à l'exclusion des biens ordinaires de la communauté et des propres du mari.

Nous basons cette opinion, adoptée par plusieurs civilistes (Colin, Capitant et de la Morandière, t. III, n° 183; Aubry et Rau et Bartin, t. VIII, § 509, note 58*ter*), sur les arguments suivants.

a) Il est difficile d'admettre que le législateur ait entendu réaliser, à mots couverts, une réforme très grave que les travaux préparatoires n'annoncent en aucune façon;

b) Si l'opinion adverse était exacte, une démarcation serait à faire, pour les dettes de la femme, entre celles qui l'intéressent personnellement et celles qui concernent le ménage; or,

le tracé en serait bien difficile en l'absence de toute indication. Pour les dettes du mari, la loi a établi une présomption dans l'article 3, § 3; si elle n'en a point institué pour les dettes de la femme, c'est que le besoin ne s'en fait pas sentir, le même statut étant applicable dans tous les cas.

145. Résumé. — Nous concluons donc que les dettes de la femme qui, *sans être commerçante*, exerce une profession distincte et rentre ainsi dans le système protecteur de la loi de 1907, ne sont exécutoires que sur ses biens réservés, à l'exclusions des biens ordinaires de la communauté et, par conséquent, des propres du mari, et cela quand bien même elles auraient été contractées dans l'intérêt du ménage. Mais cette règle comporte un double tempérament :

a) Si la dépense est courante, elle rentre dans les termes du mandat domestique; en ce cas, elle n'est pas dette de la femme, mais dette du mari. Elle est donc exécutoire sur les biens du mari et sur tous les biens communs, non sur ceux de la femme;

b) Si le mari a autorisé spécialement l'acte, le créancier a action sur les trois patrimoines par application de l'article 1419.

Ainsi, en aucun cas, les biens ordinaires de la communauté ne sont engagés directement du chef de la femme; ils ne sauraient l'être que par l'intervention du mari, mandant ou habilitant, et c'est de son chef, invariablement, qu'ils en sont affectés, après comme avant la loi de 1907.

145*bis*. Loi du 18 février 1938. — Nous ne pensons pas que le régime qui vient d'être exposé ait subi une modification du fait de la loi du 18 février 1938 conférant à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile. Sans doute, aux termes de l'article 216, nouvelle rédaction, le mari peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée; mais il ne semble pas que l'absence d'opposition de sa part puisse être égalée à une véritable autorisation impliquant un permis d'engager les biens communs; une telle interprétation serait d'autant plus injustifiable que le mari a pu ignorer, en fait, que sa femme exerçait une profession déterminée, par exemple celle d'auteur, de journaliste, de secrétaire; il serait paradoxal de lui infliger la responsabilité d'engagements assumés à cette occasion et à son insu; l'absence d'un veto ne saurait équivaloir à un consentement; elle est un simple fait plutôt qu'une habilitation juridique; à cet égard, la situation de la femme laborieuse non-commer-

çante, se différencie nettement du statut applicable à la commerçante; les créanciers de celle-ci traitent avec une femme autorisée, mais les créanciers de celle-là n'ont d'autre gage que la nue propriété de ses biens personnels, car leur débitrice avait pris un engagement purement personnel, en dehors de toute intervention, de tout acquiescement, exprès ou tacite, du mari.

146. Remarque. — On notera que les propres de la femme sont complètement à l'abri des créanciers de la communauté : il n'existe pas, entre eux et les biens communs, cette confusion de fait qui est établie entre ces derniers et la fortune personnelle du mari et qui conduit à ce résultat que tout créancier de la communauté peut saisir les biens du mari, lesquels, à ses yeux, ne font qu'un avec la masse commune.

N° 3

Dettes afférentes aux successions, aux legs et aux donations

Articles 1411 à 1418

147. Généralités. — Les règles assez complètes, écrites dans les articles 1411 et suivants, sont applicables aux dettes dépendantes d'une libéralité, testamentaire ou entre vifs, comme à celles qui sont comprises dans une succession; elles entrent en jeu du moment que le titre gratuit est en même temps un titre universel ou à titre universel : les dettes sont une charge du patrimoine; elles n'incombent donc qu'à qui recueille ce patrimoine ou une quotité de ce patrimoine; un ayant cause à titre particulier, un donataire d'un corps certain ou d'une somme d'argent n'a pas à répondre du passif du disposant.

148. Principes directeurs. — Les directives inscrites dans les articles 1411 et suivants sont nombreuses et d'ailleurs rationnelles.

1° La première de toutes est la règle de *proportionnalité* entre l'actif et le passif héréditaire; *ubi emolumentum ibi onus*; là où va l'actif doit aller également le passif. Si, par exemple, l'actif successoral tout entier entre en communauté, les dettes héréditaires deviennent communes pour le tout, (art. 1411). Le législateur a adopté ici un régime autrement équitable que celui qui a prévalu pour le passif présent des époux (*sup.*, n° 112);

2° En toute occurrence, les créanciers héréditaires doivent pouvoir agir sur les biens de la succession, quelle que soit la destinée de ceux-ci, qu'ils rentrent en communauté ou qu'ils demeurent propres à l'époux héritier; c'est là, en effet, leur gage prédestiné et par excellence;

3° Il faut se rappeler qu'une *confusion* règne entre les biens du mari et ceux de la communauté; en conséquence, les créanciers d'une succession échue au mari peuvent saisir les biens communs, même si la communauté n'a rien recueilli dans la succession;

4° On sait que la femme ne peut pas engager la communauté sans l'autorisation maritale; l'acceptation de la succession qui lui est échue aura donc des effets différents selon qu'elle sera intervenue sur l'autorisation du mari ou sur celle de justice;

5° Des difficultés pourront surgir à raison de la discrimination des biens héréditaires et des biens appartenant antérieurement aux époux ou à la communauté; d'autre part, il ne sera pas toujours aisé de savoir dans quelle mesure l'hérédité entre dans la communauté, dans quelle mesure elle demeure propre à l'époux héritier. On dit : le passif suit l'actif; sans doute; mais encore faut-il savoir où va celui-ci, c'est-à-dire dans quelles proportions se trouvent entre eux l'actif mobilier et l'actif immobilier de la succession. Car, on l'a vu, tandis que les *meubles* acquis à titre gratuit sont acquêts de communauté (*sup.*, n° 26), les *immeubles* acquis à titre lucratif constituent des biens propres (*sup.*, n° 49).

149. Application de ces principes à une succession mixte. — Faisons application de ces principes à une succession *mixte*, c'est-à-dire composée partie de meubles, partie d'immeubles; il faudra rechercher la proportion existant entre ces deux catégories de biens et en faire application aux dettes; si, par exemple, les meubles représentent un quart de l'actif alors que les immeubles en constituent les trois quarts, comme la communauté aura recueilli un quart seulement, on décidera que le passif devient commun lui-même jusqu'à concurrence du quart et qu'il demeure propre, qu'il incombe personnellement à l'époux héritier pour les trois autres quarts (art. 1414, § 1).

Mais cette conclusion, exacte sur le terrain de la *contribution* au passif, ne l'est pas nécessairement lorsqu'on recherche quels sont les droits des créanciers héréditaires, lorsqu'on envisage le droit de *poursuite*; des éléments peuvent en écarter l'application.

1° Si c'est au mari que la succession est échue, il faut faire la part de la confusion de fait : pouvant demander le paiement intégral au mari héritier, les créanciers peuvent le poursuivre tout aussi bien sur les acquêts. Ils auraient ce droit même si la succession était purement immobilière;

2° Si c'est la femme qui est héritière, la confusion de fait n'intervient plus; mais il faut réfléchir que les créanciers héréditaires ne savent pas dans quelle mesure la succession est mobilière, dans quelle mesure immobilière; on ne peut donc songer à exiger d'eux, dans la poursuite de leurs droits, une discrimination irréalisable, au moins jusqu'à plus ample informé. Aussi le législateur les autorise-t-il à poursuivre le paiement intégral sur les biens communs, sauf règlement ultérieur entre la communauté et l'époux héritier (art. 1416, § 1) : le principe de proportionnalité entre l'actif et le passif ne joue que lorsqu'il s'agit de répartir définitivement le fardeau des dettes.

Et nous avons supposé jusqu'ici que la femme avait accepté la succession avec l'autorisation de son mari; si elle a accepté seule, ainsi qu'elle est qualifiée pour le faire depuis la loi du 18 février 1938 et en vertu de l'article 215, § 2, nouvelle rédaction, la communauté est à l'abri des créanciers héréditaires dont le gage sera limité :

1° Aux biens de la succession, où qu'ils les trouvent;

2° A la nue propriété des propres de la femme (art. 1417).

Seulement, il est possible qu'on n'ait pas dressé un inventaire des biens successoraux, que le mobilier héréditaire ait été confondu avec celui de la communauté; les créanciers pourront alors se payer, encore que la femme n'ait été autorisée que par le tribunal, et sur les biens communs, et, par conséquent, à raison de la confusion du fait, sur les propres du mari (art. 1416, § 2).

Très complexe est donc l'aménagement du système légal : notamment, le grand principe de la proportionnalité ne s'applique exactement que dans les rapports des époux entre eux, pour la répartition du passif; quant au droit de poursuite des créanciers, il se heurte à toutes sortes d'obstacles.

Remarque. Il n'y a plus lieu de prévoir le cas, envisagé par les articles 1413, 1416 § 2, 1417, où la femme accepterait la succession avec l'autorisation de justice, puisque, d'une part, cette autorisation n'est jamais plus nécessaire, puisque, d'autre part, elle est impuissante à donner action aux créanciers sur les biens communs (V. les textes précités) : elle serait donc sans aucune utilité.

§ III. — *CHARGES USUFRUCTUAIRES ET CHARGES DE MÉNAGE*

Articles 1409-3°-4° et 5°

150. I. ***Charges usufructuaires.*** — La communauté, qui acquiert les fruits et revenus des propres des époux (*sup.*, n° 94) ainsi que les produits de leur travail (*ibid.*), doit naturellement supporter les dépenses qui sont normalement une charge des revenus.

Rentrent dans cette catégorie :

1° *Les arrérages des rentes et les intérêts des dettes personnelles aux époux* (art. 1409-3°). De même que les propres des époux ne sont exclus de la communauté que pour le capital mais sont dotaux quant à leurs revenus, ainsi les dettes des époux ou les rentes dont ils sont tenus passivement ne leur sont personnelles qu'en elles-mêmes, non dans leurs arrérages ou intérêts, lesquels incombent à la communauté. Ce parallélisme entre le sort de l'actif et celui du passif cadre d'ailleurs avec le statut de l'usufruit : il est juridique que la communauté, qui a la jouissance des propres des époux, supporte les charges correspondantes (art. 612) ;

2° *Les réparations usufructuaires des propres* (art. 1409-4°). La formule doit être élargie afin de correspondre à toutes les charges qui, d'après le régime de l'usufruit, incombent à qui perçoit les fruits (art. 608) : réparations d'entretien, impôts, primes d'assurances, frais d'éclairage, frais des procès intéressant la jouissance des propres (art. 613) ; mais non pas les grosses réparations (art. 605), ni même les impenses utiles; si la communauté y pourvoyait, elle aurait droit à une récompense, tandis qu'elle n'y saurait prétendre pour les réparations d'entretien.

151. II. **Charges du ménage.** — Elles sont visées dans l'article 1409-5° : elles comprennent les dépenses concernant les *aliments* et *l'entretien* des époux et des enfants, *l'éducation* de ceux-ci, et, d'une façon plus générale, toutes obligations inhérentes au mariage : gages de domestiques, aliments dus aux parents.

Les dépenses dont s'agit n'incombent à la communauté que pendant sa durée; cependant, on verra que, si le mariage est dissous par le décès du mari, les frais de nourriture et de logement de la veuve incombent à la communauté pendant trois mois et quarante jours (art. 1465), et qu'en toute

occurrence, les frais de scellés, inventaire, etc., sont également à sa charge (art. 1482).

CHAPITRE II

Administration de la communauté et des propres des époux

152. Généralités. — Plan. — L'administration de la *fortune personnelle du mari* n'appelle guère d'observations : majeur et maître de ses droits, le mari administre et aliène librement les biens dont il est le propriétaire exclusif. Cependant, il faut noter :

1° Que, pratiquement, la femme intervient lors de l'aliénation d'un propre immobilier ou de l'établissement d'une hypothèque sur un bien de ce genre, non pas, sans doute, pour compléter la capacité de l'aliénateur ou du constituant, mais pour mettre l'acquéreur ou le créancier hypothécaire à l'abri de l'hypothèque légale dont elle est investie en tant que femme mariée (*sup.*, t. II, n^os^ 1983 et suiv.) ;

2° Que le *bien de famille* ne peut être aliéné par le mari sans le consentement de sa femme, donné devant le juge de paix (L. 12 juill. 1909, art. 11) ; la *renonciation* à la constitution du même bien, implique l'observation de la même formalité (même texte).

Il y a, au contraire, beaucoup à dire sur l'administration des biens *communs* et sur celle des *propres de la femme*, parce que les pouvoirs du mari cessent, dans ce domaine, d'être illimités.

Il sera traité, dans deux sections :

1° De l'administration des *biens communs* ;

2° De celle des *propres de la femme*.

SECTION I. — ADMINISTRATION DES BIENS COMMUNS

153. Sources. — Articles 1421 et suiv. ; LL. 9 avril 1881, article 6 ; 20 juill. 1895, article 16 ; 13 juill. 1907 ; 19 mars 1919 ; 8 juin 1923.

Bibliographie. — V. *sup.* t. I, n° 591 ; t. III, n^os^ 1, 14 et 99.

154. Principe. — A toute association, de personnes ou d'intérêts, il faut un chef ; pour la communauté conjugale, ce

chef est, en principe, le mari (art. 1421) ; à cet égard, *rien n'a été changé par la loi du 18 février 1938* qui, en accordant à la femme le plein exercice de sa capacité civile, n'a nullement touché aux pouvoirs du mari en tant que chef de la communauté; autre chose est la capacité, autre chose le pouvoir (*sup.*, t. I[er], n° 305; art. 215, § 2, nouv. réd.).

155. Evolution. — Mais ce principe subit, depuis des siècles, une évolution qui se poursuit progressivement dans le même sens, celui de l'atténuation, et, disent les féministes, de l'abolition. Pour s'en convaincre, il convient d'examiner la règle :

1° Telle qu'elle était comprise dans notre *ancien droit*;

2° Telle qu'elle le fut par le *Code civil*;

3° Telle qu'elle a été entamée par la loi du 13 juillet 1907;

4° Après quoi, il sera possible de faire l'inventaire des *pouvoirs de la femme*.

§ I. — *L'ANCIEN DROIT*

156. Formules traditionnelles. — C'était un principe, dans notre ancien droit, que le mari avait, sur les biens communs, des pouvoirs presque absolus; qu'il était libre de « *perdere, dissipare, abuti* »; qu'il était *seigneur et maître de la communauté* (*Cout. de Paris*, art. 225) et cela au point qu'on déniait à la femme tout droit actuel « *uxor non est proprie socia sed speratur fore* » (Dumoulin) ; c'est une simple espérance qu'on lui reconnaissait, à peu près comme à un héritier présomptif; elle n'était pas copropriétaire, mais n'avait qu'un *droit informe* (Pothier, *Introduct.*, n° 3), droit éventuel à participer au partage de la communauté. Deux limites seulement étaient apportées à l'omnipotence maritale; l'une était représentée par la *fraude*; le mari pouvait bien disposer librement de la fortune dite commune, « à son plaisir et volonté » mais à condition que ce fût sans fraude (*Cout. de Paris*, art. 225). D'autre part, la femme, dont la dot était mise *en péril*, pouvait demander la *séparation de biens*. Sous le bénéfice de ce double palliatif, on peut dire que la communauté était vraiment la chose du mari.

§ II. — *LE CODE CIVIL*

157. Survivances. — On trouve encore, dans le régime du Code civil, des survivances de l'ancien état de choses. Le mari est le chef de la communauté (art. 1421) ; cette règle

est d'ordre public, le contrat de mariage ne saurait l'écarter (art. 1188; *inf.*, n° 407); ses pouvoirs sont beaucoup plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire; ils s'étendent même à certains actes à titre gratuit (*inf.*, n° 166); et surtout, il ne doit *aucun compte* de sa gestion à sa femme ni aux héritiers de celle-ci (*inf.*, n° 159).

158. Innovations. — Mais tout de même, et malgré ces survivances, il y a, avec le Code civil, quelque chose de changé dans la situation, et l'on ne peut plus dire — bien que certains commentateurs se servent encore de cette formule vieillie — que le mari soit seigneur et maître de la communauté; non seulement la femme est protégée contre la fraude du mari, non seulement elle peut demander la séparation de biens, et il lui est loisible, en renonçant à la communauté, de se dégager de la gestion maritale, comme aussi, lorsqu'elle accepte, de limiter son obligation au passif en rédigeant un inventaire (*bénéfice d'émolument*, *inf.*, n° 355); mais encore d'autres garanties lui sont données, des contrepoids sont apportés aux larges pouvoirs du mari; et ces pouvoirs sont eux-mêmes et directement amoindris, comme nous allons nous en rendre compte en examinant, d'abord les actes permis au mari, puis ceux qui lui sont interdits.

D'autre part, notre jurisprudence considère que les pouvoirs du mari sur les biens communs lui sont attribués « dans l'intérêt du ménage » (Req., 27 janv. 1930, *S.*, 1932, 1, 97, note F. Hubert, *D. H.*, 1930, 113), et non pas dans un but égoïste; administrateur de la société conjugale, il doit agir dans un esprit social.

N° 1

Actes permis au mari

159. Enumération. — Le principe est, pour le mari, le *pouvoir*; il est le chef, il peut donc agir.

Non seulement il accomplit librement les actes *conservatoires* et les actes d'*administration*, mais les actes de *disposition* lui sont permis : vente, échange, constitution de droits réels (usufruit, servitudes, hypothèques); l'hypothèque générale dont ses biens sont grevés, en vertu de la loi ou d'un jugement, s'étend *de plano* aux biens communs (*sup.*, t. II, n° 1727).

Les *donations mobilières* lui sont permises en principe (art. 1422; *inf.*, n° 166).

Il *engage* les biens communs chaque fois qu'il s'engage lui-même, car toutes ses *dettes* entrent en communauté (*sup.*, n° 121).

Il a qualité pour *plaider* au nom de la communauté et pour les intérêts communs, soit comme défendeur, soit aussi comme demandeur, et en matière immobilière ainsi que pour les biens mobiliers. La décision intervenue a l'autorité de la *chose jugée* vis-à-vis de la femme, pour elle ou contre elle; elle ne pourrait pas l'attaquer au moyen de la *tierce* opposition. Au cours de l'instance, le mari peut acquiescer à la demande de son adversaire, ou bien *transiger*.

La saisie des biens communs est poursuivie contre lui et contre lui seul (art. 2208, § 1).

Enfin, *il n'a pas de compte à rendre* à raison de son administration; on le considère, en principe, comme *irresponsable*, même s'il a laissé dépérir les biens communs ou s'il a gaspillé les deniers de la communauté, ou s'il a laissé s'accomplir une prescription. Seulement, nous verrons que cette immunité est singulièrement entamée par une jurisprudence d'après laquelle une *présomption de fraude* s'élève contre le mari qui refuse de rendre des comptes, de justifier par exemple de la réalité de prétendues dépenses ou de prétendues aliénations.

Nous arrivons ainsi aux limitations que comportent les pouvoirs du mari en tant que chef de la communauté.

N° 2

Actes interdits au mari

160. Enumération. — Les actes interdits au mari sont de deux catégories :

1° Les actes *frauduleux*;

2° Certaines *libéralités*.

Les restrictions de la première catégorie ont un caractère de généralité que ne présentent pas ceux de la deuxième.

161. I. Actes frauduleux [1]. — Cette première limite n'est pas tracée expressément par le Code civil; mais elle est traditionnelle; elle était indiquée par l'article 225 de la *Coutume de Paris* (*sup.*, n° 156). Nul doute que la règle n'ait été maintenue; elle fait partie intégrante du droit coutumier, de cette super-légalité qui domine le commerce juridique :

[1] J. Véron, thèse, Paris, 1924; note Nast, *D. P.*, 1931, 1, 81.

fraus omnia corrumpit; la fraude tient en échec toutes les règles de droit; elle les domine.

Mais il faut savoir : 1° *en quoi* consiste ici la fraude; 2° comment elle se *prouve;* 3° comment elle est *sanctionnée.*

162. A. **En quoi consiste la fraude.** — Les auteurs et la jurisprudence discernent deux catégories d'actes frauduleux :

1° Ce sont d'abord les actes que le mari accomplit en vue de réaliser un profit personnel illégitime et de s'enrichir injustement aux dépens de la communauté, donc aux dépens de sa femme; par exemple, il conclut, avec un complice, un bail fictif qui dissimule un achat d'immeuble, et cela dans le but d'écarter ledit immeuble de la communauté (Req., 31 juill. 1872, *D. P.*, 1873, 1, 340); ou il constitue une rente viagère sur sa tête moyennant un capital puisé dans la caisse de la communauté et il donne aux arrérages une destination purement égoïste (Paris, 21 juill. 1871; *S.*, 1872, 2, 301); ou encore, il aliène les valeurs communes pour en détourner le prix de vente et diminuer d'autant les reprises de sa femme (Civ., 8 juill. 1912, *S.*, 1913, 1, 308, *D. P.*, 1913, 1, 409, note Guénée); ou enfin il procède, en vue de la dissolution prochaine de la communauté, à des actes qui tendent à dépouiller la femme de partie de ses droits (Civ., 4 déc. 1929, *D. P.*, 1931, 1, 81, note Nast, *S.*, 1931, 1, 361, note F. Hubert).

2° Sont également frauduleux les actes que le mari accomplit, non pour s'enrichir, mais pour nuire à sa femme, afin de la frustrer et dût-il en pâtir lui-même; c'est ainsi qu'une *vente* consentie à vil prix pourra être considérée comme frauduleuse. (Pour le *bail* frauduleux, v. Req., 27 janv. 1930, précité.)

L'acte frauduleux est donc celui qui a été accompli dans une intention déterminée, celle de porter atteinte aux droits de la femme dans la communauté (arrêt précité du 8 juill. 1912); il comporte un élément *intentionnel* indispensable; il implique, chez le mari un *détournement des pouvoirs* qui lui appartiennent comme chef (arrêt précité du 27 janv. 1930 et note F. Hubert); il se présente comme un acte abusif et tombe donc sous le coup du concept général de l'*abus des droits* qui trouve ainsi, en notre matière, une de ses applications les plus caractéristiques.

163. B. **Preuve de la fraude.** — La preuve de la *fraude* du mari incombe à la femme ou à ses héritiers (Req.,

29 janv. 1902, *D. P.*, 1902, 1, 219) ; elle s'administre par tous les moyens possibles : *témoignages*, *présomptions* (art. 1353 *in fine*). Les tribunaux se montrent très libéraux sur ce point; le Code civil les y invite spécialement lorsqu'il s'agit d'actes accomplis au cours de la procédure de *divorce* et de *séparation de corps* (art. 243 et 307, § 1).

164. C. Sanctions de la fraude. — Elles varient suivant les cas :

1° S'il y a eu *enrichissement illégitime* du mari, la femme aura droit à une *récompense*;

2° S'il y a eu *dissimulation*, elle exigera le rétablissement de la vérité;

3° Si elle s'en prend à un acte *frauduleux mais sincère*, elle intente alors l'action *paulienne* qui n'est elle-même qu'une adaptation de la théorie plus générale de l'abus des droits (*sup.*, t. II, n° 187), mais une adaptation assez libre, puisqu'on admet : 1° que la femme peut demander et obtenir la révocation de l'acte alors même qu'elle n'aurait pas de créance à faire valoir contre son mari; 2° que cette voie de droit lui est ouverte alors même que le mari serait solvable; en réalité, l'action sanctionne purement et simplement un *abus de droit* commis par le mari qui a détourné ses pouvoirs de leur destination régulière (*sup.*, n° 158; *inf.*, n° 252).

Si l'article 243 n'est pas une application pure et simple de l'article 1167 « il s'inspire cependant des mêmes principes »; c'est pourquoi la complicité du tiers acquéreur doit être établie (Req., 29 avril 1938, *S.*, 1938, 1, 232) ; pourquoi aussi la nullité à la laquelle l'action aboutit est une nullité réduite, minimisée, qui tend uniquement à donner satisfaction au demandeur : cet objectif atteint, l'acte incriminé reste debout et continue à produire ses effets entre les parties (V. Civ., 4 déc. 1929, précité; Paris, 24 juill. 1928, *S.*, 1929, 2, 97, note de M^lle^ Béquignon).

165. Remarque. — Pour que les sanctions soient applicables, pour que la femme soit en droit de les exiger, il est indispensable qu'elle accepte la communauté; si elle la répudie, il se trouve, à raison de la rétroactivité de sa décision, que le mari est considéré comme ayant été seul propriétaire des biens communs (art. 883) ; il ne peut donc plus être question de fraude de sa part : *qui quasi suam rem neglexit, nulli queralae subjectus est*. La femme ne subit d'ailleurs, en pareil cas, aucun préjudice; elle sépare ses destinées de celles de la communauté.

Il résulte de là qu'elle ne peut pas se plaindre aussi longtemps que dure la communauté (sauf, pour elle, à demander la séparation de biens, si sa dot est mise en péril) : car on ne sait pas si elle aura jamais intérêt à le faire; tout dépendra du parti qu'elle prendra lors de la dissolution de la communauté.

166. II. **Libéralités.** — Distinguons les *donations entre vifs* et les *libéralités testamentaires*.

A. **Donations entre vifs.** — Le Code civil a restreint les pouvoirs du mari qui, d'après la *Coutume de Paris*, pouvait donner entre vifs, même les conquêts immeubles. Actuellement, les donations immobilières sont traitées autrement que les donations de meubles.

1° Les *donations d'immeubles* sont complètement interdites au mari (art. 1422, § 1);

2° Les *donations de meubles* lui sont permises en principe (art. 1422, § 2), sous le bénéfice de deux réserves.

a) Le Code civil interdit les donations portant sur l'*universalité* ou sur une *quotité* du mobilier (art. 1422, § 1). Cette formule prête à interprétation; le texte semble viser les donations mobilières universelles ou à titre universel; mais un donation entre vifs ne saurait comporter une telle ampleur; si l'on excepte les libéralités faites dans un contrat de mariage ou entre époux, une donation est toujours consentie à titre particulier; et il est impossible de supposer que le législateur ait voulu frapper uniquement les donations en faveur du mariage qui sont, au contraire, soumises à un statut particulièrement libéral. Aussi notre jurisprudence explique-t-elle autrement, et très heureusement, la formule de l'article 1422 : pour elle, ce texte a entendu viser et proscrire les donations mobilières *excessives* c'est-à-dire hors de proportion avec l'importance de l'actif commun; de telles libéralités sont à considérer comme *frauduleuses*; la loi les présume telles et les frappe en conséquence, de nullité; la solution se rattache ainsi à la théorie plus ample de la fraude. Cette interprétation jurisprudentielle, qui s'appuie sur l'histoire (nos anciens auteurs considéraient comme frauduleuses les donations excessives : l'excès faisait présumer la fraude, Pothier, *La Communauté*, n° 480) est approuvée par la doctrine (Req., 18 mars 1862, *S.*, 1862, 1, 869, *D. P.*, 1862, 1, 885; Bordeaux, 16 janv. 1878, *D. P.*, 1879, 2, 182; Agen, 11 fév. 1896, *D. P.*, 1897, 2, 513, note de Loynes, *S.*, 1899, 2, 73, note Wahl). Il résulte de ces décisions que la femme n'a

pas à faire la *preuve* de la fraude, laquelle est présumée par la loi. (*Contra*, Trib. civ. Langres, 19 déc. 1878, *D. P.*, 1880, 2, 125);

b) Sont aussi interdites les donations mobilières *avec réserve d'usufruit*, si modiques soient-elles (art. 1422, § 2). Ici encore, le législateur présume la fraude, conformément à la tradition; une telle opération est considérée comme suspecte, du moins si c'est à son profit — plus exactement au profit de la communauté — que le mari fait la réserve; il en irait autrement, et les motifs de la sévérité de la loi disparaîtraient, si la réserve intervenait au profit d'un tiers, ou au profit de la femme. En somme, ce qu'on veut, c'est que le mari ne puisse dépouiller la communauté sans s'appauvrir lui-même; il lui serait trop commode de faire des cadeaux avec les capitaux mobiliers communs, tout en conservant, comme chef de la communauté, les revenus des sommes données, c'est-à-dire sans s'appauvrir pendant toute la durée du mariage.

167. Sanction. — Bien qu'on en ait douté, la défense de la loi est sanctionnée par la nullité, soit de la donation immobilière, soit de la donation mobilière excessive ou avec réserve d'usufruit. Mais l'action en nullité n'appartient qu'à la femme, non au mari (Civ., 4 déc. 1929, arrêt précité); et encore faut-il *attendre, pour agir, la dissolution de la communauté*; c'est seulement la femme *acceptante* qui a le droit de se plaindre et de critiquer la donation et *seulement si le bien donné irrégulièrement est mis dans son lot*; si elle renonce à la communauté, celle-ci devient, rétroactivement, du moins dans l'opinion dominante, que nous avons repoussée (*sup.*, n° 16) et qui assigne à la communauté la position juridique d'une masse de biens indivise entre les époux, la chose exclusive du mari qui se trouve donc d'avoir disposé d'un bien dont il était l'unique propriétaire; et l'effet rétroactif du partage conduit à une solution analogue si, la femme ayant accepté et le partage ayant eu lieu, le bien indûment donné est mis dans le lot du mari (art. 883).

168. Circonstances qui valident les donations prohibées par l'article 1422. — Il arrive que les donations que l'article 1422 interdit en principe au mari se trouvent validées par les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues : soit en considération de leur *but*, soit à cause de la *personnalité du donataire*, soit à raison de l'*intervention de la femme*.

1° *But de la donation: établissement des enfants communs.* — Lorsque la donation intervient à l'occasion, en vue de l'*établissement* d'un *enfant commun* — c'est-à-dire issu du mariage actuel — la rigueur de la loi fléchit et les pouvoirs du mari s'élargissent : l'acte est valable (art. 1422, § 1 *in fine*).

Il y a lieu à ce sujet, de faire les précisions suivantes :

a) L'établissement s'entend largement, au sens de l'article 204, et non pas seulement par rapport au mariage; le mari a toute latitude pour procurer un état aux enfants, pour l'achat d'un office ou d'un fonds de commerce (Req., 10 fév. 1896, *D. P.*, 1896, 1, 559, *S.*, 1900, 1, 511);

b) On s'accorde à faire bénéficier les petits-enfants de la même possibilité; par « enfants » le texte vise tous les descendants;

c) Bien que l'article 1422 ne valide que les donations d'immeubles, on admet communément que le mari peut, en vue de l'établissement des enfants communs, donner tout le mobilier commun (Req., 2 janv. 1844, *S.*, 1844, 1, 9) ou faire une donation avec réserve d'usufruit. On n'aperçoit pas, en effet, de raison pour limiter aux donations immobilières la vertu justificative du but poursuivi, de l'affectation des biens donnés.

Très libérale est donc l'interprétation que la jusrisprudence et les auteurs donnent de la disposition finale de l'article 1422, § 1 : le mobile du disposant sauve l'acte de la nullité; la fin justifie les moyens employés.

En revanche, la donation serait nulle si le mari la consentait à un enfant né d'un *premier lit* (Civ., 14 août 1855, *D. P.*, 1855, 1, 372).

2° La donation est valable encore que rentrant dans les catégories prohibées, si elle est adressée par le mari à la *femme* : c'est, en effet, dans l'intérêt de celle-ci que la nullité est édictée par la loi; dès lors, il serait absurde de la maintenir lorsque l'acte, loin de lui préjudicier, ne peut que lui être profitable; l'action en nullité devenant sans titulaire, la nullité elle-même disparaît.

169. — 3° Ne faut-il pas admettre également que la donation devient valable lorsqu'elle est consentie à un tiers par les deux époux *agissant conjointement*? L'intervention de la femme ne la sauve-t-elle pas de la nullité, puisque c'est dans son intérêt exclusif que cette nullité existait?

La question est discutée, ou plutôt elle l'a été; quelques auteurs et quelques arrêts très anciens avaient estimé que

l'intervention de la femme à la donation ne sauvait pas celle-ci de la nullité et que la femme conservait donc, malgré tout, le droit de critiquer l'acte qui était en partie son œuvre; on la protègerait malgré elle.

Mais cette opinion est condamnée; elle reposait sur une conception inexacte du régime de communauté qui n'est pas, comme le régime dotal, un régime de protection à outrance des intérêts de la femme; ce n'est pas dans un intérêt d'ordre public que le législateur a interdit au mari les donations immobilières ou les donations mobilières excessives : c'est dans l'intérêt de la femme; or, il est de règle que, sous un régime de communauté, la femme peut accomplir tous les actes de la vie juridique. Elle pourrait certainement, dans ces conditions, donner un immeuble lui appartenant en propre; comment admettre qu'elle ne puisse pas rendre possible la donation d'un bien commun? Décider autrement serait frapper les conquêts immobiliers d'une véritable indisponibilité à titre gratuit; le législateur ne peut avoir eu cette pensée. Du moment que les deux associés sont d'accord, toute présomption de fraude est écartée, et les biens sociaux peuvent être aliénés, sans limitation aucune : c'était ce que décidaient déjà nos anciens auteurs (Pothier, *La Communauté*, n° 494) et ce qu'admet une jurisprudence depuis longtemps constante. (Req., 5 fév. 1850, *D. P.*, 1850, 1, 97; Civ., 23 juin 1869, *S.*, 1869, 1, 358; *D. P.*, 1870, 1, 5, note Ch. Beudant; Nancy, 14 mars 1903, motifs *D. P.*, 1903, 2, 331).

170. Sens de l'intervention de la femme. — En décidant que l'intervention de la femme sauve la donation de la nullité, on ne coupe pas court à toutes les difficultés; encore faut-il savoir quel rôle elle a voulu y jouer; et deux interprétations sont possibles: ou bien elle a voulu seulement rendre possible la donation, délivrer une sorte d' « exeat » en tant qu'associée; ou bien elle a entendu participer vraiment à la donation, faire figure de co-donatrice. C'est au juge qu'il appartient de rechercher sa volonté; il est cependant un cas où la question sort du domaine du fait pour pénétrer dans le domaine du droit; c'est celui où il s'agit de doter un enfant commun; la loi présume — sauf convention contraire — que les deux parents sont co-donateurs pour moitié (art. 1438 et 1439); présomption rationnelle, car l'intervention de la femme n'était pas nécessaire à la validité de la donation; si on veut lui donner un sens, il faut admettre que la mère a entendu jouer le rôle de donatrice. Hors de

cette éventualité, la question reste une question de fait que le juge tranchera souverainement.

171. B. **Libéralités testamentaires.** — Les pouvoirs de disposition du mari sont fixés de façon précise en matière testamentaire : l'article 1423 lui permet de disposer de « *sa part dans la communauté* », donc de la moitié; on ne concevrait pas que ses pouvoirs s'étendissent au delà : le testament ne doit recevoir exécution qu'après le décès de son auteur, à un moment où la communauté n'existera plus; le mari y procède donc, non en tant que chef de la communauté, mais uniquement en qualité d'associé, de copropriétaire des biens communs; c'est seulement de sa part sociale qu'il lui est permis de disposer, non de la part de son associée.

L'article 1423, § 2, prévoit le cas où le mari aurait légué un objet, un *corps certain* faisant partie de la communauté; il décide que, si le bien légué est mis, lors du partage de la communauté, dans le lot des héritiers du mari, le legs s'exécute *en nature*; et que, si ce bien est compris dans le lot de la femme, le legs s'exécute *par équivalent*; le bénéficiaire exigera des héritiers du mari une somme d'argent représentative de la valeur de la chose.

On considère parfois cette dernière solution comme dérogatoire à l'article 1021 qui frappe de nullité le legs de la chose d'autrui; mais il faut bien observer que le mari était, lors de la rédaction du testament et lors de son décès, copropriétaire du bien par lui légué; ce n'est pas véritablement du bien d'autrui qu'il a disposé (la communauté n'est pas personne morale; *sup.*, n° 15), mais d'une chose sur laquelle il avait des droits effectifs (V. *inf.*, n° 1505; Civ., 6 juin 1883, *D. P.*, 1884, 1, 33); et il est conforme à sa volonté probable de décider, comme le fait l'article 1423, § 2, que la disposition s'exécutera de toute façon, quoi qu'il arrive, sous une forme ou sous une autre; le disposant a dû, en effet, envisager l'éventualité où le bien légué serait mis au lot de sa femme; et on ne saurait lui prêter le dessein de consentir une libéralité qui aurait une chance sur deux d'être frappée de nullité.

172. Legs émanant de la femme. — Cette vue nous conduit à donner de la disposition de l'article 1423, § 2, une interprétation extensive : notamment, nous en ferions application au legs de corps certain *consenti par la femme*, lequel devrait, à notre avis, recevoir, exécution en toute

occurence, soit en nature si la chose est mise au lot des héritiers de la testatrice, soit par équivalent si elle rentre dans le lot du mari. Du moment que la solution de l'article 1423, § 2 ne va pas à l'encontre de l'article 1021, et que, d'autre part, elle s'explique par le désir de respecter les dernières volontés du disposant, on ne voit pas pourquoi le légataire de la femme n'en bénéficierait pas au même titre que celui du mari; car la femme, comme le mari, est copropriétaire des biens communs; et puisque la qualité de chef de la communauté est hors de cause en la circonstance, les deux époux doivent être traités à égalité pour ce qui est de la disposition, par acte de dernière volonté, des biens de la société conjugale (*Sic*, NAST, n° 567).

C'est cependant en sens contraire que la Cour de Besançon s'est prononcée par deux fois (10 déc. 1862, *S.*, 1863, 2, 55; 27 déc. 1911, *S.*, 1912, 2, 203); d'après ces décisions, le legs d'un corps certain, faisant partie de la communauté, serait nul si la chose léguée par la femme était ensuite mise dans le lot du mari; et cela par application de l'article 1021 auquel l'article 1423, § 2, ne dérogerait que pour les legs consentis par le mari (*Sic*, LENOAN, *Cours* de Ch. BEUDANT, t. X, n° 497).

§ III. — *LA RUPTURE DE L'UNITÉ D'ADMINISTRATION RÉALISÉE PAR LA LOI DU 13 JUILLET 1907*

173. Résumé. — Dans le régime du Code civil, si le mari n'est plus « seigneur et maître » de la communauté, du moins en est-il encore le chef : l'*unité d'administration* est maintenue à son profit; la femme joue un rôle effacé; son intervention n'est que secondaire ou épisodique; ou bien elle s'explique par le *mandat domestique*, ou bien elle ne se manifeste que fugitivement, à l'occasion d'actes déterminés, notamment lorsqu'il s'agit de libérer un immeuble commun de l'hypothèque légale de la femme.

174. Réforme nécessaire. — Or, ce régime d'unité d'administration, qui se justifiait dans la France de 1804, se révéla périmé lorsque la femme accéda à diverses professions, lorsqu'elle devint ouvrière, employée, commerçante, avocat, médecin, fonctionnaire; le budget familial est alors alimenté, non seulement par le mari, mais aussi par son associée; et il apparut qu'il était inique de priver celle-ci de tout pouvoir d'administration sur les produits de son travail, de permettre au mari, comme le faisait le Code civil, de faire main basse

sur eux, de toucher le salaire de sa femme pour aller le dépenser au cabaret ou ailleurs; si vraiment la propriété trouve sa justification dans le travail, il fallait, de toute justice, donner de larges pouvoirs à la femme sur son salaire et sur ses gains.

175. Premières réformes. — Elles furent réalisées, pour les dépôts effectués dans les *Caisses d'épargne*, par les lois du 9 avril 1881, article 6, et du 20 juillet 1895, article 16: désormais, la femme peut se faire ouvrir un compte dans une Caisse d'épargne, y effectuer des dépôts de sommes d'argent et même en retirer, sans autorisation, les sommes déposées, réserve faite du droit, pour le mari, de faire opposition au retrait, droit plus théorique qu'effectif, tellement il est entouré d'obstacles (pour l'année 1900, on a compté, pour la France entière, 57 oppositions de ce genre, dont 4 seulement aboutirent); il semble d'ailleurs qu'il ait été supprimé implicitement par l'octroi à la femme, en 1938, de la pleine capacité civile (*sup.*, t. I[er] *Suppl.*, 1939, p. 18). Déjà se trouvait entamé par cette législation le principe de l'unité d'administration des biens communs : les sommes déposées par la femme font bien partie intégrante de la communauté, mais elles échappent à l'emprise du mari.

La réforme était d'ailleurs très insuffisante, puisque, d'une part, les dépôts aux Caisses d'épargne ne peuvent pas dépasser une certain chiffre (maximum de 1.500 fr. avant la guerre, de 20.000 fr. au début de 1939; d.-l. 12 nov. 1938, relatif aux Caisses d'épargne); puisque, d'autre part, le mari conservait le droit d'exiger que le salaire ou les appointements de la femme lui fussent remis et qu'il lui était ainsi loisible de prévenir l'acte d'épargne que celle-ci se proposait d'accomplir. Il fallait aller plus loin et assurer à la femme, en toute occurrence, un droit effectif et exclusif sur les produits de son travail.

176. Projets. — La réforme était déjà réalisée à l'étranger, par exemple en *Allemagne* et grâce à l'institution des *biens réservés* (C. civ. allemand, art. 1365 et suiv.); elle était réclamée en France depuis longtemps, par des juristes ou des économistes tels que Cauwès, Thaller, Boistel, Turgeon (V. pour la bibliographie et pour ce mouvement d'opinion la thèse de M. Damez, Lyon, 1905); la *Société d'études législatives* avait été saisie de la question qui fit l'objet de rapports et de débats forts instructifs (*Bulletin* de la société, 1901-1902); et, depuis plusieurs années, le Parlement avait exa-

miné diverses propositions tendant à assurer à la femme mariée, sous tous les régimes, la libre disposition des produits de son travail; en 1906, fut déposée, au Sénat, la proposition Gourju d'où devait sortir la loi du 13 juillet 1907, *relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage*, ensuite complétée et modifiée par deux lois du 19 mars 1919 et du 8 juin 1923.

177. Le régime institué par la loi du 13 juillet 1907 : les biens réservés. — Nous avons déterminé le sens des mots « biens réservés » (*sup.*, n° 105) ; nous devons maintenant décrire le régime d'*administration* qui a été institué pour ces biens par la loi du 13 juillet 1907, régime très différent de celui auquel demeurent soumis les « *biens ordinaires de la communauté* »; tandis que ceux-ci continuent à être administrés par le mari conformément aux règles exposées dans le paragraphe précédent, les biens réservés sont administrés par la femme, encore qu'ils fassent partie intégrante de la communauté; la loi de 1907 a donc réalisé comme un compartimentage de la communauté qui se décompose, *lorsque la femme exerce un travail lucratif*, en deux masses distinctes, l'une soumise aux pouvoirs du mari, l'autre à ceux de la femme; c'est une *division des pouvoirs* qui est ainsi effectuée par le législateur, contrairement au principe traditionnel de l'*unité d'administration des biens communs*, lequel se trouve mis en échec par le droit contemporain. Les biens réservés constituent une universalité juridique dans cette universalité plus vaste qu'est la communauté.

178. Pouvoirs de la femme sur les biens réservés. — La loi de 1907 attribue à la femme laborieuse l'administration exclusive et aussi complète qu'il est possible des biens réservés. Non seulement elle touche elle-même son salaire ou ses gains, et en dispose à son gré; non seulement elle procède librement aux actes d'administration courante — baux, réparations, encaissement des revenus et même des capitaux — mais elle peut, *sans avoir à se munir d'aucune autorisation*, *aliéner* à titre onéreux ses biens réservés (art. 1er, § 3 de la loi), ou les *hypothéquer* (même texte, modifié par la loi du 8 juin 1923) ; les grever de servitudes ou d'usufruit, et même, solution alors tout à fait exceptionnelle, figurer dans une instance; ansi le décidait l'article 6 de la loi de 1907, texte abrogé par la loi du 18 février 1938 qui, en conférant à la femme le droit de plaider sans autorisation,

et cela en thèse générale, enlevait par cela même toute utilité à la concession de cette faculté en ce qui concerne spécialement les biens réservés : le droit exceptionnel est devenu le droit commun. D'autre part, les *dettes* assumées par la femme laborieuse sont exécutoires sur ses biens réservés, alors même qu'elles n'aurait pas été contractées dans l'intérêt du ménage (art. 3, § 1; *sup.*, n° 143).

179. Actes qui excèdent les pouvoirs de la femme. — Le législateur n'apporte qu'une limite aux pouvoirs d'administration de la femme laborieuse : il lui interdit, en principe, les *aliénations à titre gratuit*, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles (art. 1er, §§ 3 et 4, *a contrario*).

Encore cette interdiction n'est-elle point absolue :

1° Bien que la loi ne s'en explique pas, la femme peut certainement consentir, avec ses biens réservés, des libéralités modiques, des *cadeaux d'usage*;

2° Une loi du 19 mars 1919, remaniant l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907, permet à la femme de disposer de ses biens réservés « *en faveur des œuvres d'assistance publique ou privée et des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre* », ceci pourvu qu'elle n'ait ni enfants ni descendants et qu'elle soit âgée de quarante-cinq ans accomplis (L. 13 juillet 1907, art. 1er, § 4).

179*bis*. Loi du 18 février 1938. — Il est permis de se demander si la défense faite à la femme d'aliéner ses biens réservés à titre gratuit n'a pas été levée implicitement par la loi du 18 février 1938, et si, du même coup, ne tombent pas les dispositions de la loi du 19 mars 1919 qui soumettaient la dérogation par elle apportée à cette défense dans un cas particulier, à un statut fort restrictif.

En effet, la loi de 1938 a formellement abrogé l'article 905 qui exigeait que la donatrice fût autorisée par son mari ou par justice, en sorte qu'elle a certainement aujourd'hui la capacité de consentir, en droit commun et librement, des donations, même immobilières; dès lors, les restrictions contenues dans les lois de 1907 et de 1919 deviennent, semble-t-il, inacceptables sous un tel régime : comment admettre que la femme ait moins de droits sur les biens réservés, acquis par son travail, que sur ceux qui lui sont parvenus à titre de succession ou de donation? Il y aurait là une *inelegantia juris* et une véritable injustice : les lois de 1907

et de 1919 avaient établi, pour les biens réservés, un statut de faveur qui, si on le maintenait aujourd'hui, deviendrait un statut de rigueur; on est ainsi conduit à décider que la femme a la capacité de donner ses biens réservés, comme elle a celle de disposer à titre gratuit de ses propres, au moins en nue propriété.

C'est l'opinion à laquelle nous avions cru pouvoir nous ranger (*sup.*, t. I^er^, *Suppl.*, 1939, p. 22; ANCEL, *Traité de la capacité de la femme mariée*, n° 65). Après un nouvel examen, nous devons reconnaître, en toute conscience, qu'elle soulève de très graves objections: 1° les auteurs de la réforme de 1938 ont toujours affirmé leur volonté de ne pas toucher au statut des régimes matrimoniaux; or, les dispositions de la loi de 1907, modifiées par celles de la loi de 1919, se rattachent étroitement à ce statut; 2° la loi de 1938 a cependant abrogé expressément certaines dispositions de la loi de 1907 (l'art. 1^er^, § 5, les art. 2 et 6 à 10); mais elle n'a pas visé les alinéas 3 et 4 de l'article 1^er^, qui sont le siège des restrictions apportées au droit de disposition de la femme sur ses biens réservés; ne doit-on pas conclure de là, par un argument *a contrario* parfaitement légitime, que ces restrictions subsistent? 3° il n'y a point lieu de s'en étonner et d'objecter que la femme peut donner, depuis qu'elle a sa pleine activité civile, les biens qu'elle a acquis autrement que par son travail; cette différence entre les deux catégories de biens, propres et réservés, s'explique par cette considération décisive que les biens réservés sont biens de communauté; leur aliénation pose, à côté d'une question de capacité, un problème de pouvoir; or, c'est seulement la capacité que la loi de 1938 a conférée à la femme; elle ne s'est nullement proposé pour but d'accroître les pouvoirs qui lui appartiennent sur les biens sociaux.

Pour ces raisons, nous estimons que la question est extrêmement délicate et nous inclinons plutôt à penser que les dispositions restrictives des troisième et quatrième alinéas de l'article 1^er^ de la loi de 1907 sont demeurés en vigueur.

180. Inexactitude du texte législatif. — Etant donnés les larges pouvoirs par lui dévolus, le législateur de 1907 a commis une erreur grossière lorsque, dans l'article 1^er^, § 1, il a posé ce principe que la femme laborieuse a, sur ses biens réservés, les mêmes droits d'administration que ceux qui sont conférés par l'article 1449 du Code civil à la femme *séparée de biens* : cette dernière ne pouvait alors accomplir que les actes d'administration, au sens ordinaire du mot :

les actes de disposition, même à titre onéreux, lui étaient interdits (*inf.*, n° 530) : c'est donc par un *lapsus* inattendu que le législateur a voulu caractériser les pouvoirs qu'il accordait à la femme sur ses biens réservés.

Il est vrai que, depuis que la femme a conquis la pleine capacité civile, la formule légale semble avoir gagné en exactitude; nous verrons cependant qu'il est plus que contestable que la femme séparée de biens puisse, même actuellement, aliéner ses immeubles, fût-ce à titre onéreux (*inf.*, n° 532). De toute façon et même depuis la réforme de 1938, le rapprochement effectué par le législateur de 1907 demeure donc bien inopportun.

181. Droit de jouissance. — Bien que la loi ne s'en explique pas, la femme a, sans aucun doute, la *jouissance* de ses biens réservés; elle en perçoit les revenus; et, sur ce point, le rapprochement avec la situation de la femme séparée de biens devient plus légitime. D'ailleurs, l'article 1er de la loi déclare réservés, non seulement les produits du travail de la femme, mais aussi les économies en provenant: c'est donc que les économies échappent au mari et à la communauté ordinaire.

182. Question de preuve ; loi du 18 février 1938. — Lorsque la femme veut accomplir un acte intéressant un de ses biens, il semble qu'elle doive prouver, de façon péremptoire, que ce bien a la qualité de réservé; sinon, la règle d'après laquelle les biens de la communauté ont pour administrateur le mari faisant un retour offensif, l'acte serait annulable.

Tel n'était cependant pas le système de la loi de 1907 qui se contentait d'une preuve très approximative : c'était assez que la femme prouvât qu'elle exerçait personnellement une profession distincte de celle de son mari; et cette preuve pouvait être administrée par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention (art. 1er, § 5 de la loi); cette démonstration faite, la responsabilité des personnes avec lesquelles elle avait traité n'était pas engagée (même texte), ce qui revenait à dire que l'acte était valable : le bien dont il s'agit avait été légitimement traité comme bien réservé, *bien qu'il n'eût point ce caractère.*

C'était là une des dispositions les plus curieuses et les plus extrêmes de la loi : de ce que la femme exerçait une profession distincte, le législateur concluait et autorisait le contractant (par exemple un acheteur) à conclure que le bien,

objet du contrat, était réservé; l'induction était singulière, étant contraire à la logique, voire parfois aux probabilités.

Il en résultait que la loi de 1907 avait un retentissement sur les propres de la femme : pourvu qu'elle exerçât une profession distincte, celle-ci pouvait, sauf règlement de compte ultérieur avec son mari, aliéner ou hypothéquer ses immeubles propres ou, du moins, leur nue propriété; ainsi comprise, la disposition de l'article 1er, § 5, établissait une sorte de confusion de fait entre les biens réservés et les propres de la femme, confusion qu'on peut rapprocher de celle qui existe entre les biens communs et les propres du mari.

Mais cette situation singulière a pris fin avec la loi du 18 février 1938 qui, dans son article 2, a abrogé la disposition du cinquième alinéa de l'article 1er de la loi de 1907; désormais, c'est donc le droit commun qui s'applique, purement et simplement : l'acte accompli par la femme sur un bien de la communauté ne sera valable qu'autant qu'il aura porté effectivement sur un bien réservé, et, en cas de contestation, il appartiendra au demandeur en nullité d'établir qu'il s'agissait en l'espèce d'un bien ordinaire de communauté, soumis, à ce titre, à l'administration du mari, non à celle de la femme.

183. Impossibilité de retirer les pouvoirs de la femme en cas d'abus de sa part; loi du 18 février 1938. — La loi du 13 juillet 1907 contenait un article 2 permettant au mari de demander au tribunal le retrait, pour cause d'abus, des pouvoirs conférés à la femme sur son pécule réservé, notamment s'il y avait eu de sa part dissipation, imprudence ou mauvaise gestion.

Cette possibilité n'existe plus; elle a disparu, du fait de la loi du 18 février 1938 qui, dans son article 2, abroge formellement l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907. Il a semblé que l'octroi à la femme mariée de sa pleine capacité civile postulait nécessairement une telle abrogation : comment admettre que cette pleine capacité puisse être restreinte par autorité de justice et à la requête du mari? Au fond, le raisonnement n'est pas aussi péremptoire qu'il en a l'air : la femme laborieuse a besoin, pour administrer les biens réservés, *partie intégrante de la communauté*, non seulement d'une complète capacité, mais aussi de pouvoirs à elle spécialement conférés par la loi; et si la capacité est intangible, on concevrait qu'il en fût autrement des pouvoirs; il est fâcheux que la femme puisse impunément gaspiller des biens communs; si le mari en usait ainsi pour les biens ordinaires,

elle aurait la ressource de demander et d'obtenir la séparation de biens; dès lors, il n'eût pas été excessif de conférer au mari, à titre de réciprocité, le droit de demander que les biens réservés fussent soustraits à la mauvaise administration de la femme pour tomber sous ses pouvoirs de chef de la communauté; ici encore, les auteurs de la loi de 1938 paraissent bien avoir confondu capacité et pouvoir, et, comme il fallait s'y attendre, les résultats de cette confusion sont assez malheureux.

184. Résultats de la loi. — La loi de 1907 n'a pas eu tous les résultats pratiques qu'on en attendait, et cela par le fait des administrations publiques, des établissements financiers et des officiers ministériels: notaires, agents de change, maisons de banque ne se souciaient pas de se contenter des justifications, d'ailleurs peu édifiantes, jugées suffisantes par la loi (*sup.*, n° 182), et ils persistaient à exiger, par exemple, pour l'aliénation d'un bien réservé, pour l'établissement d'une hypothèque, l'autorisation du mari ou de justice : ils opposaient la force d'inertie. Cette politique de défiance sera-t-elle vaincue par l'octroi à la femme mariée de sa pleine capacité civile? On l'a dit et répété au cours des travaux préparatoires de la loi du 18 février 1938 qui, en supprimant l'incapacité générale de la femme, aurait levé l'obstacle qui s'opposait à l'application pratique de la législation sur les biens réservés; cet espoir a été formulé tant au Parlement et par les rapporteurs du projet de loi, que devant la Société d'études législatives; au lendemain de la promulgation de la loi, M. J. de la Morandière s'y est associé en écrivant que « l'effet principal de la réforme sera peut-être de donner plus de vitalité à la loi de 1907 » (*D. H.*, 1938, *Chr.*, p. 28) : l'avenir dira si cet optimisme est fondé.

En tout cas, il est permis de croire que les résultats eussent été meilleurs et que la défiance des praticiens se fût atténuée, si les biens réservés avaient été soumis, comme en Allemagne, à un régime de séparation de biens partielle; le voisinage, dans la masse commune, des deux compartiments des biens réservés et des biens ordinaires de la communauté, est une cause de complications et d'incertitude; il place les gains de la femme dans une situation équivoque qui justifie, en quelque mesure, la défiance et les exigences des praticiens.

§ IV. — *LES POUVOIRS DE LA FEMME SUR LES BIENS COMMUNS*

185. Rôle de la femme. — En laissant désormais de côté les biens réservés et aussi la réglementation relative aux sommes déposées dans une Caisse d'épargne, si tant est qu'elle subsiste encore, on arrive à constater que la femme a, sur les biens de la communauté, des pouvoirs plus effectifs qu'on ne le croirait au premier abord; sans doute, elle n'intervient jamais pour donner une autorisation à son mari, pour l'habiliter; il n'en a pas besoin, puisqu'il est pleinement capable; mais le rôle de la femme n'en est pas moins important à certains égards et dans différentes circonstances.

186. I. Pouvoirs continus. — La femme commune en biens tient ces pouvoirs de différentes sources :

1° Du *mandat domestique*, lequel subsiste intact, *n'ayant pas été touché par la loi du 18 février 1938*; elle peut procéder aux dépenses ménagères; sans doute, juridiquement, les dettes qu'elle assume à cette occasion, et qui sont exécutoires sur les biens communs, sont réputés avoir été contractées par le mari, qui joue le rôle de mandant; mais il s'agit là d'un mandat *nécessaire* qu'il ne dépendrait pas du mari de révoquer arbitrairement, d'un mandat *légal* (*sup.*, t. I[er], n[os] 603*bis* et 1012, t. III, n° 124);

2° La femme peut procéder aux actes *conservatoires*;

3° La loi lui reconnaît un droit de regard sur l'administration maritale, puisqu'elle lui permet, si sa dot est mise en péril, de demander la séparation de biens (*inf.*, n° 225).

187. II. Pouvoirs intermittents ou localisés à certains actes. — 1° La femme intervient pratiquement lors de l'*aliénation* d'un immeuble commun ou lors de la *constitution d'une hypothèque*, ceci afin de libérer ledit immeuble de l'hypothèque légale dont elle est investie (*sup.*, t. II, n[os] 1979 et suiv.).

2° Elle intervient aussi pour rendre possibles les donations de biens communs que l'article 1422 interdit au mari de consentir à lui seul (*sup.*, n° 169).

3° Sa signature est encore exigée pour l'aliénation d'un *bien de famille* (l. 12 juillet 1909, art. 11), comme pour la renonciation au statut spécial de ce bien (même texte).

4° Elle engage la communauté, par les *dettes* qu'elle contracte, avec l'autorisation de justice, pour tirer son mari de prison ou pour établir ses enfants alors que le mari est absent (art. 1427; *sup.*, n° 138).

5° Elle peut disposer par *testament* de sa part dans la communauté, car la disposition ne recevra effet qu'après son décès, donc après la dissolution de la communauté (art. 226). Sur le cas où le legs par elle consenti porterait sur un effet de la communauté mis ensuite dans le lot du mari, voy. *sup.*, n° 172.

187*bis*. III. — Enfin, il faut ajouter que la femme peut recevoir de son mari un *mandat général* d'administrer et même d'aliéner, sans que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales se trouve mis en échec, puisque le mandat est toujours révocable (*inf.*, n° 443). Un tel mandat, qui peut être consenti par une clause du contrat de mariage (*inf.*, n° 407), est susceptible d'intervenir également au cours du mariage.

La jurisprudence a une tendance à faire à la femme mandataire une situation de faveur en limitant sa responsabilité à son dol (Req., 8 fév. 1853, *S.*, 1853, 1, 425, *D. P.*, 1853, 1, 33; M. Nast, *op. cit.*, t. VIII, n° 564) et en la dispensant, en principe, de rendre compte de son mandat (Paris, 7 janv. 1903, *D. P.*, 1904, 2, 79; comp. Req., 4 mai 1937, *motifs*, *Gaz. Pal.*, 1937, 2, 287) : ce mandat ne s'exerce, en effet, que sous le contrôle et la direction du mari, qui n'a pas pu renoncer à ses pouvoirs de chef (*inf.*, *ibid.*) ; d'où cette conséquence que la reddition de compte est due si, exceptionnellement, le mandat a été exercé hors de la direction et du contrôle du mandant (Req., 5 janv. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 112).

Section II. — ADMINISTRATION DES PROPRES DE LA FEMME

(Art. 1428 à 1430)

188. Principe. — Aux termes de l'article 1428, § 1, « *le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme* ». La formule est presque semblable à celle qui définit les pouvoirs du mari sur les biens communs « *le mari administre seul les biens de la communauté* » (art. 1421, § 1) ; cependant, sous la parité des mots, se cachent des différences profondes entre les deux situations; elles ressortent de la lecture des articles 1429 et 1430, et elles se rattachent à une même directive, à savoir que le mari est traité, quant à la fortune personnelle de la femme, comme un *administrateur ordinaire*, c'est-à-dire comme un *administrateur de la for-*

tune d'autrui; directive rationnelle, puisque les biens dont il s'agit appartiennent à la femme, exclusivement, et que le mari a la situation d'un *mandataire général*.

Il résulte de là :

1° Que les pouvoirs du mari sont *limités*;

2° Qu'à ces pouvoirs correspondent des *obligations*.

Auparavant, une observation préliminaire s'impose : *les pouvoirs du mari sur la fortune personnelle de la femme n'ont pas été restreints par la loi du 18 février 1938*, au moins si on les envisage intrinsèquement et en eux-mêmes; on sait que cette loi n'a pas touché à la structure des divers régimes matrimoniaux.

§ I. — *POUVOIRS LIMITES DU MARI*

189. Critère. — Il suffit de lire les articles 1428 à 1430 pour se convaincre que le législateur a voulu établir une opposition entre les actes d'*administration* et les actes de *disposition*, pour ne faire rentrer, dans les pouvoirs du mari, que les premiers, à l'exclusion des seconds. Aucun doute n'existe quant à l'exactitude de ce critère traditionnel et logique (art. 1988, § 1), dont la mise en œuvre, seule, est de nature à soulever des difficultés.

Nous en ferons l'application et nous le mettrons à l'épreuve pour les principales catégories d'actes, en recherchant : 1° quels actes sont interdits au mari; 2° quels actes rentrent au contraire dans ses pouvoirs; 3° après quoi, il y aura lieu de se préoccuper des actes auxquels la femme, investie d'une pleine capacité civile par la loi du 18 février 1938, sera à même de procéder, soit seule, soit avec l'intervention du mari.

I

Actes interdits au mari

190. I. Aliénations. — *Aliénation* n'est pas synonyme de *disposition*: il est des ventes ou même des donations qui sont considérées comme des actes d'administration et qui seront donc permises au mari agissant seul : ventes de récoltes, de choses menacées de dépérissement, cadeaux d'usage.

Quant aux aliénations qui rentrent dans le cadre des actes de disposition, elles ne sont pas permises au mari, simple administrateur mandaté; c'est au propriétaire qu'il appartient d'y procéder, donc à la femme, soit agissant seule si l'aliénation ne concerne que la nue propriété, soit autorisée

du mari si la jouissance de la communauté est en jeu : l'article 1438, § 3, emploie une formule impropre lorsqu'il suppose que l'aliénation est effectuée par le mari avec le consentement de la femme; il y a là un retournement de la vérité juridique auquel il n'y a lieu d'attacher aucune importance.

Mais, ce qui est plus grave, c'est que ce texte ne vise que les aliénations immoblilières : faut-il donc en conclure que le mari peut aliéner librement, sans intervention ni mandat de sa femme, les propres mobiliers de celle-ci?

191. Question pour les propres mobiliers. — Intérêt du problème. — Ce problème, dans les termes qui viennent d'être posés, n'a pas toute l'importance pratique qu'on serait tenté de lui attribuer d'abord; l'intérêt effectif en est limité pour diverses raisons.

1° Il n'existe pas pour les aliénations qui constituent des actes d'administration et qui, à ce titre, rentrent dans les pouvoirs du mari; mais on ne saurait considérer comme telles les aliénations de biens immobiliers par destination, par exemple du cheptel attaché à l'exploitation d'un domaine propre à la femme; c'est bien là un acte de disposition (Civ., 31 juillet 1929, *D. H.*, 1929, 457, *S.*, 1931, 1, 81, note Vialleton).

2° En ce qui concerne les *meubles corporels* régis par l'article 2279, à supposer que l'aliénation en soit incorrecte, l'acquéreur n'en sera pas moins à l'abri des réclamations : il invoquera la règle *en fait de meubles*... Et il faut se rappeler que les titres au porteur sont traités comme meubles corporels.

3° Quant aux titres *nominatifs*, la question que nous examinons est d'ordre bien peu pratique, étant donné que leur aliénation se réalise au moyen de la formalité du *transfert* : jamais un agent de change ou un établissement de crédit n'y procéderont sans exiger la signature du titulaire, c'est-à-dire de la femme, dont le nom figure, par définition même (le titre est *nominatif*) sur les registres de l'établissement émetteur.

L'intérêt du problème n'existe donc que pour les aliénations mobilières, qui, tout en constituant des actes de disposition, portent sur des meubles qui échappent et à l'article 2279 et à la formalité du transfert, soit par exemple des créances ordinaires, des créances civiles : le mari pourra-t-il céder, vendre, de sa seule initiative et sans l'intervention de sa femme, les créances qui appartiennent à celle-ci?

192. Discussion. — L'affirmative a été défendue; elle s'appuie sur le texte de l'article 1428 qui ne limite les pouvoirs du mari que pour l'aliénation des propres immobiliers; sur la tradition qui permettait au mari d'aliéner librement les propres mobiliers; et aussi sur cette particularité que le mari peut poursuivre le recouvrement des créances de la femme (art. 1428, § 2) : n'est-il pas logique de lui permettre de disposer d'un droit dont il lui est loisible d'assurer la réalisation? (*Sic*, AUBRY et RAU, t. VIII, §§ 510 et 522.)

Mais c'est en sens contraire que se sont fixées la doctrine et la jurisprudence : si l'article 1428, § 3, reste muet sur les aliénations mobilières, c'est que, sous le régime de la *communauté légale*, le seul qui soit visé par ce texte, les propres mobiliers sont très rares; quant à la tradition, elle n'est, en notre matière, d'aucune considération : dans notre ancien droit, les propres mobiliers, traités comme des propres imparfaits, tombaient dans la communauté, sauf récompense; c'est pourquoi le mari avait le pouvoir d'en disposer; de nos jours, et à moins qu'ils ne soient consomptibles, ils constituent des propres parfaits, en sorte que la question des pouvoirs du mari se pose sous un angle tout différent. Enfin, il n'est pas légitime de traiter de même le recouvrement d'une créance et sa cession; la première opération est un acte normal d'administration; la deuxième est un acte de disposition.

Après cela, il reste que les pouvoirs du mari sur la fortune personnelle de sa femme ne sont que des pouvoirs d'*administration* (art. 1428, § 1), et que ces pouvoirs ne s'étendent pas aux actes d'aliénation (art. 198, § 1).

On comprend donc que la grande majorité des auteurs de la jurisprudence dominante assimilent les aliénations de propres mobiliers aux aliénations d'immeubles personnels à la femme, réserve faite des actes qui peuvent être considérés comme étant d'administration; c'est la femme qui aliène, qui vend ou qui donne, avec, s'il y a lieu, l'autorisation du mari (Req., 5 nov. 1860, *D. P.*, 1861, 1, 81; 4 août 1862, *S.*, 1862, 1, 935, *D. P.*, 1862, 1, 480; Civ., 17 déc. 1872, *S.*, 1872, 1, 421; *D. P.*, 1873, 1, 154; Riom, 3 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 618).

193. Sanctions. — Si le mari a vendu, seul, un propre de la femme, la vente est nulle, inopposable à la femme; c'est la *chose d'autrui* qui a été vendue, ou donnée, ou échangée. La femme, ou ses héritiers, peuvent donc agir en revendication contre l'acquéreur.

Toutefois, certains obstacles peuvent s'opposer au succès de cette revendication.

1° En matière mobilière, l'acquéreur peut être protégé par la règle *en fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279, § 1).

2° Un autre obstacle peut provenir de l'*obligation de garantie* assumée par le mari. Ce n'est pas toujours qu'elle existe : on peut supposer que l'aliénation a eu lieu *sans garantie*, ce qui est de règle en matière de donation, ce qui est possible même en matière de vente, à supposer que l'acheteur, mis au courant de la situation exacte, ait traité à ses risques et périls (art. 1997). Mais, le plus souvent, la vente engendre la garantie, et l'on peut supposer que le mari ait présenté le propre de sa femme comme un conquêt. En pareil cas, l'obligation de garantie, assumée par le mari, est entrée en communauté, comme toute dette née de son chef; la femme en est donc tenue comme associée, et, si elle revendique son propre, le tiers acquéreur lui répondra que *qui doit garantir ne peut évincer*. Vainement riposterait-elle que l'obligation de garantie ne lui incombe que pour moitié, car la jurisprudence considère cette obligation comme *indivisible* (*sup.*, t. II, n° 1096), en sorte qu'elle neutralise pour le tout la revendication (*Sic*, Req., 8 nov. 1893, *S.*, 1894, 1, 401, note Lacoste, *D. P.*, 1894, 1, 417, rapport Marignan; Chambéry, 6 mai 1885, *D. P.*, 1886, 2, 33, note Flurer, *S.*, 1887, 2, 177, note Ch. Appleton).

Cependant, cette paralysie de la revendication par l'obligation de garantie, n'est pas fatale; elle n'intervient qu'autant que la femme accepte plus tard la communauté; si elle est renonçante, comme elle devient alors étrangère au passif commun, rien ne s'oppose au succès de son action en revendication. D'où il résulte que cette action ne saurait être exercée par elle aussi longtemps que dure la communauté, car on ne sait pas à quel parti elle se rangera plus tard, lors de la dissolution (Chambéry, décision et notes précitées).

194. II. Actes à assimiler aux aliénations. — Assez nombreux sont les actes qui, considérés comme équivalents à une aliénation, rentrent dans le cadre des actes de disposition et demeurent donc interdits au mari.

1° Ce sont les actes *constitutifs de droits réels*; le mari ne peut pas grever les propres de sa femme d'hypothèques, d'usufruit, de servitudes; la sanction consisterait dans le droit, pour la femme, d'exiger la libération de l'immeuble indûment grevé.

2° C'est aussi le *partage* : le mari n'a pas qualité pour procéder au partage de biens propres à la femme; ou, du moins, le partage auquel il procéderait ne serait qu'un partage de jouissance — partage *provisionnel* : il ne porterait que sur les revenus, sur les fruits, non sur le capital, la chose elle-même; il interviendrait ainsi dans la limite des droits de la communauté, usufruitière des propres de la femme (art. 818).

195. — 3° La *conversion de titres nominatifs* en titres au porteur est considérée comme un acte très grave, comme un acte de disposition, à assimiler à une aliénation; c'est à ce point de vue que le législateur s'est placé pour les titres appartenant à des mineurs ou à des interdits (L. 27 fév. 1880, art. 10; *sup.*, t. I^er^, n° 412); et, d'une façon plus générale, l'ordonnance du 29 avril 1831, article 10, exige, pour la conversion au porteur d'une *rente sur l'Etat*, la *capacité d'aliéner*; ces textes ne doivent pas être considérés comme de droit exceptionnel et, par conséquent, strict; ils sont l'expression de cette idée juste que la conversion au porteur constitue, pour un titre nominatif, une menace et une possibilité d'aliénation sans contrôle; elle est l'acheminement vers l'aliénation, et par une voie oblique; la capacité d'aliéner doit donc être exigée chez celui qui y procède. C'est en ce sens que se sont prononcées les décisions intervenues sur la question (on cite, Lyon, 20 janv. 1882, Paris, 2 mars 1897) et qui sont assez rares, car, dans la pratique, les agents de change et les maisons de banque exigent toujours la signature de la femme, en sorte que la question ne se pose même pas.

4° En vertu du principe que l'aliénation indirecte n'est pas permise là où l'aliénation directe est impossible, les *dettes* assumées par le mari ne sont jamais exécutoires sur les propres de la femme : aucune confusion n'existe entre les biens de la communauté et la fortune personnelle de la femme.

196. III. **Acquisitions.** — On s'accorde généralement à traiter les acquisitions ainsi que les aliénations, à les permettre au mari dans la mesure où elles affectent l'allure d'actes d'administration, à les lui interdire pour le surplus. De même qu'il ne saurait aliéner les propres de sa femme, ainsi il ne peut pas lui créer des propres à volonté : les biens qu'il acquiert entrent en communauté, suivant la règle générale précédemment étudiée; et c'est bien pourquoi l'article

818 ne permet pas au mari de procéder seul au partage définitif d'une succession échue à la femme et dont les éléments doivent lui demeurer propres; pourquoi aussi il ne saurait accepter une succession ou une donation *quelconque*, échue à la femme, en dehors de l'intervention de celle-ci (art. 776, § 1, et 934); son mandat ne vas pas jusque-là.

Cette incapacité, pour le mari, d'acquérir des propres à sa femme, comporte deux dérogations qui viennent confirmer la règle :

1° Lorsqu'un bien est acquis en *remploi* d'un propre de la femme, il a lui-même la position juridique de propre, en vertu de la loi de *subrogation réelle* (*sup.*, n° 72); mais ce résultat suppose et la double déclaration de l'article 1435 et, d'après le même texte, l'*acceptation* de la femme; il y a donc adaptation de la règle, plutôt que dérogation;

2° Si le mari acquiert des *parts indivises* dans un immeuble dont la femme était copropriétaire, l'acquisition est présumée, sauf preuve contraire, faite pour le compte de la femme (*sup.*, n° 63).

197. IV. **Exercice des actions.** — Le mari peut exercer seul les actions *mobilières* et les *actions possessoires* (art. 1428, § 2), d'où l'on conclut *a contrario* que les actions *immobilières* pétitoires (revendication d'un immeuble notamment), doivent être *intentées* par la femme, et qu'elle a seule qualité pour y *défendre*. La solution est traditionnelle; il n'y aurait d'exception à admettre que pour les actions intéressant l'*usufruit* des biens de la femme; comme la jouissance appartient à la communauté, le mari a qualité pour la défendre au moyen d'une action confessoire (Bourges, 14 juin 1892, 31 déc. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 406; Orléans, 21 janv. 1898, *D. P.*, 1899, 2, 174), comme aussi en intentant une action en *bornage* qui permettra de déterminer les limites à l'intérieur desquelles s'exerce le droit de jouissance (Req., 19 mai 1936, *S.*, 1936, 1, 281, *D. H.*, 1936, 345).

II

Actes permis au mari

198. Principe et applications. — Ce sont les actes d'administration proprement dits, ceux qui n'engagent pas trop l'avenir, qui n'ont pas une importance capitale.

1° Actes *conservatoires*, sans aucun doute.

2° *Réparations d'entretien*, en y comprenant *les grosses*

réparations : consolidation d'un mur, réfection d'une toiture; mais non pas les travaux d'*amélioration* : il est inadmissible que le mari puisse engager sa femme par des travaux neufs auxquels elle n'aurait pas consenti, et dont elle n'aurait peut-être même pas eu connaissance, notamment par la construction d'une maison. Sans doute, les entrepreneurs auraient une action *de in rem verso* contre la femme, jusqu'à concurrence de la plus-value réalisée, mais non pas une action personnelle pour le règlement intégral des dépenses effectuées (Lyon, 27 juin 1934, *S.*, 1934, 2, 219).

3° *Baux*. La loi permet au mari de donner à bail les propres de la femme jusqu'à concurrence de *neuf années* (art. 1429), et l'autorise aussi à procéder au renouvellement des baux, *trois années* à l'avance pour les biens *ruraux*, *deux années* à l'avance pour les *maisons* (art. 1430)[1]. Les baux consentis pour une durée supérieure ne seraient d'ailleurs pas annulables, mais seulement *réductibles;* inattaquables pendant la durée de la communauté, ils ne sont opposables à la femme, lors de la dissolution de la communauté, que dans les limites déterminées par les articles 1429 et 1430; c'est-à-dire que la femme doit seulement les respecter jusqu'à l'expiration de la période de neuf années alors en cours, donc, au maximum, pendant douze ou onze années, moins une fraction. La *réductibilité*, ainsi comprise, ne peut être invoquée, et *facultativement*, que par la *femme*, ses *héritiers* ou ses *créanciers* agissant obliquement en vertu de l'article 1166 (Civ., 5 janv. 1921, *D. P.*, 1924, 1, 133), mais jamais par le preneur, à moins que la femme n'eût apposé sa signature sur le contrat de bail, auquel cas elle doit, ainsi que ses héritiers, en respecter les clauses, sans limitation de durée.

La *perception de loyers anticipés* n'est possible que pour les loyers ou fermages échus ou à échoir au cours de la communauté, et qui appartiennent donc à celle-ci, non pour ceux dont l'échéance surviendrait après la dissolution de la communauté. Et la même distinction est à faire, pour la même raison, en ce qui concerne les *cessions* de loyers ou de fermages.

4° *Exercice des actions mobilières ou possessoires*. — (Art.

[1] Les articles 1429 et 1430 contiennent pour ainsi dire le droit commun en matière de baux consentis par un administrateur des biens d'autrui; ces dispositions sont appliquées aux baux passés par le *tuteur* (*sup.*, t. I^er^, n° 432), par l'*administrateur légal* (*sup.*, t. I^er^, n° 476) par l'*usufruitier* (*sup.*, t. I^er^, n° 1903).

1428, § 2.) — Le mari peut, en vertu de ce texte, exercer les actions *mobilières pétitoires*, les actions en *responsabilité*, les actions en *recouvrement* de créance, mais non pas les actions relatives à l'état ou à la capacité, lesquelles sont *extrapatrimoniales*, et ne rentrent, à dire vrai, ni dans la catégorie des actions mobilières, ni dans celle des actions immobilières (actions en recherche de paternité ou de maternité, en reconnaissance de nationalité, etc.).

La seule question vraiment discutable est de savoir si le mari peut exercer les actions en réparation d'un *dommage personnel* éprouvé par sa femme, à la suite d'un accident, d'une diffamation, etc., du moins si l'on admet, avec la jurisprudence, que les indemnités compensatrices de ces dommages n'entrent point en communauté (*sup.*, n° 34); il semble que la pratique incline dans le sens du pouvoir (Crim., 23 mars 1866, *S.*, 1866, 1, 311, *D. P.*, 1867, 1, 129; Rennes, 22 nov. 1865, *S.*, 1866, 2, 54; Angers, 28 mai 1866, *S.*, 1866, 2, 212) et cette opinion est généralement adoptée par les criminalistes (Faustin Hélie; Le Poittevin) : mais on trouve quelques décisions dans le sens du refus de l'action (trib. corr. Ruffec, 30 oct. 1902, *S.*, 1903, 2, 180; trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, *D. P.*, 1932, 2, 169, note Cendrier) et l'on peut soutenir qu'une action, telle que celle qui dérive d'une diffamation, est essentiellement attachée à la personne et ne saurait donc être exercée par procuration (*Sic*, Nast, t. I^er^, n° 626).

5° *Recouvrement des créances.* — Le mari, qui a l'exercice des actions mobilières, peut, sans aucun doute, exiger et recevoir le paiement des sommes dues à sa femme, non seulement pour les *revenus*, mais aussi pour les *capitaux* (Civ., 19 août 1857, *D. P.*, 1857, 1, 339; Req., 30 juillet 1900, *S.*, 1901, 1, 259, *D. P.*, 1901, 1, 502).

199. Limite générale aux pouvoirs du mari : la fraude. — Les actes dont nous venons de donner l'énumération, d'ailleurs purement *énonciative*, ne sont valables qu'à la condition de n'être point *frauduleux* : la fraude qui vient limiter les pouvoirs du mari en tant que chef de la communauté (*sup.*, n° 161) vient, à plus forte raison, circonscrire ses pouvoirs de mandataire sur les propres de la femme. C'est ainsi qu'un bail, même consenti dans les limites fixées par les articles 1429 et 1430, pourrait être annulé, comme le décidait l'article 227 de la Coutume de Paris, si le prix avait été fixé au-dessous de toute convenance, dans le but de nuire à la femme ou de favoriser le preneur, parent du mari.

200. Remarque. — Les actes passés par le mari sont opposables à la femme encore qu'ils n'aient pas *date certaine* antérieurement à la dissolution de la communauté; en ce qui les concerne, la femme n'est pas un tiers, puisqu'elle a été représentée par son mandataire, le mari; elle ne peut donc se réclamer de l'article 1328 pour en contester l'exactitude de la date; sans doute, l'*antidate* pourrait être prouvée, mais le fardeau de la preuve incomberait à la demanderesse.

III

Actes permis à la femme

200*bis*. Elimination. — Il faut mettre de côté le cas où la femme se serait réservé, par une clause du contrat de mariage, parfaitement valable et qui sortirait tous ses effets, l'administration de ses propres.

Hors de cette éventualité, bien rare sous un régime de communauté légale qui fonctionne normalement en l'absence de contrat, il y a lieu, pour déterminer la mesure dans laquelle la femme participe à la vie juridique de sa fortune personnelle, de distinguer entre les *actes de disposition*, les *actes d'administration* et les actes *purement conservatoires*.

1° Pour les *actes de disposition*, une distinction s'impose depuis que la femme a le plein exercice de sa capacité civile; en combinant le principe de la capacité avec la règle qui attribue au mari, en tant que chef de la communauté, la jouissance des propres de la femme, on aboutit à cette conclusion que cette dernière va pouvoir disposer librement de la nue propriété de ses biens personnels, puisqu'en ce faisant elle ne va à l'encontre ni des pouvoirs attribués au mari à qui les actes de disposition sont interdits, ni du droit de jouissance dont se trouve investi le chef de la communauté (*Sic*, trib. civ. Seine, 18 nov. 1938, *Gaz. Pal.*, 5 janv. 1939); en revanche, elle doit respecter ce droit de jouissance, ce qui revient à dire que les aliénations auxquelles elle procède ne sauraient porter sur la pleine propriété de ses biens, et qu'elle ne pourrait donc pas, par exemple, vendre un de ses immeubles, librement, ni même avec l'autorisation de justice, laquelle ne saurait faire grief au droit de jouissance du mari (*sup.*, n° 137; jugement précité); l'intervention de ce dernier, sous une forme ou sous une autre, qu'on lui donne ou qu'on lui refuse le nom d'autorisation, serait nécessaire pour obtenir ce résultat.

La même solution est à donner pour les *actes constitutifs*

de droits réels, comme aussi pour le *partage* des biens propres de la femme, et cela en vertu de l'article 818 qui n'a pas été abrogé expressément par la loi de 1938 et qui est à considérer comme étant toujours en vigueur (*inf.*, n° 1075) : la femme ne pourra procéder au partage qu'autorisée de son mari ou de justice.

2° En ce qui concerne les *actes d'administration*, il était admis assez couramment, sous l'empire du Code civil, qu'ils pouvaient être effectués indifféremment, soit par le mari agissant seul et en tant qu'administrateur, ce qui était le procédé normal, soit aussi par la femme elle-même, dûment autorisée (*Sic*, pour l'exercice des actions mobilières, Lyon, 20 mai 1910, *D. P.*, 1911, 2, 32; Aubry et Rau, t. VIII, § 510, texte et note 10*bis*; Lenoan, t. X du *Cours* de Ch. Beudant, n° 432). Comme la femme a, depuis 1938, le plein exercice de sa capacité civile, et que la nécessité de recourir à une autorisation a été supprimée pour elle en thèse générale, on pourrait être tenté d'en conclure qu'elle peut aujourd'hui procéder seule et sans autorisation à de tels actes. Mais le résultat auquel on aboutirait en admettant ainsi les actions parallèles et indépendantes des deux époux, serait déplorable; l'initiative de la femme demande, à peine d'aboutir à l'incohérence et à une dyarchie voisine de l'anarchie, à être appuyée par le mari qui exercera ainsi un contrôle qu'on ne saurait lui refuser, à lui qui a l'administration de la fortune de la femme et qui encourt, de ce chef, une responsabilité éventuelle. C'est pourquoi nous estimons qu'à cet égard, rien n'a été changé au droit antérieur par la loi de 1938; comme autrefois, les époux ont à opter entre deux techniques : ou bien le mari agira seul, ainsi que l'article 1428 lui en confère le droit; ou bien la femme prendra l'initiative de l'acte, mais autorisée du mari, ou, à défaut, de justice.

3° Pour ce qui est des *actes purement conservatoires*, il y a lieu d'en permettre librement l'accès à la femme qui n'a pas besoin, pour y procéder, d'une quelconque autorisation; c'est ce qu'on décidait déjà antérieurement à la loi de 1938 et c'est ce qu'on doit donc admettre, à plus forte raison, depuis que cette loi a conféré à la femme la capacité civile; de tels actes, tels l'inscription d'une hypothèque ou la rédaction d'un inventaire, ne sont jamais bien compromettants et la possibilité de deux interventions concurrentes est, en ce qui les concerne, sans inconvénients graves.

§ II. — *RESPONSABILITÉ DU MARI*

201. Principe. — Le mari est un administrateur *responsable* : article 1428, § 4; comme un mandataire ordinaire, il répond des fautes commises dans sa gestion (art. 1992, § 1).

202. Applications. — Le mari doit interrompre les *prescriptions* menaçantes; assurer le *recouvrement* des créances de la femme, poursuivre les débiteurs, louer ou affermer les immeubles, procéder aux *réparations* d'entretien, voire aux grosses réparations, contracter les *assurances* d'usage, notamment contre l'incendie; acquitter les impôts; exiger le paiement de la dot (Req., 19 janv. 1863, *D. P.*, 1863, 1, 86; 22 juillet 1889, *motifs*, *D. P.*, 1890, 1, 421; 26 fév. 1908; *D. P.*, 1910, 1, 223). En un mot, il est responsable, suivant la formule de l'article 1428, § 4, de *tout dépérissement* survenu par sa faute.

203. Remarque. — La responsabilité du mari, en tant qu'administrateur des propres de sa femme, ne lui demeure pas personnelle : les obligations qu'il assume à ce titre entrent en communauté, ainsi que toutes les dettes nées de son chef; en conséquence, la femme doit supporter, jusqu'à concurrence de la moitié, les conséquences de la négligence, de la mauvaise gestion de son mari.

Chapitre III

La contribution aux charges du ménage

204. Code civil. — Le système du Code civil était des plus simples : sous le régime de la communauté légale, tous les biens contribuent, au moins par leurs revenus, aux charges du ménage; tous sont dotaux, en capital ou en jouissance; et comme, d'autre part, le mari en avait l'administration intégrale, il jouait le rôle de répartiteur, accomplissant cette tâche quasi souverainement, sauf, pour la femme, la faculté de demander la séparation de biens si l'administration maritale mettait sa dot en péril.

205. La loi du 13 juillet 1907. — Cette situation a été modifiée profondément par la loi du 13 juillet 1907 dont l'article 7 décidait que, « faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux

charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher, des salaires ou du produit du travail de son conjoint, une part en proportion de ses besoins ».

Ce texte établissait ainsi, pour chacun des époux, l'obligation de subvenir aux charges du ménage *dans la mesure de ses facultés*, avec, comme sanction, le droit, pour l'époux sacrifié, de saisir-arrêter les produits du travail de son conjoint : à chacun selon ses facultés, selon ses ressources. Il résulte de là que la femme, si elle a un pécule réservé, ne peut pas garder pour elle seule les gains réalisés pour les consacrer à des dépenses personnelles, de pur luxe, ou pour les thésauriser; elle doit les faire servir, dans une mesure équitable, aux charges du ménage.

La réforme accomplie en 1907 procédait d'un esprit excellent, mais son mode de réalisation était singulièrement défectueux : la discordance éclatait entre la première partie de la loi, laquelle se référait seulement au libre salaire de la femme mariée, et la partie finale, représentée par les articles 7 à 10, dont les dispositions avaient une portée beaucoup plus générale, puisqu'elle venaient sanctionner une obligation incombant au mari vis-à-vis de la femme, aussi bien qu'à celle-ci à l'égard de son mari, et abstraction faite de la question du pécule réservé; cependant, la loi devenait à nouveau spéciale lorsque, dans son article 7, elle limitait l'objet de la saisie pratiquée par le conjoint créancier d'aliments, aux salaires et au produit du travail du conjoint débiteur, en sorte que la sanction n'intervenait effectivement qu'au cas où le conjoint qui se dérobait à ses obligations, que ce fût le mari ou que ce fût la femme, exerçait une profession et gagnait de l'argent : c'était seulement sur cet argent que la saisie pouvait porter, à l'exclusion des revenus ne provenant pas du travali de l'époux débiteur; la sanction était donc singulièrement plus limitée que l'obligation dont elle venait assurer l'observation.

206. La loi du 18 février 1938. — Cette loi — celle-là même qui a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile — a perfectionné le système élaboré par le législateur de 1907, et cela à un double point de vue :

1° En ce qui concerne *la méthode* : les dispositions dont s'agit sont distraites de la loi du 13 juillet 1907 avec laquelle elles n'avaient rien ou peu de chose à voir, pour être transplantées et intégrées dans le Code civil, sous l'article 214 qui s'en trouve considérablement revu et augmenté; du

même coup, les articles 7 à 10 de la loi de 1907 sont expressément abrogés (l. 18 fév. 1938, art. 2).

2° En ce qui concerne la portée, *l'étendue de la sanction* édictée : la saisie-arrêt pratiquée par le conjoint créancier d'aliments peut porter désormais, non seulement sur les salaires et le produit du travail de l'époux récalcitrant, mais sur *toutes espèces de revenus*, quelle qu'en soit la source, qu'ils proviennent ou non de l'activité profesionnelle du débiteur (art. 214, § 3, nouv. réd. de 1938) ; le système revêt ainsi un double caractère, de *réciprocité*, le mari et la femme y étant soumis l'un comme l'autre, et de *généralité*, tous les revenus du conjoint débiteurs pouvant être frappés d'une saisie-arrêt, sur l'initiative du conjoint créancier; de cette façon, la sanction, qui est ladite saisie-arrêt, a exactement la même portée que la règle dont elle assure l'application, à savoir l'obligation, pour chacun des époux, de contribuer, proportionnellement à ses facultés, aux frais du ménage et à ceux d'éducation des enfants (art. 214, §§ 1 et 2, nouv. réd.).

207. Nature et aménagement de la sanction spéciale de l'obligation de contribution aux charges du ménage. — La voie d'exécution mise au service de l'époux sacrifié, sur qui pèsent en fait trop lourdement et injustement les charges du ménage, n'est autre qu'une *saisie-arrêt*, soumise à des règles particulièrement libérales et qui se poursuit sur le plan d'une procédure simplifiée : les deux époux sont appelés devant le juge de paix par une lettre recommandée du greffier indiquant la nature de la demande (art. 214, § 4, nouv. réd.) ; ils doivent comparaître en personne, sauf cas d'empêchement absolu et dûment justifié. Le juge de paix rend, s'il y a lieu, un jugement de validation de la saisie-arrêt; cette décision est notifiée et à l'époux dont les ressources sont saisies-arrêtées, et aux tiers débiteurs, par exemple au patron, du mari ou de la femme suivant le cas : on l'avise qu'il devra remettre le salaire ou les appointements, non plus à son ouvrier ou employé, mais au conjoint. Cette signification du jugement « *vaut par elle-même attribution des sommes saisies* » (art. 214, § 6). La décision du juge de paix a des effets étendus en ce sens qu'elle est *exécutoire par provision*, sans caution, fût-elle frappée d'appel ou d'opposition (art. 214, § 7), et surtout en ce sens que l'époux saisissant est préféré aux autres créanciers opposants, même antérieurs, ainsi qu'il a été dit, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1907, par le rapporteur à la Chambre des

députés : les sommes saisies-arrêtées, ayant un caractère *alimentaire*, la saisie doit être satisfaite de préférence à toutes autres.

Dans sa disposition finale, l'article 214 spécifie qu' « *une nouvelle décision peut toujours être provoquée si un changement des situations respectives le justifie* » : l'obligation alimentaire étant toujours sujette à revision (*sup.*, t. I^er^, n^os^ 1154 et 1171), le jugement qui en consacre et en précise la réalisation n'a jamais une valeur définitive; il est lui-même sujet à revision à raison des changements survenus dans les situations pécuniaires respectives du mari et de la femme, tenus de contribuer aux charges du ménage proportionnellement à leurs facultés du moment.

Chapitre IV

La dissolution de la communauté

Articles 1441 et suivants

208. Modes de dissolution ; énumération. — L'article 1441 cite, comme modes de dissolution de la communauté : la *mort naturelle*; la *mort civile*; le *divorce*; la *séparation de corps*; la *séparation de biens*.

De cette liste, il convient de défalquer la mort civile, abolie par la loi du 31 mai 1854; mais il faut la compléter avec l'*annulation* du mariage et l'*absence* d'un époux; ce qui porte à *six* les modes de dissolution de la communauté.

209. Classifications. — Plan. — 1° On classe ordinairement ces causes de dissolution dans deux catégories suivant qu'elles s'attaquent à la communauté *par voie de conséquence*, indirectement, ou selon qu'elles agissent directement sur elle, et *par voie principale*; à la première espèce ressortissent les événements qui rompent le mariage lui-même — décès, divorce, annulation; à la deuxième, ceux qui, impliquant le maintien de l'union, n'affectent que le régime matrimonial — séparation de corps, séparation de biens, absence.

2° Une autre classification est possible dont l'importance juridique est peut-être supérieure : il est des modes qui agissent *sans* rétroactivité, *ex nunc*, d'autres qui opèrent rétroactivement, *ex tunc*, et cette seconde catégorie se

dédouble elle-même, suivant que la rétroactivité est limitée aux époux ou qu'elle se réalise *erga omnes*.

On aboutit ainsi à la division tripartite suivante qui nous servira de plan :

a) Modes de dissolution qui opèrent sans aucune rétroactivité : *décès, absence, annulation du mariage*;

b) Mode qui opère rétroactivement, *erga omnes* : la *séparation de biens*;

c) Modes qui, intermédiaires entre les deux catégories précédentes, ne rétroagissent qu'entre les parties : *divorce, séparation de corps*.

Observation générale, commune à tous les modes de dissolution : les pouvoirs du mari cessent avec la dissolution de la communauté; dès ce jour, le régime communauté fait place à une indivision ordinaire; il n'y a plus de patrimoine d'affectation, mais une simple communauté en liquidation; le mari n'est donc plus chef de la communauté disparue et il ne peut plus administrer qu'avec le consentement de la femme ou de ses héritiers (trib. civ. Seine, 21 juin 1932, *D. P.*, 1932, 2, 19, note Nast).

Section I. — MODES DE DISSOLUTION QUI OPÈRENT « EX NUNC » SANS AUCUNE RÉTROACTIVITÉ

210. Enumération. — On rencontre, dans ce premier compartiment : le décès de l'un des époux, l'absence, parfois l'annulation du mariage.

§ I. — *DÉCÈS DE L'UN DES ÉPOUX*

211. Caractéristiques. — Le décès de l'un des époux constitue le mode *normal* de dissolution de la communauté; il opère par voie de *conséquence* et *sans rétroactivité*.

Mais du moins met-il fin à la communauté sur-le-champ : la *communauté continuée* a été condamnée par le Code civil.

212. La communauté continuée. — Dans notre ancien droit, il en allait autrement : la communauté se continuait après le décès de l'un des époux, dans le cas où le survivant avait négligé l'accomplissement d'une obligation particulièrement pressante, celle de faire *inventaire*; à titre de *sanction*, le défaut d'inventaire entraînait, au moins dans certaines coutumes, dont celle de Paris, la continuation de la communauté entre le survivant et les héritiers du prédécédé, en sorte que les acquisitions posthumes du survivant continuaient à alimenter la masse commune : les héritiers pou-

vaient exiger — la continuation de la communauté était pour eux une faculté — que le partage eût lieu comme si la communauté avait duré jusqu'au jour de leur demande en partage; c'était donc, on le voit, *contre le conjoint survivant* que se réalisait cette continuation anormale de la communauté. (V. POTHIER, *La Communauté*, nos 767 et suiv.; BONNECASE, *L'Institution de la communauté continuée.*)

Cette institution a trouvé place dans le Code civil *allemand* où elle est l'objet d'une réglementation minutieuse (art. 1483 à 1518), ainsi que dans le Code civil *suisse* (art. 244 à 251) : sous le nom de *communauté prolongée*, elle fait figure d'institution régulière, en dehors de toute idée de pénalité civile, de sanction d'une faute commise par le survivant.

Notre Code civil, au contraire, a proscrit toute continuation posthume de la communauté, même à titre de sanction du défaut d'inventaire : cette institution était devenue, dans notre ancienne France, une source de complications et de procès, surtout en cas de remariage du survivant : l'article 1442 décide que « *le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté* »; et la loi du 1er juin 1924, portant introduction des lois françaises en *Alsace* et en *Lorraine*, a décidé, faisant pièce à la règle de la non-rétroactivité, qu'aucune continuation de communauté ne pourrait plus désormais se réaliser dans les provinces recouvrées (art. 134 de la loi) : c'est la francisation immédiate du droit matrimonial.

213. Sanctions du défaut d'inventaire. — A défaut de la continuation de la communauté, il fallait prendre d'autres mesures pour inciter le conjoint survivant à procéder, assez rapidement, à l'inventaire de la communauté; car, jusque-là, des fraudes, des dissimulations sont à craindre de sa part, qui porteraient atteinte aux légitimes intérêts des héritiers, lesquels, dans la plupart des cas, ne sont autres que les enfants issus de l'union rompue par le décès d'un des conjoints. De là les trois *sanctions* édictées dans l'article 1442.

A. Une *première* sanction est d'ordre général : elle fonctionne quelle que soit la qualité des héritiers du prédécédé; on les admet à prouver la consistance de la communauté par tous les moyens possibles, par *titres* et même par *la commune renommée* (art. 1442, § 1), donc, à plus forte raison, par *témoins*. Il y a là un grave danger pour le conjoint survivant qui encourt la sanction adéquate de sa négligence, de son retard.

214. — B. *Deux* autres sanctions sont limitées au cas où le survivant a en face de lui des *enfants mineurs issus du mariage*; c'est alors que son inertie est particulièrement condamnable; en conséquence :

1° La loi lui enlève la *jouissance légale* des biens des enfants mineurs de dix-huit ans (art. 1442, § 2); de *tous leurs biens*, et non pas seulement de ceux qui constituent leur part dans la communauté;

2° Le Code civil, pour plus de sûreté, s'en prend au *subrogé tuteur* qu'il déclare *solidairement responsable* avec le conjoint survivant; il est tenu avec lui, *in solidum*, de toutes les condamnations prononcées au profit des mineurs (même texte). Deux garanties valent mieux qu'une; et d'ailleurs, le subrogé tuteur aurait dû veiller à la confection de l'inventaire en temps utile (art. 451, § 1).

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer la portée de cette dernière sanction : le subrogé n'est pas responsable de toutes les conséquences de la tutelle, de tout le compte de tutelle, mais seulement des *conséquences du défaut d'inventaire*, comme si des biens communs ont été détournés ou comme si le survivant s'est indûment approprié les revenus des biens des enfants, malgré la déchéance de son droit de jouissance.

215. Dans quels cas, au juste, ces sanctions sont encourues. — La question revient à savoir dans quel *délai* le conjoint survivant doit faire *inventaire*. Comme la loi ne s'en explique pas, on s'en réfère au droit commun, tel qu'il ressort des articles 795, 1456 et 1465 : notamment, l'*héritier* dispose d'un délai de *trois mois*, à compter de l'ouverture de la succession, pour faire inventaire (art. 795, § 1); il faut admettre, dans le silence de l'article 1442, que le législateur a entendu accorder le même délai au *conjoint* survivant, commun en biens, pour procéder à l'inventaire de la communauté.

216. Jurisprudence libérale. — La jurisprudence, dans l'application de cette règle incontestée, fait preuve du plus grand libéralisme; elle considère que le défaut d'inventaire dans les trois mois entraîne les sanctions de l'article 1442, non pas obligatoirement, mais facultativement; le juge apprécie; il se reconnaît le droit d'éviter au survivant les sanctions rigoureuses édictées par la loi, non seulement si un cas de *force majeure* peut être invoqué par lui, mais du moment que son retard s'explique par des raisons plausibles, par de *justes motifs*, constitutifs de la *bonne foi*; si

bien qu'en définitive, les dispositions de l'article 1442 ne jouent que contre le conjoint de mauvaise foi ou qui s'obstine dans une inertie injustifiée (Req., 30 juin 1920, *D. P.*, 1921, 1, 157; Bordeaux, 17 mars 1875, *D. P.*, 1877, 2, 207; Pau, 28 mars 1886, *D. P.*, 1887, 2, 166).

217. Formes de l'inventaire. — Bien que l'article 1442 soit également muet sur ce point, on décide que l'inventaire doit être rédigé dans la forme notariée (art. 1456; C. pr. art. 942 à 944). A moins cependant que toutes les parties, majeures et maîtresses de leurs droits, n'aient souscrit à la forme privée : il leur serait alors loisible de dispenser le survivant de tout inventaire; à plus forte raison peuvent-elles l'affranchir de la forme authentique.

Conformément à l'article 1456, § 2, cet inventaire doit être *affirmé sincère et véritable*, lors de sa clôture, devant le notaire.

218. Les droits de la veuve. — Lorsque c'est le mari qui est prédécédé, la *veuve* bénéficie de faveurs particulières, qui sont traditionnelles (Pothier, *La Communauté*, n^os^ 275, 542, 678; *Le droit d'habitation*, n^os^ 1 et suiv.) et qui s'expliquent par des considérations de convenance et de courtoisie : on les désigne sous le nom de *droits de viduité*.

1° La veuve, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, peut prendre, *aux frais de la communauté*, pendant les *trois mois quarante jours* qui lui sont accordés pour faire inventaire et pour délibérer, sa *nourriture* et son *logement* (art. 1465).

En ce qui concerne la *nourriture*, il faut noter que la veuve a droit aux aliments, non seulement pour elle, mais pour ses *domestiques* (art. 1465, § 1), et aussi, on l'admet, pour les enfants communs; et que la loi lui permet à défaut de «provisions existantes», c'est-à-dire d'argent liquide, de se procurer des ressources au moyen d'un *emprunt « au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément »*.

Pour ce qui est du *logement*, il s'agit là, non pas d'un droit réel, mais d'un simple droit de créance contre la communauté; ce droit s'exerce différemment suivant les cas, selon que la maison habitée est tenue à titre de propriété ou à titre de location; dans ce dernier cas, le plus fréquent de beaucoup dans les agglomérations, la veuve n'a pas à contribuer au paiement du loyer, dont le règlement incombe à la communauté.

2° La loi accorde, en outre, à la veuve une indemnité pour

son *deuil*, et aussi, dans l'opinion généralement reçue, pour celui de ses domestiques (art. 1481).

Cette indemnité, qui doit être fournie en *argent* et dont le montant est réglé *selon la fortune du mari* (art. 1481, § 2), est due à la femme renonçante comme à la femme acceptante; mais elle diffère des créances de logement et de nourriture en ce qu'elle incombe à la *succession* et non pas à la communauté (art. 1481, § 1).

§ II. — *ABSENCE*

219. Particularité. — L'*absence*, qui ne dissout pas le mariage (*sup.*, t. I[er], n° 901), est, au contraire, susceptible de dissoudre la communauté, au moins à supposer que l'incertitude qu'elle implique se prolonge indéfiniment, aucune nouvelle ne parvenant jamais de la vie ou du décès du disparu : la communauté est alors réputée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles.

220. Droit d'option du conjoint présent. — Le résultat que nous venons d'enregistrer ne se produit pas immédiatement; on sait qu'en matière d'absence, notre législateur observe la plus grande prudence en s'efforçant de concilier, autant que possible, les intérêts de l'absent et ceux des présents. C'est ainsi qu'il confère à l'époux présent une option dont les deux termes sont : la *dissolution immédiate* de la communauté ou sa *continuation provisoire*.

1° *Dissolution immédiate de la communauté.* — Si le conjoint présent opte pour ce premier parti, il déclenche l'*envoi en possession provisoire* qui sera prononcé au profit de tous ceux qui ont à faire valoir des droits subordonnés au décès de l'absent (art. 123); en conséquence, la communauté, réputée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, sera liquidée comme si l'absent était décédé à cette date. Mais tout cela *provisoirement* : si l'absent reparaît, la communauté *revit rétroactivement*, réserve faite cependant des actes régulièrement accomplis par le conjoint présent (arg., art. 131); si l'on est fixé sur le jour de son décès, c'est à ce jour que la communauté sera dissoute, et non plus à celui de sa disparition.

Précisément parce que la dissolution de la communauté n'est que provisoire, la loi veut que le conjoint présent donne *caution « pour les choses susceptibles de restitution »* (art. 124, § 1).

2° *Continuation provisoire de la communauté.* — Si le

conjoint présent opte pour ce deuxième parti, les conséquences sont les suivantes :

a) L'envoi en possession provisoire devient impossible, au profit de quiconque (art. 124, § 1) ;

b) La communauté n'est pas dissoute, même provisoirement;

c) Il faut donc qu'elle soit *administrée* : elle l'est par le conjoint présent, lequel va « *prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent* » ; il *prend* cette administration, si c'est le mari qui est absent; la femme présente acquiert ainsi de nouveaux pouvoirs qui ne lui appartenaient pas jusqu'alors; il la *conserve* si c'est la femme qui est en état d'absence; le mari continue à gérer les trois patrimoines; le *statu quo ante* est alors maintenu, tandis qu'il est gravement modifié dans l'éventualité de l'absence du mari, et cela dans une proportion qu'il importe de préciser : 1° d'une part, les pouvoirs d'administration de la femme s'étendent, non seulement aux biens communs, mais aux trois patrimoines, y compris les biens personnels du mari (arg., art. 124, § 1 : « *l'administration des biens de l'absent* ») ; 2° d'autre part, il semble difficile de reconnaître à la femme, sur les biens dont l'administration lui est confiée, des pouvoirs égaux à ceux qui appartenaient au mari; on admet généralement qu'elle doit être traitée simplement comme un *envoyé en possession provisoire* (Orléans, 22 nov. 1850, *D. P.*, 1851, 2, 70; Nast, t. II, n° 745) ;

d) Dans tous les cas, l'époux présent, qui opte pour la continuation de la communauté, doit faire *inventaire* des biens de l'absent et des biens communs (art. 126, § 1) ; mais il n'est pas tenu de fournir caution.

221. Caractère provisoire de la continuation de la communauté. — La communauté continuée n'est qu'un régime provisoire qui est destiné à prendre fin : par le *décès du conjoint présent*, par un *changement de volonté* de sa part, par la *nouvelle du décès de l'absent*, enfin par l'*envoi en possession définitif*; car, dans ce dernier cas, tous les ayants droit peuvent demander le partage des biens de l'absent (art. 129).

222. Résumé. — On le voit, l'absence de l'un des époux ne dissout pas nécessairement et par elle-même la communauté, qui prendra fin le jour du décès, non le jour de la disparition ou des dernières nouvelles, si des informations précises parviennent ultérieurement à ce sujet. Pour que

l'absence fonctionne comme mode spécial de dissolution, il faut supposer, d'une part, que le disparu ne reparaît pas, d'autre part, qu'on reste sans nouvelles de lui; alors, au bout d'un certain temps, la situation provisoire, établie, en suite de la disparition, deviendra, en fait, une situation définitive, et l'on pourra dire que la communauté a été dissoute par l'absence de l'un des époux.

§ III. — *ANNULATION DU MARIAGE*

223. Principe. — En principe, l'annulation du mariage ne dissout pas, à proprement parler, la communauté, puisqu'elle opère rétroactivement, puisqu'elle efface le mariage lui-même, donc la communauté conjugale : ce qui n'a jamais existé ne saurait prendre fin. En conséquence, les intérêts pécuniaires des époux sont réglés sur la base d'une *société de fait*.

224. Mariage putatif. — Ces règles sont écartées lorsque le mariage est *putatif*, l'un des conjoints au moins ayant été de bonne foi; alors, la nullité ne produit d'effet que dans l'avenir; elle opère assez exactement comme un mode de dissolution, puisque les effets antérieurement produits sont maintenus, même après le jugement de nullité (*sup.*, t. I[er], n° 861); d'où il ressort que la communauté, comme le mariage, est à considérer comme ayant persisté jusqu'au jour du jugement; dissoute à cette date, elle est liquidée en conformité du statut matrimonial; il est alors exact de voir dans la nullité du mariage une cause de dissolution de la communauté.

Bonne foi unilatérale. — Mais cette solution, d'une application assez aisée lorsque le mariage était putatif de la part des deux époux, suscite des difficultés lorsque, l'erreur ayant été unilatérale, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants (art. 202); on aboutit alors à cette constatation que le mariage, et, avec lui, la communauté, disparaît, *ex nunc*, pour l'époux de bonne foi, et *ex tunc*, rétroactivement, à l'encontre du conjoint de mauvaise foi : comment résoudre cette situation inégale et sortir de cette impasse? On y parvient en donnant à l'époux de bonne foi le choix entre les deux partis; il optera entre le statut de la communauté légale et celui des sociétés de fait, entre la non-rétroactivité et la rétroactivité, mais étant entendu que ce sera tout l'un ou tout l'autre; si les

règles de la communauté légale sont applicables en tant qu'elles favorisent les intérêts de l'époux de bonne foi, elles s'imposent du même coup dans ce qu'elles ont de défavorable pour lui (AUBRY et RAU, t. VII, § 460; NAST, t. II, n° 684).

SECTION II. — MODES DE DISSOLUTION QUI OPÈRENT « EX TUNC » AVEC RÉTROACTIVITÉ

LA SÉPARATION DE BIENS PRINCIPALE

Sources : Art. 1443 à 1452; C. pr., art. 865 à 874; l. 19 déc. 1928; l. 14 juillet 1929; l. 28 mars 1931, art. 5.

225. Précision. — Nous éliminons de notre exposé et la séparation des biens instituée par contrat de mariage ou *séparation de biens contractuelle*, et celle qui intervient en conséquence de la *séparation de corps* prononcée judiciairement entre les époux (séparation de biens *accessoire*; art. 311, *sup.*, t. I^er^, n° 992), pour ne retenir que la *séparation de biens principale*, qui est *prononcée* sur une *demande* introduite à cet effet par la femme au cours du mariage et qui tend à protéger la dot compromise par la mauvaise administration maritale.

226. Rôle et dangers de la séparation de biens principale. — Cette institution, destinée à protéger les intérêts de la femme, figure parmi les procédés utilisés pour faire contrepoids aux pouvoirs du mari; elle constitue à la fois une sanction et une mesure préventive par rapport aux actes de dilapidation, de malversation, auxquels la femme est exposée de la part du mari : en dissociant ses intérêts, elle lui permettra de sauver sa mise, dans la mesure du possible, et de reprendre l'administration et la jouissance de ses biens.

Mais la médaille comporte un revers: il est à craindre que les époux ne mésusent de cette mesure protectrice pour compromettre frauduleusement les intérêts des *créanciers du mari et de la communauté* qui verront échapper à leur action une partie des biens d'une communauté désormais dissoute, ainsi que les revenus des propres de la femme, sans compter que la liquidation occasionnelle de la communauté risque de manquer de sincérité, les époux ayant parfois une pro-

pension à enfler la part de la femme, à exagérer les reprises auxquelles elle a droit : d'où des précautions qui sont prises par la loi pour éviter les abus dont la séparation de biens pourrait être l'occasion.

227. Remarque. — La séparation de biens peut intervenir sous tous les régimes, excepté, à notre avis et sauf controverse, sous le régime de la séparation de biens contractuelle (*inf.*, n° 538), car le but à quoi elle tend, la sauvegarde de la dot, n'est point limité aux régimes communautaires; cependant, le Code civil a réglementé cette institution à propos de la communauté légale, non seulement parce que c'est le régime de droit commun et le plus usité, mais aussi parce que c'est dans le cadre communautaire qu'elle produit le maximum d'effets. Il importait cependant de souligner la généralité de sa fonction.

228. Plan. — Nous examinerons :
1° Les *causes* de la séparation de biens;
2° *Par qui* elle peut être demandée;
3° Sa *procédure*;
4° Les *effets* qu'elle produit.

I

Causes de la séparation de biens

229. Principe. — Le Code civil emploie, pour déterminer les causes de la séparation de biens, une formule compréhensive et souple; il faut que la *dot* soit mise en *péril* et que le *désordre* des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme (art. 1443, § 1).

Précisons : 1° quels sont au juste les biens, les intérêts de la femme dont le péril est pris en considération par la loi; 2° quand on peut dire que ces biens et ces intérêts soient en péril au sens de l'article 1443.

230. I. Quels sont au juste les biens, les intérêts de la femme dont le péril est pris en considération par la loi? — Ce sont tous les biens, tous les intérêts qui se rapportent à la *dot*, au sens juridique du mot (*sup.*, n° 9).

1° On ne distingue pas entre les biens que la femme a apportés lors du mariage et ceux qui lui sont advenus par la suite; la dot *présente* comme la dot *future* sont protégées contre le désordre des affaires du mari; et aussi la dot

éventuelle : une femme, qui n'a actuellement aucune espèce de dot, peut demander la séparation de biens en vue de sauvegarder les successions qu'elle est appelée à recueillir un jour (Bordeaux, 26 mars 1902, *D. P.*, 1902, 2, 216; Comp., Req., 11 août 1870, *D. P.*, 1871, 1, 288).

2° On ne distingue pas davantage entre les biens dont la femme a conservé la propriété et ceux qui sont entrés en communauté de son chef; les créances, les *reprises* de la femme sont protégées comme ses biens en nature (art. 1443, § 1); mieux que cela, la dilapidation des biens entrés en communauté du chef de la femme motive de sa part une demande en séparation, alors même qu'ils y seraient entrés définitivement et *sans récompense*; car, même dans cette éventualité, ils ont le caractère dotal, la femme les ayant apportés au mari (art. 1540) et pouvant légitimement espérer qu'elle les retrouvera, pour moitié, lors du partage de la masse commune.

3° Les *revenus* sont protégés comme les *capitaux*, ceux des biens communs au même titre que ceux des propres de la femme (Civ., 7 février 1894, *D. P.*, 1894, 1, 164; Dijon, 24 juillet 1895, *D. P.*, 1896, 2, 359).

Ce sont donc, en résumé, *tous les biens dotaux* au sens de l'article 1540 qui sont visés et protégés par l'article 1443, sans distinguer selon qu'ils sont entrés ou non dans la communauté, qu'ils sont ou non sujets à restitution de la part du mari, qu'ils sont advenus à la femme avant ou pendant le mariage, ou qu'ils doivent lui échoir ultérieurement, ni selon qu'ils affectent la forme d'une propriété corporelle ou d'une action en reprise, ni enfin suivant qu'ils revêtent la forme de capitaux ou de revenus.

231. II. **Quand peut-on dire que la dot soit mise en péril?** — C'est là une question de fait, laissée à l'appréciation du juge : la dot est considérée comme mise en péril si le mari est *insolvable* ou si, commerçant, il est déclaré en état de *faillite*; ou encore s'il commet, *tout en restant solvable*, des *dilapidations*, s'il dissipe follement les revenus, les détournant ainsi de leur destination légale; ou bien s'il administre mal, avec négligence ou avec malveillance.

On n'exige d'ailleurs pas que le péril provienne d'une faute caractérisée commise par le mari; pourvu qu'il tienne à son *fait*, au *désordre de ses affaires* (art. 1443, § 1), on ne s'inquiète pas de la question de sa responsabilité, ou, si l'on veut, il est tenu pour responsable de plein droit. A cet égard, le système jurisprudentiel a quelque chose d'*objectif*; c'est

ainsi que le mari ne serait pas admis à repousser la demande de séparation de biens en offrant de prouver que le désordre de ses affaires provient des dépenses excessives et somptuaires faites par sa femme; on lui répondrait qu'il lui appartenait, à lui, chef de la famille et administrateur de la communauté, de mettre un frein à ces dépenses en retirant ou en limitant le mandat domestique dont sa femme abusait; celle-ci peut donc étayer sa demande sur une situation qu'elle a contribué à créer; elle peut se prévaloir des résultats de sa propre faute (Dijon, arrêt précité).

232. Démence, interdiction, faiblesse d'esprit. — On s'est demandé si la femme peut baser sa demande sur la *folie* du mari, sur son *interdiction*, sur sa *faiblesse d'esprit*; dans l'opinion dominante, ces circonstances ne sont pas, à elles seules et par elles-mêmes, des causes de séparation de biens; elles commandent plutôt, la première, une demande tendant à l'interdiction; le deuxième, le remplacement du tuteur du mari interdit, si, par hypothèse, il administre mal; la troisième, la nomination d'un conseil judiciaire. Mais il est évident que la séparation de biens serait prononcée si, par suite de la démence ou de la faiblesse d'esprit du mari, devenu insolvable, la dot de la femme était effectivement mise en péril; ces circonstances ont la valeur d'arguments en faveur de la séparation de biens, mais elles ne sont pas nécessairement décisives.

Plus évidemment encore, la demande n'aboutirait pas si elle était basée sur l'*avarice* du mari; il n'y a pas alors, « *désordre des affaires* » de celui-ci : les termes, comme l'esprit de l'article 1143 ne sont pas satisfaits. La séparation de biens est instituée pour la protection des intérêts *pécuniaires* de la femme, non pour la sauvegarde de ses intérêts *moraux*; quant à cette dernière, la séparation de corps et le divorce y pourvoient (Paris, 12 mars 1863, *D. P.*, 1863, 2, 82).

II

Qui peut demander la séparation de biens

233. Principe. — La séparation de biens constitue un bénéfice réservé exclusivement à la femme (art. 1443) dont il est destiné à sauvegarder les intérêts; et bénéfice essentiellement *personnel* qui est refusé, non seulement au *mari*, mais aux ayants droit de la femme, *héritiers* et *créanciers*.

I. Le *mari* ne peut certainement pas demander la sépara-

tion de biens contre sa femme, alors même que celle-ci lui aurait apporté, à titre de dot, des dettes insoupçonnées et des procès (*Contra*, C. civ. *suisse*, art. 184). Mais il peut obtenir indirectement la séparation de *biens*, *à titre accessoire*, en faisant prononcer la séparation de *corps*.

II. *Les héritiers de la femme.* — Il faut supposer que la procédure avait été engagée par la femme, de son vivant; on se demande si elle peut être continuée par ses héritiers qui auraient intérêt à ce que la communauté fût liquidée au jour de la demande; et les auteurs se prononcent généralement en faveur de l'affirmative: *actiones quae morte pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent.* Mais c'est en sens contraire que s'est prononcée la cour de Bastia (7 juillet 1869, sous cass., 2 avril 1872, *D. R.*, 1872, 1, 260; *S.*, 1873, 1, 79).

En tout cas, les héritiers ne pourraient certainement pas prendre l'initiative de la demande.

234. — III. *Les créanciers de la femme.* — En thèse générale, les créanciers sont admis à exercer les droits de leur débiteur : mais le Code civil leur refuse la faculté de provoquer la séparation de biens du chef de leur débitrice (art. 1446, § 1); il considère donc que c'est là un droit *exclusivement attaché à la personne*, au sens de l'article 1166 *in fine*, et ne comportant pas l'utilisation oblique du chef du titulaire. Il est vrai que l'action est à tendance pécuniaire, mais elle est mélangée d'un élément moral fort important : il ne faut pas que les créanciers puissent, au nom de leurs intérêts matériels, compromettre la paix du ménage.

235. Tempéraments. — A. Etant donné la raison de la règle, il faut décider qu'elle cesse de s'appliquer du moment que la femme a introduit la demande en séparation et que le tribunal l'a accueillie; désormais, le fait est accompli: les créanciers seront admis à poursuivre l'*exécution* du jugement si la femme n'y pourvoit elle-même (Civ., 21 fév. 1922, *D. P.*, 1923, 1, 185, note H. CAPITANT).

B. La loi sauvegarde les intérêts des créanciers en cas de *faillite* ou de *déconfiture* du mari; elle leur permet d'exercer alors « *les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances* » (art. 1446, § 2).

Le sens et la portée de ces mots ont soulevé des difficultés, d'ordre théorique plutôt que pratique, car, en fait, lorsque le mari est en état de déconfiture ou de faillite, la femme se hâte de demander elle-même la séparation de biens, en sorte

que les prérogatives de ses créanciers demeurent dans la pénombre.

Dans l'opinion qui a prévalu, l'article 1446, § 2, consacrerait la dissolution *fictive* de la communauté, uniquement vis-à-vis et *dans l'intérêt des créanciers*; entre époux, la communauté continue.

1° Les créanciers de la femme sont admis à considérer la communauté comme dissoute, en ce qui les concerne. En conséquence :

a) Ils peuvent effectuer la reprise des *propres* de leur débitrice;

b) Ils sont fondés à exercer les actions en reprise, à exiger le paiement des *récompenses* dues à la femme;

c) Ils peuvent exercer les droits qui appartiennent à leur débitrice au cas où elle renoncerait à la communauté, par exemple la *reprise d'apport franc et quitte* (art. 1514);

d) Enfin, d'après certains auteurs — mais la solution est plus contestable — ils pourraient opter pour l'*acceptation* de la communauté et se payer sur la moitié dévolue à la femme. La question offre d'ailleurs peu d'intérêt; la communauté étant mauvaise, c'est dans le sens de la renonciation que se prononcent les créanciers.

2° Entre les époux, *la communauté continue* : les biens ultérieurement acquis entrent dans la masse commune dont le mari conserve l'administration. Et plus tard, lorsque la communauté sera vraiment dissoute, *erga omnes*, la femme pourra l'accepter ou la répudier à sa guise, sans être liée par l'option précédemment exercée par les créanciers; seulement, il est évident qu'elle devra déduire de ses reprises le montant des sommes encaissées jadis par ses créanciers : *non bis in idem*; et si, par exemple, les créanciers ayant opté pour la renonciation et ayant retiré l'apport franc et quitte, elle se prononce ensuite pour l'acceptation, il lui faudra remettre ledit apport dans la masse commune, car elle ne pourrait le retirer qu'à la condition d'être renonçante (*inf.*, n° 498).

236. — On voit la complexité de la situation, les difficultés résultant de cette superposition d'une dissolution effective à une dissolution fictive et relative. En tout cas, il est vrai de dire que les créanciers de la femme ne sauraient provoquer la séparation de biens, telle qu'on l'entend normalement; l'article 1446, § 2, les autorise seulement à se servir comme si la séparation avait eu lieu, mais étant entendu que les

époux demeurent soumis au régime communautaire qui continue comme ci-devant.

III

Procédure de la séparation de biens

237. Principes. — La séparation des biens n'est jamais conventionnelle; elle ne peut être que *judiciaire* : « *toute séparation volontaire est nulle* » (art. 1443, § 2). Ainsi l'exige la règle de l'*immutabilité des régimes matrimoniaux* : les époux ne doivent pas pouvoir substituer un nouveau régime à l'ancien, de par leur seule volonté, d'autant plus que cette substitution causerait un préjudice inattendu aux créanciers du mari et à ceux de la communauté en soustrayant à leur action une partie des biens sur lesquels ils étaient en droit de compter.

Cette considération est extrêmement puissante; elle a conduit le législateur, non seulement à proscrire la séparation volontaire, mais aussi à assortir la procédure de certaines formalités destinées à protéger les créanciers du mari et à prévenir les fraudes dont ils pourraient être les victimes : *toute la procédure de la séparation de biens tourne autour de cet objectif* : la protection des créanciers du mari et de la communauté.

1° Il n'y a pas de *préliminaire de conciliation* (C. pr., art. 49-7°) : tout accord entre les époux est à écarter, puisque la séparation ne saurait avoir un caractère conventionnel.

2° Ce n'est pas le mari qui autorise la femme à agir, mais le *président du tribunal* (C. pr., art. 865; Civ., 15 juillet 1867, *D. P.*, 1867, 1, 321).

3° Le tribunal peut ordonner, en cours d'instance, certaines *mesures conservatoires* : apposition des scellés, inventaires, séquestre de certains biens (C. pr., art. 869).

238. — 4° La demande de séparation doit être *publiée*, tant pour avertir les tiers intéressés que parce que les effets du jugement de séparation remonteront au jour de la demande (art. 1445; *inf.*, n° 243); d'ailleurs, il faut mettre les créanciers du mari à même d'*intervenir dans l'instance*, ainsi que l'article 1447 leur en confère le droit.

La *publicité* de la demande est réalisée conformément aux articles 866 à 868 C. pr. :

a) Par l'*affichage* d'un extrait dans l'auditoire du tribunal civil et dans celui du tribunal de commerce; mais non

plus dans les chambres d'avoués et de notaires (L. 19 déc. 1928, art. 2, qui a supprimé cette formalité et a modifié en conséquence l'art. 867 C. pr.) ;

b) Par l'*insertion* d'un extrait dans un journal d'annonces légales (C. pr., art. 868) ;

c) Si les époux sont domiciliés en *Alsace* ou en *Lorraine*, par une inscription au *registre matrimonial* (L. 1er juin 1924, art. 30-2°).

Ces formalités sont prescrites à peine de *nullité* (C. pr., art. 869).

5° Aucun jugement ne peut être prononcé qu'*un mois* après l'observation des formalités de publicité, et cela à peine de nullité, également (C. pr., art. 869).

6° Le jugement de séparation doit être *publié* avant son exécution (art. 1445; § 1). La publicité, faite au lieu du domicile du mari (C. pr., art. 872), et dans les *trente jours* du jugement (arg., art. 1444 cbn. art. 1445, § 1), est assurée:

a) Par la lecture du jugement faite en audience publique, au *tribunal de commerce*, alors même qu'aucun des époux ne serait commerçant (C. pr., art. 872) ;

b) Par l'*affichage* d'un extrait dans les auditoires du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile du mari, même non commerçant; à défaut de tribunal de commerce, dans la principale salle de la mairie du domicile du mari (C. pr., art. 872 modif. par L. 19 déc. 1928 qui a supprimé, ici encore, l'affichage dans les chambres des avoués et des notaires) ;

c) Si l'un des époux est commerçant, par l'inscription du jugement sur le *registre du commerce* (L. 18 mars 1919, art. 5-2°, cbn. art. 872, C. pr., modif. par L. 28 mars 1931) ;

d) Si les époux sont domiciliés en *Alsace* ou en *Lorraine*, par l'inscription du jugement sur le *registre matrimonial* (L. 1er juin 1924, art. 30-2°, et 31).

239. — 7° Exécution du jugement. — *a)* Cette exécution *peut* avoir lieu aussitôt que les formalités ci-dessous indiquées ont été observées (V. pour le cas où l'un des époux est commerçant, l'art. 872, § 3, C. pr., nouv. réd.).

b) De plus, l'exécution *doit* être effectuée dans un délai très bref qui, d'après le Code civil était de *quinzaine* (au lieu de *trente années* d'après le droit commun), et qui a été porté à *trente jours* par la loi du 14 juillet 1929; on redoute les séparations fictives et frauduleuses; pour les conjurer, on veut que la femme réalise effectivement, et sur le champ, la séparation prononcée; on évite ainsi les « comédies » en

imposant aux époux la réalité. Ils ne pourront pas se faire passer, quoique séparés, pour communs en biens; leur situation s'établira publiquement; le fait s'harmonisera avec le droit et le révèlera.

Le délai de trente jours est de rigueur; il ne s'augmente pas à raison des distances; il court à compter du lendemain du prononcé du jugement et n'est pas un délai franc; il expire avec le jour de l'échéance; la *sanction* est des plus rigoureuses; elle consiste dans la *nullité de la séparation* (art. 1444), nullité qui peut être invoquée par tous les intéressés; par le *mari* (Besançon, 13 mars 1895, *S.*, 1895, 2, 94, *D. P.*, 1895, 2, 529 note DE BOÈCK) par les *créanciers*, par la *femme* elle-même (Req., 28 déc. 1858, *D. P.*, 1859, 1, 106; Paris, 24 fév. 1855, *D. P.*, 1856, 2, 247). Cependant, il ne s'agit là que d'une nullité privée, tendant à protéger des intérêts particuliers, et qui peut donc être couverte par la renonciation de ceux qui sont intéressés à l'invoquer : une nullité absolue n'est pas nécessairement d'ordre public (Req., 24 avril 1934, *S.*, 1934, 1, 345, *D. P.*, 1934, 1, 145, rapport LE GRIX et note NAST).

240. En quoi consiste l'exécution exigée par la loi. — A cet égard, on se montre peu exigeant : l'article 1444 veut « *le payement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari* »; mais il ajoute aussitôt : « *Ou au moins par des poursuites commencées dans les trente jours qui ont suivi le jugement, et non interrompues depuis* »; et la jurisprudence interprète cette formule, déjà conciliante, avec un libéralisme extrême : il suffit que la femme ait signifié au mari le jugement, avec commandement d'avoir à l'exécuter (Paris, 21 nov. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 259); on se contente donc d'une manifestation de bonne volonté de la part de la femme, d'une velléité d'exécution.

241. 8° Droit d'intervention des créanciers. — Les créanciers du mari peuvent *intervenir* dans l'instance pour sauvegarder leurs intérêts menacés; ils seront ainsi à même de démasquer les fraudes dirigées contre eux; et, comme il s'agit ici d'une mesure *conservatoire*, il y a lieu de décider que l'intervention serait recevable même de la part des créanciers à *terme* ou *conditionnels*.

A supposer que les créanciers n'aient pas usé du droit d'intervention, ils peuvent, une fois le jugement de séparation intervenu, l'attaquer au moyen de la *tierce opposition*,

forme adaptée de l'action paulienne (C. pr., art 873); ce n'est là que l'application du droit commun; et même, les créanciers sont moins bien traités qu'à l'ordinaire, en ce sens que cette voie de recours ne leur est ouverte que pendant *une année* (même texte), au lieu de trente ans d'après le droit commun : il ne faut pas que l'incertitude persiste pendant trop longtemps quant à la capacité de la femme et au régime des époux.

IV

Effets du jugement de séparation de biens

242. Double effet. — Le jugement de séparation de biens produit un double effet :

1° Il *dissout la communauté*;

2° Il *inaugure un autre régime*, celui de la séparation de biens;

Nous négligeons, pour le moment, cette deuxième fonction dont il sera question plus loin (*inf.*, n°s 516 et suiv.), pour ne retenir que la première; nous n'étudierons le jugement qu'en tant que *mode de dissolution* de la communauté.

243. Plan. — Il faut rechercher : 1° *à quel moment* la communauté est dissoute; 2° si cette dissolution est *définitive* et *irrémédiable*.

I. **A quel moment la communauté est-elle dissoute par le jugement de séparation de biens?** — Normalement, ce moment devrait être celui du *prononcé du jugement*; il s'agit, en effet, d'un jugement, non pas déclaratif, non pas récognitif d'une situation préexistante, mais bien instaurateur d'un ordre juridique nouveau; les effets en devraient donc être limités à l'avenir, comme ceux d'un contrat productif d'obligations; ils ne devraient pas retentir sur le passé.

Or, c'est la solution contraire que consacre l'article 1445, § 2 : « *Le jugement qui prononce la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande* »; et il faut entendre par jour de la demande, celui où la demande a été introduite devant le tribunal, une fois obtenue, par la femme, l'autorisation du président (Bordeaux, 23 nov. 1880, *S.*, 1881, 2, 76), plus précisément, celui de *l'assignation du mari*.

244. Pourquoi cette rétroactivité. — Elle est édictée dans l'intérêt de la femme dont on ne veut pas que les intérêts soient compromis par le mari : par hypothèse, la dot est en péril; il y a urgence; la femme ne doit pas souffrir des lenteurs judiciaires; comme l'expliquait déjà Pothier, « cette dissolution était une justice due à la femme dès le jour qu'elle l'a demandée, dont l'effet ne doit pas être retardé par la procédure qu'il faut faire pour parvenir à la sentence de séparation, que les chicanes du mari font souvent durer un très long temps... » (*La Communauté*, n° 521).

245. Conséquences de la rétroactivité.

1° Les *acquisitions* réalisées par les époux au cours de l'instance leur restent propres, alors même que, d'après leur nature, elles devraient constituer des acquêts de communauté : il se trouve que, rétroactivement, il n'y avait plus de communauté.

2° De même, les dettes nées du chef des époux leur demeurent personnelles.

3° La femme a droit aux *fruits et revenus* de ses propres à compter de la demande; à partir de ce jour, elle peut prétendre aux *intérêts* de ses *reprises*, sauf à déduire les dépenses usufructuaires et la part qui lui incombe dans les charges du ménage (Req., 14 déc. 1853, *D. P.*, 1854, 5, 686; Civ., 13 mars 1872, *D. P.*, 1872, 1, 49; 18 juin 1877, *D. P.*, 1877, 1, 445).

4° A partir du jour de la demande, les actes de *disposition accomplis* par le mari sur les biens communs sont annulables, *de plano*, sans que la femme ait à prouver la fraude, mais à condition qu'elle accepte la communauté.

Logiquement, il en devrait être de même des actes d'*administration* : la communauté étant réputée dissoute au jour de la demande, le mari n'a plus qualité pour administrer soit les biens communs, soit aussi les propres de sa femme. Cependant, cette solution est écartée à raison de ce principe de droit coutumier que les actes d'administration, régulièrement accomplis, ne sont pas atteints par la rétroactivité d'une condition ou d'une décision; ce n'est pas à dire que ces actes soient nécessairement intangibles, mais il ne tombent que devant la preuve de la *fraude* de celui qui les a accomplis (*Sic*, Paris, 18 juin 1855, *D. P.*, 1856, 2, 248; Besançon, 15 fév. 1864, *D. P.*, 1864, 2, 37).

Il faut ajouter — et c'est une nouvelle dérogation à la règle de la rétroactivité du jugement de séparation de biens — qu'aucun *règlement des reprises de la femme* ne saurait

avoir lieu en cours d'instance et par anticipation; il faut attendre la liquidation de la communauté; et d'ailleurs le jugement est insusceptible d'exécution aussi longtemps qu'il n'a pas été publié (art. 1445, § 1).

246. II. La dissolution du régime de communauté est-elle définitive? — La dissolution effectuée par la séparation de biens n'est pas définitive et irrémédiable; intervenue pour parer au péril de la dot, péril peut-être passager, elle peut être effacée, neutralisée par la volonté des époux qui conviennent de rétablir la communauté (art. 1451): le consentement mutuel, qui est impuissant à dissoudre la communauté (art. 1443, § 2), a, au contraire, la vertu de la restaurer.

Mais la loi y met des *conditions de forme* rigoureuses : la convention doit être revêtue de la forme *notariée* et avec *minute* (art. 1451, § 2); de plus, le rétablissement n'est *opposable aux tiers* que si la convention qui la réalise est publiée dans les formes de l'article 1445 (même texte): elle doit donc être affichée dans l'auditoire du tribunal civil, et, si le mari est commerçant, dans celui du tribunal de commerce; en outre, si les époux sont domiciliés en *Alsace* ou en *Lorraine*, l'inscription doit avoir lieu sur le *registre matrimonial* du domicile du mari, et aussi, lorsque la femme exerce une profession distincte, sur le registre du lieu où elle exerce ladite profession (L. 1er juin 1924, art. 30-4° et 33).

Il faut ajouter que, si l'un des époux est commerçant, l'acte doit être mentionné dans le *registre du commerce* (L. 18 mars 1919, art. 5-3°), mais la sanction de cette formalité consiste dans une simple *amende* (art. 18 de cette loi); même non mentionnée sur le registre, la convention de rétablissement est opposable aux tiers.

247. Exigences de la règle de l'immutabilité du régime matrimonial : rétroactivité de la convention qui rétablit la communauté. — Le législateur avait à concilier la facilité donnée aux époux séparés de biens de rétablir la communauté, avec les exigences de la règle de l'*immutabilité des régimes matrimonieux*; il ne faut pas que les époux puissent écarter à volonté le régime communautaire, pour les besoins de la cause, par exemple en vue d'une succession mobilière dont l'ouverture est imminente, sauf à le rétablir une fois obtenu le résutat cherché; il ne faut pas que la communauté devienne un régime à éclipses.

De là les deux règles suivantes :

1° La convention qui rétablit la communauté a une vertu rétroactive: *elle efface la séparation de biens*, laquelle disparaît dans le passé comme pour l'avenir; ainsi sont réunis les deux anneaux de la chaîne; la communauté revit dès le jour du mariage (art. 1451, § 3). Les biens mobiliers acquis, dans l'intervalle, par voie de succession ou de donation, entrent donc en communauté.

La loi ne fait exception que pour *les droits acquis par des tiers*, lesquels subsistent en toute occurrence: c'est ainsi que les actes d'administration accomplis, dans l'intervalle, par la femme séparée de biens, demeurent valables (art. 1451, § 3);

2° La convention qui rétablit la communauté doit la restaurer purement et simplement, telle quelle, et *sans aucun changement* (art. 1451, § 4), et cela à peine de *nullité* (même texte) : il ne faut pas que, sous prétexte d'en revenir au régime primitif, les époux le modifient, si peu que ce soit : la règle de l'immutabilité du régime matrimonial serait alors mise en échec; on ne veut pas qu'elle soit tournée.

Reste à savoir *sur quoi* porte au juste la nullité : est-ce seulement sur la clause modificative? ou bien sur la convention du rétablissement tout entière? Le texte de l'article 1451, § 4, autorise les deux interprétations; à notre avis, tout dépend de l'importance que les époux ont attachée à la clause modificative; si elle a la valeur d'un mobile essentiel, d'une *cause impulsive et déterminante*, l'opération doit tomber complètement, dans toutes ses parties; si, au contraire, les parties n'y ont vu qu'une simple modalité de la convention, elle sera réputée non écrite et la communauté sera rétablie purement et simplement; la question est donc, à notre sentiment, une question d'interprétation de volonté, une *question de fait* (V. *sup.* t. II, n° 739).

Section III — MODES DE DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ QUI NE RÉTROAGISSENT QU'ENTRE LES PARTIES

248. Enumération. — Rentrent dans cette troisième catégorie : 1° la *séparation de biens accessoire* à une séparation de corps; 2° le *divorce*.

249. I. Séparation de biens accessoire à une séparation de corps. — Cette séparation de biens accessoire

est très différente de la séparation de biens principale; elle n'a pas été *demandée*; elle résulte, *nécessairement* mais *accessoirement*, de la séparation de corps; c'est le législateur qui la prononce pour mettre le régime matrimonial des époux en harmonie avec le régime d'isolement des personnes. Il est très possible que la dot de la femme ne soit aucunement en péril : les causes de séparation de corps sont les causes mêmes du divorce, et par exemple l'adultère ou l'injure grave; en sorte que cette séparation de biens accessoire peut être déclenchée par le mari, demandeur en séparation de corps, alors que la séparation de biens principale ne saurait être demandée que par la femme (*sup.*, n° 233).

250. Question de la rétroactivité. — Si l'on ajoute que la demande en séparation de corps, à la différence de la demande en séparation de biens principale, n'a pas à être publiée, qu'elle peut donc être ignorée des tiers, il semble qu'on aurait dû décider que la séparation de biens, intervenue en fonction d'une séparation de corps, ne rétroagit aucunement, et que la communauté n'est réputée dissoute qu'au jour du jugement : à quoi bon, en effet, une rétroactivité qui ne trouve sa justification, pour la séparation de biens principale, que dans le péril de la dot et dans la publicité dont la demande est l'objet, donc dans des facteurs qui sont étrangers à la procédure de la séparation de corps?

Cependant, c'est dans un sens tout différent que s'est fixée la jurisprudence : depuis fort longtemps, il est admis que la séparation de biens accessoire à la séparation de corps rétroagit au jour de la demande (Req., 20 mars 1855, *S.*, 1855, 1, 401, *D. P.*, 1855, 6, 329; Civ., 13 mars 1872, *S.*, 1872, 1, 74, *D. P.*, 1872, 1, 49; 18 juin 1877, *D. P.*, 1877, 1, 445).

Tout au moins, la Cour de cassation limite-t-elle la portée de la rétroactivité, qui se produit seulement *inter partes*, et à l'exclusion des tiers. Décider autrement eût été trahir les intérêts du public, puisque la demande en séparation de corps, à la différence de la demande en séparation de biens, n'est pas publiée (Civ., 12 mai 1869, *S.*, 1869, 1, 301, *D. P.*, 1869, 1, 270; Lyon, 16 juillet 1881, *D. P.*, 1882, 2, 175).

On peut considérer que cette jurisprudence, avec la distinction qu'elle consacre, a été consolidée par la loi du 18 avril 1886: d'après l'article 252 actuel, *in fine*, la décision qui prononce le *divorce*, remonte quant à ses effets entre époux et en ce qui concerne leurs biens, *au jour de la demande*, tandis qu'elle ne rétroagit aucunement vis-à-vis des tiers (*inf.*, n° 252). Or, il résulte des travaux prépara-

toires que le législateur de 1886 a entendu étendre au divorce les solutions jurisprudentielles qui avaient cours pour la séparation de corps; il a donc, indirectement sans doute, mais nettement approuvé par là-même ces solutions.

Il n'en subsiste pas moins une différence notable entre les effets de la séparation de biens principale et ceux de la séparation de biens accessoire à une séparation de corps; par exemple, si un immeuble commun a été aliéné par le mari, au cours de la procédure, la vente est nulle dans la première éventualité; elle est, au contraire valable, en principe, dans la deuxième, puisque, la rétroactivité ne se produisant pas au regard des tiers, l'acheteur ne doit pas être inquiété; seulement, 1° comme la rétroactivité se produit entre les époux, la femme pourra exiger du mari qu'il lui soit tenu compte du bien aliéné; 2° à supposer que l'acte soit *frauduleux*, la femme pourrait en poursuivre la nullité qui rejaillirait alors sur les tiers (art. 243 cbn., art. 307).

251. Rétablissement de la communauté. — La communauté peut être *rétablie*, comme au cas de séparation de biens principale : l'article 1451, § 1, s'en explique formellement. Les règles à observer sont les mêmes; il faudra une convention expresse par acte notarié; la réconciliation des époux ne suffirait pas, à elle seule, à opérer la restauration de la communauté.

252. II. **Divorce.** — Pour le divorce, la distinction entre les époux et les tiers est consacrée directement par l'article 252, dernier alinéa, dont nous venons de rappeler l'existence.

A. *A l'égard des époux*, la communauté est réputée dissoute *au jour de la demande*, c'est-à-dire, pour la Cour de cassation, au jour de la notification au défenseur de la *citation à comparaître devant le tribunal* — et non pas au jour de la notification de la citation en conciliation, celle-ci tendant à éviter l'instance, non à l'introduire (Civ., 27 mai 1921, *S.*, 1922, 1, 61, *D. P.*, 1923, 1, 65, note Rouast). C'est donc à ce jour qu'il convient de se placer pour procéder à la liquidation de la communauté; en conséquence : 1° les biens advenus aux époux en cours d'instance sont exclus de la masse à partager de même que les revenus de leurs propres (V. note Nast, *D. P.*, 1926, 2, 14, col. 1); 2° le mari, tout en conservant l'administration de la communauté (Civ., 10 mai 1933, *D. H.*, 1933, 361), ne peut plus disposer des biens communs, pas plus qu'il ne les engage, sauf dans les limites de l'administration, par les dettes qu'il assume; 3° la

femme a droit aux fruits donnés, pendant l'instance, par les biens qui composent son émolument; 4° en revanche, on imputera sur ces fruits les dépenses relatives à l'entretien de la femme au cours de cette même période (sur ces deux derniers points, Civ., 26 juillet 1937, *S.*, 1937, 1, 333).

Toutefois, il est remarquable que la loi n'admet la *nullité* des actes accomplis par le mari qu'autant qu'ils auraient été passés *en fraude des droits de la femme* (art. 243). Certainement, cette formule se réfère à l'action *paulienne*; l'article 243 doit être interprété à la lueur de la théorie traditionnelle et coutumière en matière d'action révocatoire, ce qui conduit à en compléter et à en préciser les dispositions : d'une part, et bien qu'il ne vise que les aliénations immobilières, son application aux ventes de *meubles* n'est guère contestable (Paris, 3 avril 1909, *S.*, 1909, 2, 164); d'autre part, l'action en nullité ne se prescrit que par *trente ans* (*sup.*, t. II, n° 705); enfin les tiers ne pourront être atteints, s'il s'agit d'actes onéreux, qu'autant qu'ils auraient été complices de la fraude du mari (Req., 29 avril 1938, *D. H.*, 1938, 403).

Mais, ce tribut rendu à la théorie générale de l'action paulienne, il faut reconnaître que l'article 243 en réalise une *adaptation spécialisée* : 1° la preuve de la fraude du mari sera facilement admise, à raison des conditions dans lesquelles l'acte est intervenu; 2° la nullité peut être prononcée, alors même que le mari serait solvable; 3° on n'exige même pas que la femme ait une créance contre lui; 4° en conséquence de ces deux dernières propositions, il faut admettre que, dans le cas où l'ayant cause à titre onéreux ne serait pas complice de la fraude, la femme pourrait du moins demander des dommages-intérêts; ce droit lui appartient, d'ailleurs, dans la théorie générale de la fraude paulienne; seulement, il est alors illusoire étant donné que le succès de l'action paulienne est subordonné à l'insolvabilité du *fraudator*; au contraire, il devient une réalité pour les actes prévus par l'article 243, car le mari, bien qu'ayant voulu nuire à la femme, peut être parfaitement solvable.

253. B. **A l'égard des tiers,** la communauté est dissoute *sans rétroactivité*; solution nécessaire, puisque la demande en divorce n'a pas reçu de publicité. Les actes passés par le mari sur les biens communs, au cours de l'instance, sont donc à considérer comme réguliers, et les créanciers peuvent saisir même les biens acquis par les époux postérieurement à la demande en divorce.

Cette situation se prolonge jusqu'au jour de la *transcription* du jugement ou de l'arrêt du divorce; c'est au jour de cette formalité qu'il convient de se placer, et que les tiers pourront se placer lorsqu'on voudra leur opposer la dissolution de la communauté (art. 252, *in fine*) : jusque-là, le divorce n'existe pas pour eux (*sup.*, t. I^er^, n° 954).

CHAPITRE V

Des partis que la femme peut prendre à la dissolution de la communauté et des suites qu'ils comportent

Liquidation de la communauté

254. Plan. — Une fois la communauté dissoute par l'un des modes précédemment décrits, il y a lieu de procéder à une *liquidation* qui se présente dans des conditions différentes selon que la femme, ou ses héritiers, acceptent la communauté ou y renoncent.

Nous étudierons :

1° Le *droit d'option* qui appartient à la femme ou à ses héritiers;

2° La *renonciation* et ses conséquences;

3° L'*acceptation* et ses effets.

Un *appendice* sera consacré aux *récompenses entre les époux*.

SECTION I. — LE DROIT D'OPTION

255. Généralités. — A la dissolution de la communauté, la femme, ou ses héritiers, ont une *option* à exercer; ils peuvent choisir entre l'*acceptation* et la *répudiation* (art. 1453).

C'est là une prérogative exorbitante du droit commun : d'ordinaire, il ne dépend pas d'un associé de s'évader à son gré de la société au jour de la liquidation et d'esquiver ainsi sa part de responsabilité dans la marche des affaires sociales. Le droit d'option de la femme s'explique : 1° *historiquement*, soit par la conception primitive qui voyait dans la femme une héritière plutôt qu'une associée (*sup.* n° 156) : un héritier peut renoncer à l'hérédité qui lui est offerte; soit, au témoignage de nos anciens auteurs, par la situation faite aux

femmes des Croisés qui s'étaient considérablement endettés : pour permettre à leurs veuves de se soustraire aux obligations assumées à l'occasion des Croisades, on leur accorda le « *privilège de renonciation* »; 2° *rationnellement*, par le rôle effacé de la femme au cours de la communauté et par la prépondérance reconnue au mari; comme le droit de demander la séparation de biens, le droit de renoncer à la communauté sert de contrepoids, pour la femme, aux larges pouvoirs du mari sur la communauté.

256. Caractères du droit d'option. — Il est *d'ordre public*, *indivisible* et *irrévocable*; il *n'est pas strictement personnel*.

1° Le droit d'option est d'*ordre public* : la femme ne saurait l'abdiquer à l'avance; toute convention passée en ce sens serait radicalement nulle et laisserait donc à la femme, le jour venu, le choix entre les deux partis que lui ouvre la loi (art. 1453).

2° Le droit d'option est *indivisible* : la décision prise par la femme vaut pour la communauté tout entière : une acceptation ou une répudiation *partielles* sont inadmissibles.

Au contraire, le droit se divise entre les *héritiers* de la femme; chacun est libre de prendre, pour son propre compte et dans la mesure de sa part héréditaire, le parti qui lui agrée; il arrive que l'un d'eux accepte la communauté tandis qu'un autre y renonce (art. 1475). Cette solution est également applicable au cas où la communauté est dissoute par le prédécès de la femme et dans l'éventualité d'un décès survenu après la dissolution et avant que la femme n'eût pris parti. Nous verrons qu'au contraire le droit d'option est indivisible en matière successorale (art. 781 et 782; *inf.* n° 886).

3° Le droit d'option est *irrévocable*. — Du moment que la femme a pris parti, elle ne peut pas revenir sur sa décision; on lui refuse la faculté de rétractation (art. 1455); à cet égard encore, l'opposition s'établit avec le droit d'option en matière de succession : l'héritier renonçant peut, à de certaines conditions, se rétracter (art. 790; *inf.*, n° 878). Au contraire, la femme — ou ses héritiers — ne sauraient revenir sur leur renonciation à la communauté; sans doute, une convention pourrait intervenir entre les époux — ou leurs héritiers — en vue de neutraliser l'effet de cette renonciation; mais un tel accord, qui devrait être exprès et formel, n'aurait d'effets que pour l'avenir et ne saurait porter atteinte aux droits

acquis par des tiers (Req. 24 avril 1934, *S.* 1934, 1, 345, *D.P.* 1934, 1, 145, rapport LE GRIX, note NAST.).

257. Tempéraments. — Irrévocable en principe, la décision de la femme peut être annulée pour cause d'*incapacité*, de *dol*, de *violence*, ou de *fraude*.

a) L'*incapacité* est traitée suivant le droit commun; il est bien rare qu'elle vienne vicier l'acceptation ou la répudiation.

b) L'article 1455 suppose que la femme *acceptante a été* victime d'un *dol* de la part des héritiers du mari : ils lui ont, par exemple, dissimulé le véritable état des affaires re la communauté, afin de l'inciter à accepter et à assumer ainsi la moitié du fardeau.

Le texte est interprété extensivement à plusieurs égards : 1° d'une part, on prend en considération le dol, même émané de personnes autres que les héritiers du mari — et, par exemple, des créanciers de la communauté : la décision de la femme, *acte unilatéral*, échappe à la formule restrictive de l'article 1126 qui ne retient que le dol commis par l'une des parties à un *contrat* à l'encontre de l'autre. 2° Bien que l'article 1455 ne vise que l'*acceptation*, on admet que la *renonciation* pourrait également être annulée si elle avait été déterminée par un dol.

c) A un autre point de vue encore, l'interprétation extensive l'emporte : au dol, on assimile la *violence*, laquelle n'est qu'un dol aggravé.

258. — *d*) Les créanciers de la femme — et non plus la femme elle-même — peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers *en fraude de leurs droits* (art. 1464). C'est là une application de la théorie générale de l'action *paulienne* : la *renonciation frauduleuse* à la communauté tombe sous le coup de cette action comme tout autre acte frauduleux : ayant obtenu l'annulation de la renonciation, les créanciers accepteront la communauté du chef de leur débitrice, et non pas de leur propre chef comme le dit inexactement la loi (art. 1464 *in fine*).

Cette disposition demande à être précisée ou complétée dans deux directions.

a) On s'est demandé si les créanciers avaient vraiment à *prouver la fraude;* car, dit-on, c'est d'une *renonciation* qu'il s'agit; or, les articles 622 et 788 qui prévoient des renonciations à un usufruit ou à une succession, n'exigent pas, pour le succès de l'action paulienne, la condition de la

fraude; ils se contentent de celle du préjudice; nous avons signalé cette interprétation, aujourd'hui bien délaissée (*sup.*, t. II, n° 688) : l'article 1464 exige formellement la fraude, conformément à une tradition qui remonte jusqu'au droit : ce n'est pas lui qui doit être corrigé par voie d'amputation; ce sont les articles 622 et 788, rédigés avant l'article 1167, qui doivent être complétés en conformité de cette dernière disposition qui est le siège de la matière.

b) Bien que l'article 1464 ne vise que la *renonciation frauduleuse*, on s'accorde à l'étendre au cas d'*acceptation frauduleuse*; rien ne justifierait le refus de l'action paulienne dans cette deuxième éventualité; elle est moins fréquente que la première — et c'est pourquoi le législateur ne l'a pas visée expressément; mais elle appelle le même traitement : *ubi eadem ratio, ibi eodem jus esse debet* (*Sic*, Civ., 26 avril 1869, *S.* 1869, 1, 269, *D. P.* 1869, 1, 239).

259. — La décision de la femme ne peut pas être rescindée pour cause de *lésion* non dolosive : en thèse générale, la simple lésion ne vicie pas les actes juridiques.

260. — 4° Le droit d'option *n'est pas strictement personnel*. — Il peut être exercé, on le sait, par les *héritiers* de la femme, même si celle-ci a survécu à la dissolution de la communauté et n'est décédée qu'ultérieurement (art. 1453 et 1475).

Il peut l'être aussi, bien qu'on en ait douté, par ses *créanciers*, agissant de son chef, obliquement, et par application de l'article 1166. En effet : 1° Le parti à prendre, après dissolution de la communauté, est de signification essentiellement pécuniaire; il est dicté par des considérations matérielles, bien plutôt que par des scrupules d'ordre moral : 2° l'article 1453 accorde le droit d'option à la femme, à ses héritiers et à ses *ayants cause* : ces derniers mots ne peuvent guère s'appliquer qu'à ses créanciers; 3° l'article 1464 accorde l'action *paulienne* aux créanciers de la femme; il serait inconséquent de leur refuser l'action *indirecte*, qui est assurément moins grave. D'ailleurs, lorsque les créanciers font révoquer la renonciation de la femme, c'est afin d'accepter ensuite la communauté; il est bien difficile de leur contester le droit de procéder à cette acceptation lorsque la femme n'a pas encore pris parti (Comp. Req., 26 avril 1869, précité).

261. Délai accordé pour prendre parti. — La décision à prendre est trop grave pour qu'on puisse obliger la

femme ou ses héritiers à se prononcer séance tenante; un délai leur est accordé afin qu'ils puisse se rendre un compte exact des forces de la communauté et qu'ils aient le temps de la réflexion. Ce délai varie beaucoup d'après les circonstances, suivant le mode de dissolution de la communauté, selon qu'un inventaire a été ou non dressé; il n'est pas le même pour l'acceptation que pour la répudiation. Mais, au-dessus de ces contingences, plane une directive générale : un délai minimum de *trois mois et quarante jours* est accordé à la femme, depuis la dissolution de la communauté : quoiqu'il advienne, elle ne sera jamais obligée de se prononcer plus tôt; aux instances qui lui seraient adressées à cet effet, elle pourrait répondre en opposant l'exception dilatoire de l'article 174 C. pr.

Section II. — LA RENONCIATION À LA COMMUNAUTÉ ET SES CONSÉQUENCES

262. Plan. — Il faut examiner :
1° Les *formes* de la renonciation;
2° Les *délais* dans lesquels elle peut intervenir;
3° Les *effets* qu'elle produit.

§ I. — *FORMES DE LA RENONCIATION*

263. Formes établies par la loi. — La loi veut que la renonciation soit faite par *déclaration au greffe du tribunal civil du domicile du mari*; à cet effet, un registre spécial est tenu pour les renonciations à succession ou à la communauté (art. 1457; C. pr. art. 874 et 997). La renonciation à la communauté rentre ainsi dans la catégorie peu nombreuse des actes *solennels*, sans distinguer d'ailleurs d'après le mode de dissolution de la communauté ni suivant que la décision émane de la femme elle-même ou de ses héritiers.

264. Interprétation libérale. — La jurisprudence et la doctrine interprètent libéralement les exigences du Code civil sur ce point : la déclaration au greffe est considérée comme une mesure de publicité, destinée à aviser les tiers de la décision prise par la femme; *inter partes*, elle n'est pas obligatoire; sans doute, la renonciation ne saurait être tacite, pas plus qu'elle ne peut être consentie unilatéralement : on sait qu'en thèse générale les manifestations de volonté n'engagent pas juridiquement ceux qui s'y livrent (*sup.*, t. II, n° 396). Ces principes posés et ces réserves faites, on arrive

donc à distinguer trois formes de renonciation *volontaire* :

1° La renonciation rendue publique par déclaration et inscription au *greffe* : elle est opposable à tous; elle produit le maximum d'effets.

2° Le renonciation incluse dans une *convention* passée entre la femme — ou ses héritiers — et le mari ou les héritiers de celui-ci : elle est obligatoire entre les parties, mais elle est inopposable aux tiers, notamment aux créanciers (Req., 4 mars 1856, *D. P.*, 1856, 1, 131).

3° La renonciation faite par la femme de façon unilatérale, sans qu'elle ait été acceptée par le mari ou ses héritiers : elle est démunie de valeur, une volonté ne pouvant pas se lier elle-même (Req., 1er avril 1895, *D. P.*, 1895, 1, 342, *S.*, 1899, 1, 311).

265. Renonciation présumée. — Il arrive que la femme soit considérée comme ayant renoncé à la communauté, alors que, cependant, elle n'a pas pris parti effectivement : aux termes de l'article 1463, la femme *divorcée ou séparée de corps*, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcés, accepté la communauté, expressément ou tacitement (Civ., 20 nov. 1928, *S.*, 1929, 1, 62; Req., 5 nov. 1935, *motifs*, *S.*, 1936, 1, 23), *est censée y avoir renoncé*. Il n'y a pas là un cas de renonciation tacite, mais, ce qui est un peu différent, une façon de *renonciation présumée*; c'est par l'effet d'une *présomption légale* que la femme est traitée comme renonçante, présomption se justifiant par cette considération que la femme divorcée ou séparée de corps n'est pas en possession, comme l'est la veuve, des biens communs; son silence ne s'explique pas par le désir de maintenir le provisoire; si elle veut partager les biens qui sont actuellement dans la possession du mari, elle doit s'en expliquer; et présomption *absolue*, *irréfragable*, par application de l'article 1352, § 2, car la loi, sur son fondement, dénie à la femme l'action en justice, à savoir l'action en partage de la communauté (Grenoble, 30 mai 1893, *D. P.* 1894, 2, 386; Alger, 14 mars 1895, *D. P.* 1896, 2, 476); c'est une véritable *déchéance* que subit alors la femme, par voie de *forclusion*.

266. Séparation de biens. — On se demande si cette déchéance doit être étendue à la femme *séparée de biens* ou si l'article 1463 comporte l'interprétation restrictive. En faveur de cette dernière solution, on fait valoir que les pénalités sont de droit strict, et les présomptions également; à ce

double titre, la disposition de l'article 1463 appelle l'interprétation restrictive; or, elle ne vise que les cas de divorce ou de séparation de corps, non celui de la séparation de biens. C'est cependant en sens contraire que s'est fixée la jurisprudence (Req., 24 avril 1934, précité; Grenoble 12 février 1830, *D. P.* 1832, 2, 181, S. 1832, 2, 637; Trib. de Mirecourt, 30 mars 1849, *D. P.* 1849, 4, 356; Agen, 14 mai 1861, *D. P.* 1861, 2, 226) et aussi la doctrine. C'est que les raisons de décider se retrouvent au cas de séparation de biens, et avec une force accrue : la communauté est obérée, puisque la dot de la femme a été mise en péril; plus que jamais, l'abstention de la femme doit s'interpréter dans le sens d'une renonciation.

§ II. — *DÉLAIS DE LA RENONCIATION*

267. Distinctions. — Il faut ici distinguer selon les modes de dissolution de la communauté : 1° divorce, séparation de corps, séparation de biens; 2° prédécès du mari; 3° prédécès de la femme.

268. I. Divorce, séparation de corps, séparation de biens. — La femme n'a qu'à s'abstenir, à garder le silence; après *trois mois et quarante jours*, elle est considérée comme *renonçante* (art. 1463; *sup.*, n° 265); le délai court, au cas de *divorce*, à compter de la *transcription* de la décision définitive (Civ., 27 juin 1922, *D. P.*, 1922, 1, 126).

269. II. Prédécès du mari. — La femme, qui veut répudier, doit le faire dans le même délai de *trois mois et quarante jours* à compter du décès, sinon elle est tenue pour *acceptante*; ainsi l'exigent les intérêts des créanciers qui risqueraient d'être compromis par la prolongation de la confusion entre les biens communs et la fortune personnelle de la femme (art. 1456 et suiv.).

Mais celle-ci a un moyen très simple d'allonger de beaucoup le délai qui lui est ainsi imparti pour la renonciation : il lui suffit de faire *inventaire* dans les *trois mois* à compter du décès du mari; sans doute, on pourra néanmoins la mettre en demeure de se prononcer après *trois mois et quarante jours*; elle ne disposera plus, une fois ce délai écoulé, de l'exception dilatoire de l'article 174 C. pr., à moins que le tribunal ne lui ait accordé une prorogation, à raison des circonstances (art. 1458); mais, si on ne l'interroge pas, elle conserve son droit d'option pendant *trente ans*; c'est seulement après ce laps de temps qu'elle sera considérée

comme acceptante (art. 1456). L'inventaire, qui doit être *fidèle et exact*, est dressé contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés (même texte) ; il doit être affirmé *sincère* et *véritable*, lors de sa clôture devant le notaire qui l'a reçu (même texte, § 2).

270. Décès de la femme survivante. — Si la veuve vient à décéder à son tour, avant l'expiration du délai de trois mois et sans avoir fait inventaire, ses héritiers bénéficient, pour faire ou pour terminer l'inventaire, d'un nouveau délai de *trois mois* à compter de son propre décès, et de *quarante jours* pour délibérer, à partir de la clôture dudit inventaire (art. 1461, § 1). Si le décès de la veuve intervient après la clôture de l'inventaire, les héritiers ont, pour délibérer, un nouveau délai de quarante jours (art. 1461, § 2). Ils renoncent à la communauté dans les mêmes formes que la veuve aurait pu le faire; notamment, ils peuvent solliciter du juge une prorogation des délais (art. 1461, § 3, cbn., art. 1458).

271. III. Prédécès de la femme. — On se demande si les héritiers de la femme dont le décès a dissous la communauté, et qui peuvent renoncer, sont inclus dans les mêmes délais et sont assujettis aux règles qui eussent été applicables à la femme survivante. Jadis, la jurisprudence, établissant une distinction, décidait que les héritiers conservaient le droit de renoncer pendant trente ans dans le cas même où ils n'auraient pas fait inventaire dans les trois mois (Req., 19 mars 1878, *S.*, 1878, 1, 355, *D. P.*, 1878, 1, 218). L'opposition ainsi établie entre la femme et ses héritiers se justifiait par cette considération que ceux-ci, à la différence de celle-là, ne sont pas en possession des biens communs, lesquels sont détenus par le mari survivant; des fraudes, des détournements de leur part ne sont pas à redouter; il n'y a pas péril en la demeure. Seulement, cette solution allait à l'encontre de l'article 1466 d'après lequel « *dans le cas de dissolution de la communauté par la mort de la femme, ses héritiers peuvent renoncer à la communauté dans les délais et dans les formes que la loi prescrit à la femme survivante* »; il résulte de cette formule que l'article 1456, qui prescrit à la femme la rédaction d'un inventaire dans les trois mois, est applicable à ses héritiers, et c'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation (Civ., 15 juin 1909, *D. P.*, 1909, 1, 417, note Planiol, *S.*, 1910, 1, 129, note Le Courtois) : les héritiers, s'ils veulent conserver la faculté de répudier, doivent donc

eux-mêmes faire inventaire dans les *trois mois*. Cette solution a l'avantage, outre de respecter le texte de l'article 1466, d'unifier le statut applicable aux héritiers : l'obligation de faire inventaire dans les trois mois à compter du décès de la femme leur incombe dans tous les cas, soit que ce décès ait déterminé la dissolution de la communauté, soit qu'il se produise ultérieurement (art. 1461).

§ III. — *EFFETS DE LA RENONCIATION*

272. Directives. — Deux grands principes dominent le sujet :

1° Par sa renonciation, la femme devient complètement *étrangère à la communauté*, au point de vue passif comme au point de vue actif. Il résulte de là une foule de conséquences; par exemple : 1. La femme renonçante aura toute liberté pour attaquer les actes irrégulièrement passés par le mari, sans qu'on puisse lui objecter l'obligation de garantie entrée en communauté et la règle que *qui doit garantir ne peut évincer*; car les dettes entrées en communauté du chef du mari lui deviennent, à raison de sa renonciation, tout à fait étrangères; 2. le règlement relatif aux *reprises* de la femme *renonçante* n'est pas un partage, puisque les biens communs vont intégralement au mari; en conséquence, ce règlement comporte, en cas d'inexécution, la *résolution* de l'article 1184; rien ne s'oppose au pacte commissoire tacite (Req., 9 nov. 1926, *S.*, 1927, 1, 47, *D. H.*, 1926, 546); 3. l'*hypothèque légale* de la femme grève décidément les immeubles communs qui vont rejoindre les propres immobiliers du mari (*sup.*, t. II, n° 1727); 4. La *responsabilité* du mari en tant qu'administrateur de la fortune personnelle de la femme s'affirme entière : les obligations qui lui incombent à cette occasion ne s'éteignent pas pour moitié, par une sorte de confusion, comme elles le feraient si la femme était acceptante (*sup.*, n° 203).

2° Désormais, les biens communs rejoignent les propres du mari; ce n'est plus seulement une confusion de fait qui existe entre ces deux catégories, mais une *confusion de droit*; il n'est plus question de copropriété.

273. — Ces principes connus, il faut déterminer le sort de l'*actif* et celui du *passif*. Cette détermination n'est pas aussi simple qu'on pourrait le croire, et, le plus souvent, une véritable *liquidation* est nécessaire, encore que la femme ait renoncé; car elle peut avoir des récompenses à faire valoir

contre la communauté, ou inversement; il faudra procéder à un *règlement de compte*, c'est-à-dire, en somme, à une véritable liquidation.

274. I. **Actif.** — Distinguons les biens *personnels* à la femme et les *biens de communauté*.

275. A. **Biens personnels.** — La femme renonçante retire ses biens personnels, elle les *reprend*, elle en opère la *reprise*.

La reprise a lieu, soit en *nature*, soit en *argent*.

1° *Reprise en nature.* — La femme retire ceux de ses propres qui, lors de la dissolution de la communauté, existent encore en nature; non seulement ses *immeubles*, comme le suppose l'article 1493-1° qui ne prévoit que le cas ordinaire, mais aussi, à l'occasion, ses *propres mobiliers* (instruments de travail, pensions alimentaires ou de retraite, etc.).

2° Reprises en *argent*, en *valeur*. — *Créancière* de la communauté, la femme sera payée en argent; elle se présente comme créancière, et non pas comme copropriétaire; depuis sa renonciation, elle a cessé de l'être; elle ne saurait donc émettre la prétention d'effectuer des *prélèvements* en nature, comme elle pourrait le faire si elle était acceptante (Ch. réun. 16 janv. 1858, *S.*, 1858, 1, 5, *D. P.*, 1858, 1, 5; *inf.*, n° 304); sans doute, son mari peut lui céder des biens en nature, pour la remplir de ses reprises (art. 1595-1° et 2°); mais c'est pour lui une pure faculté, non une obligation; l'opération, qui est une *dation en paiement ordinaire*, ne produit d'effets qu'à sa date, sans rétroactivité; elle est sujette à *transcription* et donne lieu à la perception des *droits de mutation* afférents aux ventes (Civ., 3 août 1858, *S.*, 1858, 1, 711, *D. P.*, 1858, 1, 310; 26 fév. 1868, *S.*, 1868, 1, 229; 30 nov. 1870, *S.*, 1870, 1, 136; Req., 17 oct. 1893, *S.*, 1894, 1, 148, *D. P.*, 1894, 1, 190). De plus, la femme renonçante n'a aucun droit de préférence à opposer aux créanciers de la communauté ni à ceux de son mari, sauf celui qui résulte de son *hypothèque légale* de femme mariée et qui ne porte donc que sur les immeubles, y compris ceux de la communauté.

Tout au moins peut-elle exercer ses reprises « *tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels de son mari* » (art. 1495, § 1), et ses *héritiers* ont le même double gage (art. 1495, § 2); de plus, il est admis, bien qu'aucun texte n'en décide expressément, que ces reprises portent *intérêt de plein droit* à dater du jour de la dissolution; on étend ainsi au cas de *renonciation*, une disposition écrite, dans

l'article 1473, pour le cas d'*acceptation*. (Civ., 9 fév. 1870, *S.*, 1870, 1, 299, *D. P.*, 1870, 1, 119; 31 janv. 1911, *D. P.*, 1912, 1, 313, note de Loynes, *S.*, 1913, 1, 249).

276. Exemples de reprises en argent. — Une somme d'argent avait été donnée ou léguée à la femme avec clause d'exclusion de la communauté; un de ses propres avait été vendu et le prix provenant de la vente n'a pas été employé; ces sommes d'argent, malgré leur provenance, sont entrées en communauté à titre de propres imparfaits, c'est-à-dire sauf récompense au profit de la femme.

277. B. **Biens communs.** — *Principe.* — La femme renonçante perd tout droit sur l'actif commun auquel elle devient juridiquement étrangère, et cela *même quant aux biens qui étaient entrés en communauté de son chef* (art. 1492, § 1).

278. Dérogations. — Elles sont au nombre de deux :

1° La femme renonçante retire ses « *linges et hardes à son usage* » (art. 1492, § 2); c'est là une question d'humanité et de décence : « *mulier non debet adire nuda* », disaient nos anciens auteurs (Pothier, *La Communauté*, n° 569).

La formule de l'article 1492, § 2, peut être comprise de façon plus ou moins large : certainement, elle s'applique à la garde-robe, susceptible de représenter une valeur considérable (châles, dentelles, etc.); mais il est douteux qu'elle vise le linge de table ou de lit et surtout les bijoux et joyaux; à cet égard, notre jurisprudence s'en tient assez constamment à la conception la plus étroite (Lyon, 3 juill. 1846, *D. P.*, 1847, 2, 78; Caen, 13 avril 1864, *S.*, 1864, 2, 205).

La loi refuse formellement aux *héritiers* de la femme, le droit d'opérer le prélèvement des linges et hardes (art. 1495, § 2) : il s'agit donc là d'une faveur *toute personnelle*.

2° Depuis la loi du 13 juillet 1907, la femme renonçante conserve les *biens réservés* qu'elle a pu acquérir, par son travail, au cours du mariage, notamment en exerçant une profession distincte de celle du mari (art.5, § 2 de cette loi). C'est une sorte de privilège qui lui est ainsi conféré : bien que répudiant la communauté, elle en retire une partie de l'actif, et peut-être la plus importante; il y a là comme une *reprise d'apport franc et quitte*, pouvant être comparée à celle de l'article 1514 (*inf.* n° 498).

Ce droit de reprise est très énergique : il ne saurait être compromis par une renonciation; toute clause de ce genre,

fût-elle insérée dans le contrat de mariage, serait nulle (L. 13 juill. 1907, art. 1er, § 1) ; et ce droit porte sur *tous les biens réservés*, lesquels sont indemnes de toutes dettes autres que ceux dont ils étaient grevés en vertu de l'article 3 de la loi de 1907 (art. 5, § 2 de cette loi).

C'est à la femme ou à ses héritiers qu'il appartient d'établir la consistance des biens réservés dont ils prétendent effectuer la reprise; la preuve sera administrée dans les termes de l'article 4 de la loi, c'est-à-dire par tous les moyens, à l'exclusion cependant de la commune renommée.

A la différence des linges et des hardes, les biens réservés peuvent être repris, non seulement par la femme elle-même, mais aussi par ses héritiers, mais uniquement en *ligne directe*, soit par ses descendants ou ascendants, à l'exclusion des collatéraux (art. 5, § 3). Il a été jugé que les héritiers en ligne directe conservent le droit de reprise même dans le cas où ils auraient été institués par la femme ses légataires universels (Lyon, 17 oct. 1919, *S.*, 1920, 2, 24, *D. P.*, 1921, 2, 25, note Lalou).

279. II. Passif. — Nous venons de nous expliquer au sujet des *biens réservés* qui sont retirés par la femme, ou par les héritiers, francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient grevés antérieurement.

En ce qui concerne le *passif ordinaire* de la communauté — le seul qui existe lorsque la femme n'exerce pas de profession distincte — on distingue entre les dettes nées du chef du mari et celles qui sont nées dans le patrimoine de la femme.

1° Quant aux *dettes nées du chef du mari*, la femme renonçante y devient complètement étrangère, soit quant au droit de poursuite, soit même quant à la question de contribution (art. 1494).

2° Mais, pour les *dettes nées du chef de la femme*, la distinction doit être établie entre ces deux faces du problème.

a. Quant au *droit de poursuite des créanciers*, la renonciation de la femme ne modifie pas la situation antérieure : demeurée personnellement débitrice, elle peut être actionnée en vue d'un paiement intégral (art. 1494).

b. Pour la *contribution*, c'est-à-dire pour l'*incidence définitive* du fardeau de la dette, une nouvelle discrimination est à faire suivant que la dette était entrée dans la communauté purement et simplement ou sauf récompense.

1. Si la dette était entrée en communauté *à titre définitif*,

la femme, qui a payé, a droit au remboursement intégral de la part de la communauté, c'est-à-dire du mari : de même qu'elle ne peut prétendre, on l'a vu, aux acquêts, même entrés en communauté de son chef, ainsi, et par une juste contre-partie, elle ne doit aucunement supporter le poids des dettes entrées en communauté de son chef et qui faisaient partie du *passif définitif* de cette communauté (art. 1494).

2. Mais si la dette n'était entrée en communauté que *sauf récompense*, ce n'est pas aux biens acquêts qu'elle peut être comparée et opposée, mais aux propres imparfaits, aux propres *sauf récompense*; et de même que la femme peut reprendre les propres imparfaits tombés de son chef en communauté, ainsi elle doit supporter définitivement les dettes qui n'étaient entrées en communauté de son chef que sauf récompense et qui constituaient le *passif provisoire* de cette communauté. La symétrie se poursuit ainsi très exactement entre la répartition de l'actif et celle du passif. En conséquence, si la femme acquitte une dette de la catégorie que nous venons de supposer, elle n'a aucun recours contre la communauté; solution équitable et logique, puisqu'à l'inverse, si la dette avait été payée pendant la durée et avec l'argent de la communauté, celle-ci aurait droit à une récompense de la part de la femme.

Section III. — L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ ET SES CONSÉQUENCES

Articles 1453 à 1491

Cons. H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Rev. crit.*, 1929, p. 65).

280. Formes et délais de l'acceptation. — L'acceptation n'est pas soumise aux conditions de forme relativement rigoureuses de la renonciation; elle est exempte de formalisme.

On doit distinguer *quatre* formes d'acceptation :

1° L'acceptation *expresse*; elle peut intervenir par écrit ou verbalement, sauf, dans ce dernier cas, les difficultés de preuve (art. 1455);

2° L'acceptation *tacite*, résultant d'un acte, d'une attitude qui supposent, chez la femme, l'intention d'accepter, qui se traduisent par une *immixtion*, de sa part, *dans les biens de la communauté* (art. 1454, § 1), comme si elle vend un im-

meuble commun ou si elle introduit une demande en partage de la communauté. (Req., 18 juill. 1904, *S.* 1905, 1, 85, *D. P.*, 1904, 1, 545). La loi précise, ce qui allait de soi, que *les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent point immixtion* (art. 1454, § 2) : c'est ainsi que l'acceptation ne saurait s'induire de la présence de la femme à *l'inventaire* (Civ., 7 nov. 1923, *S.*, 1924, 1, 198, *D. P.*, 1924, 1, 56) ni de la vente, par elle, de meubles sans importance (Req., 7 nov. 1911, *S.*, 1912, 1, 523, *D. P.*, 1912, 1, 236). Parfois, l'interprétation d'un acte, d'une initiative, d'une attitude, est assez délicate; elle rentre dans l'appréciation souveraine des juges du fond. (Req. 28 oct. 1925, *S.* 1925, 1, 296).

3° L'acceptation est parfois *présumée* : la *veuve* qui n'a pas pris parti dans le délai de trois mois et quarante jours à compter du décès, est considérée comme acceptante, du moins si elle n'a pas fait inventaire dans les trois mois (art. 1456; *sup.* n° 269) ; la même solution est applicable, au cas de prédécès de la femme, à ses héritiers (*ibid.*).

4° Enfin, notre Code civil a institué l'acceptation *forcée*, qu'il a imposée à la femme lorsqu'elle a *diverti* ou *recélé* des effets de la communauté (art. 1460) ; il s'agit là d'une véritable *pénalité civile*, qui est encourue par la femme sans distinguer selon que la communauté a été dissoute par le décès du mari ou par le divorce, ou de toute autre façon (Civ., 27 janv. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 65, note Savatier, *S.*, 1932, 1, 297, note Vialleton), qui est infligée également au successible coupable d'un délit analogue et que nous étudierons à l'occasion des *successions* (*inf.*, n° 852).

281. Complexité de la situation. — La situation est bien plus complexe au cas d'acceptation de la communauté que dans l'éventualité d'une répudiation : par son acceptation, la femme consolide sa qualité d'associé, approuve la gestion du mari dont elle s'approprie les actes, et demeure décidément copropriétaire. Il faudra donc procéder à un *partage* entre les deux associés ou leurs héritiers : c'est cette opération que nous devons maintenant étudier, dans toute son ampleur, en tant qu'elle porte sur l'*actif* et sur le *passif* communs.

Encore ne peut-elle avoir lieu d'emblée: avant de partager, il importe d'être fixé sur la consistance des biens à répartir. L'opération se dédouble donc; elle se réalise en deux temps :

1° Il faut d'abord, et c'est la tâche la plus complexe, celle qui soulève le plus grand nombre de difficultés d'ordre juri-

dique, procéder à la détermination, à la *formation* de la masse partageable;

2° Après quoi, on procède au *partage* de cette masse, dans ses éléments actifs et passifs, entre les deux associés ou leurs héritiers.

§ I. — *FORMATION DE LA MASSE PARTAGEABLE*

282. Difficulté de l'opération. — Pour être d'ordre intérieur, cette première opération n'en est pas moins délicate et complexe : elle consiste à *reconstituer la communauté sur ses bases exactes et dans tous ses éléments constitutifs*; or, ces éléments ne sont pas matériellement distincts de ceux qui composent le patrimoine personnel de chacun des époux; un enchevêtrement s'est produit entre les trois patrimoines qui ne sont pas séparés par des cloisons étanches; il faut ramener chacun d'eux à ses justes proportions, l'encercler dans ses limites exactes.

On y parvient au moyen d'un *règlement de compte* intervenant entre les époux et la communauté : d'une part, chacun des époux remettra dans la communauté, *rapportera* les valeurs communes qu'il détient; inversement, il prendra il retirera, sous formes de *reprises* ou de *prélèvements*, les valeurs à lui propres qui, lors de la dissolution de la communauté, se trouvent situées dans le patrimoine collectif; un double courant va s'établir ainsi, de chacun des époux à la communauté, et de celle-ci à chacun des époux. En sorte que les opérations destinées à dégager la masse partageable se ramènent à deux catégories :

1° Les *prélèvements* ou *reprises* effectuées par les époux à l'encontre de la communauté;

2° Les *rapports* que chacun d'eux est tenu de faire à la masse.

Nous étudierons successivement ces deux catégories d'opérations, en rappelant que les *biens réservés* font partie intégrante de la communauté et qu'ils sont donc compris dans le partage (L. 13 juill. 1907, art. 5, § 1).

N° 1

Reprises ou prélèvements effectués par les époux
(RÉCOMPENSES DUES PAR LA COMMUNAUTÉ AUX ÉPOUX)

283. Plan. — Les époux peuvent exercer leurs *reprises* à deux titres bien différents : soit comme *propriétaires*, soit comme *créanciers*; dans le premier cas, la reprise a lieu en

nature; on dit, dans le deuxième, qu'elle est effectuée en *valeur*, ou en argent. On étudiera :

1° Les *reprises en nature*;
2° Les *reprises en valeur*;
3° Les difficultés de *preuve*.

I

Reprises en nature

284. Définition. — Les reprises *en nature* sont celles que les époux exercent à titre de propriétaire; elles portent donc sur les *propres*.

Pendant la durée de la communauté, les propres s'étaient trouvés confondus avec les biens communs, soumis qu'ils étaient, comme ceux-ci, à l'administration du mari : l'unité d'administration masquait plus ou moins les différences d'origine et de situation juridique. Une fois la communauté dissoute, il faut opérer un triage, séparer les propres des acquêts. C'est à cette opération que l'article 1470 se réfère, étant entendu que c'est d'une simple sélection qu'il s'agit, après laquelle rien n'aura été changé *quant au fond*; les trois patrimoines demeurent tels quels; on y voit plus clair, tout simplement. Il faut conclure de là que les créanciers de la communauté ne pourraient pas s'opposer à la reprise, par la femme, de ses biens propres.

Etendue. — Les reprises en nature s'exercent sur les propres mobiliers comme sur les immeubles personnels, sans excepter les *produits* proprement dits, et même les *fruits* et *revenus postérieurs* à la dissolution, lesquels échappent au droit de jouissance de la communauté, désormais éteint.

285. Preuve. — Les difficultés de preuve seront examinées plus tard (*inf.*, n° 305*bis*).

II

Reprises en valeur
Récompenses dues aux époux

286. Généralités. — Nous abordons ici un chapitre de la *théorie des récompenses*, laquelle est destinée à assurer l'*équilibre* entre les trois patrimoines qui coexistent sous les régimes communautaires; par là, par son but, cette théorie se rapproche de celle de la *subrogation réelle*, précédemment

exposée (*sup.*, n° 72) ; sans doute, son efficacité est moindre, puisque c'est seulement à la dissolution de la communauté qu'elle joue, puisqu'elle se contente de corriger, de rectifier après coup une rupture d'équilibre résultant, par exemple, de la vente d'un propre, rupture qui est, au contraire, *prévenue* par la subrogation réelle attachée à l'échange ou au remploi; mais, en revanche, la théorie des récompenses a un domaine d'application beaucoup plus vaste que celui qui est départi à la subrogation réelle, car elle se réalise même indépendamment de toute acquisition et de toute aliénation.

287. Historique. — Le principe des récompenses ne remonte pas très haut dans le passé; nos très anciennes coutumes l'ignoraient; et, par exemple, lorsqu'un propre était vendu, le prix entrait définitivement en communauté, sans récompense d'aucune sorte au profit du vendeur; la communauté s'enrichissait injustement, sans cause, aux dépens de l'aliénateur (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 116). Afin de prévenir ce déplacement de valeur, on prit l'habitude d'insérer dans le contrat de mariage une clause d'après laquelle il serait fait remploi du prix provenant de la vente d'un propre, faute de quoi l'époux vendeur serait autorisé à prélever, sur la masse commune et lors de la dissolution de la communauté, un acquêt à titre d'indemnité de remploi : c'était la clause *de remploi sur les acquêts* qui, devenue de style, fut sous-entendue au XVI^e^ siècle (*Coutume de Paris*, art. 232), au moins pour le cas de vente d'un propre; plus tard, Pothier pose le principe sous une forme générale en déclarant que chacun des époux est, lors de la dissolution de la communauté, « créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens ». (Pothier, *La communauté*, n° 607). La théorie des récompenses s'est ainsi formée par couches successives et elle a conservé de ses origines un caractère fragmentaire; nulle part on ne trouve, dans le Code civil qui procède par voie d'énumération, une formule générale, du moins pour les récompenses dues aux époux, comme celle à laquelle Pothier était arrivé.

288. Justification de la théorie des récompenses. Il est remarquable que le *fondement* de la théorie des récompenses dues aux époux se soit déplacée au cours des siècles : anciennement, cette théorie s'expliquait par le désir « d'empêcher les avantages indirects entre mari et femme » (Pothier, *op. cit.*, n° 585) ; c'est qu'en effet, dans notre ancien droit, les donations entre époux étaient rigoureusement in-

terdites; il fallait éviter que cette défense pût être éludée à l'aide de transferts de valeurs opérés, sans indemnité, du patrimoine d'un époux à celui de la communauté, transferts qui eussent profité, jusqu'à concurrence de moitié, à l'autre conjoint. Il semble que cette justification du principe des récompenses soit complètement périmée de nos jours, puisque notre législation admet la validité des donations entre époux; cependant, il faut se rappeler que, si de telles libéralités sont licites et valables, elles sont du moins révocables *ad nutum*, et l'on peut considérer que la théorie des récompenses tend à rendre effective cette révocabilité; grâce à elle, les donations entre époux ne pourront avoir lieu qu'au grand jour, non indirectement, en sorte que le droit de révocation demeure une réalité.

Mais le véritable fondement de la théorie des récompenses doit être cherché dans le désir d'assurer l'application, le fonctionnement exact du régime matrimonial; une valeur propre ne doit pas devenir commune, à titre définitif, au gré des époux ou des circonstances; les barrières élevées entre les trois patrimoines doivent être respectées; il ne faut pas que l'un de ces patrimoines puisse s'*enrichir sans cause* aux dépens d'un autre, sans quoi le régime matrimonial serait faussé, déformé : le grand principe de l'*immutabilité du régime* postule nécessairement la théorie des récompenses.

289. Plan. — Il faut rechercher :

1° Quelles *causes* donnent lieu à récompense;

2° Quel en est le *montant*;

3° Quel est le *mode de règlement* et la *nature* des récompenses.

290. I. Causes des récompenses. — Principe. — L'article 1433 ne mentionne que deux causes de récompenses; mais ce texte est énonciatif, non limitatif, car d'autres cas sont prévus dans d'autres dispositions (V. notamment art. 1404, § 3); et on s'accorde à reconnaître le droit de reprise à l'époux du moment que la communauté s'était enrichie sans cause à ses dépens; le principe, tel qu'il avait été posé par Pothier (*sup.*, n° 287), est donc toujours exact (Civ., 8 avril 1872, *S.*, 1872, 1, 224, *D. P.*, 1872, 1, 108).

291. Applications; principaux cas de récompenses. — 1° Un bien propre à l'un des époux a été aliéné à titre onéreux; le prix est entré en communauté et le remploi n'a pas été effectué. — C'est le cas classique

de récompense, celui à l'occasion duquel la théorie a fait son apparition (*sup.*, n° 287).

Il faut se demander si toute aliénation donne lieu à récompense ou bien s'il n'y a pas lieu de distinguer : 1. suivant *la nature du bien aliéné*; 2. selon la *forme* que revêt *le prix*.

a) Nature du bien aliéné. — Cette nature est, en principe, parfaitement indifférente : qu'il s'agisse d'un bien principal, d'un capital, ou d'un *produit* — vente d'une coupe de bois dans une futaie non aménagée; matériaux extraits de mines ouvertes postérieurement au mariage (art. 1403, § 3) — la solution est la même; on ne distingue pas davantage selon que le bien aliéné était *corporel ou incorporel*. (V. pour le rachat d'une *servitude* attachée à un immeuble propre, l'art. 1433).

Mais la question s'élève lorsque c'est un droit viager qui a été cédé : *usufruit*, *rente viagère*. Le prix de la cession est entré en communauté : celle-ci est-elle tenue à récompense lors de la dissolution? Oui, sans aucun doute, si l'époux aliénateur survit à cette dissolution; à supposer que la cession ne se fût pas produite, il opérerait la reprise en nature, il retirerait l'usufruit ou la rente à titre de propre; dès lors, il est de toute justice que, la cession ayant eu lieu, il effectue la reprise en valeur sous forme d'une récompense. La question se présente sous un aspect différent lorsque la communauté est dissoute par le décès de l'époux jadis titulaire de l'usufruit ou de la rente viagère; on refuse alors généralement toute récompense aux héritiers, en alléguant que, de toute façon, l'usufruit ou la rente viagère étaient perdus pour eux et n'auraient pas figuré dans la succession de leur auteur. D'ailleurs, ce qui a été cédé, ce n'est pas, à vrai dire, le droit de l'époux, mais plutôt la jouissance de la communauté, cette dernière ayant été substituée à l'époux à raison de l'usufruit qui lui appartient sur les fortunes personnelles des conjoints (*Sic*, Civ., 30 avril 1855, *D. P.*, 1855, 1, 177; *contra*, Nast, t. I, n° 464).

292. *b)* **Forme du prix de l'aliénation.** — Le prix peut consister, soit dans un capital, soit dans un droit viager, dans une *rente viagère*; dans cette dernière éventualité, on s'est demandé si l'époux vendeur a droit à une récompense à raison de l'enrichissement réalisé par la communauté qui, au lieu d'encaisser les revenus ordinaires, par exemple les loyers d'une maison, a perçu les arrérages de la rente, sensiblement plus élevés. La jurisprudence répond par l'affirmative (Req., 1er avril 1868, *D. P.*, 1868, 1, 311; Civ., 8 avril

1872, *S.*, 1872, 1, 224, *D. P.*, 1872, 1, 108) et à juste titre : l'excédent des arrérages sur les revenus du propre est représentatif du capital même qui a été vendu; il est inadmissible que ce capital soit déversé du patrimoine de l'époux dans celui de la communauté, sans récompense à la charge de celle-ci : l'équilibre serait alors injustement rompu; d'ailleurs, la tradition est dans le sens du droit à une récompense, et le texte de l'article 1433 ne distingue pas selon que le prix de l'aliénation est fixé en capital ou sous forme de rente.

293. 2° Sommes d'argent données ou léguées avec clause d'exclusion de la communauté (art. 1401-1°; *sup.*, n° 37).

3° **Indemnité de responsabilité ou d'assurance servie à l'un des époux à raison d'un accident et encaissée par la communauté** (*sup.*, n° 34).

4° **Acquittement, par l'un des époux, d'une dette de communauté.** — L'un des époux a payé, sur sa fortune personnelle, une dette dont la charge définitive incombe à la communauté; il a droit, de ce chef, à une récompense, sans distinguer selon que le paiement a été *volontaire* ou *forcé* (V. art. 1431 et 1439).

294. Preuve. — C'est à l'époux qui se prétend créancier d'une récompense qu'il appartient d'établir et le fait du paiement et le caractère commun de la dette. Il faut noter ici la disposition de l'article 1431 d'après laquelle la femme, qui s'oblige *solidairement* avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme *caution*, c'est-à-dire n'être pas personnellement intéressée à la dette; en conséquence, si elle l'acquitte, elle a droit au *remboursement intégral* (même texte). Il faut bien comprendre : 1° que cette présomption légale de cautionnement ne joue que dans les rapports des époux entre eux; elle est d'ordre intérieur; le créancier peut traiter la femme comme un codébiteur solidaire; 2° qu'il s'agit là d'une présomption simple, comportant la preuve contraire; il appartient au mari de prouver que la femme était intéressée à la dette et que son droit à récompense est donc partiel, ou même inexistant. (Req., 3 juin 1891, *D. P.*, 1892, 1, 13, *S.*, 1893, 1, 5, note Labbé; Civ., 31 oct. 1893, *D. P.*, 1894, 1, 156, *S.*, 897, 1, 502).

295. 5° Amélioration d'un bien commun grâce à une dépense effectuée par l'un des époux. — L'un des époux a payé, sur sa fortune personnelle, les dépenses faites sur un bien commun (grosses réparations, réparations d'entretien, constructions, etc.); ou encore, des coupes de bois ont eu lieu, *par anticipation*, sur un de ses biens personnels.

296. II. Montant des récompenses. — *Principe.* — Le *quantum* des récompenses est déterminé par l'idée même qui est à la base de la théorie: il est égal au profit réalisé par la communauté, à la somme qu'elle a encaissée du chef de l'époux.

Applications. — 1° Un immeuble propre ayant été vendu 100.000 francs, c'est de cette somme que la communauté sera comptable envers l'époux vendeur, sans qu'il y ait à s'inquiéter de la valeur réelle du bien qui est peut-être de 80.000 seulement, ou, à l'inverse, de 120.000.

2° Si le prix affecte la forme d'une *rente viagère*, la communauté ne s'étant enrichie que de la différence entre le montant des arrérages de la rente et le montant des revenus de l'immeuble, c'est dans cette mesure seulement qu l'époux vndeur aura droit à une récompense.

3° A l'inverse, si c'est un droit viager qui a été aliéné moyennant un capital encaissé par la communauté, il conviendrait de déduire de ce capital la différence entre les revenus du droit viager et les intérêts du prix de vente, différence dont la communauté se trouve privée à raison de l'opération réalisée. Cependant, cette déduction n'est pas faite par la jurisprudence qui admet l'époux à récupérer intégralement la somme encaissée par la communauté; cette solution est, à juste titre, critiquée par des auteurs qui lui reprochent de manquer à une saine loi de réciprocité. (Bourges, 27 août 1853, *D. P.*, 1855, 2, 319; Paris, 23 nov. 1861, *D. P.*, 1862, 2, 206; Caen, 29 nov. 1909, *D. P.*, 1911, 2, 89, note critique de M. Ripert, *S.*, 1913, 2, 17, note Le Courtois).

297. III. Mode de règlement et nature des récompenses. — Il semble que le règlement, pas plus que la nature juridique des récompenses, ne soient sujettes à contestation : ce sont là, en définitive, des *créances* des époux contre la communauté et on ne discerne pas pourquoi elles obéiraient à un statut juridique particulier.

Mais il ne faut pas oublier que l'époux, à qui une récompense est due, cumule les deux qualités de créancier de la

communauté et de copropriétaire des biens communs; d'autre part, la situation effacée de la femme et les larges pouvoirs du mari appellent certaines mesures de protection pour la femme commune en biens, lors de la liquidation de la communauté.

On comprend donc que des *mesures de faveur* soient instituées, les unes au profit de la femme seulement, les autres en vafeur des époux.

298. A. **Mesures de faveur spéciales à la femme créancière de la communauté.**

1° La femme, créancière de la communauté, peut, au cas d'insuffisance des biens communs, exercer ses reprises sur les *biens personnels du mari* (art. 1472, § 2). La réciproque n'est pas vraie : le mari ne peut pas, si les acquêts ne suffisent pas à le remplir de ses reprises, prétendre se payer sur les propres de la femme (art. 1472, § 1).

2° En conséquence, si les deux époux ont des reprises à exercer, *la femme passe avant le mari* (art. 1471, § 1) : à quoi bon, en effet, permettre à ce dernier d'exercer d'abord ses reprises, si la femme peut ensuite atteindre, dans le patrimoine personnel du chef de la communauté, les biens qu'il aurait retirés de la masse commune? Ce serait une complication inutile, un détour injustifiable et dangereux.

La deuxième faveur faite à la femme est donc postulée par la première : elles constituent, l'une et l'autre, des mesures compensatrices des larges pouvoirs du mari; ayant géré les intérêts communs, celui-ci doit supporter les conséquences de sa mauvaise gestion dans laquelle la femme n'est pour rien.

Seulement, il faut bien reconnaître que cette justification, excellente sous l'empire du Code civil, n'est plus valable pour les *biens réservés* de la femme laborieuse, biens qui sont soumis à l'administration de la femme, encore qu'ils soient inclus dans la masse commune; ils est certain que, sous cet aspect, la loi du 13 juillet 1907, a troublé l'économie du système qui avait été aménagée par les rédacteurs de ce Code civil; il en résulte un déséquilibre auquel il ne paraît pas que le législateur de 1907 ait songé.

299. B. **Faveurs faites aux deux époux.** — 1° Les époux, créanciers de récompenses, ont droit aux *intérêts* de leurs reprises à compter de la dissolution de la communauté, de plein droit et sans sommation (art. 1473); solution logique, puisque, à compter de la dissolution, la communauté

n'a plus la jouissance des biens des époux. Mais il va sans dire que ce qui court, ce sont les intérêts du *solde créditeur*, et non pas ceux de chaque reprise individuellement envisagée; la question fait l'objet d'un règlement d'ensemble.

2° Les époux, créanciers de la communauté, peuvent se payer au moyen d'un procédé énergique, exorbitant du droit commun, en exerçant des *prélèvements* sur les biens communs (art. 1471, § 2).

Théorie des prélèvements

300. Généralités. — D'ordinaire, un créancier n'est pas admis à se payer en nature, en s'adjugeant les biens de son débiteur et en se faisant justice à lui-même. Il doit placer ces biens sous *la main de la justice*, les *saisir* et les *faire vendre* selon des formes déterminées, pour se payer sur le prix donné par la vente forcée. Mais, lorsqu'il s'agit de créances d'un conjoint contre la communauté, on va plus droit au but en permettant au créancier de se servir lui-même, de se remplir de ses reprises au moyen d'une sorte de *dation en paiement* obligatoire, d'un prélèvement sur les biens communs, à la condition de suivre l'ordre déterminé par la loi : 1° l'*argent comptant*; 2° le *mobilier*; 3° les *immeubles* (art. 1471, § 2). Cette faveur est accordée aux deux époux, au mari comme à la femme, sous le bénéfice de cette réserve secondaire que, dans la mesure où ils s'exercent sur les immeubles communs, les prélèvements du mari doivent respecter l'ordre de préférence établi par la femme ou par ses héritiers (même texte, *in fine*).

Précisément parce que le procédé du prélèvement présente, pour l'époux, le caractère d'une *faveur*, il lui est loisible d'y renoncer pour exiger, suivant le droit commun, un paiement en espèces (Civ., 11 mai 1937, *S.*, 1938, 1, 258).

301. Raison d'être de cette faveur. — Nature juridique des prélèvements. — Si les époux, créanciers de la communauté, peuvent se payer au moyen de prélèvements, donc en *nature*, c'est, évidemment, parce qu'à leur qualité de créanciers vient se superposer celle de copropriétaires, de copartageants; les biens qu'ils prélèvent ne sont pas tout à fait les biens d'autrui, puisqu'ils faisaient partie d'une masse par eux tenue en main commune et ne ressortissant pas à une personne morale distincte (*sup.*, n° 15). D'autre part, le procédé présente des *avantages pratiques* indéniables : il est *rapide*; il est *économique*, puisqu'il évite des frais qu'eussent

entraînés une saisie et une vente forcée; enfin, il est *familial* : il évite la sortie des biens de la famille, alors que, dans une vente sur saisie, l'adjudicataire pourrait être un étranger.

302. — Tout cela est incontestable; mais il reste à savoir *à quel titre* le conjoint exerce ces prélèvements, quelle est la *nature juridique* du droit que lui confère l'article 1471 : problème important et délicat; selon la façon dont on le résoudra, on aboutira à des conséquences très différentes, on reconnaîtra à l'époux des droits plus ou moins énergiques.

Trois conceptions sont possibles, suivant qu'on admet l'époux à exercer ses reprises : 1° en tant que propriétaire; 2° en tant que *créancier ordinaire*; 3° en qualité de *créancier copartageant*. Ces diverses conceptions ont prévalu successivement au cours des périodes qui se sont succédé depuis plus d'un siècle.

Première période. — Au lendemain de la promulgation du Code civil, il était admis sans difficulté que l'époux exerçait les prélèvements en qualité de créancier de la communauté et qu'il devait donc concourir avec les autres créanciers; l'actif commun était partagé entre tous les créanciers, dont les époux. Pour le *mari*, cette solution était sans inconvénient, puisque, de toute façon, il est tenu intégralement et personnellement, même sur ses biens propres, du passif commun; il eût été peu intéressant pour lui de primer les autres créanciers du moment que ceux-ci auraient pu ensuite atteindre dans son patrimoine les biens par lui prélevés. Mais il en allait autrement pour la *femme*, laquelle n'est pas tenue personnellement, et sauf exception, des dettes communes; il eût été fort intéressant pour elle de retirer, de préférence aux autres créanciers, des biens communs qui, une fois dans son patrimoine personnel, y auraient été en sûreté, à l'abri de toute atteinte.

Deuxième période. — C'est pour lui accorder cet avantage que, dans le second tiers du XIX^e^ siècle, il se produisit une évolution jurisprudentielle, qui trouvait d'ailleurs quelques points d'attache dans notre ancien droit; dès 1832, on voit s'affermir, dans certains arrêts, cette opinion que les prélèvements sont exercés par l'époux, non en tant que créancier, mais comme *propriétaire*; il a un droit *plus fort*, un droit exclusif — et non plus seulement un droit de copropriété — sur les biens qu'il prélève; l'actif commun en est réduit « au surplus des biens, prélèvement fait des

reprises »; les reprises en valeur sont ainsi haussées au rang de reprises en nature, dans la mesure où elles se réalisent au moyen de prélèvements (Civ., 28 mars 1849, *D. P.*, 1849, 1, 97; 11 avril 1854, *D. P.*, 1854, 1, 152; 30 mai 1854, *S.*, 1854, 1, 386; Caen, 19 janv. 1832, *S.*, 1841, 2, 82). On en concluait, notamment, que la femme n'avait rien à redouter des créanciers de la communauté, puisqu'elle était assurée, en tant que propriétaire, d'un droit de préférence; et aussi qu'elle était admise à exercer ses prélèvements, *même renonçante*; enfin, que les reprises étaient *mobilières* ou *immobilières* selon qu'elles portaient sur des meubles ou des immeubles. En outre, il ne pouvait être question de percevoir un droit de mutation, l'époux agissant en vertu d'un droit de propriété préexistant.

Troisième période. — La première conséquence, la plus essentielle, était aussi la plus risquée; elle mettait les créanciers de la communauté dans une fâcheuse posture; certaines cours d'appel se refusèrent à suivre la Cour de cassation, si bien qu'en 1858, un arrêt solennel, rendu sous la présidence de Troplong et sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, vint proclamer que la femme n'exerçait ses reprises qu'à titre de *créancière* (Ch. réun., arrêt Moinet, 16 janv. 1858, *S.*, 1858, 1, 9, *D. P.*, 1858, 1, 5) : c'était le retour au point de départ, un revirement complet de jurisprudence. Désormais, il est acquis : 1° que la femme ne prime pas les autres créanciers de la communauté; elle ne dispose, vis-à-vis d'eux d'aucune cause de préférence, réserve faite des avantages inhérents à son hypothèque légale; 2° que les récompenses sont *invariablement mobilières*; ce sont, en effet, des créances de sommes d'argent dont la nature juridique n'est pas influencée par ce procédé d'exécution que sont les prélèvements (arrêt solennel de 1858; Civ., 19 janv. 1925, *D. P.*, 1925, 1, 105, note Nast); 3° que les prélèvements sont, non pas obligatoires, mais *facultatifs* : un créancier peut toujours renoncer à une faveur qui lui est faite, à un procédé d'exécution institué en sa faveur; il peut donc exiger le paiement de ses reprises en argent, sauf à faire vendre les biens communs pour les transformer en numéraire (*sup.*, n° 300).

Difficultés qui subsistaient. — En ramenant les reprises au rang de simples créances, on résolvait certaines questions, mais non pas quelques-unes d'entre elles : 1° La femme ne prime pas les autres créanciers de la communauté,

c'est certain désormais, mais n'est-elle pas primée par eux? 2° Va-t-on analyser le prélèvement comme une variété de *dation en paiement*? Alors, il faudra payer des droits de mutation et aussi le droit de transcription: l'opération est, en effet, translative de propriété, et telle était bien la solution admise, pour les droits de mutation, dans le premier état de la jurisprudence (Cass., 28 août 1838, *D. P.*, 1838, 1, 159).

303. Quatrième période. — Jurisprudence actuelle. — On peut considérer que la question est entrée dans une quatrième phase, au cours de laquelle se consolident et se précisent les solutions acquises pendant la troisième: l'époux qui exerce les prélèvements est bien toujours traité comme un créancier, mais non comme un créancier ordinaire; on voit en lui un *créancier copartageant*; le règlement des récompenses n'est qu'un épisode du partage, de la liquidation de la communauté; et c'est à titre de copartageant que l'époux, qui est bien un créancier, peut se payer en nature, au moyen de prélèvements sur les biens dont il est copropriétaire. La Cour de cassation déclare que la femme ou ses héritiers exercent les reprises « en la double qualité de créanciers et de copartageants et que les prélèvements qu'ils effectuent constituent une des opérations du partage » (Civ., 13 avril 1891, *D. P.*, 1891, 1, 471; 6 déc. 1910, *D. P.*, 1912, 1, 446, *S.*, 1914, 1, 293).

304. Conséquences. — 1° *Le prélèvement n'est pas translatif de propriété*; étant un épisode du partage, il est *déclaratif*; d'où il résulte : *a*) que le fisc ne peut pas percevoir, à son occasion, de *droit de mutation* (Civ., 13 déc. 1864, *D. P.*, 1865, 1, 17; 13 avril 1891 précité); *b*) qu'il n'y avait pas lieu à *transcription*, à une époque où, seuls, les actes translatifs étaient soumis à cette formalité; actuellement, et depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, qui a modifié, dans un sens extensif, l'article 1er de la loi du 23 mars 1855, cette immunité a disparu, et la transcription s'impose ici, comme, plus généralement, en matière de partage (*sup.*, t. Ier, n° 1730; *inf.*, t. III, nos 1193 et 1195); *c*) qu'il faudra tenir compte des prélèvements pour apprécier si l'époux a subi une *lésion de plus du quart* (Civ., 13 août 1883, *D. P.*, 1884, 1, 49); *d*) que les hypothèques générales, nées du chef de l'auteur du prélèvement, frappent les immeubles prélevés, dès le jour de leur entrée en communauté (Civ., 6 déc. 1910, précité).

2° Les prélèvements ne peuvent s'exercer que sur les biens

communs et non pas sur les propres du mari, puisque, vis-à-vis de ces derniers, la femme n'a pas la qualité de copartageante.

3° Si la femme *renonce*, il ne peut plus être question pour elle d'exercer des prélèvements; il n'y a plus alors de partage à opérer, donc plus d'épisode du partage, plus de prélèvement; les biens jadis communs sont allés rejoindre les propres du mari.

305. Dernière difficulté. — Un problème demeure encore en suspens, entre quelques autres : l'époux est traité, tantôt comme créancier, et tantôt comme copartageant; on sera parfois embarrassé pour choisir entre ces deux qualités qui sont susceptibles de réagir l'une sur l'autre de façon inattendue; notamment, si l'on fait prédominer la qualité de copartageant, ne faut-il pas décider que l'époux, non seulement ne prime pas les autres créanciers de la communauté, mais encore qu'il est primé par eux? Car, ce qu'on partage, c'est l'actif net; il faut d'abord déduire le passif, c'est-à-dire payer les créanciers non-copartageants, après quoi seulement il y aura lieu de procéder aux prélèvements (*Sic*, Demolombe, t. IX, n^os^ 363 et suiv.; Planiol et Ripert, t. III, n° 1278). Il faut repousser cette opinion sans hésiter : ceux qui la préconisent en arrivent à retourner contre les époux la faveur que le législateur a voulu leur réserver, et ils oublient que le prélèvement n'est qu'un mode de paiement qui ne doit pas retentir sur le fond même du droit; s'il y a de l'argent comptant, il est évident, nul ne le conteste, que la femme concourra, en ce qui le concerne, avec tous les autres créanciers; comment admettre qu'il en aille différemment lorsqu'elle prétend exercer ses droits sur des biens en nature? Une telle différence serait inexplicable (*Sic*, Civ., 6 juillet 1870, et 19 janv. 1925, précités; Nast, t. II, p. 216, note 1).

III

Les difficultés de preuve

305*bis*. Sources. — Art. 1499; 1504; 1510; C. com. art. 560 et 563; L. 13 juill. 1907; L. 29 avril 1924.

Bibliographie. — H. Capitant, *De la preuve des reprises sous le régime de la communauté*, *Rev. trim.*, 1925, p. 495; Savatier, *Commentaire de la loi du 29 avril* 1924, *Lois nouvelles*, 1924, 1, p. 337; Ph. Fargeaud, thèse, Paris, 1925; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1921.

306. Position de la question. — Si l'un des époux prétend opérer une reprise, il doit établir le bien-fondé de sa prétention, dans son principe et dans son chiffre; il s'agit, en effet, pour lui, de renverser la présomption d'acquêts qui est inscrite, pour les immeubles, dans l'article 1402, pour les meubles dans l'article 1499, § 1 (Req., 10 nov. 1913, *S.*, 1914, 1, 240); comment, à l'aide de quels procédés, suivant quelles règles ce renversement pourra-t-il être effectué?

307. Retouches apportées au Code civil et au Code de commerce. — Le système institué par le Code civil et par le Code de commerce était à la fois imprécis et complexe; de multiples distinctions étaient à faire entre les reprises *mobilières* et *immobilières*, *en nature* ou *en valeur*, entre les reprises de la *femme* et celles du *mari* et aussi entre celles qui portent sur les *biens présents*, existant lors du mariage, et celles qui se rattachent à une cause ultérieure. Une loi est intervenue, à la date du 29 avril 1924, qui était destinée à mettre de l'ordre dans le système légal; bien qu'elle soit issue des délibérations de la *Société d'études législatives*, on peut douter que le résultat poursuivi ait été atteint; il n'est pas certain qu'elle ait simplifié et, si elle a clôt certaines controverses, elle en a fait naître de nouvelles. D'ailleurs, la situation avait été déjà compliquée par la loi du 13 juillet 1907 qui avait introduit un système de preuves spécial pour la reprise des biens réservés de la femme. Trois régimes sont donc simultanément applicables : celui du *Code civil*, qui a été modifié en 1924 et qui institue le droit commun; celui de la loi du 13 juillet 1907, pour les biens réservés; enfin celui du Code de commerce, modifié en 1924 lui aussi, pour les reprises de la femme dont le mari est en état de *faillite*.

De ces trois régimes, le premier seulement nous retiendra à cette place : celui de la loi du 13 juillet 1907, art. 4, a été précédemment exposé (*sup.*, n° 106); pour celui du Code de commerce, qui sort du cadre du Droit civil, nous renvoyons à l'article 560 dudit code, tel qu'il a été modifié par la loi du 29 avril 1924.

308. Remarque. — Le problème de la preuve des reprises offre peu d'intérêt pratique sous le régime de la communauté légale, et cela à raison de la *rareté des propres mobiliers*; il devient, au contraire, de toute urgence sous le régime de la communauté d'acquêts, précisément parce que les propres mobiliers y sont plus nombreux; aussi s'explique-t-on que le législateur ait posé les principes à propos, non

pas de la communauté légale, mais de la communauté plus ou moins réduite (art. 1499 et 1504). Il est certain cependant que ces principes sont également applicables sous la communauté légale, et c'est à propos de ce régime central que nous les étudions, afin de ne pas rompre l'unité de notre exposé; il suffit de se rappeler que c'est sous les régimes restrictifs de la communauté qu'ils reçoivent leur application la plus fréquente.

309. Système de preuves du Code civil, modifié par la loi du 29 avril 1924. — I. Reprise des immeubles. — Une distinction primordiale est à établir entre les *reprises d'immeubles* et les *reprises mobilières*; les premières se présentent, quant à la preuve, sous l'aspect le plus simple : d'une part, elles se prêtent assez difficilement à des fraudes à l'encontre des créanciers; d'autre part, l'époux qui y prétend est presque toujours muni d'un *titre de propriété* qui sera décisif, puisque, révélant et la date et la nature de l'acquisition, il permettra de savoir si le bien auquel il se réfère est entré dans la communauté ou si, à l'inverse, il est demeuré propre à l'acquéreur; c'est dans ce dernier cas seulement qu'il fera l'objet d'une reprise qui s'exercera en nature. D'ailleurs, à défaut d'un titre de propriété, on se contente de tout autre preuve écrite, et, faute de celle-ci, on recourt aux témoignages et aux présomptions, dans les termes du droit commun, donc jusqu'à concurrence de 500 francs et même au delà de cette somme s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347) ou si le titre a été perdu par force majeure (art. 1348, *in fine*).

Sur un seul point, le droit commun est écarté : si l'époux revendique un immeuble prétendûment acquis à titre de *remploi* ou d'*emploi*, il doit produire l'acte contenant la double déclaration de l'article 1434; de plus, la femme doit prouver qu'elle a accepté l'opération *avant la dissolution de la communauté* (art. 1435; *sup.*, n^os^ 85 et 86).

310. II. Reprises mobilières. — C'est pour ces reprises que le problème se complique et c'est pour elles qu'est intervenue la réforme de 1924.

1. En effet, s'il s'agit de *reprise en nature*, d'une part l'époux qui y prétend ne peut produire, bien souvent, aucun titre de propriété, les meubles se transmettant de la main à la main; d'autre part, et à supposer résolue cette première difficulté, il reste à savoir si les meubles revendiqués sont bien identiquement ceux qui étaient échus au requérant au

cours de la communauté ou dont il a fait l'apport lors du mariage.

2. En ce qui concerne les *reprises en valeur*, et par exemple si l'époux prétend qu'une somme est entrée de son chef en communauté, qui provenait de la vente d'un propre ou d'une libéralité consentie avec clause d'exclusion, il doit prouver et l'origine de sa créance et son montant et l'encaissement effectif de la somme par la communauté.

311. Fraudes à craindre. — Distinction. — Une réglementation du système de preuves est d'autant plus urgente que les reprises mobilières, et surtout les reprises en valeur, se prêtent, autrement que les reprises d'immeubles, à des fraudes commises par les époux à l'encontre des créanciers de la communauté : le ménage sera tenté, peut-être, d'exagérer l'importance des créances de la femme afin de restreindre d'autant le gage des créanciers communs, car les biens par elle repris indûment sont en sûreté une fois qu'ils sont parvenus dans son patrimoine personnel, sur lequel les créanciers de la communauté n'ont aucune prise. Aussi comprend-on que le législateur envisage le problème de la preuve sous un aspect différent suivant qu'il intéresse les tiers ou qu'il se pose uniquement à l'intérieur du ménage, entre les époux; c'est là une distinction traditionnelle qui a toujours prévalu dans notre Droit.

312. A. Preuve à l'encontre des tiers, plus spécialement des créanciers de la communauté. — La jurisprudence de la Cour de cassation se montrait ici particulièrement sévère; elle interprétait l'article 1499, ancienne rédaction, en ce sens que l'époux, qui prétendait exercer des reprises mobilières, devait produire un *inventaire* ou un *état authentique*, sans distinguer entre le mari et la femme (Civ., 22 nov. 1886, *D. P.*, 1887, 1, 113, note Guénée; 6 mai 1918 et 8 janv. 1923, *S.*, 1923, 1, 77) ; la solution était essentiellement protectrice pour les créanciers, mais elle était dure jusqu'à l'injustice pour la femme qui se trouvait placée dans l'impossibilité de reprendre des meubles lui appartenant *sans aucun doute*, par exemple des titres nominatifs à son nom. Aussi s'explique-t-on que nombre de cours d'appel tentèrent de résister à la Cour de cassation et de faire prévaloir une distinction entre les reprises en nature et les reprises en argent, le système de preuve rigoureux de l'article 1499 devant être limité, à leur avis, à celles de la première catégorie (Dijon, 4 fév. 1884, *D. P.*, 1884, 2, 169, *S.*, 1885, 2,

25); mais cette interprétation, préconisée par des civilistes tels que M. Bufnoir, fut repoussée par la Cour suprême qui cassa toutes les décisions la consacrant. C'est alors que le législateur intervint.

313. Système de la loi du 29 avril 1924 [1]. — D'après l'article 1499, § 1, nouvelle rédaction de 1924, « *le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis est réputé acquêt, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'égard des tiers* ».

Le système institué dans ces termes est *général* en ce quadruple sens : 1° que les créances du mari sont traitées comme celles de la femme; 2° que la faillite du mari ne change rien à la réglementation de la preuve (C. com., art. 560, nouv. réd.); 3° qu'on ne distingue pas entre la reprise du mobilier présent et les créances nées au cours de la communauté; 4° que la règle fonctionne du moment que les époux ou l'un d'eux ont pour contradicteur un *tiers*, c'est-à-dire, le plus souvent, un *tiers acquéreur*; il nous semble, en effet, impossible d'admettre que le législateur ait entendu viser, sous la dénomination de *tiers*, les seuls créanciers de la communauté (*Sic*, Nast, t. Ier, p. 481, note 4; *contra*, H. Capitant, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1925, p. 519).

Le domaine d'application du système de preuve étant ainsi délimité, il reste à savoir en quoi ce système consiste au juste, quel est ce *droit commun* auquel renvoie l'article 1499, § 1. En employant ces expressions, le législateur a en quelque sorte abdiqué, tellement est imprécise et vague cette notion du droit commun, presque aussi élastique et complaisante que celle de l'ordre public; nous n'en voulons pour témoignage que la diversité des interprétations qui se sont fait jour sur le texte nouveau. Sans doute, il est des points sur lesquels l'accord est unanime :

1. La preuve par *commune renommée* n'est pas admise; elle est assurément exorbitante du droit commun;

2. A l'inverse, l'époux qui prétend exercer ses reprises n'a pas à produire un inventaire ni un acte authentique quelconque; le législateur de 1924 a voulu le dispenser de ce

[1] Cette loi s'applique même aux communautés qui s'étaient ouvertes antérieurement à sa promulgation; les règles de preuve saisissent, en effet, les situations juridiques déjà instituées; elles s'appliquent sans délai (*Sic*, Rennes, 25 nov. 1925, *S.*, 1926, 2, 111; *contra*, Montpellier 12 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 7-8 déc. Comp. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. Ier, n° 55).

formalisme jugé excessif; il pourra utiliser *tous titres privés*: acte de partage, compte de tutelle, livres de commerce, registres et papiers de famille, factures, relevés de comptes en banque (Rennes, 25 nov. 1925, S., 1926, 2, 111);

3. La preuve pourra aussi être administrée par l'*aveu* du tiers comme par le *serment décisoire* de l'époux intéressé.

314. Témoignages et présomptions. — Si bien que la difficulté est limitée à la preuve par *témoins* ou par *présomptions simples* : cette double preuve est-elle bannie absolument par la référence de l'article 1499 au droit commun? Ou bien est-elle admise? Et, si elle l'est, dans quelle mesure, sous quelles garanties?

C'est sur ce point, ainsi délimité, que les auteurs sont très divisés : il en est qui excluent absolument la preuve par témoins, et, par conséquent, la preuve par présomptions, sans distinction aucune (*Sic*, H. Capitant, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1925, p. 520); ils sacrifient complètement les intérêts de la femme à ceux des créanciers et ils vont donc à l'encontre du but poursuivi par le législateur de 1924 qui a voulu réagir contre la sévérité excessive de la thèse jurisprudentielle antérieure; de plus, ils font bon marché du texte actuel qui renvoie au *droit commun* (art. 1499, § 1) : ce serait un singulier droit commun que celui qui exclurait impitoyablement les témoignages et les présomptions. Vainement allègue-t-on qu'il s'agit ici du *droit commun en matière de communauté*; lorsque le législateur a voulu s'en référer à ce droit commun spécialisé, il s'en est expliqué, ainsi qu'il le fait précisément dans l'article 1499, § 2, en visant les dispositions des articles 1502 et 1504. La lettre comme l'esprit de la loi vont donc à l'encontre d'une opinion trop sévère qui enlèverait à la réforme de 1924 une bonne partie de son efficacité.

Nous n'admettons même pas une thèse intermédiaire qui, distinguant entre les reprises en nature et les reprises en argent, écarte la preuve testimoniale pour les premières et l'admet pour les autres (*Sic*, Planiol et Ripert, t. III, n° 1250-5°; Nast, n^{os} 441 et suiv.); on fait ainsi revivre une opposition antérieurement établie par certaines cours d'appel et qui n'avait jamais réussi à prévaloir (*sup.*, n° 312); elle ne trouve d'ailleurs aucune base dans la rédaction actuelle de l'article 1499.

315. — La doctrine la plus sûre est donc celle qui admet, pour les preuves des reprises à l'encontre des tiers, l'appli-

cation du *droit commun des obligations*; seule, elle est respectueuse de la lettre de la loi et de l'esprit dans lequel elle a été conçue. La preuve par témoins et par présomptions est admise et jusqu'à 500 francs, et même parfois au-dessus de ce chiffre, s'il y a eu *commencement de preuve par écrit* [1] ou si le titre écrit a été perdu par *force majeure* (*Sic*, trib. civ. de la Mayenne, 19 juillet 1928, *D. P.*, 1929, 2, 47; Comp. Rennes, 2 nov. 1925, *S.*, 1926, 2, 111). Il est à remarquer : 1° que ce système ne sacrifie pas les intérêts des créanciers, puisque, du moment que la reprise sera de quelque importance, la preuve testimoniale ou par présomptions ne sera pas directement recevable; 2° que le législateur de 1924 s'est montré plus sévère, même dans l'interprétation proposée, que celui de 13 juillet 1907 : il résulte, en effet, de l'article 4 de cette dernière loi, que la femme laborieuse établit la consistance et la possession de ses biens réservés, même vis-à-vis des tiers, par *toutes preuves de droit*, à la seule exclusion de la commune renommée.

316. B. **Preuve entre les époux (et leurs héritiers).** — D'après l'article 1499, § 2, nouvelle rédaction, « *entre époux, la preuve est réglée par les articles* 1502 *et* 1504 ». En conséquence, on doit distinguer entre le mobilier *présent* et le mobilier *futur* :

1° Pour le mobilier *présent*, c'est-à-dire pour les propres mobiliers qui appartenaient aux époux lors de la célébration du mariage, on trouve, dans l'article 1502, les deux solutions suivantes :

a) Le *mari* justifie de son apport par la déclaration portée au contrat de mariage que son apport est de telle valeur. Cette disposition est conçue dans des termes trop étroits et ne vise que l'apport en valeur et dans l'éventualité où un contrat de mariage a été rédigé; or, il est possible et nous supposons qu'il n'y a pas de contrat de mariage; nul doute que le mari ne puisse, en toute occurrence, faire la preuve de son apport en nature ou en valeur, par un écrit quelconque, autre que le contrat de mariage;

b) Quant à la femme, elle justifie son apport en produisant la *quittance* que le mari a dû remettre, soit à elle-même, soit à ceux qui l'ont dotée (art. 1502, § 2). Cette seconde disposition comme la première, est trop restrictive; elle suppose

[1] L'écrit doit émaner, non des créanciers, mais du mari; il peut consister dans une déclaration de succession faite à l'Enregistrement (Trib. civ. Mayenne, jugement cité au texte).

une dot constituée en valeur, en *argent*; la femme n'a alors à prouver que le fait de la réception par le mari, et elle résoudra le problème en produisant la quittance; souvent même, elle en sera dispensée, du moins si un contrat de mariage avait été rédigé et si on trouve la clause devenue de style que la célébration de mariage vaudra quittance (*inf.*, n° 425).

Si l'apport de la femme a été fait *en nature*, s'il comprend des *corps certains*, la preuve sera administrée par *titres* même privés.

En somme, pour le mobilier présent, la solution est donc simple : on demande à l'époux, propriétaire ou créancier, de produire une *preuve écrite* sans distinguer entre le mari et la femme; celle-ci comme celui-là a pu et a dû se réserver une preuve préconstituée.

2° Pour le mobilier *futur*, acquis au cours du mariage, on distingue, au contraire, entre les époux :

a) Le *mari* doit produire un *titre écrit*, en principe un *inventaire*, mais, à défaut, un *titre quelconque* propre à justifier de la consistance et valeur du mobilier qui lui est échu (art. 1504, §§ 1 et 2). Les *registres* et *papiers domestiques du défunt* feront donc preuve; mais on exige absolument une preuve écrite;

b) La *femme* est traitée avec beaucoup plus de libéralisme: on l'admet — et, après elle, ses héritiers — à faire la preuve de l'importance de ses reprises soit par *titres*, soit même par *commune renommée* (art. 1504, § 3) : il serait injuste qu'elle supportât les conséquences de la négligence du mari qui aurait dû faire dresser l'inventaire des meubles à elle échus au cours du mariage, ou, du moins, lui ménager une preuve écrite.

317. C. **De quelques difficultés de preuve spéciales.** — Alors même que les époux produiraient la preuve écrite exigée par la loi, des difficultés sont susceptibles de s'élever; nous indiquerons les plus connues.

1° Le titre produit doit-il avoir *date certaine* pour être opposable soit au conjoint, soit aux créanciers de la communauté? En général, la question est sans intérêt pratique, au moins sous le régime de la communauté légale, l'existence de la reprise n'étant pas subordonnée à la date de l'événement qui l'a fait naître; mais, à supposer que cet intérêt se manifeste, il faudrait répondre par l'affirmative : c'est entre tiers que la question se pose; l'article 1328 est donc applicable. Toutefois, on sait que la jurisprudence attribue aux

quittances une certitude de date, par elle-mêmes, vis-à-vis des tiers comme entre les parties (*sup.*, t. II, n° 190) ; en conséquence, il est inutile que la quittance délivrée par le mari lors de la réception de l'apport de la femme porte date certaine.

2° Au cas de vente d'un propre, il faudra se défier des indications contenues dans l'acte, car des dissimulations sont fréquentes. On admet assez généralement que la preuve pourra en être administrée *même par témoins*, et malgré la disposition de l'article 1341, d'après laquelle *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes* » (*sup.*, t. II, n° 208) ; ce n'est pas contre l'une des parties à l'acte qu'il s'agit de faire la preuve, mais contre la communauté, donc contre un tiers; sous une autre forme, l'acte qui a été dressé n'était pas destiné à établir le montant de la somme entrée en communauté, mais uniquement à fixer les conditions de l'opération entre les parties contractantes. C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la Cour de cassation, du moins lorsque la vente, ayant émané du mari, c'est celui-ci qui prétend établir la dissimulation (Civ., 14 mai 1879, *D. P.*, 1879, 1, 420, *S.*, 1880, 1, 17) ; car, s'il s'agit d'un immeuble de la femme, celle-ci est admise à prouver, par tous les moyens, sauf par la commune renommée, le montant de la somme réellement encaissée par la communauté (Civ., 18 janv. 1875, *D. P.*, 1876, 1, 159, *S.*, 1876, 1, 5, note Labbé).

318. — 3° Des discussions peuvent aussi s'élever sur le point de savoir si le prix de vente ou bien la somme donnée ou léguée à l'un des époux avec clause d'exclusion, ont été *effectivement encaissés* par la communauté. A qui incombe alors le fardeau de la preuve? Dans l'opinion dominante, en doctrine ou en jurisprudence, on distingue entre les reprises du mari et celles de la femme : le *mari* est tenu de prouver le versement effectif du prix ou de la somme donnée ou léguée; il est bien placé pour le faire puisqu'il a l'administration des biens communs (Req., 10 nov. 1913, *S.*, 1914, 1, 240) ; mais la *femme* bénéficie d'une *présomption de versement*, d'ailleurs susceptible d'être renversée par la preuve contraire; le mari, administrateur, a dû veiller à l'encaissement de la somme tandis que la femme n'a pas été à même de se ménager une preuve préconstituée (Req., 18 janv. 1897, *S.*, 1897, 1, 455; *D. P.*, 1897, 1, 127).

N° 2

Rapports effectués par les époux à la communauté
(RÉCOMPENSES DUES À LA COMMUNAUTÉ)

319. Position de la question. — Après les opérations qui viennent d'être analysées, il ne reste rien dans la communauté qui ne doive y figurer; mais il est possible qu'une valeur qui doit y rentrer soit actuellement localisée dans le patrimoine personnel de l'un des époux. Une seconde catégorie d'opérations s'impose donc : après avoir procédé à l'épuration de la masse commune, il faut lui restituer les éléments qui en étaient provisoirement sortis; c'est alors seulement qu'on saura ce qu'il y a lieu de partager.

320. Ampleur de cette seconde série d'opérations. — Ces opérations ne s'analysent pas uniquement dans le règlement, par les époux, des *récompenses* dont ils peuvent être débiteurs envers la communauté; avant même de procéder à ce règlement, il y a lieu de réunir à la masse commune différents biens :

1° Les *revenus* de toute sorte issus, depuis la dissolution, des biens communs (arg. art. 1401-2° et 1476), et, par exemple, les bénéfices réalisés par un fonds de commerce (Civ., 28 avril 1884, *D. P.*, 1884, 1, 329; 23 mai 1905, *S.*, 1906, 1, 177; Paris, 29 juin 1927, *D. P.*, 1927, 2, 161, note H. CAPITANT);

2° Les biens qui, à un moment quelconque, auraient été aliénés par le mari irrégulièrement, soit qu'ils l'aient été après la dissolution de la communauté, soit que, l'ayant été auparavant, ils aient excédé les pouvoirs de celui qui y a procédé : immeuble donné entre vifs ou vendu frauduleusement (*sup.*, n^os^ 166 et 161). Toutefois, la réunion ainsi effectuée à la masse commune ne se réalise, provisoirement, que sur le papier; il n'est pas certain, en effet, que l'acte irrégulier doive tomber : si le bien qu'il concerne est mis dans le lot du mari, l'acte devient inattaquable : son sort dépend de l'existence et des résultats du partage.

321. Récompenses. — Plan. — Une fois ces questions résolues, il convient de procéder au règlement des récompenses qui peuvent être dues par les époux à la communauté : c'est la *seconde face de la théorie générale des récompenses*.

Reprenant le plan utilisé précédemment pour les récompenses dues par la communauté, nous étudierons :

1° Les *causes* de récompense;

2° Le *montant* des récompenses;

3° Le *règlement*.

322. I. Causes de récompense. — Principe. — Le principe est inscrit dans l'article 1437 qui, après avoir donné des exemples, déclare que récompense est due « ... *généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté...* »; tout enrichissement sans cause, tout enrichissement injuste rend donc la communauté, qui a joué le rôle d'enrichisseur, créancière de l'époux enrichi (Pothier, *La Communauté*, n° 613).

323. Tempérament. — La directive de l'article 1437 devient inapplicable dans le cas où le mari aurait fait une donation à sa femme avec des biens communs; à vrai dire, il n'y a pas alors enrichissement sans cause, mais enrichissement dont la cause réside dans l'*animus donandi*. Plus généralement, il faut dire que le principe des récompenses n'intéresse pas l'ordre public (Civ., 24 janv. 1894, *D. P.*, 1894, 1, 337, note Planiol); le conjoint de l'époux débiteur peut renoncer à son application au moyen d'une *dispense de récompense* qui peut être expresse ou tacite (Civ., 24 janv. 1894, *D. P.*, 1894, 1, 337, note Planiol, *S.*, 1894, 1, 288; Nancy, 16 mars 1901, *D. P.*, 1902 2, 170). C'est d'ailleurs un principe général que les donations faites par le mari avec les biens communs ne donnent lieu à aucune récompense (Req., 18 mars 1862, *S.*, 1862, 1, 869; 30 avril 1862, *S.*, 1862, 1, 1036; Paris, 26 déc. 1932, *S.*, 1933, 2, 142).

324. Applications. — Le principe d'indemnisation posé dans l'article 1437 reçoit des applications nombreuses et variées : il en est deux auxquelles nous avons fait précédemment allusion : 1° si des *récoltes* sont sur pied, lors de la dissolution de la communauté et sur un domaine propre à l'un des époux, celui-ci, qui en profitera seul, doit indemniser la communauté des frais de semences et de labour, qu'elle avait engagés à cette occasion (*sup.*, n° 98); 2° une récompense est également due par l'époux sur le fonds duquel une *coupe de bois* aurait dû, régulièrement, avoir été pratiquée pendant la durée de la communauté (art. 1403, § 2; *sup.*, n° 98).

Mais la plupart des récompenses auxquelles peut prétendre

la communauté se relient ou bien au *paiement*, avec les deniers communs, *d'une dette personnelle* à l'un des époux, ou bien à des *dépenses se rapportant aux propres* des époux (art. 1437).

325. A. **Paiement des dettes personnelles.** — C'est fréquemment que la dette d'un époux est réglée avec les deniers communs; en effet, d'une part, la communauté, usufruitière ou quasi-usufruitière des biens des conjoints, concentre tout l'argent liquide du ménage; les deniers, chose consomptible, lui appartiennent; d'autre part, nombre de dettes, encore que personnelles à l'un des époux, sont exécutoires néanmoins sur les biens communs; elles rentrent dans le *passif provisoire* de la communauté, en sorte que les créanciers peuvent saisir, à leur occasion, les biens communs. Grâce à cette double particularité, il arrive souvent que la communauté consente, de gré ou de force, une *avance de fonds* pour le compte de l'un des époux : d'où le principe d'une récompense.

325*bis*. Les deux catégories de dettes personnelles. — Il existe, nous venons de le rappeler, deux catégories de dettes qui sont personnelles aux époux, les unes absolument, quant au droit de poursuite des créanciers comme en ce qui concerne la répartition définitive; les autres à ce dernier point de vue seulement; les premières qui restent tout à fait en dehors de la communauté, les autres qui composent son *passif provisoire* : le règlement des unes et des autres est matière à récompense.

1° **Dettes strictement personnelles aux époux.** — Du moment que les créanciers n'ont pas d'action sur les biens communs, il est de toute évidence que, si la dette est cependant acquittée avec les deniers communs, la communauté a droit à une récompense. Il s'agit, par exemple, d'un paiement de l'*amende* infligée à la femme ou des *dommages-intérêts* qui ont été mis à sa charge à raison d'un *délit* qu'elle a commis (*sup.*, n° 139); ou bien d'une *constitution de dot* faite, avec l'argent de la communauté, par un époux *qui a entendu doter personnellement l'enfant commun* (art. 1439 et 1469) et qui s'est acquitté ainsi, aux frais de la communauté, d'une *obligation naturelle personnelle*.

Etablissement d'un enfant d'un premier lit. — Le même raisonnement peut être fait, mais alors en toute occur-

rence et quelles que soient les intentions du disposant, si les valeurs communes ont servi à établir l'enfant que l'un des époux avait d'un *précédent mariage*, donc à acquitter une *obligation naturelle dont il était tenu*, à l'exclusion du conjoint actuel; le droit de la communauté à une récompense est inscrit formellement dans l'article 1469.

A dire vrai, ce texte ne prévoit qu'une sorte d'établissement de l'enfant, à savoir l'établissement *par mariage*, et la jurisprudence, interprétant restrictivement cette disposition, dispensait l'époux de toute récompense lorsque l'établissement avait eu lieu à une autre occasion, lorsqu'il présentait un caractère professionnel (Civ., 23 juin 1869, *S.*, 1869, 1, 358, *D. P.*, 1870, 1, 5, note Ch. Beudant); mais, depuis longtemps déjà, l'argument d'analogie a supplanté ici l'argument *a contrario*, et il est devenu de jurisprudence constante que tout établissement de l'enfant issu d'un premier lit ouvre un droit à récompense pour la communauté qui a fait les frais de l'opération; il n'existe, en effet, aucune raison logique de distinguer entre les divers modes d'établissement (Req., 14 avril 1886, *S.*, 1886, 1, 289, *D. P.*, 1887, 1, 169; 11 nov. 1902, *D. P.*, 1902, 1, 573, *S.*, 1905, 1, 38).

En revanche, la Cour de cassation se refuse à admettre le principe d'une récompense du chef de l'établissement, par l'un des époux et avec les biens de la communauté, d'un parent même proche, par exemple une sœur (Req., 30 avril 1862, *D. P.*, 1862, 1, 522) ou une nièce (Req., 18 mars 1862, *D. P.*, 1862, 1, 285). On considère que le constituant ne s'est pas enrichi aux dépens de la communauté, car il n'était tenu d'aucune dette, même naturelle, envers le gratifié. La doctrine critique généralement cette jurisprudence restrictive et estime que la communauté devrait être indemnisée d'une dépense qu'elle a faite pour permettre au constituant de s'acquitter d'une obligation, même simplement morale (*Sic*, Planiol, note *D. P.*, 1889, 1, 97; Nast, t. I^er^, n° 482).

326. 2° Dettes communes sauf récompense; passif provisoire de la communauté. — Nombre de dettes n'entrent en communauté qu'en ce qui concerne le *droit de poursuite* des créanciers, mais non quant à leur *incidence définitive*, quant à leur *contribution*; en fin de compte, le poids doit en être supporté par l'époux du chef de qui elles sont nées, ce qui revient à dire que, si c'est la communauté qui les a acquittées, elle peut prétendre à une récompense. Dans cette catégorie rentrent : les *dettes immobilières* du mari antérieures au mariage; les dettes des *successions*

immobilières échues au mari; celles des *successions mixtes* échues au mari ou advenues à la femme et par elle acceptées avec l'autorisation du mari; les *amendes* encourues par le mari (art. 1424; *sup.*, n° 122), mais non pas les *dépens* ou les *dommages-intérêts* auxquels il pourrait être condamné et qui incombent définitivement à la communauté, sans recours possible (Civ., 9 déc. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 118; Pau, 23 mai 1877, *D. P.*, 1878, 2, 190); ni les dettes mobilières présentes, lesquelles sont entrées en communauté définitivement, sans espoir de récompense; il en va ainsi, par exemple, des dettes de la femme qui, n'ayant pas date certaine antérieurement au mariage, ont cependant été acquittées par le mari qui a reconnu, par cela même, la sincérité de la date (art. 1410, § 3).

327. B. **Dépenses se rapportant aux propres des époux.** — On trouve, dans l'article 1473, une formule qui englobe toutes les éventualités; les dépenses que vise ce texte se réfèrent à : l'*acquisition*, à la *conservation*, à l'*amélioration* ou enfin au *recouvrement* d'un propre; avec elles, nous découvrons de nouveaux éléments du *passif provisoire* de la communauté, c'est-à-dire du passif commun, sauf récompense.

1° *Acquisition d'un propre.* — Un propre a été acquis avec l'argent de la communauté; l'acquéreur en doit récompense. Cette éventualité est assez fréquente; loin d'être complet sur ce point, nous nous bornerons à quelques exemples :

a) Antérieurement au mariage, ou, si un contrat a été rédigé portant adoption d'un régime communautaire, antérieurement à ce contrat, l'un des futurs époux avait acheté un immeuble dont le prix était encore dû lors du mariage. L'immeuble demeure la propriété exclusive de l'acheteur (art. 1402); mais la dette du prix entre en communauté, puisqu'elle est mobilière; la communauté va l'acquitter, mais sauf récompense due par l'époux propriétaire;

b) Pendant le cours de la communauté, un propre est *échangé* contre un bien de valeur supérieure; la *soulte* est acquittée avec l'argent de la communauté qui a droit, de ce chef, à une récompense (art. 1407; *sup.*, n° 76); ou bien l'un des époux, copropriétaire d'un immeuble, acquiert des *parts indivises* qui lui manquaient; ces parts constituent elles-mêmes des propres, mais sauf récompense au profit de la sommunauté qui a financé l'acquisition (art. 1408; § 1; *sup.*, n° 60); ou encore, c'est la femme qui exerce le *retrait*

d'indivision; elle doit indemniser la communauté qui se trouve ainsi expropriée (art. 1408, § 2, *in fine*; *sup.*, n° 67).

328. — *c*) L'un des époux s'est constitué personnellement une *rente viagère*, avec l'argent commun; et il survit à la dissolution de la communauté; il réalise ainsi un profit dont il doit récompense.

Il semble qu'au contraire aucun récompense ne soit due lorsque la rente a été constituée par l'un des époux au profit de l'autre ou bien lorsqu'elle a été établie conjointement avec clause de réversibilité au profit du survivant, car alors on peut faire intervenir l'idée de donation, de dispense de récompense. Cependant, la jurisprudence décide qu'il y a lieu, *en principe*, à récompense (Civ., 24 janv. 1894, *S.*, 1894, 1, 288, *D. P.*, 1894, 1, 337, note Planiol; 4 déc. 1894, *D. P.*, 1895, 1, 353, *S.*, 1898, 1, 487; 26 oct. 1910, *S.*, 1913, 1, 13, *D. P.*, 1913, 2, 206; Rouen, 10 fév. 1909; *D. P.*, 1911, 2, 1, note H. Capitant, *S.*, 1910, 2, 81, note Dalmbert), mais sauf à rechercher si, dans l'espèce, il n'y a pas eu dispense de récompense, expresse ou même tacite (Civ., 24 janv. 1894 précité; Paris, 19 mai 1890, *D. P.*, 1893, 2, 185; 26 fév. 1923, *D. P.*, 1923, 2, 21).

Si c'est une *assurance sur la vie* qui a été contractée par un des époux, il y a lieu de distinguer : 1° s'il s'agit d'une assurance au profit d'autrui, contractée par un conjoint au profit de l'autre, le bénéfice en constitue un propre, sans qu'aucune récompense soit due, en principe, à la communauté à raison des primes qu'elle a payées (L. 13 juillet 1930, art. 71, §§ 1 et 2; *sup.*, n° 39*bis*); il n'en serait autrement que si lesdites primes étaient manifestement exagérées eu égard aux ressources de la communauté, et dans la mesure seulement de l'exagération commise (art. 71, § 2, cbn., art. 68, § 2 de la même loi); 2° si, au contraire, l'assurance a été contractée personnellement par l'un des époux et pour son profit exclusif, nous estimons que le bénéfice en est acquis à la communauté (sup., n° 39*bis*), en sorte que la question de la récompense ne se pose même pas.

329. 2° **Conservation d'un propre.** — Des dépenses ont été faites qui ont assuré la conservation d'un propre : ces dépenses *nécessaires* ont été supportées par la communauté qui doit être indemnisée.

3° **Amélioration d'un propre.** — C'est une maison qui a été agrandie, surélevée; c'est une construction qui a été

édifiée sur un fonds appartenant en propre à l'un des époux; c'est une servitude qui grevait ce fonds et qui a été éteinte, rachetée avec les deniers communs; autant d'impenses *utiles* dont il doit être tenu compte à la communauté.

Il en irait autrement si on avait acheté des parcelles contiguës, qui, acquises à titre onéreux, entreraient en communauté, en sorte que la question de récompense ne se poserait même pas.

4° **Recouvrement d'un propre.** — Un immeuble propre est au pouvoir d'un tiers; l'époux propriétaire revendique son bien. Les frais du procès sont réglés par la communauté qui aura droit, de ce chef, à une récompense.

330. II. Montant des récompenses. — Principe. — La détermination du *quantum* des récompenses est plus complexe pour les rapports que pour les reprises. Pothier posait à cet égard un double principe : 1° la récompense n'excède jamais le montant du profit réalisé par l'époux; 2° elle ne doit pas non plus dépasser « ce qu'il en a coûté à la communauté » (Pothier, *La Communauté*, n° 613). C'est donc un *double maximum* qui est traditionnellement établi, le deuxième venant, à l'occasion, limiter le premier. En principe, c'est le profit retiré par l'époux qui est décisif; mais si ce profit excède la somme déboursée par la communauté, c'est celle-ci qui joue le rôle de maximum (Civ., 22 oct. 1889, *D. P.*, 1890, 1, 62, *S.*, 1890, 1, 55; Civ., 26 oct. 1910, *D. P.*, 1913, 1, 206; 12 oct. 1935, *D. H.*, 1935, 52, *S.*, 1937, 1, 4).

331. Applications. — L'application de ces directives est parfois très simple, car il advient que les critères traditionnels coïncident : si la dette personnelle à l'un des époux est acquittée avec l'argent commun, le profit retiré par le débiteur est précisément égal à la somme déboursée par la communauté.

Lorsque les *impenses* ont été faites sur les propres des époux, on distingue traditionnellement suivant qu'elles sont *nécessaires*, *utiles* ou *voluptuaires*.

1° Les impenses *nécessaires* (grosses réparations et mesures de conservation), sont à rembourser *intégralement*; on considère qu'il en est résulté, pour l'époux, un profit égal au montant des dépenses effectuées (Civ., 9 nov. 1864, *D. P.*, 1865, 1, 169; Paris, 27 fév. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 486).

2° Les impenses *utiles*, qui ont amélioré le propre, sont

remboursées jusqu'à concurrence de la *plus-value*, appréciée lors de la dissolution de la communauté (Req., 14 mars 1877, *D. P.*, 1877, 1, 353, *S.*, 1878, 1, 5, note LABBÉ; Civ., 22 oct. 1889, *S.*, 1890, 1, 55, *D. P.*, 1890, 1, 62).

3° Les impenses *voluptuaires* ne donnent pas lieu à récompense; on considère — ce qui est une vue un peu superficielle — qu'elles n'ont pas donné de plus-value à l'immeuble (Paris, 27 février 1901, précité); sauf, pour l'époux, l'obligation de laisser procéder à l'enlèvement, s'il est réalisable sans dommage pour l'immeuble (Req., 14 mars 1877).

Lorsqu'une *assurance sur la vie* a été constituée par un époux au profit de l'autre, la récompense n'est due à la communauté, pour les primes qu'elle avait acquittées, que jusqu'à concurrence de leur exagération eu égard aux ressources du fonds commun (*sup.*, n° 328).

La constitution de *rente viagère* soulève des difficultés; non pas toujours cependant : si la rente a été constituée personnellement au profit de l'un des époux ou si elle a été établie par l'un des époux au profit de l'autre, on s'accorde à décider que la récompense est égale au montant, non pas de la somme qui est sortie de la caisse commune, mais seulement de celle qui a dû être versée, *lors du contrat, pour assurer la continuation de la rente après la dissolution de la communauté*. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la communauté, usufruitière des propres, a perçu des arrérages; une restitution intégrale du prix de constitution de la rente dépasserait donc le but poursuivi et enrichirait injustement la communauté aux dépens de l'époux crédirentier (Civ., 26 oct. 1910, *S.*, 1913, 1, 13, *D.*, 1, 1913, 1, 206).

332. — Les difficultés n'apparaissent vraiment que pour la rente stipulée *réversible* sur la tête du survivant, ou, plus généralement, sur la tête de l'un des époux. Autrefois, on imposait au bénéficiaire le rapport d'une somme égale à celle qu'il aurait fallu débourser pour l'établissement en sa faveur et *au jour de la dissolution de la communauté*, de la rente dont il profitait (Req., 16 déc. 1867, *D. P.*, 1868, 1, 270; Civ., 20 mai 1873, *S.*, 1873, 1, 339, *D. P.*, 1874, 1, 72); mais on aboutissait, avec ce critère, à enrichir la communauté qui recouvrait une somme supérieure à ses débours, car le prix que l'assureur avait exigé pour la continuation de la rente au profit du survivant est généralement inférieur au prix de constitution d'une rente nouvelle au profit dudit survivant; de plus, on méconnaissait le caractère aléatoire de l'opération, puisqu'on obligeait l'époux survivant à

débourser une somme fixée après coup au jour du décès du prémourant; aussi une autre opinion s'est-elle fait jour, qui tend à prévaloir, d'après laquelle la restitution ne doit porter que sur le *prix de réversibilité* tel qu'il ressort des tableaux de capitalisation de la compagnie d'assurances, c'est-à-dire sur la somme qu'a dû payer la communauté pour assurer la continuation de la rente au profit du survivant, somme qui est évaluée à *la date du contrat*, qui est fixée, à ce moment-là, une fois pour toutes, et qui est généralement inférieure à celle que donnait l'ancien mode de computation, sauf dans le cas où, la communauté ayant duré très longtemps, le survivant est fort âgé au moment où joue la clause de réversibilité (*Sic*, Paris, 6 nov. 1903, *D. P.*, 1904, 2, 177, note Coquelin; 26 fév. 1923, *D. P.*, 1923, 2, 21; Rouen, 10 fév. 1909, *S.*, 1910, 2, 81, note Dalmbert *D. P.*, 1911, 2, 1, note H. Capitant; trib. civ. Laval, 17 janv. 1907, *D. P.*, 1913, 2, 129, note Dupuich). C'est donc le montant de l'appauvrissement subi par la communauté qui, dans ce nouveau système, est décisif.

333. III Règlement des récompenses dues par les époux à la communauté. — Il faut noter :

1° Que la charge de la preuve, quant à l'existence et quant au montant du rapport, incombe, par application du droit commun, à celui des époux qui prétend que son conjoint s'est enrichi aux dépens de la communauté (Req., 29 janv. 1902, *D. P.*, 1902, 1, 219;

2° Que les sommes dues par les époux portent intérêt *de plein droit* du jour de la dissolution de la communauté, solution dérogatoire au droit commun, mais symétrique à celle qui est donnée pour les récompenses auxquelles peuvent prétendre les époux (art. 1473).

334. Procédés de règlement. — Le procédé réglementaire. — Le procédé normal est celui du *rapport effectif* : l'époux débiteur rapporte à la masse la somme dont la communauté est créancière (art. 1468).

Mais ce mode de règlement est incommode; il peut contraindre l'époux débiteur à réaliser certains de ses biens afin de se procurer les sommes liquides à remettre dans la masse; aussi, dans la pratique, emploie-t-on fréquemment des procédés différents, tous légitimes et corrects, mais à une condition : c'est qu'ils aboutissent *aux mêmes résultats que le rapport effectif, seul prévu par la loi.*

335. Substituts du rapport effectif. — Ils sont au nombre de quatre : rapport *en moins prenant*; *prélèvement*; procédé du *mi-denier*; *compensation*.

1° **Rapport en moins prenant.** — On additionne avec les biens communs existants le montant de la récompense due par l'époux; puis, sur la moitié revenant à cet époux débiteur, on précompte la somme à laquelle s'élève la récompense. Par exemple, il y a, dans la communauté, effectivement, 50.000 francs et le mari doit une récompense de 10.000. On écrira, sur le papier, que la masse commune est de 50.000 + 10.000 = 60.000. Chacun des époux peut donc prétendre à 30.000 francs; mais, le mari étant considéré comme ayant déjà reçu 10.000, il ne pourra prendre que 20.000.

2° **Prélèvements.** — En reprenant le même exemple, la femme prélèvera 10.000 francs sur les biens composant effectivement la masse commune; il restera donc 40.000 francs dont chacun des époux aura la moitié.

Il faut remarquer que ces deux premiers procédés ne sont praticables que si la communauté est assez riche pour s'y prêter; si, par exemple, elle se compose de 10.000 francs et si le mari doit rapporter 50.000 francs, force sera bien de recourir au rapport effectif ou au procédé du mi-denier.

3° **Procédé du mi-denier.** — On partage l'actif également entre les époux, après quoi l'époux débiteur, dans l'espèce le mari, fait confusion sur lui-même de la moitié de sa dette, soit, dans le premier exemple, 5.000 francs, tandis qu'il remet l'autre moitié, 5.000, à la femme.

4° **Compensation.** — On suppose que les deux époux sont débiteurs de récompenses; par exemple, alors qu'il y a 50.000 francs dans la communauté, chacun d'eux doit 10.000 : ils se dispenseront respectivement du règlement des récompenses.

Ce procédé de règlement appelle deux observations :

a) Il est dangereux, surtout pour les créanciers de la communauté, car il limite leur gage aux biens existants; il réduit l'actif commun qui, de 70.000, se trouve ramené à 50.000. Aussi les créanciers sont-ils en droit de protester et d'exiger que le rapport ait lieu en nature, ou, du moins, qu'on les traite comme s'il avait lieu en nature;

b) La terminologie employée est inexacte et trompeuse;

il n'y a pas compensation effective, laquelle suppose l'existence de rapports obligatoires, en sens inverse, entre les deux mêmes personnes, chacune d'elles étant à la fois créancière et débitrice de l'autre. Tel n'est pas le cas ici : d'une part, le mari est débiteur de la communauté; d'autre part, la femme est débitrice de cette même communauté; il y a deux débiteurs différents pour un seul et même créancier.

336. Compensation véritable. — La véritable compensation trouve son application dans le cas où *le même époux* est à la fois créancier et débiteur de la communauté; on opère alors une balance de comptes entre reprises et rapports. Si, par exemple, la femme a droit à une reprise de 30.000 et si, d'autre part, elle est redevable d'un rapport de 10.000, on fera la soustraction, si bien qu'en fin de compte la reprise sera ramenée à 20.000. C'est la solution traditionnelle, déjà admise par Pothier et consacrée par la Cour de cassation (Req., 27 avril 1904, *D. P.*, 1905, 1, 98).

Cet arrangement est particulièrement intéressant lorsque le mari est insolvable; la femme, payée *en monnaie de compensation*, échappe au concours des créanciers de la communauté; ses reprises et récompenses « constituent les éléments d'un compte unique et indivisible dont le reliquat final est seul à considérer » (Civ., 3 mars 1891, *D. P.*, 1891, 1, 249).

§ II. — *PARTAGE DE LA MASSE COMMUNE*

H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*, *Rev. crit.*, 1929, p. 65.

337. Plan. — Une fois obtenue, notamment par le jeu des reprises et des rapports, la consistance exacte de la masse commune, le moment est venu de procéder à sa répartition, au *partage* proprement dit, deuxième et dernière phase de la liquidation.

Ce partage ou ce règlement doit porter : 1° sur l'*actif*; 2° sur le *passif*.

N° 1

Partage de l'actif

338. Plan. — Le partage de l'actif soulève deux séries de problèmes : 1° Dans quelles proportions est-il effectué? 2° Quel est le *mode* et quels en sont les *effets*?

339. I. Dans quelles proportions l'actif se partage-t-il entre les époux ou leurs héritiers? — *Principe.* — Le principe, presque absolu, du moins pour la communauté légale, la seule que nous étudions à cette place, est le *partage par moitié* (art. 1474). Les époux communs en biens sont, sauf clauses contraires dans leur contrat de mariage, des associés à parts égales.

340. Dérogations. — On présente parfois, comme des dérogations à la règle du partage égal, l'attribution au survivant d'une rente viagère réversible ou d'une assurance sur la vie contractée en sa faveur; mais cette attribution porte sur des biens qui ne figurent pas ou qui ne figurent plus dans la communauté; l'exception au principe du partage par moitié n'est donc qu'apparente.

Deux dérogations effectives sont à signaler.

A. Si la communauté est dissoute par le prédécès de la femme, le droit d'option passe aux héritiers entre lesquels il se divise (art. 1475, § 1; *sup.*, n° 256); il peut donc advenir que les uns acceptent la communauté alors que les autres y renoncent. En ce cas, les parts des renonçants vont au mari qui recueille donc au delà de la moitié : les trois quarts, les cinq sixièmes ou davantage. Il se produit alors un *accroissement* de la part du mari (art. 1475, § 2).

341. — B. L'un des époux se rend coupable de *divertissement* ou de *recel* d'effets de la communauté; il *soustrait* des valeurs communes ou bien il les *dissimule*, afin de s'en réserver le profit pour lui seul. Alors, si c'est la femme qui commet ce délit, elle est déchue de la faculté de renoncer; la loi lui imprime d'autorité la qualité d'acceptante (art. 1460; *sup.*, n° 280); de plus, et quel que soit le coupable, le *mari*, la *femme* ou leurs *héritiers* (Civ., 11 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 44), le Code civil le prive de sa part dans les effets *recélés* ou *divertis* (art. 1477).

Le recel et le divertissement seront étudiés de plus près à propos des successions (*inf.*, n° 852); mais, dès maintenant, il importe d'être fixé sur certains points.

1° Il s'agit là de *délits* purement *civils*, échappant à la loi pénale; de *délits* et non de quasi-délits; en d'autres termes, ils n'existent que s'il y a mauvaise foi de la part de l'époux; ils impliquent l'intention frauduleuse chez celui qui les commet. L'époux qui, par simple oubli, par inadvertance, omettrait de comprendre dans l'inventaire certaines valeurs communes par lui détenues, n'encourerait pas la sanction de

l'article 1477 (Civ., 24 avril 1872, *D. P.*, 1872. 1. 449. *S.*, 1873, 1, 313; Req., 12 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 215, *S.*, 1897, 1, 328; Civ., 8 fév. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 153, note Sarrut). Mais, en revanche, si l'intention frauduleuse est prouvée, la sanction s'applique même au mineur puisque, du moment qu'il est doué de discernement, la capacité délictuelle lui est reconnue par la loi (art. 1310).

2° Le coupable perd tout droit, non seulement sur les biens divertis ou recélés, mais aussi sur les *fruits* et les *revenus* qu'ils ont produits depuis le jour de la dissolution de la communauté (Civ., 5 août 1868, *D. P.*, 1868, 1, 407, *S.*, 1869, 1, 23; 12 juin 1882, *D. P.*, 1882, 1, 349, *S.*, 1882, 1, 361).

3° Les *tiers* qui auraient participé à la fraude seraient responsables *solidairement* avec l'époux coupable du dommage causer au conjoint ou aux créanciers (Req., 24 avril 1865, *D. P.*, 1865, 1, 291; 6 mai 1873, *D. P.*, 1874, 1, 81).

4° La sanction de l'article 1477 atteint l'époux coupable en tant que commun en biens; elle n'a d'effet que sur les biens de la communauté; elle ne peut pas atteindre le délinquant dans son patrimoine personnel. Si donc il a droit à des *reprises*, il peut exiger que les biens divertis ou recélés figurent dans la masse commune pour le calcul et la réalisation de sa créance; sinon, on le frapperait dans cette créance, laquelle fait partie intégrante de sa fortune personnelle. Sous une autre forme, le paiement des reprises est un acte antérieur au partage proprement dit; l'article 1477 ne le régit donc pas (Civ., 10 janv. 1865, *S.*, 1865, 1, 40, *D. P.*, 1865, 1, 5, note Brésillion).

Mais l'article 1477 fait obstacle à ce que l'époux coupable puisse recueillir les biens divertis ou recélés, soit en tant que *donataire* ou *légataire* de son conjoint (Req., 4 déc. 1844, *D. P.*, 1845, 1, 44; Civ., 8 fév. 1898, *S.*, 1898, 1, 341), soit en tant qu'*héritier* et par application de l'article 767.

342. II. Mode et effets du partage. — Principe. — Aux termes de l'article 1476, « ... *le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre* des successions *pour les partages entre cohéritiers.* »

C'est donc l'assimilation du partage de la communauté conjugale au partage des successions qui se trouve ainsi proclamée, en thèse générale (Civ., 8 avril 1936, *D. H.*, 1936,

282). Faisons-en l'application à la *forme*, puis aux *effets* du partage.

343. A. Formes du partage de la communauté. — Si les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, ces formes sont celles dont elles conviennent; le partage peut être effectué amiablement et par *voie d'attribution*; sinon, on doit procéder à la composition de *deux lots* entre lesquels il sera *tiré au sort*.

Ces lots sont constitués conformément aux articles 826 et 832, ce dernier modifié par un décret-loi du 17 juin 1938; donc, en principe, le partage doit être fait *en nature* (art. 826), chaque lot comprenant, autant que possible et « *dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évitées...* », la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur (art. 832); l'*estimation* doit avoir lieu *au jour du partage* (V. *inf.*, n° 1037) et non pas au jour de la dissolution de la communauté: les plus-values ou les moins-values survenues depuis cette dissolution profitent ou nuisent à la masse, qui est d'ailleurs susceptible de se modifier dans ses éléments par le jeu de la *subrogation réelle* (Civ., 20 avril 1928, *S.*, 1928, 1, 269; *D. H.*, 1928, 317; Paris, 29 janv. 1926, *D. P.*, 1927, 2, 161, note H. Capitant; comp. du même auteur, une étude dans la *Rev. Crit.*, 1929, p. 119).

Si des immeubles sont impartageables, ou s'ils ne peuvent être « *commodément partagés* » ou « *attribués* » dans les conditions prévues par le Code civil, on procède à leur *licitation* (art. 827), par exemple pour une *maison*, un *fonds de commerce* (Req., 8 nov. 1922, *D. P.*, 1924, 1, 186, *S.*, 1924, 1, 313, note Et. Perreau); la vente a lieu, en principe, devant le tribunal, mais les parties, si elles sont majeures, peuvent décider qu'elle sera faite devant un notaire de leur choix (art. 827).

344. Exceptions à la règle du partage en nature. — Il est des biens qui peuvent ou doivent être attribués à l'un des époux et qui échappent donc à la loi du partage en nature.

1° L'époux titulaire d'un *office ministériel*, dont le droit de présentation représente une valeur commune, ne peut évidemment pas être privé de sa charge ni mis en demeure de la vendre; il retiendra l'office en imputant sa valeur vénale sur la part qui lui revient dans la communauté;

2° et 3° Le conjoint survivant a le droit de reprendre le

bien de famille commun, ou l'*habitation à bon marché* commune, du moins s'il habite la maison; celle-ci lui est alors attribuée *sur estimation* (L. 13 fév. 1937, *tendant à harmoniser le régime successoral des habitations à bon marché et du bien familial*, art. 1er modifiant l'art. 81 de la loi du 5 déc. 1922, et art. 2 abrogeant et remplaçant l'art 19 de la loi du 12 juill. 1909; — *sup.*, t. Ier, n° 1793; *inf.*, t. III, n° 1175. Pour les cas de divorce ou de séparation de corps, v. les mêmes textes, et *sup.*, t. Ier, nos 968 et 993);

4° Le conjoint survivant, copropriétaire d'un ou plusieurs immeubles, formant une exploitation agricole d'une valeur inférieure à 200.000 francs, peut, s'il y habitait lors de l'ouverture de la succession et participait effectivement personnellement à son exploitation, se le faire attribuer, par voie de partage, après estimation et, s'il y a lieu, moyennant une soulte (art. 832, § 3, ajouté par un décret-loi du 17 juin 1938; v. *inf.*, nos 1173 et suiv.).

345. Dérogations au principe de l'assimilation du partage de communauté au partage successoral. — Il est des règles qui, valables pour les partages des successions, ne sauraient être transplantées dans le domaine du partage de la communauté conjugale.

1° L'article 826 décide que le *mobilier successoral* doit être vendu pour acquitter le passif, si la *majorité* des cohéritiers le demande; ce texte ne semble pas pouvoir être transporté dans le domaine communautaire; là où il n'y a que deux copartageants, il est difficile de parler de majorité; il y a unanimité ou division des voix (*Sic*, Nancy, 3 fév. 1897, *D. P.*, 1898, 2, 498);

2° Même observation pour l'article 841 qui concerne le *retrait successoral*; il ne semble pas que cette institution, exorbitante du droit commun puisqu'elle se ramène à une expropriation pour cause d'utilité privée (*inf.*, n° 1059), puisse être étendue à des cessions autres que les cessions de droits successifs (Civ., 12 déc. 1894, *S.*, 1895, 1, 257, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1895, 1, 286; Req., 15 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 3 juin 1922);

3° La règle de la division de plein droit des créances héréditaires, de l'article 1220 (*sup.*, t. II, n° 750; *inf.*, n° 1032), n'est point valable pour les créances dépendant d'une communauté conjugale; le mari est donc sans qualité pour en poursuivre le recouvrement, aussi longtemps que le partage n'a pas décidé de leur attribution, et le cessionnaire d'une telle créance n'en est investi que si le partage l'a placée dans

le lot de son cédant (Civ., 18 oct. 1893, *D. P.*, 1894, *S.*, 1894, 1, 353, note Tissier; Req., 13 janv. 1909, *S.*, 1911, 1, 411, note Naquet; Civ., 25 juill. 1923, *D. P.*, 1926, 1, 153, note Nast; Bourges, 22 fév. 1876, *D. P.*, 1878, 2, 77; trib. civ. Toul, 28 janv. 1902, *D. P.*, 1903, 2, 465, note critique Planiol).

Cette jurisprudence invoque des arguments de texte qui sont assez chancelants : notamment, elle allègue que l'article 1476, qui renvoie, pour le partage de la communauté, aux règles établies au *titre des successions*, ne se réfère pas à l'article 1220; mais le législateur n'avait pas à évoquer tous les textes qui réglementent les effets du partage, et, spécialement, un article qui s'applique même en dehors de tout partage; d'autre part, l'article 873, qui figure bien, lui, au titre des successions, institue le partage de plein droit, sinon des créances, du moins des dettes. On ne voit d'ailleurs par pourquoi le partage de communauté serait traité, au point de vue qui nous occupe, autrement que le partage successoral; tout ce qu'on peut dire — mais on pourrait le dire aussi bien pour le partage de succession — c'est que la jurisprudence offre cet avantage d'assurer l'égalité entre les copartageants et d'éviter que les intérêts de l'un deux ne soient compromis par les actes que les autres accompliraient durant l'indivision (V. H. Capitant, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1929, p. 37). Aussi comprend-on la résistance d'une partie de la doctrine (V. notes Nast, *D. P.*, 1926, 1, 153; 1936, 1, 41) et les hésitations de la jurisprudence, lesquelles se manifestent à l'intérieur même de la Cour de cassation (V. dans le sens de la division de plein droit des créances communes à l'instant de la dissolution de la communauté, Req., 2 fév. 1925, *D. P.*, 1926, 1, 57; 18 déc. 1935, *D. P.*, 1936, 1, 41).

346. B. **Effets du partage.** — Par application de l'article 1476, il y a lieu de décider que les copartageants sont tenus à garantie (art. 884); que le partage de la communauté donne lieu au *privilège* des copartageants (art. 2103-3°), et qu'il est *rescindable* pour lésion de plus du quart (art. 887, § 2), mais non pas révocable au moyen de l'action *paulienne* (art. 882 et 1167, § 2; *sup.*, t. II, n° 683); les créanciers ont seulement la faculté d'*intervenir* au partage, dans les termes de l'article 882 (*inf.*, n° 1180).

Mais surtout, il faut attacher à ce partage l'*effet déclaratif* de l'article 883. Il résulte de là que cet acte ne peut servir de juste titre en vue de l'usucapion de dix à vingt ans et

aussi qu'il n'entraîne pas la perception d'un droit de mutation; mais il est sujet à *transcription*, comme tout acte déclaratif de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers (art. 1er-5° de la loi du 23 mars 1855, mod. par le décret-loi du 30 oct. 1935; — *sup.*, t. Ier, nos 1730 et 1731; *inf.*, t. III, nos 1191 et suiv.).

Quant à la *date* à laquelle la fiction de rétroactivité reporte les effets du partage, elle est, pour chaque bien, celle de *son entrée en communauté* et non pas seulement le jour de la dissolution; en effet, du moment que la communauté n'est pas une personne morale et qu'elle ne constitue pas non plus un patrimoine en main commune (*sup.*, n° 16), tout bien qui y entre devient la copropriété indivise des époux et appartiendra donc rétroactivement à l'attributaire (*sup.*, n° 15; *contra*, H. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*, *Rev. crit.*, 1929, p. 121). Il résulte de là que les actes accomplis irrégulièrement sont susceptibles de se trouver validés s'ils sont mis dans le lot de celui des époux qui les avait passés; la remarque est exacte et pour les actes postérieurs à la dissolution de la communauté (Req., 13 janv. 1900, *D. P.*, 1911, 1, 435), et aussi pour les actes accomplis pendant le cours de cette communauté, comme si le mari avait donné entre vifs un immeuble commun (*sup.*, n° 167). Si, au contraire, on reconnaissait à la communauté conjugale la position juridique d'un patrimoine en main commune et si l'on décidait que les biens communs appartiennent aux deux conjoints sans indivision, il n'y aurait lieu de ne faire remonter les effets du partage qu'au jour de la dissolution, car c'est alors seulement que l'indivision aurait commencé (*sup.*, n° 16 et *inf.*, n° 1187).

347. Réserve. — Il est des actes qui résistent à l'effet rétroactif du partage : ce sont ceux qui ont été accomplis par le mari — ou par la femme sur ses biens réservés — en conformité des pouvoirs qui leur appartenaient; la validité en est acquise et ne saurait être compromise par les résultats du partage.

N° 2

Règlement du passif

348. Règlement avant partage. — Dans la pratique, le passif de la communauté est réglé avant la clôture des

opérations du partage, ce règlement faisant partie intégrante desdites opérations; le notaire prélève, sur l'actif, les sommes nécessaires pour payer les dettes courantes envers les fournisseurs, les domestiques, le médecin, etc.; et, à défaut de règlement volontaire, ces créanciers seraient fondés à saisir, non pas la quote-part indivise de leur débiteur — l'article 2205 s'y opposerait — mais la *masse commune*, et cela sans avoir à attendre les résultats du partage (Aix, 10 mai 1906, *D. P.*, 1908, 2, 401, *S.*, 1908, 2, 61). La solution est reproduite de celle qui est donnée en matière de succession (*inf.*, n° 1037). Il faut remarquer que le principe de la *division des dettes* ne peut pas recevoir, en matière de communauté, une application exacte : il se trouve refoulé par cette circonstance que l'époux qui est tenu personnellement de la dette demeure tenu envers le créancier pour la totalité, malgré la dissolution de la communauté. (V. H. CAPITANT, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1929, p. 103.)

349. Règlement après partage. — Plan. — Mais il peut advenir que les dettes survivent au partage, les époux ou leurs héritiers s'étant contentés de partager l'actif brut, ou bien ayant ignoré l'existence de certaines charges qui ne se révèlent ou qui ne deviennent exigibles qu'ensuite. Il faut alors rechercher dans quelle mesure chacun des époux reste tenu des dettes communes, c'est-à-dire des dettes qui étaient entrées, *au moins provisoirement*, en communauté; et ce problème ne peut être résolu que si l'on distingue soigneusement ses deux aspects très distincts :

1° Les rapports des créanciers avec les époux ou avec leurs héritiers : c'est la question d'*obligation* aux dettes, la question du droit de *poursuite*;

2° Les rapports des époux ou de leurs héritiers entre eux : c'est la question de la *contribution* au passif, question d'ordre intérieur qui décide de l'incidence définitive des dettes communes;

3° Ayant étudié ces deux aspects du problème, nous aurons à rechercher en quoi les solutions légales sont écartées par le *bénéfice d'émolument*.

I

Obligations aux dettes. — Droit de poursuite aux créanciers

350. Distinction. — Pour déterminer la situation faite aux créanciers, après dissolution de la communauté, il faut

distinguer entre l'époux personnellement obligé et son conjoint.

1° L'époux du chef de qui la dette est née peut être poursuivi pour le tout, sans distinguer entre le mari et la femme (art. 1484 et 1486). Il y a lieu seulement de se rappeler que, si la femme s'était obligée conjointement avec son mari, elle ne peut être actionnée que pour moitié (art. 1487; *sup.*, n° 131). Mais, à ce point de vue encore, il n'y a rien de changé : la situation antérieure est maintenue.

2° Le conjoint du débiteur personnel n'est au contraire tenu qu'en tant qu'associé, donc pour *moitié*; la règle vaut pour le mari (art. 1485) comme pour la femme (art. 1483, 1487 et 1488).

a) Pour la *femme*, la situation est donc la même que par le passé, en ce sens que, si la dette eût été acquittée pendant la durée de la communauté, donc avec des deniers communs, le fardeau en aurait été supporté pour moitié par chacun des époux.

Seulement, lorsque le paiement est réclamé après la dissolution de la communauté, on peut se demander si la dette était vraiment commune ou si elle n'aurait pas été contractée par le mari après coup, si elle ne serait pas posthume, auquel cas elle resterait complètement étrangère et à la communauté et à la femme. Celle-ci va-t-elle donc pouvoir exiger qu'on lui produise un acte ayant *date certaine* au sens de l'article 1328? En général, on lui refuse ce droit; elle n'a pas la qualité de tiers, ayant été représentée à l'opération par son mari;

b) De son *côté*, le mari n'est tenu que pour moitié des dettes entrées en communauté du chef de la femme : dettes mobilières postérieures au mariage; dettes grevant des successions mobilières échues en cours de mariage; dettes grevant les biens réservés, lesquels faisaient partie intégrante de la communauté; et aussi, à notre avis, mais non pas d'après la jurisprudence, les dettes que la femme avait contractées avec l'autorisation maritale (*sup.*, n° 134).

351. Changement survenu. — Pour le mari, à la différence de la femme, il y a quelque chose de changé à la dissolution de la communauté, et cela pour son obligation aux dettes communes nées du chef de la femme. Jusque là et pendant la durée de la communauté, les créanciers de la femme pouvaient saisir les biens personnels du mari; ainsi le voulait la *confusion de fait* qui existait entre les biens communs et les propres du mari; mais cette confusion cesse

avec la dissolution de la communauté, en sorte que le mari ne peut plus être poursuivi, par les créanciers de la femme, qu'en qualité d'associé, donc pour moitié. En revanche, il n'y a pas à distinguer selon que la dette était entrée en communauté définitivement ou sauf récompense; c'est là une question d'ordre intérieur dont les créanciers n'ont point à se préoccuper.

352. Répétition de l'indû. — Il peut arriver que l'un des époux paye au delà de sa part; tenu pour la moitié, il acquitte la dette intégralement; n'aura-t-il pas, à de certaines conditions, une action en répétition?

L'article 1488 tranche la question dans le cas où c'est la *femme* qui a payé une dette commune au delà de sa moitié : elle ne peut agir en répétition que si la quittance porte que *ce qu'elle a payé était pour sa moitié*; sans quoi, elle ne serait pas admise à prouver son erreur et elle n'aurait de recours que contre son mari.

Cette solution, à caractère formaliste, doit-elle être admise, *mutatis mutandis*, lorsque c'est le *mari* qui a payé au delà de sa part? En général, on se prononce pour l'affirmative, parce qu'on ne distingue pas les raisons qui pourraient expliquer une différence de traitement entre les deux éventualités.

II

Contribution aux dettes. — Incidence définitive du passif commun

353. Principe. — Lorsqu'on envisage la question de contribution aux dettes, question d'ordre intérieur, la situation change du tout au tout : la distinction est à établir, non plus suivant que la dette est entrée en communauté du chef de tel ou tel époux, mais suivant qu'elle y est entrée *définitivement* ou *provisoirement*, selon que le règlement devait ou non ouvrir un recours à la communauté, par voie de *récompense*.

1° Le *passif provisoire* ne fait partie intégrante de la communauté que *sauf récompense*; le poids doit en être supporté, finalement et intégralement, par l'époux débiteur de la récompense. En conséquence, de deux choses l'une : ou bien la dette a été réglée par celui-là, et alors tout est terminé; ou bien elle l'est par son conjoint, et en ce cas le *solvens* a un recours contre le véritable débiteur jusqu'à

concurrence de la récompense à laquelle aurait eu droit la communauté si elle avait procédé au règlement.

2° Le *passif définitif* de la communauté se partage également entre les époux ou leurs héritiers; en fin de compte, il faut que chacun d'eux en supporte la moitié, de même que chacun d'eux retirera la moitié de l'actif (art. 1482). Cette règle d'équité ne pourrait même pas être écartée par une clause du contrat de mariage (art. 1521, § 2), mais il y a lieu d'observer :

a) Que les époux ont la faculté de modifier, *lors du partage*, les règles légales de la contribution aux dettes; ils ont la facilité de décider que l'un d'eux devra supporter, en définitive, plus de la moitié, voire la totalité du passif (art. 1490, § 1); au contraire, l'obligation aux dettes échappe à la convention des parties qui ne sauraient porter atteinte au droit de poursuite des créanciers;

b) Que si, la communauté étant dissoute par le prédécès de la femme, les héritiers de celle-ci prennent des partis différents, les uns acceptant la communauté, les autres y renonçant, la répartition du passif suit exactement celle de l'actif; tel héritier de la femme ne supportera que le quart des dettes communes parce qu'il ne recueille que le quart de l'actif.

A ces deux dérogations à la règle du partage par moitié du passif commun définitif, on s'est demandé s'il ne convenait pas d'y ajouter une troisième, au cas de *recel* ou de *divertissement* commis par l'un des époux; privé de toute part dans les objets divertis ou recélés, l'époux coupable n'est-il pas fondé à prétendre que sa part de passif doit être diminuée dans la même proportion? Il faut, sans hésiter, lui refuser cette satisfaction : d'abord parce qu'aucun texte n'écarte, en pareille éventualité, la règle du partage du passif par moitié; puis et surtout parce que, si l'on décidait autrement, on neutraliserait la déchéance édictée contre le coupable qui récupérerait, par un allègement de son passif, le manque à gagner résultant pour lui de l'application de l'article 1477 (Civ., 10 janv. 1865, *S.*, 1865, 1, 40, *D. P.*, 1865, 1, 5).

354. Recours entre époux. — La divergence des régimes applicables à l'obligation aux dettes et à la contribution se résout par des recours d'époux à époux : obligé d'acquitter intégralement une dette par lui contractée, mais faisant partie du passif définitif de la communauté, le mari aura un recours *pour moitié* contre sa femme (art. 1490, § 2); d'ailleurs, il

peut advenir aussi que l'un des époux soit directement et personnellement créancier de l'autre; en sorte que la dissolution de la communauté, loin de mettre fin aux recours entre époux, va les provoquer; des *récompenses* peuvent être dues d'époux à époux, dont il sera question plus loin (*inf.*, n° 363).

III

Le bénéfice d'émolument

355. Idée générale. — Tandis que les règles ci-dessus énoncées trouvent leur application, en ce qui concerne le mari, dans tous les cas, elles ne sont, au contraire, applicables à la femme que sous le bénéfice d'une réserve importante, représentée par le *bénéfice d'émolument*, c'est-à-dire par la faculté que la loi reconnaît à la femme de limiter son obligation et sa contribution au passif commun au montant de sa part dans l'actif de la communauté, au montant de son *émolument* : grâce à ce privilège, elle ne risque pas d'en être de ses propres deniers; ayant épuisé, par les paiements effectués aux créanciers communs, les biens par elle recueillis dans la communauté, elle est tenue pour quitte (art. 1483).

356. Nature de ce bénéfice. — Bien qu'on l'ait contesté, le bénéfice d'émolument représente bien pour la femme un véritable *privilège*; vainement a-t-on tenté de le rattacher à ce principe que le mari, armé de larges pouvoirs sur la communauté, ne peut du moins pas engager la fortune personnelle de sa femme. L'explication est manifestement insuffisante, puisque le bénéfice d'émolument protège la femme, non seulement contre les dettes nées du chef du mari, mais aussi, du moins quant à la question de contribution, contre celles qui sont nées dans sa personne. Il faut voir dans ce bénéfice une faveur faite à la femme en compensation de la situation prépondérante assurée au mari pendant la durée de la communauté.

357. Plan. — Il faut déterminer :

1° A quelles *conditions* la femme peut se prévaloir de ce bénéfice;

2° En quoi consiste l'*émolument*;

3° Quelle est l'*efficacité* du bénéfice;

4° Comment il *fonctionne* pratiquement;

5° En quoi il diffère du *bénéfice d'inventaire*.

358. I. A quelles conditions la femme peut se prévaloir au bénéfice d'émolument. — Deux conditions sont exigées par l'article 1483.

1° Il faut qu'un *bon et fidèle inventaire* ait été fait, soit par la femme, soit par le mari ou par le syndic de la faillite du mari; inventaire régulier, par *acte notarié* (Caen, 31 déc. 1918, *S.*, 1920, 2, 52), et *bon* et *fidèle*, c'est-à-dire consciencieux et sans fraude : une omission volontaire, un *recel* ou un *divertissement* entraînerait contre la femme déchéance du bénéfice d'émolument (arg. art. 1460). Il faut que cet inventaire ait été fait dans les *trois mois* (et non dans les trois mois et quarante jours) ; l'article 1456 qui veut que la femme survivante, qui désire conserver la faculté de renoncer, fasse inventaire dans les trois mois, fournit en ce sens un bon argument, encore renforcé par l'article 1463 (*Sic*, Civ., 1er août 1912, *S.*, 1915, 1, 89, note Wahl; 17 juill. 1913, *S.*, 1917, 1, 96; 19 juill. 1921, *D. P.*, 1925, 1, 30; Caen, 31 déc. 1918, précité).

L'inventaire peut-il être suppléé par un acte considéré comme équivalent? *A l'égard des créanciers*, certainement non; mais, *à l'égard du mari*, la question est discutée; on incline à admettre comme suffisants un acte de partage ou un état liquidatif (*Sic*, Nancy, 7 avril 1859, *S.*, 1859, 2, 475; Douai, 8 août 1864, *S.*, 1864, 2, 297; *contra*, Besançon, 17 janv. 1883, *D. P.*, 1883, 2, 163, *S.*, 1884, 2, 45);

2° Il faut encore que la femme qui veut user du bénéfice d'émolument, *rende compte* aux créanciers (art. 1483), en leur prouvant qu'elle a bien épuisé son émolument et qu'elle doit donc être tenue pour quitte.

359. II. En quoi consiste l'émolument. — L'émolument se compose de tous les biens que la femme a retirés de la communauté *en tant que copartageante*; il comprend donc le montant des récompenses dues à la communauté, tandis qu'à l'inverse il ne comprend pas les biens prélevés par la femme pour se remplir de ses reprises, lesquels font partie de sa fortune personnelle.

Il est admis que l'*estimation* des biens compris dans l'émolument est faite *lors du partage*; les fluctuations antérieures à cette opération restent au compte de la masse; celles qui surviennent par la suite sont laissées à celui de la femme (Paris, 24 avril 1858, *D. P.*, 1858, 2, 159).

360. III. **Efficacité du bénéfice.** — Pour la déterminer, il faut à nouveau distinguer entre le droit de poursuite des créanciers et la contribution aux dettes.

1° *Vis-à-vis des créanciers et quant à leur droit de poursuite*, la femme n'est protégée par le bénéfice d'émolument que pour les dettes qui étaient entrées en communauté *du chef du mari*; pour celles qu'elle avait assumées personnellement, elle reste tenue sans limitation (art. 1486 et 1487);

2° *A l'égard du mari et quant à la contribution*, la protection est plus générale; la femme peut se réclamer du bénéfice d'émolument même pour *les dettes qui étaient entrées en communauté de son propre chef*; ayant acquitté intégralement de telles dettes, par exemple une dette mobilière qui lui incombait antérieurement au mariage, elle a donc un recours contre son mari, jusqu'à concurrence de l'excédent de ses déboursés par rapport à son émolument (art. 1490, § 2); toutefois, cela n'est vrai que des dettes qui étaient entrées de son chef *définitivement en communauté*, non de celles qui, constituant le passif provisoire, n'avaient pénétré dans la communauté qu'à charge de récompense et dont le poids doit incomber, en fin de compte, à la seule débitrice; les ayant acquittées intégralement, elle ne saurait avoir aucun recours.

Ainsi l'efficacité du bénéfice d'émolument s'exprime, d'abord par une distinction entre la question d'*obligation* et celle de *contribution*, puis par deux sous-distinctions, l'une qui se réfère au premier aspect du problème (dettes nées du chef du mari et dettes nées du chef de la femme), l'autre qui concerne le deuxième (passé définitif); ce qui revient, en somme, à distinguer trois catégories de dettes :

1° Dettes communes nées du chef du mari : la femme peut invoquer le bénéfice tant vis-à-vis du mari qu'à l'égard des créanciers;

2° Dettes communes nées du chef de la femme et entrées *définitivement* en communauté. La femme est protégée par le bénéfice vis-à-vis du mari, non à l'égard des créanciers;

3° Dettes nées du chef de la femme et qui n'étaient entrées en communauté que sauf récompense : elle échappent à l'emprise du bénéfice d'émolument, *erga omnes*.

361. IV. **Fonctionnement pratique du bénéfice d'émolument.** — La femme, poursuivie par un créancier, lui objecte qu'elle a déjà épuisé le montant de son émolument. Le créancier demande à vérifier l'exactitude de cette allégation; la femme produit son compte; elle *rend compte*

(art. 1483). Sur ce compte figurent, d'un côté le montant de l'émolument, de l'autre tout ce qui a été payé par la femme en tant que passif commun; le jour où le total des paiements égale le montant de l'émolument, elle est tenu pour quitte; elle oppose le bénéfice d'émolument.

En principe, la femme peut payer les créanciers dans l'ordre où ils se présentent, à moins cependant que l'un d'eux ne fasse *opposition* à ce qu'il soit procédé au paiement hors de sa présence; l'*opposant* a droit à ce que la répartition ait lieu proportionnellement, *au marc le franc*; si, par exemple, l'émolument de la femme est de 10.000 francs et s'il y a pour 20.000 francs de dettes, chaque créancier opposant est en droit d'exiger qu'on le paie jusqu'à concurrence de 50 pour cent (Arg. art. 808).

362. V. Bénéfice d'émolument et bénéfice d'inventaire. — On sait que le *bénéfice d'inventaire* permet à l'héritier d'échapper à l'obligation indéfinie au règlement du passif héréditaire, en limitant l'action des créanciers héréditaires aux biens de la succession (*inf.*, n° 941); dès lors, l'analogie entre les deux bénéfices est frappante; mais elle est loin d'atteindre à l'identification.

1° La différence essentielle consiste en ceci que le bénéfice d'inventaire entraîne la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, tandis que le bénéfice d'émolument n'isole pas la masse commune des biens personnels à la femme; différence rationnelle, puisque l'héritier bénéficiaire n'était, antérieurement au décès du *de cujus*, ni débiteur des créanciers héréditaires, ni propriétaire des biens de la future succession, tandis que la femme est débitrice des créanciers de la communauté et qu'elle était copropriétaire des biens communs.

On s'explique ainsi :

a) Que la femme commune en biens, puisse être poursuivie, sur ses biens personnels, dans la mesure de son émolument, au lieu que la fortune de l'héritier bénéficiaire soit complètement à l'abri des créanciers héréditaires qui ne peuvent s'en prendre à elle, *même dans la limite des forces de la succession* (*inf.*, n° 942);

b) Que la femme commune en biens ne puisse pas se libérer en *abandonnant* aux créanciers sa part dans les biens communs, tandis que l'héritier bénéficiaire peut se mettre hors de cause en abandonnant les biens héréditaires (art. 802; *inf.*, n° 974);

c) Que le bénéfice d'émolument ne modifie pas la situa-

tion respective des créanciers de la communauté et des créanciers personnels de la femme, car tous ont le même gage; au lieu que le bénéfice d'inventaire, dans l'opinion communément reçue, confère aux créanciers héréditaires le privilège de la séparation des patrimoines à l'encontre des créanciers de l'héritier (*inf.*, n° 933);

d) Que le bénéfice d'émolument, à la différence du bénéfice d'inventaire, n'arrête pas le cours des inscriptions hypothécaires;

2° On verra que l'héritier qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire doit faire une déclaration au greffe (art. 793); cette formalité est étrangère au bénéfice d'émolument.

APPENDICE AU CHAPITRE V

Les récompenses entre époux

363. Hypothèse. — Il peut arriver que l'un des époux devienne créancier de l'autre, sans que l'obligation pénètre, même à titre provisoire, dans la communauté; comme si l'un d'eux acquitte, avec ses biens personnels, la dette personnelle de l'autre (art. 1478), ou si l'un d'eux consent à l'autre une donation qui, lors de la dissolution de la communauté, n'est pas encore exécutée (art. 1480).

364. Régime juridique. — Logiquement, de telles créances sont à traiter comme des créances entre personnes quelconques; elles devraient échapper totalement au statut des *récompenses*, puisqu'elles n'ont rien à voir avec la masse commune et puisqu'elles revêtent le même aspect, la même signification au cas de renonciation à la communauté de la part de la femme et au cas d'acceptation; et, en effet, les articles 1478 et 1480 n'emploient pas le mot de « récompenses »; et surtout, le premier de ces textes écarte le procédé exceptionnel du prélèvement en nature pour s'en tenir au mode normal de la saisie, après partage; tandis que l'article 1479 précise que de telles créances, à la différence des récompenses entre la communauté et les époux, ne produisent *intérêt* qu'à compter de la demande en justice : à ce double égard, c'est donc le droit commun qui s'applique purement et simplement.

365. Influence exercée par le statut des récompenses. — Cependant, il est impossible de faire complètement abstraction de cette circonstance que la créance existe

entre époux, mariés sous un régime communautaire et dont les intérêts pécuniaires sont inclus dans trois patrimoines entre lesquels un équilibre rigoureux doit être maintenu; et l'on s'accorde à appliquer aux créances entre époux communs en biens, que l'on qualifie volontiers de récompenses entre époux, les deux règles suivantes qui sont empruntées au statut des récompenses :

1° *Les créances entre époux ne produisent pas d'intérêts.* La solution est commandée nécessairement par ces deux postulats, à savoir que les intérêts des dettes personnelles sont à la charge de la communauté (art. 1409-3°), et que la communauté acquiert les intérêts des créances personnelles (art. 1401-2°) : il s'ensuit une *confusion* se traduisant par l'*improductivité* des créances entre époux;

2° *Les créances ne peuvent être réglées qu'à la dissolution de la communauté, après le partage* : c'est ce que suppose l'article 1478; d'ailleurs, sous le régime de la communauté légale, tous les deniers sont communs; il faut donc admettre que les époux restent en compte courant jusqu'au partage (Civ., 28 juin 1865, *motifs*, *D. P.*, 1865, 1, 360; Bordeaux, 6 mai 1848, *D. P.*, 1850, 2, 11). Cependant, il est certain que la règle comporte des *exceptions*, notamment au profit de la femme qui est à même d'exiger, en cours de communauté, la *pension alimentaire* que son mari a pu être condamné à lui servir.

DEUXIÈME DIVISION

LE CONTRAT DE MARIAGE

366. Sources. — Articles 1387 à 1398; L. 10 juill. 1850.

367. Définition. — Le contrat de mariage est peut-être, de tous les contrats, celui qui justifie le moins cette appellation, car il n'est pas nécessairement productif d'obligations; son objet constant est de déterminer *le statut qui régira l'association conjugale au point de vue pécuniaire*, d'instituer *la charte patrimoniale des époux*, leur *régime matrimonial*.

368. Caractères. — L'importance de cette convention est extrême autant que sa complexité; elle présente, entre autres, les caractères suivants :

1° Elle est *solennelle* (*inf.*, n° 380);

2° Elle est *irrévocable*; les époux, fussent-ils d'accord, n'y peuvent rien changer au cours du mariage;

3° Elle est à *grand rayonnement* : *a)* soit dans le *temps*; elle fait sentir son action, non seulement pendant la durée du mariage, mais aussi lors de sa dissolution; *b)* soit dans l'*espace* : ce ne sont pas seulement les époux qui sont liés par la charte matrimoniale, ce sont aussi les *tiers*, qui en subissent parfois le contre-coup et à qui elle est opposée; *c)* soit enfin dans son *objet* : on y trouve, en dehors de l'indication du régime matrimonial, telles ou telles clauses, telles ou telles conventions dont elle constitue le cadre : constitution de dot, libéralités en faveur ou à l'occasion du mariage, conventions matrimoniales de toute sorte.

On voit par là que, si le contrat de mariage est un contrat, c'est un contrat à grande envergure, une sorte d'*acte réglementaire*, dont la fonction est d'instituer un statut plutôt que de créer des obligations entre les parties.

369. Plan. — 1° *Conditions requises* pour la *validité* et pour l'*efficacité* du contrat de mariage;

2° *Dispositions* qui peuvent trouver place dans un tel contrat (*constitution de dot*);

3° *Efficacité* et *durée d'application*.

Section I. — CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ ET POUR L'EFFICACITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

370. Enumération. — Il sera traité :
1° Des *conditions de fond*;
2° Des *conditions de forme*;
3° De la *publicité* du contrat de mariage;
4° De son *inefficacité* (*caducité* et *nullité*).

§ I. — *CONDITIONS DE FOND*

371. Consentement. —Le consentement émane, d'une part, des futurs époux, d'autre part, s'il y a lieu, des personnes qui interviennent au contrat pour faire à ceux-ci des libéralités.

372. Vices du consentement proprement dits. — Le consentement des parties doit être exempt des vices qui entacheraient le contrat de mariage ainsi que tout autre contrat : *erreur*, *dol*, *violence*. Il y a cependant quelque difficulté pour le dol: on sait qu'il n'entraîne pas la nullité du *mariage* (*sup.*, t. I[er], n° 833*bis*); d'où l'on induit parfois qu'il ne détermine pas davantage celle du *contrat de mariage*, cette dernière opération empruntant les conditions de la première dont elle est l'accessoire. Mais c'est là exagérer la dépendance de la charte patrimoniale par rapport au mariage : ces deux actes, encore que liés étroitement l'un à l'autre, ont chacun ses règles propres et particulières (Civ., 23 déc. 1856, *D. P.*, 1857, 1, 17), et il faut donc décider que l'immunité du mariage, en ce qui concerne le dol, ne s'étend pas au contrat de mariage qui se réfère à un ordre d'idées tout différent (*Sic*, trib. civ. Seine, 19 fév. 1869, sous Civ., 17 fév. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 483).

373. Capacité. Mineurs. — Le Code civil n'a réglé spécialement la question de capacité que pour les *mineurs*; son système, très simple, consiste à *solidariser*, quant à la capacité, mariage et contrat de mariage; aux termes de l'article 1398, « *le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites, sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la*

validité du mariage ». La règle est traditionnelle : « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* »; la capacité de procéder aux conventions matrimoniales se mesure sur la capacité de se marier, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le mineur était émancipé ou non.

374. En quoi le droit commun est écarté. — Le plus sûr moyen de comprendre le système de l'article 1398 est de fixer en quoi il est dérogatoire au droit commun.

1° D'après les principes généraux, le mineur, du moins non émancipé, n'aurait pas pu prendre part à l'acte en personne; il eût été représenté par son tuteur ou par son administrateur légal. Au contraire, l'article 1398 suppose que l'incapable agit lui-même, qu'il consent, qu'il signe les conventions matrimoniales, et qu'il se fait seulement *assister* par certaines personnes.

375. Forme de l'assistance. — La personne ou les personnes qualifiées pour assister le mineur ne sont pas absolument astreintes à se transporter dans l'étude du notaire pour fournir à l'incapable une assistance effective lors de la signature du contrat; il leur est loisible de se faire représenter par un *mandataire* muni d'une *procuration spéciale et authentique* (Civ., 29 mai 1854, *S.*, 1854, 1, 437, *D. P.*, 1854, 1, 207; Civ., 30 nov. 1908, *motifs*, *D. P.*, 1909, 1, 418; *S.*, 1914, 380).

Si c'est le conseil de famille qui doit fournir l'assistance, celle-ci intervient sous la forme d'une délibératon approuvant le projet de contrat et dont une expédition est annexée à cet acte (arrêt précité du 30 nov. 1908), les membres du conseil pouvant ensuite se faire représenter, lors de la réception du contrat, par un délégué (même arrêt).

Tout cela revient à dire que l'assistance exigée par l'article 1398 est comprise ainsi qu'une simple *autorisation*, laquelle peut être fournie à l'avance, pourvu qu'elle soit spéciale et qu'elle intervienne en pleine connaissance de cause;

2° D'après le droit commun, la personne qualifiée pour assister le mineur dans ses conventions matrimoniales eût été celle-là même qui avait la garde de ses intérêts pécuniaires, donc, au cas de décès de l'un des auteurs, le tuteur ou le curateur. C'est un tout autre régime que consacre l'article 1398 qui précise que le mineur sera assisté « *des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage* », donc de personnes très différentes de celles que désigneraient les principes généraux du droit.

Si, par exemple, le mineur n'a plus ni père, ni mère, mais des ascendants au deuxième degré, ce sont ceux-ci qui sont qualifiés pour donner leur consentement au mariage (art. 150, § 1); ils sont donc qualifiés, du même coup, pour assister l'enfant dans ses conventions matrimoniales, et cela *à l'exclusion du tuteur ou du curateur*. Et il faut bien remarquer que la loi se contente de l'assistance de ceux dont le consentement était *nécessaire* pour la validité du mariage; il suffira donc de s'assurer l'approbation, soit du père, soit de la mère, puisque le dissentiment des deux auteurs emporte consentement (art. 148, § 1); de même, l'assistance d'un seul des ascendants du deuxième degré pourra être suffisante (art. 150, § 1). V. Agen, 24 oct. 1888 (*D. P.*, 1890, 2, 105, note Planiol, *S.*, 1892, 2, 310).

Cette concordance, établie par la loi entre les deux capacités, pour le contrat de mariage et pour le mariage, est à la fois rationnelle et pratique; il ne faut pas que la célébration d'un mariage auquel souscrivent les personnes compétentes pour l'autoriser, soit rendue impossible, ou du moins soit entravée, par le refus qu'opposeraient d'autres personnes qualifiées pour assister le futur conjoint dans les conventions matrimoniales; les discussions, les obstructions surtout, sont à éviter à tout prix; on y parvient sûrement et élégamment en concentrant tous les pouvoirs dans les mêmes mains;

3° D'après les principes généraux, le mineur, même habilité comme de droit, n'aurait pas pu consentir à son futur conjoint des libéralités (art. 903 et 904). Or, l'article 1398 lui permet, dans son contrat de mariage, « *toutes les conventions dont ce contrat est susceptible* », et il vise même expressément ensuite les *donations* (Comp. art. 1095) : si bien que, dûment habilité, *il est égalé à un majeur*, dans le cadre du contrat de mariage.

Ce principe ne comporte qu'un seul tempérament, inscrit dans l'article 2140 : la future épouse ne peut pas, si elle est mineure, consentir à la *réduction de son hypothèque légale*, même avec l'assistance de qui de droit; on a considéré que cet abandon serait plus grave que tout. Mais rien ne s'oppose à ce que la future femme mineure, dûment habilitée, renonce à toutes autres mesures de protection, par exemple et même à l'inaliénabilité de ses immeubles dotaux.

376. Majeurs. — Le Code civil n'ayant pas établi de capacité matrimoniale pour les majeurs, on s'est demandé s'il convenait de faire appel aux principes généraux ou bien à la loi de symétrie établie, pour les mineurs, entre la capa-

cité de se marier et celle de faire les conventions matrimoniales : la maxime *habilis ad nuptias*... n'a-t-elle pas la valeur d'un principe général, bon pour tous les incapables?

377. Personnes pourvues d'un conseil judiciaire. — La question présente de l'intérêt, moins pour les interdits, car ils trouvent difficilement à se marier et il n'est d'ailleurs pas certain qu'ils puissent se marier valablement (*sup.*, t. I^er^, n° 703), que pour les individus pourvus d'un conseil judiciaire, les *prodigues* notamment, lesquels peuvent se marier sans aucune assistance et vont donc pouvoir, si on leur fait application de la maxime *habilis ad nuptias*, procéder librement à la rédaction et à la signature de leurs conventions matrimoniales. Et c'est bien à cette conclusion qu'en était arrivée la Cour de cassation (Civ., 24 déc. 1856, *S.*, 1857, 1, 246, *D. P.*, 1857, 1, 18; 5 juin 1889, *S.*, 1889, 1, 413, *D. P.*, 1891, 1, 449, DE LOYNES).

En décidant ainsi, la Cour suprême faisait un véritable abus de la maxime *habilis ad nuptias*, qu'elle détournait de son *sens traditionnel* — dans notre ancien droit, elle ne visait que les mineurs — comme de son *esprit* : on conçoit que la loi veuille favoriser le mariage des mineurs; on s'explique moins qu'elle tienne à favoriser celui des prodigues ou des faibles d'esprit; d'autant que la règle *habilis ad nuptias* a des conséquences plus graves, lorsqu'on l'applique à ces personnes, que lorsqu'on en fait bénéficier les mineurs; car elle laisse subsister, pour ces derniers, la nécessité d'une assistance assurée par les parents, les ascendants ou le conseil de famille, au lieu que, appliquée aux prodigues ou aux faibles d'esprit, elle abaisse toutes les barrières, puisque la capacité de ces personnes, en ce qui concerne le mariage, est complète. Aussi comprend-on que la Cour de cassation soit revenue sur sa décision première en écartant la maxime *habilis ad nuptias* lorsque c'est un prodigue ou un faible d'esprit qui rédige ses conventions matrimoniales et en faisant alors appel aux principes généraux en matière de capacité (Ch. réun., 21 juin 1892, *D. P.*, 1892, 1, 369, avec le rapport du conseiller DE LAROUVERADE et les conclusions du procureur général RONJAT, *S.*, 1894, 1, 449, note BUFNOIR).

378. — Cette décision demande à être bien comprise : il n'en résulte nullement que l'assistance du conseil soit, en toute occurrence, nécessaire au faible d'esprit ou au prodigue, pour faire leur contrat de mariage. Il faut bien réfléchir que ces personnes pourraient se marier, *sans contrat*,

et sans aucune assistance; elles se trouveraient alors placées sous le régime de la communauté légale. En conséquence, on doit leur permettre de faire librement toutes les conventions matrimoniales impliquant, de leur part, des sacrifices égaux ou inférieurs à ceux qu'eût entraînés l'adoption de la communauté légale; c'est ainsi qu'il leur est loisible de se marier librement sous le régime de la séparation de biens. L'intervention du conseil ne devient nécessaire que si le régime comporte, pour l'incapable, des sacrifices que n'eût point entraînés la communauté légale : communauté universelle, clause d'ameublissement, donations consenties au profit du futur conjoint.

379. Interdits. — Si l'on admet que l'interdit judiciaire peut se marier, il faudra écarter l'application de la maxime *habilis ad nuptias*, comme on le fait pour le prodigue. En conséquence, l'aliéné devra être représenté au contrat par son tuteur (art. 502). Cependant, des auteurs admettent, mais sans appuyer cette opinion sur des arguments valables, que l'interdit doit figurer lui-même au contrat, assisté de son tuteur.

§ II. — *CONDITIONS DE FORME*

380. Forme notariée. — Il est de longue tradition que le contrat de mariage soit fait par *acte notarié* (art. 1394, § 1); l'intervention du notaire a ce double avantage de guider les parties dans la confection d'un acte important et complexe et d'assurer la conservation de ce document.

En conséquence, si l'une des parties se fait représenter, le *mandataire* doit être pourvu d'une *procuration* spéciale et authentique (*sup.*, t. II, n° 1404; Civ., 9 janv. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 28).

381. Tempéraments. — 1° En pays étranger, le contrat de mariage peut être rédigé valablement en conformité des règles en vigueur dans les pays : *locus regit actum*.

2° En France même, il est admis traditionnellement que l'acte notarié peut être suppléé par un sous-seing privé déposé chez un notaire, à la condition que le dépôt en soit constaté par un acte notarié antérieur au mariage (Comp., *sup.*, t. II, n° 1404).

382. Précisions. — 1° Le contrat de mariage doit être rédigé en *minute*, c'est-à-dire que l'original doit demeurer

dans l'étude du notaire; ainsi en sera assurée la conservation (art. 1397).

2° *Un seul notaire* suffit, sans que la présence réelle d'un second notaire ou de deux témoins soit exigée (L. 25 ventôse, an XI, art. 9, modifié par L. 12 août 1902).

383. Présence réelle des parties. — En revanche, la loi exige la présence réelle des parties, futurs époux et donateurs, lors de la réception de l'acte, sauf pour eux la possibilité de se faire représenter par un mandataire muni d'un pouvoir spécial et authentique. La Cour de cassation a condamné un ancienne pratique d'après laquelle les personnes présentes, généralement les parents, se *portaient forts* pour les époux (Civ., 11 juill. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 281, *S.*, 1854, 1, 49; 9 janv. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 28; 6 nov. 1895, *S.*, 1896, 1, 5, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1897, 1, 25, note Sarrut). La sanction consiste alors dans l'*inexistence même de l'acte*, ce qui enlève évidemment toute prise à une ratification ultérieure de la part de l'époux non présent; le contrat « n'ayant jamais eu un commencement d'existence légale, n'était pas susceptible de ratification ultérieure » (Civ., 6 nov. 1895, précité, Nîmes, 13 janv. 1897, *D. P.*, 1897, 2, 128).

384. Frais. — Les frais du contrat (*timbre*, *enregistrement*, *honoraires* du notaire), sont à supporter par les époux proportionnellement à leurs intérêts respectifs dans les opérations auxquelles ils correspondent : chacun d'eux doit payer les frais afférents aux libéralités qui lui sont faites, ou à l'énonciation de ses propres apports (L. 22 frim., an VII, art. 31). Mais il faut observer : 1° que les notaires ont une action *solidaire* contre les parties à l'acte, pour le règlement de leurs honoraires (Arg. art. 2002; Req., 17 juin 1890, *D. P.*, 1891, 1, 272); et aussi pour le recouvrement des droits fiscaux dont ils ont fait l'avance (L. 22 frim., an VII, art. 29; Req., 30 juill. 1896, *D. P.*, 1897, 1, 243); 2° que la part contributive de chaque époux ne lui demeure pas nécessairement personnelle; dans le régime de la communauté légale, la dette des frais relatifs aux apports des époux et aux donations *propter nuptias* entre en communauté, comme toutes les dettes mobilières présentes, sauf récompense à la charge de l'époux gratifié, si les biens donnés lui restent personnels, comme c'est le cas pour les immeubles qui lui ont été constitués en dot.

§ III. — *PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE*

385. Système du Code civil. — Le contrat de mariage régulièrement reçu était par cela même opposable à tous, encore que clandestin. Ce régime était déplorable, car les personnes qui traitent avec les époux ont grand intérêt à connaître leur statut matrimonial; *l'étendue de leur gage* en dépend : le créancier qui traite avec la femme autorisée du mari a pour gage, si les époux sont communs en biens, tous les biens ressortissant aux trois patrimoines (art. 1419, *sup.*, n° 132); si la femme est séparée de biens, seulement sa fortune propre, du moins pour les dépenses qui lui sont personnelles (*inf.*, n° 527); il est même possible que tous les biens de la débitrice échappent à l'action des créanciers: sous le régime dotal, les immeubles dotaux sont inaliénables (art. 1554), et la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale (*sup.*, t. II, n° 1993).

Un contrat de mariage clandestin et cependant opposable aux tiers, constitue donc pour eux une menace.

386. Code de commerce. — Le Code de commerce para au danger, partiellement, en organisant un régime de publicité qui a été remanié par une loi du 28 mars 1931.

1° Si l'un des époux est commerçant lors du mariage, le notaire rédacteur doit faire parvenir, dans le mois, un extrait du contrat au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal civil qui en tient lieu; autrefois, cet extrait était affiché dans l'auditoire du tribunal ainsi que dans les chambres d'avoués et de notaires (C. com., art. 67; C. pr., art. 872); *actuellement*, la publicité est assurée au moyen d'une mention qui figure au registre du commerce (L. 18 mars 1919, art. 4-7°, cbn., art. 67, C. com.); la sanction est restée bénigne et limitée, en ce sens qu'elle n'atteint que le notaire coupable de n'avoir pas transmis l'extrait au greffe; cet officier ministériel encourt une amende de *cent francs*, et même, au cas de collusion, la *destitution* et des *dommages-intérêts* envers les tiers lésés (C. com., art. 68);

2° Si l'un des époux *devient commerçant* par la suite, c'est à lui qu'incombe le soin de faire la remise du contrat, dans le mois qui suit l'ouverture du commerce; la publication a lieu comme dans le cas précédent; mais la sanction, également spéciale et limitée, est tout occasionnelle : en cas de *faillite*, le commerçant négligent sera condamné comme *banqueroutier simple* (C. com., art. 69).

Comme on le voit, en toute éventualité le contrat de

mariage du commerçant ou du futur commerçant demeure *opposable aux tiers, encore que non publié*. De plus, le système a une base étroite; il demeure inapplicable aux époux qui ne sont pas et qui ne deviennent pas commerçants par la suite.

387. Réforme : loi du 10 juillet 1850. — Cette loi, appelée loi Valette, du nom du professeur de droit qui en prit l'initiative, a été incorporée dans les articles 1391 et 1394 du Code civil; elle a réalisé la publicité du contrat de mariage en utilisant celle du mariage lui-même; le mécanisme en est simple. Le notaire, rédacteur du contrat, doit remettre aux futurs époux, lors de la signature, un *certificat* sur papier libre et sans frais, énonçant ses noms et résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat est à remettre à l'officier de l'état civil, en réponse à l'interpellation par lui adressée aux époux, et, s'il y a lieu, aux personnes qui autorisent le mariage, à qui il demande s'il a été fait un contrat et par quel notaire (art. 75, § 4); sur réponse affirmative, il reproduit sur son registre les mentions figurant dans le certificat; sur réponse négative, il mentionne que les époux ont déclaré se marier sans contrat (art. 76-8°). Voir à ce sujet les articles 1394, 75 et 76.

388. Mesures destinées à assurer l'observation des formalités de publicité. — Les unes sont *préventives*, d'autres *répressives*.

1° *Moyens préventifs.* — *a*) Le notaire rédacteur doit donner lecture aux futurs époux de l'article 1391, § 4, et de l'article 1394, § 3; ce dernier texte est précisément celui qui impose au notaire l'obligation de délivrer le certificat et qui fait allusion à sa remise à l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage; *b*) l'officier de l'état civil doit, comme on l'a vu, interpeller les époux et provoquer ainsi la remise du certificat dont il reproduira les mentions sur le registre des mariages (art. 75, § 4). Dès lors, si une personne veut connaître le régime matrimonial des époux, il lui suffira de consulter le registre; elle apprendra ainsi, ou bien qu'il n'y a pas de contrat, et alors les époux sont soumis à la communauté légale, ou bien qu'il a été fait un contrat, et en ce cas elle pourra en demander la production aux époux ou au notaire rédacteur;

2° *Mesures répressives; sanctions.* — *a*) Sanctions *pénales* : *α*) le notaire qui n'a pas donné lecture aux futurs époux

des dispositions des articles 1391 et 1394 ou qui n'a pas fait mention de cette lecture à la fin du contrat, encourt une amende de *dix francs* (art. 1394, § 2); β) l'officier de l'état civil qui néglige d'interpeller les époux ou de mentionner sur le registre des mariages le résultat de l'interpellation, encourt une amende de *cent francs* (art. 76-8°, cbn. art. 50);

b) Sanction *civile*. — Il semble qu'elle devrait logiquement consister dans l'inopposabilité aux tiers du contrat non publié, les époux étant donc réputés mariés sous le régime de la communauté légale. Mais tel n'est pas le système de la loi de 1850 qui décide seulement que, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, « *la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun...* » (art. 1391, § 4), ce qui veut dire que la femme dotale ne sera pas admise à se prévaloir de l'*inaliénabilité de ses biens dotaux*; c'est donc uniquement contre le statut de l'inaliénabilité dotale que la loi protège les tiers; à tous autres égards, le régime contractuel des époux est parfaitement opposable au public; et si, par exemple, ce régime est celui de la séparation de biens et si le mari donne à bail un immeuble de la femme, celle-ci est fondée, malgré la clandestinité du contrat de mariage, à invoquer la nullité du bail, car, sous le régime de la séparation de biens, le mari n'a pas qualité pour administrer la fortune personnelle de la femme.

La loi de 1850 est donc inégale à elle-même, en ce sens qu'instituant un régime de publicité applicable à tous les contrats de mariage, elle n'édicte de sanction civile que dans le cas particulier où les époux auraient adopté le régime dotal : *générale* quant à son précepte, elle est *spéciale* quant à sa sanction civile. Il y a là un défaut d'équilibre qui fait de cette loi une loi *minus quam perfecta*.

389. Nouvelles restrictions. — A supposer même que les époux aient adopté le régime dotal, la clandestinité de leur contrat ne comportera pas toujours l'inopposabilité aux tiers de l'inaliénabilité dotale; deux éventualités sont encore à éliminer :

1° Celle où l'inexactitude de la mention portée sur le registre serait imputable à l'officier de l'état civil, à une omission ou à une erreur de sa part, dont les époux ne doivent pas souffrir; c'est seulement une *déclaration mensongère* de leur part qui comporte la sanction de l'article 1391, § 4;

2° Celle où les époux auraient rectifié l'irrégularité com-

mise par une déclaration faite lors du contrat; si la femme, au moment de contracter, prévient de l'existence du contrat de mariage, elle conserve le bénéfice du statut dotal (art. 1391, *in fine*).

§ IV. — *INEFFICACITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE*

(CADUCITÉ ET NULLITÉ)

390. Division. — Le contrat de mariage est *caduc* si le mariage en vue duquel il avait été rédigé n'est pas célébré; il est *nul*, si les conditions requises pour sa validité n'ont pas été observées.

391. I. Caducité. — Le contrat de mariage trouve sa raison d'être dans le mariage projeté dont il constitue l'*accessoire*; si ce mariage n'est pas célébré, il n'a plus de soutien et il tombe dans le vide; il est *caduc*.

On dit parfois qu'il avait été conclu sous la condition « *si nuptiae sequantur* »; la formule n'est pas juridique; la célébration du mariage n'est pas une simple condition du contrat, et la meilleure preuve, c'est qu'elle est nécessaire à son efficacité, à son existence même; loin d'avoir un caractère adventice, elle en constitue l'armature; sans elle, le contrat de mariage n'est qu'un simple projet, à l'instar, par exemple, du testament d'une personne vivante; il n'a qu'une valeur *éventuelle*; les *donations* qu'il contient tombent avec lui si l'union n'est pas célébrée (art. 1088; *inf.*, n° 1756).

Il est parfois difficile de savoir si le mariage a été ou non abandonné lorsque plusieurs années s'écoulent entre la rédaction du contrat et la célébration : les époux ont-ils entendu s'en tenir à leurs conventions matrimoniales, ou n'ont-ils pas voulu les abandonner elles-mêmes pour se marier sans contrat, donc sous le régime de la communauté légale? C'est là une question d'interprétation de volonté qui sera tranchée par les juges du fait, aucun texte n'impartissant une limite de temps à l'efficacité éventuelle du contrat (Nîmes, 15 avril 1850, *D. P.*, 1850, 2, 115; Paris, 9 fév. 1860, *D. P.*, 1860, 2, 73).

392. Mariage nul. — La situation est la même si, le mariage ayant eu lieu, la nullité en est ensuite prononcée; l'union disparaissant rétroactivement, son satellite, le contrat de mariage, disparaît dans les mêmes conditions; en conséquence, les intérêts pécuniaires des époux sont liquidés suivant les règles applicables aux *sociétés de fait*.

Il en irait autrement cependant si les époux avaient été tous deux de *bonne foi*; le mariage putatif, annulé pour l'avenir, conserverait les effets produits jusqu'au jugement de nullité; il y aurait donc lieu de liquider les intérêts pécuniaires des époux sur les bases du contrat de mariage.

Si l'un des époux seulement était de bonne foi, il aurait le choix, ou bien d'exiger l'application du contrat, ou bien d'en faire abstraction; le conjoint de mauvaise foi se trouverait ainsi à sa discrétion (V. *sup.*, t. I^er^, n° 864).

393. II. **Nullité.** — Lorsque l'une des conditions de forme ou de fond exigées par la loi fait défaut, le contrat de mariage est *nul*, en prenant ce mot dans son acception la plus large; il en va ainsi au cas de *non-présence* des futurs époux ou de l'un d'eux, ou si le contrat a été fait par acte sous seing privé, ou si l'un des époux était incapable, ou si son consentement a été vicié par la violence, le dol ou l'erreur, enfin si le contrat de mariage n'a été conclu que postérieurement à la célébration du mariage (Pau, 3 mars 1909, *S.*, 1910, 2, 76, *D. P.*, 1911, 2, 171).

Dans l'état actuel de la jurisprudence, la nullité alors encourue se caractérise par le trois principes suivants qui en déterminent la nature spécifique : 1° la nullité est *absolue*, invariablement; 2° elle a pour effet de substituer au régime contractuel celui de la comunauté légale; 3° le contrat de mariage n'est point, quant à la nullité, un tout indivisible.

394. A. **Première règle.** — *La nullité d'un contrat de mariage est une nullité absolue, sans distinction tirée de son origine.* — Cette solution est conforme au droit commun, dans la mesure où on l'applique aux nullités qui sanctionnent les règles de forme, et par exemple à celles qui interviennent à raison de la non-présence des époux ou de l'un d'eux (Civ., 6 nov. 1895, *S.*, 1896, 1, 5, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1897, 1, 25, note Sarrut), ou du défaut d'antériorité par rapport au mariage (Pau, arrêt précité), ou de l'omission d'une signature (Civ., 26 avril 1869, *S.*, 1869, 1, 297, *D. P.*, 1869, 1, 246) : *forma dat esse rei*; mais cette même solution est également appliquée par notre jurisprudence aux nullités prononcées à raison de l'*incapacité* de l'un des époux ou d'un *vice* dont son consentement a été affecté (Civ., 19 juin 1872, *D. P.*, 1872, 1, 346; Req., 16 juin 1879, *S.*, 1880, 1, 166, *D. P.*, 1880, 1, 415; Agen, 28 mai 1894, *D. P.*, 1897, 2, 80; Riom, 17 juill. 1906, sous Civ., 21 oct. 1908, *S.*, 1908, 1, 449; trib. civ. Quimper, 23 nov. 1910, *S.*, 1912, 2, 257.

note JAPIOT) ; et on est ainsi amené à décider que la nullité peut être proposée par tout intéressé, et à écarter toute possibilité de confirmation, expresse, tacite ou présumée, l'action de nullité ne tombant pas sous le coup de la prescription décennale de l'article 1304. Dans cette mesure, le droit commun des nullités se trouve écarté, car c'est un principe d'interprétation très sûr que les nullités instituées en considération des incapacités et des vices du consentement sont d'ordre relatif et sont donc réservées aux personnes dans l'intérêt desquelles elles ont été édictées.

395. — Cette jurisprudence dérogatoire au droit commun des nullités se réclame principalement de deux considérations, d'ailleurs assez voisines l'une de l'autre : 1° le principe de l'*immutabilité des conventions matrimoniales* exige que le régime pécuniaire des époux soit fixé, une fois pour toutes, lors de la célébration du mariage; il ne saurait dépendre de la volonté des époux ou de l'un d'eux, en demandant ou en s'abstenant de demander la nullité du contrat, de substituer un jour et à leur gré au régime contractuel la communauté légale, ou bien de s'en tenir au régime adopté; le contrat de mariage doit être, ou absolument et définitivement nul, ou tout à fait et décidément valable; entre ces deux solutions extrêmes, il n'y a pas place pour une position intermédiaire; 2° d'ailleurs, les intérêts légitimes des tiers font obstacle, eux aussi, à l'application du droit commun : comment admettre que les engagements assumés par les époux, au cours du mariage, soient laissés à leur discrétion, qu'ils puissent tomber à leur gré ou qu'ils subsistent selon que la nullité du contrat de mariage sera ou non demandée et prononcée? Il ne faut pas que la situation demeure incertaine pendant toute la durée du mariage; on doit être fixé sur le véritable régime des époux et, par suite, sur le pouvoir et sur la capacité du mari et de la femme, relativement aux biens qui ressortissent à leurs patrimoines respectifs ou à la communauté.

Ces arguments, que l'on trouve dans les arrêts, ne sont nullement décisifs : 1° le premier, emprunté à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, est controuvé par le caractère rétroactif des nullités, *même simplement relatives* : une fois annulé par décision judiciaire, le contrat de mariage disparaît même dans le passé, en sorte qu'il n'y a pas succession de deux régimes matrimoniaux; il se trouve que, dès l'origine, les époux ont été mariés sous le régime de la communauté légale; le principe de l'immutabilité est

donc satisfait de toute façon; 2° quant à la considération tirée des intérêts légitimes des tiers, il faut remarquer qu'elle pourrait aussi bien être invoquée à l'encontre de toutes les nullités relatives et pour toute sorte d'actes, par exemple pour une vente d'immeuble consentie par un mineur.

396. — On comprend donc que la thèse jurisprudentielle soit assez vivement critiquée par une partie de la doctrine. Nous pensons cependant qu'elle est justifiée, dans une large mesure, par la nature même du contrat de mariage, qui n'est pas un contrat comme les autres : d'une part, il intéresse les tiers plus qu'un contrat ordinaire, plus qu'une vente, un échange, un emprunt; d'autre part et surtout, les effets en sont échelonnés sur une longue période; il institue un régime, un *modus vivendi*, un statut. Il ne faut pas que le sort de ce statut demeure en suspens pendant toute la durée du mariage; un contrat-règlement, pourvu d'un large domaine d'application, dans le temps et dans l'espace, qui fait la loi des époux et celle des tiers, doit être définitivement obligatoire ou absolument inefficace; une nullité relative et, par conséquent, *facultative*, jetterait le trouble, non seulement dans l'association conjugale, mais dans la communauté sociale.

397. Tempérament. — Dans la jurisprudence dominante, il est admis que la nullité dont le contrat était atteint devient susceptible d'être couverte par la confirmation, tant de la part des époux que du côté de leurs héritiers, *lorsque le mariage est dissous;* car alors la règle de l'immutabilité du régime matrimonial n'est plus en cause; ceci, du moins *pour les nullités sanctionnant l'incapacité ou les vices du consentement*, et étant entendu que la confirmation ne sera pas opposable aux tiers. En conséquence, les époux ou leurs héritiers ont, dans cette mesure, la possibilité de liquider leurs intérêts pécuniaires sur la base du contrat, et l'action en nullité se prescrit par dix années, conformément à l'article 1304 (Civ., 26 avril 1869, *D. P.*, 1869, 1, 246; 6 fév. 1888, *S.*, 1890, 1, 49, note Labbé; trib. civ. Quimper, 23 nov. 1910, *S.*, 1912, 2, 257, note Japiot).

398. B. **Deuxième règle.** — *La nullité a pour effet de substituer au régime contractuel celui de la communauté légale.* — En effet, du moment que le contrat est inefficace, inopérant, les époux doivent se trouver dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans avoir fait de conventions

matrimoniales; le régime de droit commun leur est donc applicable (Arg., art. 1393 et 1400). Cette solution est valable même lorsque le contrat est annulé pour cause d'*incapacité*; sans doute, la communauté légale implique ou peut impliquer des aliénations de la part de chacun des époux dont toute la fortune mobilière présente devient commune; mais l'incapacité ne fait pas obstacle à des aliénations *légales* du genre de celles-ci; et, d'ailleurs, le mineur aurait pu se marier sans faire de contrat : il serait alors commun en biens; la confection d'un contrat nul doit aboutir au même résultat (*Sic*, Civ., 16 nov. 1858, *D. P.*, 1858, 1, 439; Req., 16 juin 1879, *S.*, 1880, 1, 166, *D. P.*, 1880, 1, 415; Riom, 17 juill. 1906, sous Civ., 21 oct. 1908, *S.*, 1908, 1, 449).

399. C. **Troisième règle.** — *Le contrat de mariage n'est point, quant à la nullité, un tout indivisible.* — A cet égard, les deux règles suivantes doivent être posées :

1° Lorsque la nullité affecte le contrat lui-même (vice de forme, incapacité ou non-présence d'un époux, etc.), c'est l'opération tout entière qui tombe, comme le ferait tout autre contrat; en conséquence, les donations intervenues à l'occasion du mariage — constitutions de dot, donations entre époux — ne survivent pas au cadre dans lequel elles avaient pris place (Civ., 11 juill. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 281; 19 juin 1872, *S.*, 1872, 1, 281, *D. P.*, 1872, 1, 346; Pau, 3 mars 1909, *S.*, 1910, 2, 76, *D. P.*, 1911, 2, 171). Il n'y aurait lieu de faire exception que pour les opérations qui se suffisent à elles-mêmes et qui auraient aussi bien pu intervenir isolément, en dehors du contrat de mariage lui-même, comme, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel;

2° La nullité qui atteint une clause du contrat ne s'étend pas nécessairement aux autres, ni, à plus forte raison, à l'ensemble de l'opération; c'est ainsi que le contrat de mariage demeure valable encore qu'il contienne une clause nulle, soit pour incapacité, soit comme contraire à l'ordre public, par exemple en tant qu'elle porterait atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de la famille ou à la puissance paternelle; c'est dans ce sens qu'il est vrai de dire que les diverses clauses du contrat de mariage ne sont point indivisibles entre elles (Ch. réun., 31 juill. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 369, rapport de Larouverade, conclusions du P. G. Ronjat; *S.*, 1894, 1, 449, note Bufnoir; Civ., 30 nov. 1908, *D. P.*, 1909, 1, 418; Limoges, 29 janv. 1879, *S.*, 1879, 2, 232, *D. P.*, 1880, 2, 255).

399*bis*. Droits d'enregistrement. — 1° Si le contrat ne contient que la déclaration du régime adopté par les futurs époux, sans mentionner l'existence d'aucun bien leur appartenant personnellement, sans *déclaration d'apports*, il n'est assujetti qu'au droit fixe institué par l'article 20 de la loi du 28 avril 1816, droit qui a connu, en ces dernières années, bien des vicissitudes : fixé d'abord à 5 francs, il fut élevé à 125 francs par l'article 50 du décret-loi du 8 juillet 1937 (C. enreg., art. 334, § 3) ; après quoi il subit la majoration de 8 pour cent, applicable à tous les droits d'enregistrement (art. 9, D.-L. 2 mai 1938), pour être arrondi à 135 francs (D. 3 mai 1938), et pour être enfin fixé, *à titre définitif*, à 200 francs (D.-L. 12 nov. 1938, art. 14).

2° Si le contrat constate des *apports personnels* de la part des futurs époux, le droit à percevoir est de 0,55 % sur le *montant net* desdits apports (*D.*, 20 mai 1938, art. 1er fixant, *jusqu'au 31 décembre 1939*, les tarifs des droits proportionnels d'enregistrement), en sorte qu'il devient avantageux, pour échapper au droit fixe de 200 francs, de faire la déclaration d'un apport minime.

3° Les biens donnés aux futurs époux *dans le contrat de mariage* échappent au droit de 0,55 %, mais pour être assujettis au droit de donation (C. enreg., art. 368, § 3; *inf.*, n° 1758*bis*).

4° La reconnaissance énoncée, de la part du futur époux, d'avoir reçu la dot apportée par la fiancée, ne donne pas lieu à la perception d'un droit particulier (C. enreg., art. 368, § 2).

Section II. — DISPOSITIONS QUI PEUVENT TROUVER PLACE DANS UN CONTRAT DE MARIAGE

400. Ampleur et réceptivité de la charte matrimoniale. — Le contrat de mariage est un cadre fort vaste, susceptible d'abriter, non seulement les *conventions matrimoniales proprement dites* (détermination du régime matrimonial), mais aussi les *donations* intervenues à l'occasion du mariage et faites tant par des tiers aux époux qu'aux époux entre eux, ainsi que les *constatations des apports* par eux effectués.

401. Principe de la liberté des conventions matrimoniales. — Le principe de l'autonomie de la volonté trouve, dans le contrat de mariage, un terrain d'élection : par faveur pour le mariage, le législateur admet que les

époux peuvent faire leurs conventions matrimoniales « *comme ils le jugent à propos...* » (art. 1387) ; il leur donne carte blanche pour la rédaction de leur contrat, faisant fléchir, dans un esprit de libéralisme, certaines règles restrictives qui ont cependant la valeur d'un droit commun, par exemple la défense de donner à l'un des associés la totalité des bénéfices (art. 1855, § 1), ou la prohibition des pactes successoires (art. 791, 1130, 1600), ou la règle « *donner et retenir ne vaut* » (*inf.*, n° 1349) : les époux peuvent convenir, en effet, que la communauté appartiendra exclusivement à l'un d'eux, pratiquement au survivant (*inf.*, n° 486) ; ils peuvent se consentir des donations portant sur les biens à venir (art. 1082 et 1084; *inf.*, n° 1800), ou subordonnées à une *condition potestative* (art. 1086; *inf.*, n° 1800). A plus forte raison leur est-il loisible de combiner à leur gré les divers régimes matrimoniaux-types, d'en faire une mixture.

402. Limites apportées à la liberté. — Si étendue que soit la liberté laissée aux futurs époux, elle comporte cependant des limites qui sont tracées dans les articles 1387 et 1390. Elles sont à répartir dans les six catégories suivantes.

I. **Première limitation, de pure forme.** — Il est interdit aux futurs époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera régie « *par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code* » (art. 1390). Cette disposition demande à être exactement comprise : ce qu'elle interdit, c'est seulement la référence pure et simple aux anciens règlements, lois ou coutumes; il ne saurait dépendre des parties de faire revivre d'un trait de plume les textes abrogés par la loi du 30 ventôse, an XII, art. 7; mais il leur est permis d'arriver au même résultat en reproduisant *in extenso* dans leur contrat les dispositions dont s'agit, lesquelles puiseraient alors leur autorité, non dans des règlements abrogés, mais dans la convention des parties (Req., 20 déc. 1938, *D. H.*, 1939, 115).

Au contraire, les futurs époux pourraient s'en référer purement et simplement à tel régime matrimonial fonctionnant dans tel pays étranger (*contra*, C. civ. *allemand*, art. 1433).

403. II. Deuxième limitation : Clauses contraires aux bonnes mœurs (art. 1387). — Ces clauses sont prohibées, au même titre d'ailleurs que celles qui iraient à l'encontre de l'*ordre public* (art. 6).

Tomberaient sous le coup de cette double prohibition les clauses qui prétendraient interdire, *sans cause légitime*, le *remariage* à l'un des époux devenu veuf ou divorcé (*inf.*, n° 1540) ; ou priver la femme commune en biens du droit de *répudier* la communauté (art. 1453; *sup.*, n° 256) ; ou faire commencer la communauté à un moment autre que celui de la célébration du mariage (art. 1399) ; ou faire revivre, totalement ou pour partie, l'*incapacité* dont la femme était atteinte sous l'empire du Code civil et dont elle a été affranchie par la loi du 18 février 1938; l'article 215, § 2, dans sa nouvelle rédaction, est suffisamment catégorique en ce sens lorsqu'il proclame que les restrictions à la capacité de la femme ne pourront résulter que « *de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté* »; en thèse générale, d'ailleurs, la capacité des personnes est d'ordre public et ne peut être modifiée par la voie contractuelle. Il ne saurait dépendre de la femme de se placer sous un régime d'incapacité conventionnelle. Il est bien vrai que les époux ont la faculté d'adopter le régime dotal et qu'alors la dot devient inaliénable et insaisissable, *fût-ce par la volonté des deux époux*. Mais autre chose est l'inaliénabilité dotale, autre chose l'incapacité contractuelle; celle-ci est bien plus grave que celle-là; la femme dotale n'est point, à vrai dire, incapable de s'obliger, mais seulement de contracter des dettes exécutoires sur sa dot (*inf.*, n^os^ 579, 630) : la possibilité de frapper d'inaliénabilité les biens de la femme, et par exemple ses propres sous un régime de communauté (Civ., 13 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 14), ne postule nullement la faculté de se rendre contractuellement incapable de contracter (V. Civ., 22 déc. 1879, *S.*, 1880, 1, 125; comp. Req., 13 mai 1885, *D. P.*, 1886, 1, 204, *S.*, 1885, 1, 312, note Lyon-Caen).

Pour certaines clauses, la controverse est instituée, par exemple pour celle qui tendrait à maintenir l'*indivision* entre les époux pour une période supérieure à cinq années, contrairement à l'article 815 (V. dans le sens de la validité de cette convention d'indivision, Req., 30 nov. 1886, rapport Ballot-Beaupré, *S.*, 1887, 1, 101, note Labbé, *D. P.*, 1887, 1, 49, note Poncet).

404. III. Troisième limitation : Clauses portant atteinte aux pouvoirs du mari ou du survivant des époux, comme chef de la famille (art. 1388). — Cette formule qui condense la plupart des dispositions incluses dans ce texte, vise notamment les clauses suivantes :

A. *Clauses portant atteinte à l'autorité maritale.* — Sans

doute, la puissance maritale a été abolie par la loi du 18 février 1938; mais cette réforme, verbale plus encore qu'effective (*sup.*, t I^er^, *Suppl.*, 1939, p. 24), a du moins laissé subsister une autorité dérivant nécessairement, pour le mari, de sa qualité de *chef de la famille* qui lui est reconnue par l'article 213, dans son actuelle rédaction, et qui présente elle-même un caractère d'ordre public; il est, à cet égard, symptomatique, que la loi de 1938 n'ait pas touché à la teneur de l'article 1388 interdisant aux époux de déroger, par une clause du contrat de mariage, aux droits résultant « ... *de la puissance maritale sur la personne de la femme...* ». Cette formule doit être comprise *mutatis mutandis*, en fonction de la réforme réalisée en 1938 et compte tenu de la substitution d'une simple autorité à la puissance aujourd'hui abolie; les diverses prérogatives qui se rattachent à cette autorité demeurent, comme par le passé, absolument intangibles; par exemple, on ne pourrait pas stipuler que la femme n'acquerra pas le *domicile* du mari, ou qu'elle ne prendra pas son *nom*, ou qu'elle ne bénéficiera pas du *mandat domestique*; de telles clauses, qui prétendraient à modifier la structure même de l'association conjugale ou le fonctionnement du ménage seraient radicalement nulles; et il faut en dire autant de celles qui tendraient à écarter la nécessité d'une *autorisation maritale*, dans les cas exceptionnels où elle est encore exigée par la loi, par exemple en vue d'habiliter la femme à faire le commerce (C. com., art. 4), ou encore de celles qui voudraient permettre à la femme d'exercer un profession séparée en dépit de l'opposition du mari (art. 216, nouv. réd.).

405. B. **Clauses portant atteinte à la puissance paternelle** (art. 1388). — Seraient nulles les clauses qui prétendraient enlever au mari, en tout ou en partie, l'exercice de la puisance paternelle, pour en investir la femme : la jouissance légale, comme l'administration légale, doivent appartenir intégralement au père, chef de la famille, conformément aux dispositions de la loi; il ne serait même pas permis aux futurs époux de stipuler que les enfants, ou certains d'entre eux, seront élevés dans la religion de la mère; il y aurait là, de la part du mari, une abdication partielle de la puissance paternelle dont tous les attributs doivent demeurer concentrés sur sa tête.

406. C. **Clauses portant atteinte aux droits qui appartiennent au survivant sur la personne et les**

biens de l'enfant (art. 1388). — Cette disposition vise, par exemple, le droit, pour la mère survivante, d'avoir la jouissance légale des biens de ses enfants, d'être leur tutrice, d'être consultée à l'occasion de leur mariage.

407. IV. Quatrième limitation : Clauses portant atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef (art. 1388). — Cette formule vise les pouvoirs qui appartiennent au mari *en tant que chef de la communauté*; elle n'a donc de sens que sous les régimes communautaires. Seraient nulles les clauses qui subordonneraient l'aliénation de certains biens communs au consentement de la femme (Paris, 7 mai 1855, *D. P.*, 1856, 2, 257), ou qui frapperaient ces biens d'inaliénabilité (Civ., 29 juin 1847, *D. P.*, 1847, 1, 295, *S.*, 1847, 1, 606) : à cet égard, les *acquêts* sont donc soumis à un statut spécial; ils répugnent à la clause d'inaliénabilité dont les *propres* s'accommodent au contraire parfaitement (*sup.*, n° 403).

On voit par là que les pouvoirs du mari sur les biens communs sont de *l'essence même* des régimes communautaires; cependant, il est certain que ce statut rigoureux ne fait pas obstacle à ce que le mari consente à sa femme un *mandat*, même *général*, tendant à l'*administration*, voire à l'*aliénation* de certains biens communs et même de tous les biens de la communauté; en prenant cette décision, il n'abdique pas ses pouvoirs, puisque, d'une part, les actes accomplis par la femme produiront les mêmes effets que s'ils émanaient du mandant, et cela grâce au concept de la représentation; puisque, d'autre part, un tel mandat est toujours *révocable*. La régularité de cette combinaison n'est pas douteuse : l'article 1420 suppose que la femme agit comme mandataire de son mari, et, d'ailleurs, le *mandat domestique*, dont l'existence est admise par une jurisprudence et par une doctrine constantes, n'est qu'une application, aux actes de la vie courante, du concept de la représentation du mari par la femme (*sup.*, n° 124 et t. I^er^ n^os^ 603*bis* et 1012).

408. V. Cinquième limitation : Clauses qui prétendraient déroger aux droits que la loi du 13 juillet 1907 a conférés à la femme sur les produits de son travail. — Ces clauses sont condamnées, en tant qu'elles figureraient dans le contrat de mariage, par l'article 1^er^, § 1, de ladite loi. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur de 1907 a attaché une grande importance à cette condamnation; il a voulu prévenir l'usage de clauses dérogatoires qui n'eussent pas manqué de devenir de style et qui

auraient ruiné la réforme. Il faut donc écarter, non seulement la clause par laquelle la femme renoncerait au principe même du pécule réservé, mais aussi toute stipulation qui tendrait à restreindre ses droits sur les biens compris dans ledit pécule, à entraver sa liberté d'administration ou de disposition.

Il faut d'ailleurs remarquer la symétrie qui existe entre la disposition de l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907 et celle de l'article 1388 du Code civil qui défend de déroger aux droits du mari comme chef de la communauté : les pouvoirs de la femme sur son pécule réservé ont le même caractère de nécessité que ceux du mari sur les biens ordinaires de la communauté; ainsi, lorsque la femme exerce une profession, les époux sont traités, à cet égard, à égalité.

Du moins ne faudra-t-il pas renchérir sur la disposition restrictive de la loi de 1907 en décidant que la femme laborieuse ne pourrait pas donner à son mari le mandat d'administrer ses biens réservés; ce serait rompre la symétrie que le législateur de 1907 a voulu établir entre les deux situations; à condition que le mandat soit essentiellement révocable, il ne se heurte, pas plus de la part de la femme et pour les biens réservés, que du côté du mari et pour les biens ordinaires de la communauté, à aucune objection valable.

409. VI. Sixième limitation : Pactes successoires. — L'article 1389 les prohibe, *en principe*, plus sévère en cela que notre ancien droit qui les autorisait, par faveur pour le mariage, et dans le contrat de mariage. Du moins annonce-t-il des accommodements, dans sa disposition finale; nous retrouverons plus loin des institutions qui font échec à la prohibition des pactes sur succession future (*Institution contractuelle, donation cumulative de biens présents et à venir; inf.*, n° 1765).

Constitution de dot

410. Définition et plan. — Le mot *dot* n'a pas, dans la locution « *constitution de dot* », le sens étroit qui est son sens proprement juridique (*sup.*, n° 9); il sert à désigner non pas le bien que la femme apporte au mari pour subvenir aux charges du mariage, mais celui qui est donné à l'un ou à l'autre des époux, à l'occasion du mariage : la constitution de dot n'est donc autre chose que la donation *propter nuptias* du droit romain, la donation *à causes de noces* de notre ancien droit; elle est une libéralité entre vifs consentie par un tiers, soit au mari, soit à la femme, généralement, mais

non nécessairement, dans le contrat de mariage qui en constitue le cadre habituel.

On ne trouve pas, dans le Code civil, une théorie générale de la constitution de dot; mais seulement des dispositions éparses et plus ou moins erratiques (art. 851, 959, 1081 et suiv.; 1422, 1427, 1438 à 1440, 1544 à 1546, 1556); il a donc fallu dégager une doctrine générale, faire œuvre de systématisation en utilisant des matériaux législatifs très fragmentaires; c'est à quoi se sont employés les auteurs et la pratique.

Nous étudierons :

1° La *nature juridique* de la constitution de dot;

2° Les *effets* qu'elle produit;

3° Comment se *prouve* le paiement de la dot.

I

Nature juridique de la constitution de dot

411. Précision. — C'est une question discutée et fort complexe que de savoir si la constitution de dot doit être rangée parmi les opérations *à titre gratuit*, ou bien, et dans quelle mesure, parmi les actes *à titre onéreux*; le problème se pose — et l'observation est essentielle — non pas pour l'*apport de dot* et dans les rapports des époux entre eux, mais pour la *constitution de dot* et dans les relations entre le *constituant*, d'une part, l'époux qualifié et son conjoint, d'autre part, par exemple entre le père de la mariée et les époux : envisagé sous cet angle, l'acte obéit-il au titre gratuit ou au titre onéreux? Ou bien ne participe-t-il pas de l'un et de l'autre?

La question ne présente pas autant d'intérêts pratiques qu'on pourrait le supposer, parce que le législateur a pris parti sur bien des points : à de certains égards, la constitution de dot est traitée ainsi qu'une donation, tandis qu'à d'autres, elle obéit au statut du titre onéreux. Dès lors, la ligne de conduite à suivre est tout indiquée : il faut d'abord énumérer les solutions concrètes données par notre droit positif; après quoi, grâce à ces points de repère, nous tenterons de résoudre la question de principe et de déterminer quel est, des deux titres, onéreux et gratuit, celui dont relève plus particulièrement la constitution de dot.

412. I. Les solutions concrètes de notre Droit positif français. — Nous trouvons, tant dans le droit écrit que dans le droit coutumier, des solutions dont les unes pré-

supposent le caractère gratuit de la constitution de dot, alors que d'autres postulent son caractère onéreux.

A. *A quels points de vue la constitution de dot est traitée ainsi qu'une libéralité.* — 1° Les biens constitués en dot sont, en principe, sujets à *rapport*, ainsi que s'ils avaient été l'objet d'une donation quelconque (art. 851) : l'enfant gratifié, venant plus tard à la succession du constituant, doit raison à ses cohéritiers du montant de la dot qu'il avait reçue et qui n'était, dans le cas normal, qu'un simple avancement d'hoirie (*inf.*, n° 1108) ;

2° Les mêmes biens sont sujets à *réduction* en cas d'atteinte portée à la réserve héréditaire; à ce point de vue encore, ils sont traités comme biens donnés (art. 1090; *inf.*, n° 1696) ;

3° La constitution de dot est soumise, en principe, aux mêmes causes de *révocation* que les donations ordinaires; elle est révocable pour cause de survenance d'enfant au constituant (*inf.*, n° 1593) ; cependant, elle échappe, comme d'ailleurs toutes les donations en faveur du mariage, à la révocation pour cause d'ingratitude du gratifié (art. 959; *inf.*, n° 1625) ;

4° De même que les donations proprement dites, la constitution de dot a, pour le constituant, un caractère purement *facultatif* : les parents eux-mêmes ne sont pas tenus de doter leurs enfants à qui le Code civil refuse toute action contre le père et mère *pour un établissement par mariage ou autrement* (art. 204) ; sur ce point, le droit coutumier a eu raison du droit romain, et, comme dans nos pays de coutume, on peut dire de nos jours « *ne dote qui ne veut* ».

413. Obligation naturelle. — Cependant, à défaut d'obligation civile, on admet très généralement l'existence d'une obligation *naturelle*, à la charge des *parents* et pour l'établissement de leurs enfants par mariage : 1° on voit dans cette dette naturelle, le corollaire, le prolongement de l'obligation alimentaire, obligation civile celle-là, qui incombe aux parents vis-à-vis de leurs enfants; 2° on considère que l'article 204, par cela même qu'il refuse aux enfants une action et qu'il écarte donc toute obligation civile à la charge des parents, présuppose indirectement l'existence d'une obligation naturelle qui pèse sur eux; 3° cette sorte d'argument *a contrario*, encore qu'assez risqué, est légitimé par la *tradition* qui lui est favorable; Pothier explique que les donations par contrat de mariage faites par un ascendant étaient dispensées de l'insinuation parce que « l'obligation de doter les enfants étant, de la part des ascendants,

une obligation naturelle, ces donations ne sont pas tant des donations que l'acquittement d'une obligation naturelle ». (POTHIER, *Donations entre vifs*, n° 91); 4° enfin, il faut convenir que la thèse de l'obligation naturelle conduit à des résultats plus satisfaisants que la doctrine opposée : avec elle, la constitution de dot est valable de la part des parents, même faite par acte sous seing privé; et, d'autre part, la nullité du contrat de mariage pour vice de forme n'entraîne pas nécessairement la nullité de la constitution de dot faite par les parents, en sorte que le constituant ne peut ni se dérober à sa promesse ni, s'il avait déjà payé la dot, en exiger la restitution. Aussi comprend-on que bon nombre de civilistes admettent, conformément à la tradition coutumière, l'existence d'une obligation naturelle à la charge des parents (AUBRY et RAU, 5e éd., t. IX, § 547, texte et note 4; NAST, t. Ier, n° 115), et que la jurisprudence soit entrée depuis longtemps dans ces vues (Req., 30 juill. 1900, *D. P.*, 1901, 1, 502; 5 mars 1902, *D. P.*, 1902, 1, 220; Poitiers, 26 avril 1923, *D. P.*, 1923, 2, 121, note SAVATIER; Angers, 12 mai 1936, *motifs*, *D. H.*, 1936, 368; Aix, 29 nov. 1938, *D. H.*, 1939, 157). L'opinion contraire qui a été parfois consacrée (Montpellier, 16 déc. 1901, *D. P.*, 1907, 2, 241, note H. CAPITANT) perd du terrain, en doctrine comme en jurisprudence.

Il faut d'ailleurs se garder d'exagérer la portée de l'opinion dominante : la constitution de dot est traitée par elle ainsi qu'une donation en matière de droit successoral; elle est sujette au rapport et à la rédaction, *même lorsqu'elle émane des parents;* mais on considère qu'elle intervient valablement par acte sous seing privé, une obligation naturelle pouvant servir de cause à un paiement; l'enfant doté est même admis à faire la preuve à l'aide de présomptions appuyées d'un commencement de preuve par écrit (Poitiers, arrêt précité).

414. B. **A quels égards la constitution de dot est traitée ainsi qu'une opération à titre onéreux.** — 1° Comme il vient d'être exposé, la constitution de dot, *lorsqu'elle émane des parents*, est traitée, du moins quant à la forme, comme une promesse faite en exécution d'une obligation naturelle, donc comme un engagement pris à titre onéreux;

2° Le Code civil écarte ici la révocation pour *ingratitude* du donataire, dérogeant ainsi au droit commun des libéralités entre vifs (art. 959);

3° La constitution de dot est soumise à un régime *fiscal*

assez libéral; elle bénéficie d'un tarif réduit fixé par le décret du 20 mai 1938, article 1er; les droits de mutation, qui varient suivant les circonstances, sont abaissés, dans le cas le plus favorable, jusqu'à 4,90 % (V. *inf.*, n° 1758*bis*);

4° A la différence du donateur, le constituant est tenu à la *garantie* envers l'époux doté (art. 1440 et 1457), sous tous les régimes, sans distinguer d'après la personnalité des parties, et en appliquant les règles du Droit commun; conformément à la tradition (Domat, *Lois civiles*, liv. Ier, titre X, sect. 2, n° 24), le constituant est traité, à cet égard, comme un vendeur; il est donc garant, non seulement de l'éviction, mais aussi des vices de la chose (Dijon, 11 fév. 1887, *D. P.*, 1888, 2, 42); lorsque c'est une créance qui a été constituée en dot, il répond de son existence, non de la solvabilité du débiteur (Req., 4 juill. 1899, *D. P.*, 1900, 1, 206; 14 avril 1908, *motifs*, *D. P.*, 1910, 1, 457, note Guénée, *S.*, 1912, 1, 393, note Charmont).

L'assimilation entre les deux ordres de garantie comporte cependant une limite : la disposition de l'article 1631 d'après laquelle le vendeur doit restituer dans tous les cas à l'acheteur évincé le montant du prix qu'il en avait reçu, est forcément inapplicable au constituant qui n'a point touché un prix quelconque et qui doit seulement indemniser l'époux jusqu'à concurrence de la valeur de l'objet donné, *au moment de l'éviction*;

5° Enfin, il est à noter que, d'après les articles 1440 et 1548, la dot porte *intérêt* de plein droit à compter du mariage et cela même dans le cas où un terme aurait été concédé au constituant pour le paiement. Il va sans dire que cette productivité de la dot suppose qu'elle porte sur une chose productive, somme d'argent, maison, etc.; si elle se compose de biens oisifs, tels des tableaux, un mobilier meublant, une créance non productive d'intérêts, le retard du constituant ne donne lieu à la réparation que dans les termes du droit commun, après *sommation*.

415. II. Le principe général; la constitution de dot et l'action paulienne. — En possession des solutions concrètes de notre droit positif, nous pouvons maintenant essayer de remonter jusqu'au principe général dont elles présupposent l'existence, ce qui revient à nous demander quel est, dans le silence de la loi, celui qui doit l'emporter, des deux titres gratuit ou onéreux. La question a surgi notamment pour l'application de l'action *paulienne*, pour la détermination des conditions moyennant lesquelles elle

peut être dirigée avec succès contre une constitution de dot : se contentera-t-on, comme pour les actes à titre gratuit, de la fraude du débiteur, le constituant? Ou bien exigera-t-on en outre, comme pour les actes à titre onéreux, la complicité de l'acquéreur, l'époux doté? (*Sup.*, t. II, n° 691.)

Sur ce point ainsi précisé, la jurisprudence a édifié un système original et inattendu que les auteurs s'accordent généralement à critiquer; il se résume dans les deux propositions suivantes :

1° La constitution de dot présente, quant à l'exercice de l'action paulienne, un caractère onéreux, même dans les rapports du constituant avec l'époux doté; elle « participe de la nature des actes à titre onéreux »; elle est, lit-on même parfois dans les arrêts, un véritable contrat à titre onéreux;

2° Cette opération s'adresse à la famille elle-même, plutôt qu'à l'un des époux; elle constitue une sorte de pacte de famille, immuable et indivisible, qui intéresse au premier chef l'association conjugale (Civ., 18 janv. 1887, *D. P.*, 1887, 1, 257, *S.*, 1887, 1, 97, note Labbé).

De ces deux postulats, on conclut que les créanciers du constituant ne réussissent dans l'action paulienne qu'à la condition d'établir la fraude du constituant, le débiteur, la complicité de l'époux doté et, en outre, celle de son conjoint (Req., 11 nov. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 416, *S.*, 1880, 1, 28; Civ., 18 janv. 1887, présité; 18 déc. 1895, *S.*, 1896, 1, 172, *D. P.*, 1898, 1, 193, note Sarrut; 22 juill. 1913, *S.*, 1913, 1, 507; Angers, 12 mai 1936, précité).

416. Arguments en faveur du système jurisprudentiel. — On trouve, dans les arrêts, des arguments assez peu consistants qui sont empruntés notamment au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, lequel doit être éliminé de la discussion, car, si on le retenait, il conduirait à écarter invariablement l'action paulienne, même au cas de fraude concertée, ce que la jurisprudence elle-même n'admet point. Mais d'autres considérations sont à invoquer qui expliquent, si elles ne la justifent pas tout à fait, la thèse jurisprudentielle.

1° En *équité*, il faut choisir entre les époux gratifiés et les créanciers du constituant, c'est-à-dire entre des intérêts également respectables; les conjoints, que l'on suppose de bonne foi, ont placé leur union sous la protection de la constitution de dot intervenue à leur profit; seul, le constituant a fait preuve d'indélicatesse; il s'agit de savoir qui doit en pâtir, du nouveau ménage ou des créanciers. Dans

ces conditions, on comprend que la jurisprudence, désireuse de favoriser le mariage, d'assurer la subsistance des époux et la solidité de la charte matrimoniale, se montre sévère dans les conditions exigées pour le succès de l'action paulienne;

2° En *droit*, il faut observer que si la constitution de dot est un acte purement gratuit au regard du constituant qui se dépouille sans contre-partie, il en va autrement au regard des époux qui ne la reçoivent que sous le bénéfice d'une affectation déterminée, les charges du mariage, et pour qui elle se présente donc sous l'aspect d'une *donation onéreuse*, ce qui n'est pas une simple question de mots, puisque le détournement de la dot de son affectation motive, de la part de la femme et à l'encontre du mari, une demande en *séparation de biens*. Or, il faut bien remarquer que la distinction établie, pour les conditions de l'action paulienne, entre les ayants cause à titre gratuit et les ayants droit à titre onéreux, se rattache à cette circonstance que les premiers *certant de lucro captando* au lieu que les derniers *certant de damno vitando* (*sup.*, t. II, n° 691); et, si l'on se place à ce point de vue pour déterminer les conditions auxquelles l'action paulienne réussira contre une constitution de dot, on est amené à considérer que les époux doivent être traités comme des acquéreurs à titre onéreux, puisqu'ils luttent pour éviter une perte. Ainsi peut-on expliquer juridiquement le système jurisprudentiel qui ne mérite pas, à notre avis, toutes les critiques dirigées contre lui.

417. Mise au point. — Ce n'est pas à dire cependant qu'il soit parfait; il a le tort de voir dans la constitution de dot une opération indivisible et de ne pas distinguer entre les rapports du constituant avec l'époux doté d'une part, et les rapports de cet époux avec son conjoint d'autre part, c'est-à-dire entre la *constitution* de dot et l'*apport* de dot; tandis que, faisant cette distinction nécessaire, on est amené à en poser une autre selon que la dot s'adresse à la femme ou au mari.

1° Lorsque la dot est constituée au profit de la *femme*, on discrimine deux opérations successives : d'abord la *constitution* proprement dite, qui intervient entre le constituant et la femme; puis l'*apport* fait par la femme au mari; il y a ainsi un acquéreur et sous-acquéreur; à supposer même que la femme soit, comme l'admet la jurisprudence, un acquéreur à titre onéreux, l'action paulienne devrait pouvoir l'atteindre, si elle était complice de la fraude du constituant,

sous la réserve des droits du mari, sous-acquéreur, et par exemple, si les époux sont mariés sous un régime communautaire, réserve faite du droit de jouissance de la communauté; la constitution de dot devrait subir la révocation à l'égard de la femme, supposée de mauvaise foi, c'est-à-dire pour la nue propriété. Au contraire, la jurisprudence repousse absolument l'action des créanciers, du moment que les deux époux ne sont pas complices de la fraude (Req., 11 nov. 1878, précité);

2° Si c'est au profit du *mari* que la dot a été constituée, la femme n'a pas la position de sous-acquéreur, en principe du moins, car il n'y a pas apport de la dot du mari à la femme; dès lors, on n'a pas même à examiner la question de sa complicité; celle du mari devrait suffire à assurer, et sur toute la ligne, le succès de l'action paulienne (*Sic*, Paris, 27 juill. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 32; et, sur renvoi après Cass., 18 déc. 1895, précité, Orléans, 8 juin 1898, *D. P.*, 1898, 2, 284). Cependant, même en pareille éventualité, et toujours en partant de cette idée que la constitution de dot constitue un pacte de famille indivisible, la Cour de cassation subordonne le succès de l'action paulienne à la mauvaise foi des deux époux (arrêt précité du 18 déc. 1895).

418. En résumé, il y a donc deux parts à faire dans le système jurisprudentiel : d'un côté, on peut parfaitement admettre, avec la Cour de cassation, que la constitution de dot a, quant à l'action paulienne, le caractère d'un acte onéreux dans les rapports du constituant et de l'époux gratifié; mais en revanche, on ne doit pas présenter l'opération comme simple; car il faut distinguer la constitution et l'apport et se rappeler que l'apport n'existe que de la femme au mari, non en sens inverse. La solution jurisprudentielle, qui est protectrice de la famille, peut-être à outrance, a les mérites, mais aussi les inconvénients d'une simplicité factice, contraire à la réalité juridique (V. sur cette question Nast, t. I^er^, n^os^ 116 et suiv.).

419. Conclusion. — La constitution de dot, qui participe du titre gratuit et du titre onéreux, est surtout et d'abord une *libéralité*; c'est ce qui ressort du langage du Code civil qui la qualifie volontiers de *donation* ou de disposition à titre gratuit (art. 947, 1081 et suiv., 1422) et aussi de son assimilation aux donations proprement dites pour l'application du *droit successoral* (rapport, réduction), ainsi que pour la plupart des causes de *révocation* (*sup.*, n° 412). Seu-

lement, il y a lieu de tenir compte de certaines particularités: d'une part, la dot est destinée à *subvenir aux charges du mariage*, elle a donc une affectation spéciale, et c'est ce qui explique les faveurs faites au ménage, en matière de *garantie*, d'action *paulienne*, de *cours des intérêts*, de droits de *mutation*; d'autre part, il existe, à la charge des parents, une obligation naturelle de doter leurs enfants, d'où cette conséquence que la constitution à laquelle ils procèdent n'est point soumise à la solennité des formes des donations. En somme, la constitution de dot est un acte complexe et multiforme, dont la nature change suivant l'angle sous lequel on le considère, mais qui, dans l'ensemble, ressortit au statut du titre gratuit plus souvent, plus complètement qu'à celui du titre onéreux.

II

Effets et exécution de la constitution de dot

420. Plan. — Certains *effets* de la constitution de dot ont été indiqués à l'occasion de sa nature juridique : nous ne reviendrons pas sur la *garantie*, non plus que sur le *cours légal des intérêts* (*sup.*, n° 414); et nous nous bornerons à rechercher : 1° *qui* est tenu de l'obligation de payer la dot et *dans quelle mesure*; 2° quelles sont les règles applicables à la dot constituée sous forme de *rente*.

421. I. Qui est tenu de l'obligation de payer la dot et dans quelle mesure. — La question ne souffre pas difficulté lorsque le constituant est un étranger, ou même un parent autre que le père et la mère; le droit commun s'applique alors purement et simplement; mais des règles spéciales visent le cas où la constitution émane du *père* ou de la *mère*, ou de *tous deux*, c'est-à-dire l'éventualité de beaucoup la plus pratique.

A. Si la constitution émane du père *et* de la mère, la dot doit être prestée, sauf convention contraire, pour moitié par chacun d'eux (art. 1438 pour la communauté; art. 1544, § 1, pour le régime dotal). Il en va ainsi alors même que les époux se seraient engagés *solidairement* envers leur enfant; sans doute, en pareille occurrence, celui-ci pourrait exiger le paiement intégral de l'un d'eux, à son choix; l'obligation au tout est de l'essence de la solidarité. Mais, si l'un des parents fournit la dot intégralement, il peut recourir contre l'autre pour moitié; en d'autres termes, la solidarité inté-

resse le droit de poursuite de l'enfant doté, non la contribution à la dette dont le fardeau se répartit en fin de compte comme si elle avait été assumée conjointement.

Cette présomption, établie très raisonnablement par la loi dans le sens d'une contribution égale et par moitié à l'acquittement de la dot, appelle les observations suivantes :

1° Elle est, sans aucun doute, *interprétative de la volonté des parents*; il appartient donc au juge de l'écarter s'il ressort des clauses de l'acte constitutif de dot une volonté contraire qui devra être exactement suivie (*Sic*, Req., 2 janv. 1906, *D. P.*, 1, 251, *S.*, 1911, 1, 546);

2° Il arrive fréquemment, lorsque les parents sont mariés sous un *régime communautaire*, que la dot soit fournie à l'enfant avec des valeurs communes, et il semble qu'en pareil cas la situation soit définitivement réglée dès l'origine, chacun des parents se trouvant d'avoir fourni sa part contributive. Mais cette apparence est trompeuse; quoi qu'il advienne, un recours sera à exercer par la suite, car le législateur présume que chacun des parents a entendu doter *personnellement* l'enfant (art. 1438, § 1); en conséquence, de deux choses l'une :

a) Ou bien la mère *accepte* plus tard la communauté et chacun des parents devient alors débiteur d'une récompense à cette communauté, jusqu'à concurrence de la moitié de la dot;

b) Ou bien la mère *renonce*, et alors, comme les biens communs rejoignent en ce cas la fortune personnelle du mari, il se trouve que celui-ci a payé la dot pour le tout, d'où le principe d'un recours en sa faveur contre la femme renonçante, à moins qu'il n'ait été stipulé que la dot serait, en toute occurrence, à la charge de la communauté, auquel cas la femme, en renonçant, échapperait à toute participation (arrêt précité du 2 janv. 1906).

422. — B. Si la dot a été constituée par *un seul des parents*, soit le père, soit la mère, le principe est que celui-là seul est tenu qui s'est engagé : c'est la solution que l'article 1544 consacre dans l'éventualité où la constitution émane du père seul, et elle est tout aussi valable dans le cas inverse où c'est la mère qui, seule, s'est engagée.

Seulement, ce principe cesse de recevoir une application exacte lorsque les parents sont communs en biens; car le mari a alors le pouvoir d'engager la communauté; toutes les dettes qu'il assume deviennent dettes communes (*sup.*, n° 121); la femme en est donc tenue pour moitié, en tant

qu'associée, encore qu'elle n'ait point participé à la constitution de dot. Mais, précisément parce qu'elle n'est tenue qu'en tant que commune en biens, elle a un moyen sûr de se dégager; il lui suffit de renoncer à la communauté (V. art. 1439 qui consacre ces diverses solutions).

423. II. Dot constituée sous la forme d'une rente. — Fréquemment, la dot est constituée par les parents sous la forme d'une *rente* dont ils servent les annuités; cet arrangement évite au constituant l'aliénation d'un capital important et à l'enfant doté la tentation et les risques des spéculations, tout en lui assurant des ressources fixes sur lesquelles il peut compter, du moins sa vie durant, et même, sauf stipulation contraire, après la dissolution du mariage, et n'y eût-il pas d'enfant (*Sic*, trib. civ., Montpellier, 4 fév. 1932, *D. H.*, 1932, 214); à son décès, la rente s'éteint en principe, car elle était à considérer comme *viagère*; mais, en fait, une clause la déclare *réversible* au profit des enfants; ou encore, elle est constituée *sur la tête du constituant*, jusqu'au décès de qui elle subsiste donc; en sorte que, de deux choses l'une, ou bien c'est le constituant qui meurt le premier et alors la rente s'éteint, mais l'enfant doté recueille la succession paternelle ou maternelle; ou bien c'est l'enfant doté qui prédécède, et en ce cas, la rente subsiste puisque la personne sur la tête de laquelle elle avait été constitué est encore vivante : le service des annuités sera fait aux enfants qui recueillent la rente en tant qu'héritiers, en vertu de la dévolution successorale, et à qui le fisc peut demander, non pas les droits qui frappent les donations entre vifs, mais seulement le droit de mutation par décès (trib. civ., Seine, 4 avril 1884, *D. P.*, 1885, 3, 101).

III

Preuve du paiement de la dot

424. Principe. — La preuve du paiement de la dot s'administre conformément au droit commun : c'est au constituant qu'il appartient d'établir sa libération au moyen d'une quittance qui a dû lui être délivrée par l'époux gratifié; en effet, au-dessus de cinq cents francs, la preuve écrite est exigée par la loi (*sup.*, t. II, n° 202; comp. art. 1502; § 2, pour l'*apport* de dot).

425. Dérogations. — Elles sont légales ou conventionnelles.

1° Une dérogation légale est inscrite dans l'article 1569 qui établit, sous le *régime dotal*, une *présomption* de paiement de la dot, lorsque le mariage a duré *dix ans* (*inf.*, n° 652) ;

2° On trouve fréquemment dans le contrat de mariage, sous tous les régimes, une clause portant que *la célébration du mariage vaudra quittance de la dot*. Cette stipulation est licite (Req., 14 déc. 1875, *S.*, 1877, 1, 31) ; mais son interprétation a soulevé une question ; certainement, il en résulte une *présomption*, un préjugé de paiement ; seulement, on se demande quelle est la force de cette présomption à laquelle on a voulu reconnaître une force décisive et qui serait insurmontable (*Sic*, Dijon, 7 mai 1862, *D. P.*, 1862, 2, 174, *S.*, 1863, 2, 34). Mais cette interprétation qui mettrait en péril la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (*inf.*, n° 442), dépasse la volonté raisonnable des parties ; l'époux doté n'a pas pu vouloir se mettre à la merci du constituant en lui donnant la faculté de manquer impunément à ses engagements ; d'ailleurs, la constatation d'un fait ne peut pas précéder ce fait ; une telle anticipation serait logiquement inconcevable ; une preuve se rapporte au présent ou au passé, non à l'avenir ; aussi s'accorde-t-on depuis longtemps à voir dans la clause en question, non pas une preuve écrite du paiement à venir, mais seulement un *procédé de renversement du fardeau de la preuve* ; ce sera à l'époux qu'il appartiendra de prouver que le paiement n'a pas eu lieu, et il pourra administrer cette preuve par tous moyens, même par témoins et par présomptions (Req., 7 mai 1884, *D. P.*, 1884, 1, 285, *S.*, 1885, 1, 28 ; 21 oct. 1913, *S.*, 1914, 1, 390 ; Paris, 24 oct. 1938, *D. H.*, 1938, 568).

426. Renvois. — Il sera traité plus loin de la *restitution* de la dot (*inf.*, pour le régime dotal n° 642 et suiv.), ainsi que du *rapport* (*inf.*, n^{os} 1093 et suiv. ; 1108) et de la *réduction* (*inf.*, n° 1696).

Section III. — EFFICACITÉ ET DURÉE D'APPLICATION DU CONTRAT DE MARIAGE

427. Directive générale et plan. — Le contrat de mariage, charte pécuniaire des époux, est l'accessoire du mariage lui-même ; l'association pécuniaire est le corollaire de l'union des personnes ; la *solidarisation* est donc étroite entre ces deux formes d'association dont celle-ci commande à celle-là.

Cette directive générale conduit aux trois propositions suivantes, dont les deux premières sont seules vraiment nécessaires.

1° Si le mariage n'est pas célébré, le contrat de mariage devient *caduc*;

2° Ce contrat ne produit d'effets qu'à compter du mariage;

3° Il ne comporte aucune modification conventionnelle au cours du mariage : il est *immuable*.

Comme nous nous sommes précédemment expliqué sur le premier point (*sup.*, n° 391), ce sont seulement les deux dernières propositions qui sont à développer à cette place.

§ I. — *LE CONTRAT DE MARIAGE N'ENTRE EN VIGUEUR ET NE PRODUIT D'EFFETS QU'A COMPTER DU MARIAGE*

428. Principe. — Jusqu'au mariage, le contrat n'est qu'un simple *projet* rédigé en vue de l'état matrimonial à venir; comme nous l'avons déjà fait observer (*sup.*, n° 391), il ne suffit pas de dire que la célébration du mariage est mise *in conditione* : car une condition n'est jamais indispensable à l'existence même d'un acte juridique; simple modalité, elle ne saurait aspirer à jouer le rôle d'un élément constitutif; or, on ne conçoit pas de contrat de mariage sans mariage; l'union des personnes a ici la valeur d'une *éventualité* décisive; jusqu'à sa réalisation le contrat n'est qu'*éventuel*, et les droits et obligations qui en découlent présentent le même caractère. Or, on sait qu'à la différence des conditions, les éventualités ne se réalisent pas rétroactivement (*sup.*, t. I^er^, n° 113); il en résulte que le contrat de mariage ne produira d'effets qu'à compter du mariage en vue duquel il a été établi, constatation qui présente un grand intérêt lorsqu'un délai considérable s'écoule entre la signature de la charte matrimoniale et l'union des personnes.

429. Flottements jurisprudentiels. — La jurisprudence ne se conforme pas toujours à ces idées directrices; nombre d'arrêts traitent la célébration du mariage ainsi qu'une condition mise à l'entrée en vigueur du contrat, retournant ainsi les termes de la situation juridique et faisant du principal — le mariage — un accessoire du contrat de mariage, c'est-à-dire de l'accessoire effectif; ils en concluent que, le mariage venant à être célébré, la condition s'est réalisée avec sa rétroactivité habituelle, en sorte que les conventions matrimoniales sortent leurs effets dès le jour

de la signature. Voici quelques applications de ce point de vue :

1° Les donations contenues dans le contrat de mariage seraient aussitôt translatives de propriété; en conséquence, si le futur époux déclare donner un immeuble à sa future femme, puis qu'il le vende antérieurement à la célébration du mariage, il vend la chose d'autrui; l'opération est donc nulle en vertu de l'article 1599 (Req., 26 janv. 1847, *D. P.*, 1847, 1, 63, *S.*, 1847, 1, 47);

2° Les créanciers du constituant dont les titres sont postérieurs au contrat de mariage ne peuvent pas critiquer, au moyen de l'action paulienne, les stipulations contenues dans ce contrat; car cette action n'est ouverte qu'aux créanciers antérieurs à l'acte attaqué (*sup.*, t. II, n° 695), et ici, cet acte, dans l'espèce une donation déguisée, inclus dans le contrat de mariage, est antérieur à leurs créances (Civ., 7 fév. 1872, *S.*, 1872, 1, 73, *D. P.*, 1873, 1, 80);

3° Si les époux adoptent le régime dotal et si la femme échange dans l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage, un immeuble dotal stipulé aliénable à charge de remploi, contre un autre immeuble, ce dernier est lui-même dotal en vertu de la loi de la subrogation réelle qui fonctionne comme si le mariage avait été célébré (Civ., 18 déc. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 441, *S.*, 1881, 1, 353);

4° Enfin, on est allé parfois jusqu'à admettre que l'hypothèque légale de la femme serait susceptible, en tant qu'elle garantit certaines créances, de prendre rang au jour du contrat de mariage (trib. civ., Montpellier, 7 janv. 1870, *D. P.*, 1871, 3, 7); mais, sur ce point, la Cour de cassation a écarté l'idée de rétroactivité en décidant que cette hypothèque ne pouvait jamais remonter au delà du mariage (Req., 22 janv. 1878, *S.*, 1878, 1, 306, *D. P.*, 1, 154).

430. Mauvais arguments en faveur de la thèse de la rétroactivité. — On a fait remarquer, en faveur de l'idée de rétroactivité, que certains textes paraissent bien la postuler : soit l'article 1404 qui déclare commun l'immeuble acquis à titre onéreux entre le contrat de mariage portant adoption de la communauté légale et le mariage (*sup.*, n° 47); soit l'article 1558, § 4, qui autorise, sous le régime dotal, l'aliénation de l'immeuble dotal pour le paiement des dettes de la femme, du moment que ces dettes sont *antérieures au contrat de mariage*, ce qui implique que l'inaliénabilité dotale remonte au jour du contrat; soit enfin l'article 2194, d'après lequel, en cas de purge légale, l'inscription

de l'hypothèque de la femme a le même effet que si elle avait été prise « *le jour du contrat de mariage* ».

Mais il faut voir dans cette dernière formule un lapsus du législateur, qui s'explique d'ailleurs historiquement puisque, dans notre ancien droit, l'hypothèque de la femme prenait effectivement rang au jour du contrat, lequel, comme alors tout acte notarié générateur d'obligation, emportait hypothèque générale sur tous les immeubles du débiteur (*sup.*, t. II, n° 1877); il faut en dire autant de l'article 1558, § 4, qui contient une erreur de rédaction évidente; d'ailleurs, la jurisprudence elle-même ne fait dater l'insaisissabilité dotale qu'à compter du mariage (*inf.*, n° 633); quant à la disposition de l'article 1404, elle s'explique par le désir de prévenir une fraude sur laquelle nous nous sommes expliqué (*sup.*, n° 48).

Ces arguments écartés, la thèse de la rétroactivité demeure sans aucun soutien et l'on a peine à s'expliquer les concessions qui lui sont faites par notre jurisprudence : on ne conçoit pas de régime matrimonial, donc de contrat de mariage entre gens qui ne sont pas encore mariés; la charte établie en vue de l'union de personnes n'entre en action que lorsque cette union est conclue; elle ne trouve aucune prise dans le passé.

431. Argument décisif en faveur de la thèse de la non-rétroactivité : La théorie des contre-lettres. — Il est si vrai que les conventions matrimoniales ont, jusqu'au mariage, la valeur d'un simple projet, que les articles 1396 et 1397 permettent aux époux de les modifier jusqu'au jour de la célébration, solution inconciliable avec la thèse de la rétroactivité, car, dans la conception du Code civil, le contrat de mariage est un acte immuable; du moment qu'il peut être modifié, c'est qu'il n'est encore qu'à l'état d'ébauche, d'éventualité, c'est qu'il n'est pas encore entré en action.

432. Les contre-lettres. — Ces modifications, survenues avant le mariage, sont d'ailleurs soumises à des règles particulières; elles se font au moyen de *contre-lettres* qu'il faut soigneusement distinguer des actes secrets destinés à modifier ou même à neutraliser un acte ostensible (*sup.*, t. II, n° 319), car elles se déploient au grand jour, ainsi qu'il résulte des conditions exigées pour leur *validité* entre les parties et pour leur *opposabilité* aux tiers.

433. I. Validité entre les parties. — Deux conditions sont exigées par l'article 1336 :

1° La contre-lettre doit être rédigée *sous la même forme que le contrat de mariage*, donc par *acte notarié* : exigence rationnelle, puisque la contre-lettre est elle-même une convention matrimoniale nouvelle;

2° La loi exige le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat primitif, c'est-à-dire qui y ont joué un rôle actif et nécessaire — futurs époux; parents dont l'assistance était requise; donateurs — à l'exclusion de ceux dont la signature n'était pas exigée et qui ne sont intervenus qu'*honoris causa*.

434. II. Opposabilité aux tiers. — L'article 1397 stipule que les contre-lettres, mêmes revêtues des formes prescrites par l'article 1396, ne seront opposables aux tiers que si elles ont été rédigées à la suite du contrat primitif, de telle façon qu'elles fassent corps avec lui; de plus, le même texte enjoint au notaire de ne jamais délivrer une expédition du contrat de mariage sans transcrire à la suite la teneur de la contre-lettre.

435. Sanctions. — 1° Si la première de ces prescriptions n'est pas observée, si la contre-lettre n'est pas rédigée à la suite de la convention initiale, celle-ci demeure, pour les tiers, l'expression de la vérité; pour le public, les modifications sont inexistantes; l'article 1397 est formel en ce sens; le changement est *sans effet à l'égard des tiers* du moment qu'il ne fait pas corps avec le texte qu'on a voulu modifier ou compléter;

2° A supposer que cette première recommandation de la loi ait été obéie, on doit se demander ce qu'il advient si le notaire délivre à un tiers une expédition dans laquelle la contre-lettre ne figure pas : cette contre-lettre pourra-t-elle néanmoins être opposée aux tiers par les époux? La question est discutée; avec la plupart des auteurs, nous adoptons l'affirmative : d'une part, les époux n'ont, en pareil cas, absolument rien à se reprocher; ils ne doivent pas pâtir de la faute de l'officier ministériel; d'autre part, les mots « *sans effet à l'égard des tiers* » visent, dans la contexture de l'article 1397, le cas où la contre-lettre ne serait pas reproduite à la suite du contrat primitif, non celui où le notaire délivrerait une expédition incomplète; enfin, il est à remarquer que, d'une façon générale, les mesures prescrites pour la publicité du contrat de mariage ne sont pas sanctionnées par son inopposabilité (C. com., art. 67 et L. 10 juillet 1850; *sup.*, n° 388). Il est vrai que l'article 1397

précise que le notaire négligent sera tenu « *des dommages-intérêts des parties* », ce qui semble supposer que les époux subissent les conséquences de sa faute; mai, en l'occurrence, le tiers qui a demandé une expédition du contrat de mariage afin de traiter avec les époux, mérite la qualification de *partie* comme les époux eux-mêmes.

436. Domaine d'application des articles 1396 et 1397. — Les règles prescrites par ces textes ne sont applicables qu'autant qu'il y a vraiment *changement* au projet primitif : les conventions soumises à cette réglementation sont précisément celles qui ne pourraient pas intervenir au cours du mariage, comme faisant échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales; nous sommes ainsi amené à étudier de plus près ce principe.

§ II — *LA RÈGLE DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES*

437. Principe. — L'article 1395 décide que les conventions matrimoniales « *ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage* »; la charte matrimoniale est donc définitive, intangible; elle reste debout pendant le cours du mariage auquel elle emprunte ainsi son caractère permanent : c'est la règle de l'*immutabilité des conventions matrimoniales*.

438. Origine et raison d'être. — Cette règle, qui est d'origine *coutumière*, se rattachait, dans notre ancien droit, aux préoccupations suivantes :

1° Au désir d'assurer l'observation effective d'une autre règle, celle qui prohibait les *donations entre époux*, et, d'une façon plus générale, à la préoccupation de protéger la femme contre son mari qui pouvait être tenté d'abuser de son autorité pour se faire consentir des avantages au cours du mariage;

2° Au souci de donner toute sécurité aux *parents* qui, bien souvent, ne consentent des libéralités *propter nuptias* qu'en considération du régime matrimonial adopté par le nouveau ménage; il ne faut pas que leurs prévisions soient déçues, que, par exemple, la dot de la femme, inaliénable à raison de l'adoption du régime dotal, devienne ensuite aliénable en suite des changements effectués au cours du mariage;

3° A la préoccupation de protéger le *public*, les *tiers*, qui,

si le régime matrimonial pouvait être modifié à volonté, ne sauraient jamais exactement quel est le statut pécuniaire de l'association conjugale, et, notamment, dans quelle mesure, à quelles conditions, un acte peut être passé isolément par l'un des époux ou par tous deux : par exemple, la femme commune en biens était, sous l'empire du Code civil, plus incapable que la femme séparée de biens, mais moins incapable que la femme dotale; depuis que la loi du 18 février 1938 a supprimé l'incapacité générale dont elle était jusque-là frappée, elle se trouve dans une meilleure situation que si elle était séparée de biens, en se sens du moins qu'elle peut aliéner, sans autorisation, la nue propriété de ses propres (*sup.*, n° 200*bis* et *inf.*, n^{os} 532 et 533); il faut donc qu'on sache à quoi s'en tenir sur sa véritable situation.

Ces considérations ont perdu quelque peu de leur force, la première et la troisième du moins : d'une part, les donations entre époux sont devenues licites; d'autre part, la loi du 10 juillet 1850 a organisé un régime de publicité du contrat de mariage, assez embryonnaire, mais qui réalise un progrès et qui serait facilement étendu aux changements survenus au cours du mariage, le législateur n'ayant qu'à exiger qu'il en fût fait mention sur le registre des mariages; il suffirait de compléter en ce sens, par une disposition additionnelle, la loi de 1850. Mais il n'en reste pas moins que les donations entre époux, devenues licites, sont du moins révocables *ad nutum* (*inf.* n° 1816), et que le contrat de mariage a le caractère d'un *pacte de famille* intéressant notamment les parents, auteurs d'une constitution de dot; la règle de l'immutabilité se justifie en tant qu'elle assure le respect du principe de la révocabilité des donations entre époux et en tant qu'elle maintient au contrat de mariage son caractère de pacte de famille.

439. Droit comparé. — On voit que cette règle, sans présenter un caractère de nécessité absolue, surtout à une époque où la femme a obtenu le plein exercice de sa capacité civile, où son indépendance par rapport à son mari s'affirme de plus en plus et où les abus d'autorité sont moins à craindre que dans notre ancienne France, peut encore se réclamer de considérations qui ne sont pas dénuées de valeur; on s'explique ainsi que le droit mondial soit singulièrement partagé sur ce problème : tandis que la règle de l'immutabilité a cours en *Belgique*, en *Italie* (C. civ. *ancien*, art. 1382, et C. civ. *nouveau*, dont le livre

I[er] a été promulgué et est entré en vigueur le 1[er] juill. 1939, art. 160, § 2, aux termes duquel les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées après la célébration du mariage), en *Espagne* (C. civ., art. 1321), au *Portugal*, en *Argentine* (C. civ., art. 1253), au *Brésil* (C. civ., art. 256) et dans bien d'autres pays, le Code civil *allemand* admet au contraire que les époux puissent, après le mariage, dissoudre ou modifier le régime de leurs biens (art. 1432); de même, le Code civil *suisse* (art. 179) stipule que le « contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage », mais en ajoutant que « le contrat conclu pendant le mariage ne peut porter atteinte aux droits que les tiers avaient sur les biens des époux ».

440. Plan. — Nous rechercherons :

1° *Quels actes, quels changements* sont visés par la règle particulière écrite dans l'article 1395;

2° Quel est le *domaine d'application* de cette règle, soit dans le *temps*, soit quant aux *personnes*;

3° Quelle en est la *sanction*.

441. I. Actes, changements qui tombent sous le coup de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. — Nous en revenons à la question précédemment annoncée à l'occasion des contre-lettres : quand peut-on dire qu'il y a *changement* aux conventions matrimoniales, au sens où la loi prend ces expressions dans l'article 1395? La question est, dans ne large mesure, une question de fait et de bon sens; le juge appréciera; toutefois, des directives se dégagent de la tradition, des raisons qui sont à la base de la règle de l'immutabilité, de la jurisprudence.

1° Certainement, la règle ne vise que les *conventions matrimoniales*, à l'exclusion des autres opérations juridiques qui auraient trouvé place accidentellement dans le contrat de mariage : bail, emprunt, transaction par exemple;

2° Le changement est prohibé au premier chef lorsqu'il porte sur *le régime même*, envisagé dans son ensemble; les époux ne sauraient, au cours du mariage, substituer par exemple le régime de la séparation de biens au régime dotal d'abord adopté. En conséquence :

a) S'ils veulent rédiger un contrat, ils doivent le faire avant la célébration du mariage, car autrement, il y aurait substitution d'un régime contractuel au régime légal de la

communauté (art. 1394, § 1) « *toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage...* »;

b) Les *sociétés entre époux* sont nulles, car elles détermineraient une transformation profonde du régime matrimonial (Req., 19 mai 1908, *D. P.*, 1908, 1, 359, et *sup.*, t. II, n° 1334);

c) Les époux divorcés qui se remarient entre eux ne pouvaient pas adopter un régime autre que leur régime d'autrefois (art. 295, § 2); mais, sur ce point, la situation a été changée par la loi du 4 janvier 1930 qui a modifié l'article 295 dans un sens doublement libéral, d'abord en admettant, sans réserve, le remariage entre eux des époux divorcés, remariés ou non dans l'intervalle, puis en leur permettant de choisir à leur gré le régime matrimonial applicable à leur seconde union : c'est un léger recul subi par le principe de l'immutabilité;

d) Les époux qui, séparés de corps, se réconcilient, ou qui, séparés de biens judiciairement, veulent rétablir la communauté dissoute, doivent en revenir purement et simplement au régime primitif, sans modification aucune (art. 1451, § 4; *sup.*, n° 247).

Exceptions apparentes. — On serait tenté de voir une dérogation à l'impossibilité de changer de régime dans la faculté reconnue à la femme de demander et d'obtenir la *séparation de biens*; mais la substitution d'un nouveau régime à l'ancien n'est pas laissée à la discrétion des époux; elle est alors l'œuvre d'une décision judiciaire.

D'autre part, lorsque le contrat de mariage est *annulé*, il n'y a pas substitution d'un nouveau régime, la communauté légale, au régime contractuel, car le contrat de mariage disparaît rétroactivement, en sorte que, dès l'origine, les époux ont été mariés sous le régime de droit commun;

442. — 3° Les époux n'auraient pas davantage la faculté de modifier leur régime sur un point déterminé, *même accidentellement*, de façon épisodique, par exemple en convenant que tel bien qui doit entrer en communauté appartiendra en propre à l'un d'eux, ou inversement (Req., 13 déc. 1921, *D. P.*, 1923, 1, 62), pas plus qu'ils ne pourraient renoncer à l'avance au paiement des récompenses, ou encore, à une donation qui leur aurait été consentie, et cela quel que fût le donateur : parent, étranger, ou même l'un des époux, car les *donations entre époux* elles-mêmes, lorsqu'elles sont incluses dans le contrat de mariage, sont tributaires de la règle de l'immutabilité; c'est-à-dire que, non seulement elles

sont *irrévocables*, ce qui est bien certain (art. 1096, arg. *a contrario*), mais qu'elles ne sauraient tomber, même du consentement des deux époux : *l'époux donataire n'a pas le droit de renoncer à la libéralité* qui lui a été adressée (gains de survie, donations de biens à venir au profit du survivant, etc.); c'est du moins ce que décident la jurisprudence et la plupart des auteurs (*Sic*, Civ., 1er juill. 1889, *motifs*, *D. P.*, 1890, 1, 123, *S.*, 1891, 1, 101; 23 janv. 1894, 1, 173, *D. P.*, 1894, 1, 394).

A plus forte raison, l'époux doté ne pourrait-il pas renoncer au paiement de la dot ou restituer les biens remis en dot (Civ., 26 mars 1867, *S.* 1867, 1, 215; Limoges, 13 juill. 1878, *D. P.*, 1879, 2, 181); les liquidations anticipées de la communauté sont radicalement nulles, alors même qu'elles interviendraient au cours de la procédure de divorce ou de séparation de corps (Req., 6 avril 1903, *D. P.*, 1903, 1, 301; Paris, 2 mars 1925, *D. P.*, 1926, 2, 14, note Nast); elles ne sont donc pas susceptibles de confirmation de la part des époux, même après le jugement de divorce (Paris, arrêt précité). L'époux doté ne pourrait même pas dispenser le constituant de servir les *intérêts* de la dot (Rennes, 1er mars 1849, *D. P.*, 1851, 2, 238), voire même lui accorder un délai pour le paiement de la dot (Civ., 4 déc. 1867, *D. P.*, 1867, 1, 455), ou la main-levée de l'hypothèque garantissant ce paiement (Civ., 2 janv. 1924, *D. P.*, 1924, 1, 14).

Jusqu'à présent, ce sont tous les changements qui tombent sous le coup de la règle de l'immutabilité, et sans en excepter ceux qui auraient été tentés par une clause insérée dans un *testament*; le procédé employé importe peu; de toute façon, le résultat cherché, par acte entre vifs ou par acte de dernière volonté, ne saurait être obtenu (Civ., 18 déc. 1935, *S.*, 1937, 1, 57, note P. Durand; *D. P.*, 1936, 1, 129, note Fréjaville).

Il existe cependant des accommodements.

443. Changements permis — Il en est plusieurs catégories :

1° La jurisprudence admet les changements conventionnels qui, ou bien améliorent la situation de l'époux doté, ou bien la modifient sans l'empirer : *paiement* anticipé de la dot (Civ., 28 janv. 1879, *D. P.*, 1879, 1, 83); constitution d'une *hypothèque* en garantie de ce paiement (Req., 22 août 1882, *D. P.*, 1883, 1, 296); *dation en paiement* (Req., 14 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 40, *S.*, 1900, 1, 15; 27 nov. 1900,

S., 1901, 1, 119, *D. P.*, 1901, 100). La distinction et l'opposition que l'on établit ainsi entre les conventions défavorables à l'époux doté, lesquelles sont considérées comme nulles, et les arrangements qui lui sont favorables, lesquels sont parfaitement admis, demeurent impossibles à justifier sur le terrain de la logique et du texte, puisque, dans un cas comme dans l'autre, la modification apportée à la donation *propter nuptias* est flagrante; on ne voit pas pourquoi l'article 1395 jouerait dans le premier cas alors qu'il n'intervient pas dans le second (Nast, *op. cit.*, t. VIII, n° 58, dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert);

2° Les époux peuvent se consentir des *donations* au cours du mariage, sous tous les régimes, mais qui sont essentiellement *révocables* au gré du donateur (art. 1096; *inf.*, n° 1816); ils pourront ainsi, sous les régimes communautaires, modifier la consistance respective des trois patrimoines en présence, par exemple en faisant passer une valeur commune dans le patrimoine de la femme; plus généralement, le principe de l'immutabilité ne s'oppose pas à ce que, même sous un régime de communauté, des transferts de valeurs s'effectuent de patrimoine à patrimoine, en vertu d'un contrat quelconque, réserve faite cependant de la vente (art. 1595) et de la société (*sup.*, n° 441 et t. II, n° 1334); il ne s'oppose pas davantage à l'exercice d'une action en responsabilité entre époux (Lyon, 6 nov. 1935, *D. P.*, 1935, 2, 63, note Nast), ou à celui d'une action *de in rem verso* (Rouen, 16 juillet 1936, *D. P.*, 1938, 2, 89, note Nast);

3° Les époux peuvent, au cours du mariage, se donner *mandat* d'administrer, soit les biens communs, ordinaires ou réservés, soit leurs biens personnels (art. 1420, 1532, 1577 et suiv.); par exemple, la femme séparée de biens donnera au mari le mandat d'administrer sa fortune personnelle, ou encore, mariée sous le régime dotal, elle lui confiera l'administration de ses paraphernaux (*inf.*, n° 659); inversement, le mari pourrait charger sa femme d'administrer les biens de la communauté (*sup.*, n° 407) ou les biens dotaux (Civ., 8 janv. 1890, *D. P.*, 1891, 1, 225).

Seulement, il faut observer : *a*) que les mandats de ce genre sont toujours et essentiellement *révocables*, ce qui donne satisfaction à la règle de l'immutabilité; *b*) ils ne peuvent avoir pour objet, du moins s'ils sont consentis en termes généraux, que l'*administration*, non l'aliénation des biens de la femme;

4° Les changements deviennent licites et efficaces s'ils ont été prévus et autorisés par le contrat de mariage lui-même;

ils sont alors irréprochables parce que conformes aux prévisions des parties, au statut du régime (Req., 27 nov. 1934, *D. P.*, 1935, 1, 29, rapport E. Pilon); c'est ainsi que le contrat a pu prévoir la succession, dans le temps, de deux régimes matrimoniaux (*inf.*, n° 445).

444. II. Domaine d'application de la règle de l'immutabilité. — Ce domaine est à délimiter soit quant au *temps*, soit quant aux *personnes*.

A. *Quant au temps.* — La règle de l'immutabilité voit son règne délimité, d'un côté par la célébration du mariage, d'autre part par sa dissolution.

1° *Avant la célébration* du mariage, les conventions matrimoniales peuvent être modifiées, à la condition d'observer les formalités prescrites dans les articles 1396 et 1397 (Voy. sur les *contre-lettres*, *sup.*, n° 431);

2° *Après la dissolution du mariage*, la règle de l'immutabilité devient sans objet : aucune des raisons qui en expliquent l'établissement ou le maintien ne subsiste. En conséquence, les époux peuvent, lors de la liquidation du régime matrimonial, prendre d'autres bases que celles qui sont établies par leur contrat de mariage, réserve faite, d'ailleurs, des droits des tiers à qui cet arrangement ne serait point opposable.

445. Régimes successifs. — La règle de l'immutabilité règne sans conteste depuis la célébration jusqu'à la dissolution du mariage; mais ce n'est pas à dire que le statut pécuniaire des époux ne puisse jamais varier au cours du mariage, ni même qu'un nouveau régime ne puisse pas succéder au régime primitif. Il faut, en effet, prévoir le cas, d'ailleurs assez rare, où c'est le contrat de mariage lui-même qui aurait institué cette succession; par exemple, il a été stipulé que les époux seront soumis au régime dotal pendant dix années, après quoi ils se trouveraient mariés sous le régime de la séparation de biens. A notre avis, et bien qu'on en ait douté, cet arrangement est parfaitement licite; il ne tombe pas sous le coup de la règle de l'article 1395, puisque ce sont les conventions matrimoniales elles-mêmes qui avaient prévu la succession des deux régimes (arrêt précité du 27 nov. 1934); en réalisant cette succession, bien loin de porter atteinte au contrat de mariage, on en assure l'exécution exacte; en d'autres termes, autre chose est l'*immutabilité des conventions matrimoniales*, et autre chose l'immutabilité, l'unité du régime matrimonial : seule, la première

est instituée par le Code civil dans l'article 1395. La permanence du régime n'est nullement commandée par les raisons qui ont fait édicter la règle de l'immutabilité; ni la révocabilité des donations entre époux, ni les intérêts des parents constituants, ni ceux des tiers ne sont en cause et ne se trouvent ménacés, puisque c'est le contrat de mariage lui-même, dûment publié, qui instaure l'*ordo successivus*.

Une seule réserve est apportée par la loi elle-même à cette possibilité d'affecter le régime matrimonial d'un *terme suspensif* ou *extinctif* : d'après l'article 1399, la *communauté* commence nécessairement au jour du mariage; il est donc impossible d'en différer l'ouverture.

Quant à la *condition*, suspensive ou résolutoire, il nous paraît certain qu'elle peut être insérée dans un contrat de mariage et affecter le régime matrimonial; comme elle se réalise *rétroactivement*, il y aura eu, non pas deux, mais un seul régime, depuis l'origine (Colmar, 8 mars 1864, *D. P.*, 1864, 2, 85).

446. B. Domaine d'application de la règle quant aux personnes. — Il est de tradition et de jurisprudence constantes que la règle de l'immutabilité n'oblige que les *parties* au contrat de mariage — époux, donateurs — *à l'exclusion des tiers*, lesquels ne sauraient être liés par une convention à laquelle ils n'ont aucunement participé; à cet égard, le contrat de mariage est traité ainsi qu'un contrat ordinaire : on lui fait application de la règle de la *relativité*, laquelle l'emporte sur celle de l'immutabilité.

Nous avons rencontré et nous rencontrerons diverses applications de ce principe :

1° Le tiers qui, au cours du mariage, fait une donation ou un legs à un époux commun en biens, stipule efficacement que le meuble donné ou légué n'entrera pas en communauté (*clause d'exclusion*, art. 1401-1° *in fine*; *sup.*, n° 37), ou, à l'inverse, que l'immeuble donné ou légué deviendra acquêt, contrairement au statut du régime d'après lequel il constituerait un propre (clause d'*entrée en communauté*, art. 1405; *sup.*, n° 54);

2° Si la libéralité s'adresse à une femme dotale, le disposant a la faculté de stipuler que le bien donné ou légué aura le caractère *paraphernal*, encore que, d'après le statut matrimonial, il doive être *dotal* (*inf.*, n° 558); de même il peut, tout en laissant ce bien entrer dans la dot, décider qu'il sera cependant aliénable, contrairement à la charte matrimoniale.

447. III. **Sanction de la règle de l'immutabilité.** — Toute clause, toute disposition venant faire échec à la règle de l'immutabilité, est frappée de *nullité*.

Deux observations sont à faire à ce sujet :

1° La nullité dont s'agit est d'*ordre public*; les motifs qui l'ont fait édicter sont supérieurs aux conventions privées (*sup.*, n° 438) ; elle est donc *absolue*; en conséquence, elle ne se couvre, ni par une confirmation expresse ou tacite, ni par la prescription décennale de l'article 1304; et elle est à la disposition de tout intéressé. (V. Req., 23 juin 1887, *D. P.*, 1887, 1, 449; Paris, 24 mars 1903, *D. P.*, 1905, 2, 1, note Planiol; 2 mars 1925, *D. P.*, 1926, 2 13, note Nast) ;

2° La nullité de la clause illicite n'entraîne pas nécessairement celle de l'acte dans lequel elle était venue s'encadrer, mais seulement si cette clause jouait, dans la pensée, des parties ou du disposant, le rôle de *cause impulsive et déterminante*; sinon il y a lieu de la réputer seulement non écrite. (V., pour les libéralités, *inf.*, n^{os} 1542 et suiv.; pour les actes à titre onéreux, *sup.*, t. II, n° 739).

TROISIÈME DIVISION

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX CONTRACTUELS

448. Plan. — Suivant l'ordre adopté par le Code civil, nous étudierons :

1° La *communauté conventionnelle*, c'est-à-dire les régimes communautaires aménagés par un contrat de mariage;

2° Le régime *sans communauté*;

3° La *séparation de biens*;

4° Le régime *dotal*.

CHAPITRE PREMIER

La communauté conventionnelle

Articles 1497 à 1528

449. Hypothèse. — Les futurs époux rédigent un contrat de mariage dans lequel ils adoptent un régime communautaire, plus ou moins différent du régime de droit commun; si minime que soit la modification apportée, il y a *communauté conventionnelle*.

450. Principe et plan. — En principe, les parties ont toute latitude pour modifier à leur guise, pour aménager au mieux de leurs convenances le régime légal, réserve faite des limites tracées par les articles 1387 et suivants (*sup.*, n° 402); les transformations sont donc susceptibles de varier à l'infini, plus ou moins générales, plus ou moins profondes; dans l'impossibilité de les prévoir toutes, nous les classerons dans les trois catégories suivantes :

1° Il en est qui concernent la *composition*, active ou passive de la communauté;

2° D'autres intéressent le *partage* et la *liquidation* de la communauté;

3° Il en est enfin qui touchent à la *capacité de la femme* et aux *pouvoirs du mari*.

Nous ne reviendrons pas sur les clauses ressortissant à cette dernière catégorie; elles ont été précédemment examinées (*sup.*, n° 404); seules, les stipulations rentrant dans les deux premiers groupes retiendront notre attention.

Section I. — CLAUSES MODIFICATIVES DE LA COMPOSITION, ACTIVE OU PASSIVE, DE LA COMMUNAUTÉ

451. Distinction. — Il faut distinguer selon que la modification intéresse la composition de l'*actif* ou bien celle du *passif* de la communauté; en outre, la *communauté d'acquêts* mérite une étude particulière.

§ 1. — *CLAUSES MODIFICATIVES DE LA COMPOSITION DE L'ACTIF COMMUN*

452. Sous-distinction. — Les clauses ressortissant à cette rubrique modifient la composition de l'actif commun, soit dans un sens *extensif*, soit dans un sens *restrictif*.

N° 1

Clauses extensives

453. Enumération. — Deux types de clauses *extensives* sont à étudier :

1° La stipulation de *communauté universelle*;

2° La clause d'*ameublissement*.

454. I. Communauté universelle (art. 1526). — Les futurs époux conviennent que tous leurs biens seront communs : meubles et immeubles, biens présents et biens à venir; ils réalisent ainsi la fusion, aussi complète que possible, de leurs intérêts pécuniaires.

Ce régime de communisme intégral à deux, qui est le régime de droit commun dans les *Pays-Bas* et au *Brésil* (C. civ. brésilien de 1917, art. 258), n'a pas les faveurs de nos populations; pour l'année 1898, on ne trouve que 258 contrats ayant adopté la communauté universelle, dont plus de la moitié furent passés dans le ressort de la cour d'appel de Douai.

Ce régime, dont la structure est fort simple, à raison même de son caractère outrancier, n'appelle guère que trois observations.

A. *Première observation.* — Malgré l'universalité de la mise en communauté, il peut encore exister, sous ce régime, des propres, savoir :

1° Les biens insusceptibles d'entrer en communauté, telles une pension de retraite, une indemnité pour cause d'accident causé à la personne (*sup.*, n° 33) ;

2° Les biens donnés ou légués à l'un des époux avec clause d'exclusion de la communauté.

Il y a donc place, même sous la communauté universelle, pour un mode de tenure individuelle.

B. *Deuxième observation.* — La stipulation de communauté universelle n'a pas, en principe, le caractère d'une libéralité, alors même qu'il en résulterait pour l'un des époux un avantage évident; c'est un principe, en effet, que les *avantages matrimoniaux* sont traités ainsi que des *conventions entre associés*, donc comme des profits réalisés à titre onéreux, sauf dans les deux cas suivants :

1° S'il existe des enfants issus d'un premier lit (art. 1527, § 3; *inf.*, n° 697) ;

2° Si l'apport de l'un des époux est nul ou insignifiant, alors que celui de l'autre est considérable (*inf.*, n° 694).

C. *Troisième observation.* — En ce qui concerne l'*administration*, le *partage*, etc., la communauté universelle est gouvernée par les règles applicables à la communauté légale (art. 1528).

455. II. Clause d'ameublissement. — Art. 1505 à 1509. — L'*ameublissement* est la mise en communauté d'un ou de plusieurs immeubles qui, d'après le statut de la communauté légale, devraient constituer des propres; en ce sens, ces immeubles sont traités ainsi que des meubles, ils sont *ameublis*. La communauté universelle n'est autre chose qu'une stipulation d'ameublissement à la suprême puissance.

Les clauses d'ameublissement sont rares dans la pratique : la tendance est à la restriction plutôt qu'à l'extension de la communauté; comme, d'autre part, les dispositions du Code civil sur ce point sont un chef-d'œuvre de confusion et d'obscurité, nous avons deux raisons pour une d'être bref en la matière.

456. Classification. — Les clauses d'ameublissement se répartissent dans différentes catégories, d'après leur étendue ou d'après leur intensité.

A. En considération de son *étendue*, l'ameublissement est *général* ou *particulier* :

Général, s'il porte sur tous les immeubles présents et à venir des époux, ou sur tous les immeubles présents, ou sur tous les immeubles à venir, ou encore sur une quote-part des immeubles présents et futurs.

Particulier, s'il porte sur un ou sur plusieurs immeubles individuellement désignés.

L'*intérêt* de cette distinction *traditionnelle* est double :

1° L'époux dont émane l'ameublissement n'est tenu à *garantie* que si l'opération est à titre particulier; les transmissions à titre universel répugnent à cette obligation; elles portent sur un ensemble de biens, tel qu'il existe;

2° L'ameublissement général modifie la composition du *passif commun* dans la mesure où il altère celle de l'actif commun; les dettes immobilières deviennent communes dans la mesure où l'actif immobilier le devient lui-même. Mais l'ameublissement particulier ne modifie aucunement les règles applicables au passif de la communauté.

B. Selon sont *intensité* et d'après son organisation technique, l'ameublissement est effectué *en propriété* ou *en valeur*.

Dans l'ameublissement en propriété, l'immeuble entre en communauté quant à sa propriété même; il devient acquêt, purement et simplement; Pothier disait alors que l'ameublissement est *déterminé*.

Dans l'ameublissement en valeur, que nos anciens auteurs qualifiaient d'*indéterminé*, l'immeuble n'est ameubli que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cent mille francs par exemple; il n'entre donc pas, lui-même, en communauté, mais il reste propre à l'époux qui devient seulement débiteur de la communauté, jusqu'à concurrence de la somme indiquée; cette communauté a donc alors la position juridique d'un créancier, non celle d'un propriétaire; le propriétaire, qui est toujours l'époux, a mis l'immeuble *à la disposition de la communauté* jusqu'à concurrence de la somme fixée.

La communauté, ou plutôt son chef, le mari, peut réaliser cette mise à la disposition de la communauté par deux procédés différents :

1° *Pendant la durée de la communauté*, il peut *hypothéquer* l'immeuble jusqu'à concurrence de la somme indiquée,

cent mille francs, et cela librement, sans aucune autorisation, sans aucun concours, ce qui est normal si c'est lui qui a réalisé l'ameublissement, mais ce qui est dérogatoire au droit commun si l'immeuble ameubli appartient à la femme: d'ordinaire, en effet, la capacité ou le pouvoir d'hypothéquer sont calqués sur la capacité ou le pouvoir d'aliéner (art. 2124; — *sup.*, t. II, n° 1691); or, en l'occurrence, le mari peut hypothéquer librement un immeuble qui, appartenant en propre à la femme, ne pouvait être aliéné que par celle-ci; la capacité d'hypothéquer se désolidarise ici d'avec la capacité d'aliéner (V. les art. 1507, § 3 et 1508, § 2);

2° *Une fois la communauté dissoute*, et si le mari n'a pas réalisé le bénéfice de l'ameublissement au moyen d'une constitution d'hypothèque, l'immeuble ameubli doit être compris dans le partage jusqu'à concurrence de la somme fixée (art. 1508, § 1).

Bien entendu, l'obligation de l'auteur de l'ameublissement en valeur n'est afférente qu'aux seuls immeubles compris dans l'opération; ses autres biens ne répondent nullement de sa dette qui est donc, suivant une formule consacrée, une *dette avec assignat limitatif*, portant, non sur une somme d'argent, mais sur le ou les immeubles ameublis; d'où il ressort :

1° Que, si l'immeuble ameubli en valeur périt ou se détériore, la perte est pour la communauté;

2° Que, si l'immeuble a une valeur inférieure à la somme fixée, l'auteur de l'ameublissement ne peut être contraint à parfaire la différence sur ses autres biens;

3° Que, si l'immeuble a été aliéné avant la dissolution de la communauté, celle-ci ne peut se réclamer d'aucun droit de suite; elle demeure bien créancière, mais l'assignat limitatif a disparu.

N° 2

Clauses restrictives

457. Caractère pratique ; signification. — Les clauses *restrictives* sont de beaucoup les plus pratiques, à raison de l'accroissement dont la fortune mobilière a été l'objet : dans certains cas, le statut de la communauté légale conduirait, en fait, à l'adoption d'une communauté universelle, les époux ne possédant que des biens mobiliers et n'étant appelés à recueillir, par la suite, que des biens de cette nature; de là l'habitude d'introduire dans le contrat des clauses restrictives.

Ces clauses peuvent, en définitive, se ramener à un type unique : de même que les clauses extensives rentrent toutes dans la notion de l'*ameublissement*, ainsi les stipulations restrictives procèdent d'un type uniforme, la clause de *réalisation*, laquelle forme antithèse avec la précédente. Ce n'est plus un immeuble qui est traité comme un meuble; c'est un meuble qui subit le traitement d'un immeuble et qui demeure, à ce titre, exclu de la communauté. Le mot *réel* était, en effet, jadis, employé comme synonyme d'*immobilier* (*comp.* C. pr., art. 59, § 5, qui confond les deux points de vue, car il parle de *matière réelle* au lieu de *matière immobilière*); la *réalisation* est donc l'*immobilisation* d'un meuble, par rapport au droit communautaire, comme l'ameublissement constitue, au même point de vue, la mobilisation d'un immeuble.

458. Différentes clauses de réalisation. — De même que l'ameublissement, la réalisation peut revêtir diverses formes :

1° Elle peut être *expresse* ou *tacite* : *expresse*, si les époux déclarent exclure de la communauté telle catégorie de meubles, par exemple ceux qui leur adviendront à titre gratuit pendant la durée de la communauté; *tacite*, si, dans le contrat, les futurs époux stipulent que tels meubles entreront en communauté; implicitement, ils excluent par là même tous les autres meubles; la réalisation s'induit alors *a contrario* d'une clause de ce genre qu'on qualifie de *clause d'apport*;

2° Expresse ou tacite, la réalisation du mobilier peut avoir un caractère plus ou moins général, *mais non pas universel*, car alors il n'y aurait plus de masse commune, donc plus de régime de communauté; qui dit communauté, dit masse commune; il faut une source, si réduite soit-elle, qui alimente cette masse, et ce seront, au minimum, les *revenus* des époux;

3° Enfin, la clause de réalisation peut présenter ou non un caractère de *réciprocité*; elle concerne, soit les meubles d'un seul des futurs époux, soit les meubles de tous deux : cette dernière éventualité est de beaucoup la plus fréquente.

459. Communauté d'acquêts. — Or, lorsque la clause de réalisation présente les trois caractères qui viennent d'être précisés, lorsqu'elle est *expresse*, *générale* (affectant tout le mobilier présent et, en outre, les meubles acquis ultérieurement à titre lucratif), enfin *réciproque*, elle s'identifie avec

la stipulation d'une *communauté réduite aux acquêts*. Comme une pareille restriction de l'actif commun entraîne une réduction corrélative du passif de la communauté, comme, d'autre part, ce régime, fréquemment usité, présente une physionomie assez particulière, il en sera traité dans un paragraphe spécial (*inf.*, n° 467).

§ II. — *CLAUSES MODIFICATIVES DE LA COMPOSITION DU PASSIF COMMUN*

460. Clauses extensives et clauses restrictives. — Théoriquement, le passif commun pourrait être directement étendu ou réduit, comme l'actif, à l'aide de clauses extensives ou restrictives; mais, *pratiquement*, on ne rencontre pas de stipulations ayant pour but direct et exclusif d'*accroître* le passif commun; on ne voit pas à quels besoins elles répondraient; ce n'est qu'*indirectement et par surcroît* que ce résultat se trouve postulé par certaines clauses extensives de l'actif : communauté universelle ou ameublissement général; l'accroissement de l'actif a alors pour corollaire nécessaire celui du passif; ainsi le veut une loi équitable de proportionalité entre la composition de l'actif et celle du passif.

Au contraire, on rencontre dans la pratique des clauses qui tendent *directement* et exclusivement à *restreindre* le passif de la communauté, à savoir :

1° La clause de *séparation des dettes*;

2° La clause d'*apport franc et quitte*.

461. I. Clause de séparation des dettes (art. 1510 et 1512). — L'un des époux ou tous deux déclarent exclure de la communauté certaines dettes qui, sous le régime de la communauté légale, y entreraient; la séparation peut donc être *unilatérale* ou *réciproque*.

462. Dettes visées. — Il suffit de lire l'article 1510 pour se convaincre que le législateur n'a pensé qu'aux dettes *présentes*, c'est-à-dire à celles qui incombaient aux époux lors du mariage; la même conclusion ressort d'ailleurs plus nettement encore de l'article 1497-4°. Et, à ce sujet, il faut observer : 1° que sont à considérer comme présentes, toutes les dettes ayant un principe antérieur au mariage : amendes et réparations civiles procédant d'un délit ou d'un quasi-délit antérieurs au mariage; obligations dérivant d'une tutelle assumée par l'un des époux avant la célébration, etc.;

2° que la *date certaine* n'est pas exigée sur le titre qui constate l'existence de la dette : car la clause de séparation est toujours défavorable à l'époux débiteur ou à ses créanciers; c'est contre lui ou contre ses créanciers qu'elle est invoquée.

Si la clause ne s'applique, d'elle-même, qu'aux dettes présentes, les parties peuvent lui donner une plus grande ampleur en l'étendant aux *dettes futures*, mais à la condition de ne pas porter atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté (art. 1388) ni à ceux qui ressortissent à la puissance maritale, plus exactement, depuis 1938, à l'autorité du chef de famille (même texte; V. *sup.*, n° 404), ce qui revient à limiter la portée de la stipulation aux dettes grevant les *successions*, *donations* et *legs* recueillis par les époux au cours de la communauté; mais les obligations assumées par le mari entrent nécessairement en communauté; le mari doit pouvoir engager la communauté, de même qu'il doit pouvoir autoriser sa femme à l'engager.

463. Effets de la clause. — Distinguons les rapports des époux entre eux et ceux qu'ils ont avec les créanciers.

1° *Entre les époux*, la clause de séparation produit tous ses effets : la dette exclue de la communauté demeure personnelle au débiteur; si donc elle a été acquittée avec les deniers de la communauté, récompense est due de ce chef (art. 1510, § 1). La situation ne varie pas selon que la dette incombe au mari ou à la femme, ni suivant qu'un inventaire avait été rédigé ou non (art. 1510, § 2).

Seulement, tout cela n'est vrai que du *capital* de la dette, non des intérêts, dont le service incombe à la communauté, sans récompense, sauf stipulation contraire (art. 1512).

2° *A l'égard des créanciers.* — L'article 1510, dans sa rédaction primitive, distinguait selon qu'on avait ou non dressé inventaire pour établir la consistance du mobilier antérieur au mariage ou compris dans la succession, le legs ou la donation; c'était seulement au cas d'affirmative que la clause de séparation des dettes était opposable aux créanciers; en l'absence d'inventaire, ceux-ci avaient action sur la totalité des biens communs. Mais ce régime a été modifié par la loi du 29 avril 1924 : désormais, et avec l'actuelle rédaction de l'article 1510, la séparation est opposable aux créanciers, comme aux époux eux-mêmes, *qu'il y ait eu inventaire ou non* (art. 1510, § 2). Seulement, en l'absence d'inventaire, il appartiendra au conjoint de l'époux débiteur de se défendre en établissant la consistance exacte du mobi-

lier qu'il a lui-même apporté et celle des acquêts de la communauté; faute de quoi, les créanciers seront admis à saisir tous les biens communs; si bien qu'en fait, le changement apporté par la loi du 29 avril 1924 n'est pas aussi profond qu'on serait d'abord tenté de le croire; il est dans les principes bien plus que dans la réalité.

464. Deux catégories de créanciers. — Bien que l'article 1510 soit muet à ce sujet, on s'accorde à distinguer, quant aux effets de la clause de séparation des dettes, entre les créanciers de la *femme* et ceux du *mari*.

1° A l'encontre des *créanciers de la femme*, la stipulation produit tous ses effets; actionné par eux, le mari se défend, en tant que chef de la communauté, en justifiant, à l'aide d'un inventaire ou autrement (depuis la loi du 29 avril 1924), de la consistance et de la valeur de l'apport mobilier de la femme : conformément à la tradition, le gage des poursuivants est alors limité *aux biens qui constituaient leur gage au jour du mariage*;

2° A l'encontre des *créanciers du mari*, la clause ne saurait avoir la même efficacité, car il faut tenir compte des pouvoirs du mari sur la communauté et aussi de la confusion de fait qui se produit entre les propres du mari et les biens communs : il résulte de ces deux particularités que les créanciers personnels du mari doivent être traités ainsi que les créanciers de la communauté; les premiers sont donc fondés à saisir *tous les biens communs*, nonobstant la clause de séparation des dettes. C'est la solution traditionnelle et très généralement acceptée par les auteurs.

Ce n'est d'ailleurs pas à dire que la clause de séparation soit totalement inopérante en tant qu'elle émane du mari : car : 1. elle produit effet dans les rapports des époux entre eux (*sup.*, n° 463) ; 2. elle devient efficace, même à l'encontre des créanciers du mari, lorsque, la communauté est dissoute; car alors la confusion de fait a pris fin comme ont cessé d'exister les larges pouvoirs du mari qui la déterminaient, en sorte que les créanciers de ce dernier ne peuvent plus saisir que ses propres et la part qui lui appartient dans la communauté.

465. II. **Clause d'apport franc et quitte** (art. 1511 et 1513). — L'apport effectué par l'un des époux ou par tous deux est déclaré, dans le contrat de mariage, *franc et quitte* de toutes dettes. Cette déclaration est ordinairement *expresse*, mais elle peut aussi être *implicite* et s'induire de la *clause*

d'apport elle-même, instrument de réalisation (*sup.*, n° 458) : par cela même qu'un époux a déclaré apporter tel bien à la communauté, il a promis que ce bien n'était grevé d'aucun passif, sans quoi l'apport serait, dans la réalité, inférieur à ce qu'il était en apparence (art. 1511).

466. Effets de la clause. — C'est ici surtout qu'il faut distinguer entre les créanciers et les époux.

1° Vis-à-vis des *créanciers*, la clause est sans efficacité aucune; elle ne leur est pas opposable; en cela, elle est bien moins efficiente que la clause de séparation, surtout lorsque celle-ci émane de la femme;

2° A l'égard des *époux*, au contraire, l'avantage est pour la clause d'apport franc et quitte, à un double point de vue :

a) Grâce à elle, le passif de l'époux est exclu de la communauté, non seulement pour le capital, mais aussi pour les *intérêts* : car il est comme s'il n'existait pas, au lieu que les dettes exclues de la communauté sont une réalité; et c'est pourquoi la communauté, usufruitière de la fortune personnelle des époux, doit assurer, sans recours possible, le service des intérêts (art. 1512);

b) Si la déclaration de franc et quitte émane d'un *tiers* — parent, tuteur — elle engage le promettant qui devient garant de sa sincérité; la communauté, ayant payé les dettes dont l'inexistence avait été faussement proclamée, a un recours *subsidiaire* contre le tiers, en cas d'*insuffisance* des biens de l'époux (art. 1513, § 1). Il est d'ailleurs à noter que la situation ne change pas, à cet égard, selon que la déclaration de franc et quitte émane du seul tiers ou bien aussi de l'époux : dans le premier cas comme dans le second, l'époux est l'obligé principal; le tiers joue le rôle de simple répondant.

§ III. — *LA COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS ou COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS*

467. Sources. — Art. 1498 et 1499.

Bibliographie. — Tessier, *Traité de la Société d'acquêts*, 2e éd. par de Loynes; Hochart, thèse Paris, 1887.

468. Vue générale. — La *communauté d'acquêts*, qui était déjà pratiquée dans notre ancienne France, soit à l'état de régime principal et isolé, soit accessoirement au régime dotal dans lequel elle venait jeter une note altruiste (*inf.*,

n° 667), se ramène, en définitive, à une *réalisation du mobilier présent et futur*, assortie, par une juste symétrie, d'une *séparation des dettes présentes et futures* (*sup.*, n° 459). Elle offre des avantages indéniables; avec elle, les fortunes des deux familles ne se mélangent point, et cependant les époux contribuent l'un et l'autre aux charges du mariage ; les revenus de leurs biens alimentent la communauté dans laquelle pénètrent en outre et demeurent les acquisitions réalisées par le travail ou grâce à l'économie; ils associent, en somme, leur activité et leur puissance d'épargne. On s'explique donc que ce régime, qui correspond parfaitement bien aux besoins et aux aspirations de la classe moyenne, soit très en faveur auprès de la bourgeoisie; il est, de tous les régimes contractuels, celui auquel on recourt le plus volontiers; pour l'année 1898, on le trouve adopté dans 67.288 contrats sur un total de 82.546 contrats de mariage; et nul doute qu'il n'eût été élevé au rang de régime légal si les rédacteurs du Code civil ne s'étaient laissé arrêter par des difficultés de preuve dont ils ont d'ailleurs exagéré l'importance (*sup.*, n° 20).

469. Principe et référence. — L'étude de la communauté d'acquêts est bien simplifiée lorsqu'elle vient à la suite de celle de la communauté légale : en effet, la directive en pareille matière est la *conformité de la communauté d'acquêts à la communauté légale* (art. 1528) ; les règles établies pour celle-ci sont applicables à celle-là, sauf évidemment dans la mesure où elles intéressent la composition, active ou passive, de la communauté; notamment, l'*administration* des biens communs et des biens propres, la *confusion de fait* entre le patrimoine du mari et celui de la communauté, la *liquidation* et le *partage* du patrimoine commun, la théorie des *récompenses*, la *présomption d'acquêts* (art. 1499), obéissent au même statut sous le régime légal et sous la communauté réduite aux acquêts; les *biens réservés* de la femme comportent, sous les deux régimes, un statut identique; en sorte qu'il nous suffira de procéder, sur tous ces points, par voie de référence et que nous pourrons nous borner à étudier ici la composition, active et passive, de la communauté d'acquêts, mais cependant après avoir rappelé que le problème de la *preuve des apports mobiliers* présente, sous le régime dont nous abordons l'étude, une toute autre importance pratique que sous celui de la communauté légale, et cela précisément parce que plus nombreux sont alors les meubles qui, étant exclus de la communauté, seront l'objet d'une reprise lors de la liquidation; cette différence

est d'ailleurs d'ordre purement *pratique*; les règles de preuve sont les mêmes sous les deux régimes (v. *sup.*, n° 308).

470. I. **Actif de la communauté d'acquêts.** — Envisageons la participation des biens *présents* et celle des biens survenus *en cours de communauté d'acquêts.*

A. — Les *biens présents, même mobiliers*, sont tous exclus de la communauté : ils ne sont pas des *acquêts, stricto sensu*; ils n'ont pas été acquis à titre onéreux par les époux. Les *meubles* comme les *immeubles* restent la propriété exclusive de l'époux à qui ils appartenaient lors du mariage (art. 1498, § 1). Il en résulte que la disposition de l'article 1404, § 2 est, par la force même des choses, inapplicable ici : l'immeuble acquis par l'un des époux, dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du mariage, demeure propre à l'acquéreur, comme lui seraient demeurés propres les capitaux qui ont servi à l'acquisition (Req., 24 avril 1936, *S.*, 1936, 1, 337, note E. P.; *D. P.*, 1937, 1, 11, note Nast).

Cependant, la règle comporte deux dérogations, l'une effective, l'autre approximative.

1° Les dons faits *conjointement* aux époux, à l'occasion de leur mariage, entrent en communauté, mais non pas ceux qui s'adressent à un seul des époux, fût-ce à titre de cadeaux de noces (Douai, 4 avril 1938, *D. H.*, 1939, *Somm.*, p. 9, col. 2);

2° Les meubles *consomptibles* entrent en communauté par la force même des choses, mais sauf *récompense*; ils jouent le rôle de *propres imparfaits*; et il en va de même des meubles *destinés à être vendus* ainsi que ceux qui seraient *estimés*, du moins lorsque l'estimation vaut vente.

471. — B. — Les meubles acquis au cours du mariage, les meubles *futurs* sont, eux aussi, exclus en principe de la communauté (art. 1498, § 1). Mais ici, la règle comporte de très importantes dérogations; à vrai dire, il y a deux règles qui se limitent l'une l'autre, l'une qui concerne les acquêts *stricto sensu*, lesquels entrent en communauté, l'autre qui est applicable à tous autres meubles, lesquels constituent des propres mobiliers; en sorte que toute la question revient à savoir quels biens sont à considérer comme *acquêts* au sens strict du mot et par rapport à la communauté dite d'acquêts.

472. 1° **Meubles ayant le caractère d'acquêts et entrant donc en communauté.** — Ce sont les *revenus des propres* (et des acquêts); *les produits de l'industrie des*

époux (art. 1498, § 2) et les biens *donnés* ou *légués* avec clause d'attribution à la communauté.

a) *Revenus des propres.* — Les revenus des propres alimentent, comme ceux des acquêts, la caisse commune, car la communauté d'acquêts a, comme la communauté légale, l'usufruit, ou du moins la jouissance de la fortune personnelle des époux; elle a donc droit aux *loyers* et aux *fermages* des immeubles, aux *intérêts* des créances, aux *coupons* ou aux *dividendes* afférents aux actions ou aux obligations, aux *arrérages* des rentes.

Une seule particularité est à signaler : si, lors du mariage, une récolte est sur pied, la communauté d'acquêts la perçoit, comme l'eût fait la communauté légale, à titre de revenu, mais sous l'obligation d'une *récompense* au profit de l'époux propriétaire du fonds, jusqu'à concurrence des sommes par lui exposées pour la préparation de ladite récolte (labeurs, semences, etc); c'est qu'en effet, ces sommes, si elles n'avaient pas été dépensées dans ce but, si elles étaient restées dans les mains du propriétaire du fonds, auraient été exclues de la masse commune, comme les autres biens présents; il ne faut pas que la communauté s'enrichisse injustement en profitant d'une récolte dont les frais avaient été faits par l'un des époux; sans doute, l'article 585 consacre cet enrichissement injuste au profit de l'usufruitier véritable; mais on sait que les relations de la communauté avec les époux sont dominées par un esprit d'équité qui s'oppose à ce que l'un des patrimoines s'enrichisse sans cause aux dépens d'un autre (art. 1437; *sup.*, n° 98; comp. Rouen, 3 mars 1853, *D. P.*, 1855, 2, 344). Au contraire, la communauté légale est dispensée, en pareille éventualité, de toute récompense, car on ne peut pas dire qu'elle s'enrichisse injustement; les sommes dépensées en vue de la récolte seraient tombées dans la caisse commune, à supposer qu'elles se trouvassent encore, lors du mariage, entre les mains du propriétaire du fonds (*sup.*, n° 98).

Remarque. — C'est définitivement que les revenus des propres entrent en communauté d'acquêts; s'ils ne sont pas dépensés intégralement, l'excédent demeure commun; la communauté a droit aux *économies* réalisées (art. 1498, § 2).

473. *b*) **Produits de l'industrie des époux.** — Les produits du travail des époux entrent en communauté, car ils sont bien des acquêts, au sens étroit du mot; et cela sans distinguer d'après la nature de la profession ou de la rémunération : salaire, appointements, traitement, honoraires, cachet, produits des droits d'auteur, bénéfices de

l'industriel ou du commerçant, etc. Le mot « *industrie* » de l'article 1498, § 2, est donc pris ici dans son sens le plus large et comme synonyme de *travail*. De plus, il faut, sans hésiter, biffer le mot de « *commune* » que ce texte accole à l'industrie; il n'y a pas à distinguer selon que les époux collaborent ou qu'ils travaillent isolément.

473*bis*. c) **Meubles donnés ou légués avec clause d'attribution à la communauté.** — Le disposant, qui n'est pas lié par la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (*sup.*, n° 446) peut, sous le régime de la communauté d'acquêts, stipuler que les biens donnés ou légués entreront dans la masse commune.

474. **Distinction et difficultés.** — En somme, le système du Code civil, pour les *capitaux*, repose principalement sur une distinction entre les biens acquis *à titre onéreux*, lesquels entrent en communauté d'acquêts comme provenant de l'industrie, du travail des époux, et les biens acquis *à titre lucratif*, lesquels restent propres à l'acquéreur; et toutes les difficultés se ramènent à la *précision* des termes de cette opposition.

Evidemment, la solution ne saurait faire doute pour les biens acquis à titre de *succession*, de *legs* ou de *donation*; les bijoux constituant la « corbeille de mariage » et les cadeaux de noce offerts à la femme ont eux-mêmes le caractère de propres (Paris, 4 fév. 1897, *D. P.*, 1898, 2, 6); il en va de même du *trésor*, non seulement s'il est attribué *jure soli* et par droit d'accession, mais aussi s'il est acquis *jure inventionis* et par droit d'occupation : on ne peut pas considérer qu'il soit le produit de l'industrie de l'auteur de la découverte; à aller au fond des choses, il est un don de la fortune. Mais il faudrait décider autrement pour les sommes gagnées au *jeu*, car elles proviennent d'un enjeu pris sur la caisse commune : le gain rejoint la mise qui a permis de le réaliser.

La même considération nous dictera le sort des *lots* gagnés avec un billet de loterie ou avec une valeur de bourse; si le billet ou le titre appartenait en propre à l'un des époux, le lot aura la même position juridique; mais si le billet de loterie, le bon ou l'obligation avait le caractère d'un acquêt, le lot entrera en communauté; et il y a lieu d'appliquer le même traitement et la même distinction aux *primes de remboursement* qui sont les accessoires d'un capital dont ils suivent les destinées (*Sic*, Req., 14 mars 1877, *S.*, 1878, 1, 5, note LABBÉ); mais il va sans dire que, dans le cas où ils

échappent, pour la propriété, à la communauté d'acquêts, celle-ci peut faire valoir son droit de jouissance qui devient, en pareille occurrence, un droit de quasi-usufruit.

475. — Cette *théorie de l'accessoire* guide la jurisprudence à toute occasion et pour toute sorte d'acquisitions; elle vient limiter pratiquement la portée du principe qui fait entrer en communauté tous les produits de l'industrie des époux; la *plus-value* dont bénéficient un fonds de commerce ou un office ministériel *propres* au mari, est exclue de la communauté, non seulement lorsqu'elle est fortuite, mais aussi lorsqu'elle provient du travail, de l'activité, du sens des affaires, de l'industrie du propriétaire; il s'opère alors comme un *accroissement* de valeur par *accession*; le fonds de commerce ou l'office attirent à eux en quelque sorte la plus-value réalisée qui se cristallise juridiquement autour d'eux : *res crescit domino* (*Sic*, pour les *offices*, Req., 14 avril 1893, *S.*, 1898, 1, 416, *D. P.*, 1893, 1, 351; pour les *fonds de commerce*, Req., 25 oct. 1909, *D. P.*, 1910, 1, 257, note P. Binet, *S.*, 1911, 1, 361, note Naquet; Paris, 30 avril 1891, *S.*, 1891, 2, 189; Aix, 24 mai 1905, *D. P.*, 1906, 2, 388; Paris, 5 juin 1928, *D. P.*, 1928, 423; Bordeaux, 4 juin 1928 et Paris, 5 juin 1928, *D. P.*, 1929, 2, 133; Rennes, 9 juin 1928, *D. P.*, 1929, 2, 129, note Nast; Caen, 28 mars 1930, *D. H.*, 1930, 322). Le doute ne peut s'élever que si l'extension du fonds a été obtenue grâce à l'utilisation des deniers de la communauté; on a pu soutenir et décider que la plus-value ayant une telle origine devait entrer en communauté (*Sic*. Req,, arrêt précité du 25 oct. 1909). Nous pensons que, même dans cette éventualité, elle est inséparable du fonds à la nature juridique duquel elle doit participer; la communauté n'est pas fondée à s'en plaindre, elle qui profite du supplément de bénéfices réalisés grâce à l'extension des affaires commerciales, sauf d'ailleurs pour elle le droit de prétendre plus tard à une récompense à raison des sacrifices exceptionnels qu'elle aurait été amenée à consentir (Paris, 5 juin 1928, et Rennes, 9 juin 1928, précités). Le système de la chambre des requêtes est à repousser, comme contraire à la règle *res crescit domino* et comme nécessitant une ventilation bien difficile entre la plus-value due à l'industrie de l'époux, laquelle a certainement le caractère de propre, et celle qui est due à des apports d'argent provenant de la communauté, laquelle entrerait dans la masse commune. On évite cette discrimination épineuse en appliquant purement et simplement les règles : *res crescit domino*; *accessorium sequitur principale* (*Sic*, Nast, t. I, n° 117).

476. 2° Meubles ayant le caractère de propres mobiliers. — Rentrent dans cette catégorie, outre les meubles *présents* :

1° Les meubles acquis *à titre gratuit* au cours du mariage; succession, legs, donation, dons de fortune, sauf dans les cas où le disposant a stipulé qu'ils entreraient en communauté;

2° Les meubles qui *accroissent* à un bien propre dont ils sont réputés l'accessoire : lots, primes de remboursement, plus-value des offices ou des fonds de commerce;

3° Les meubles qui, à raison de leur *incessibilité* ou de leur *caractère très personnel* répugnent à toute mise en commun : pensions *alimentaires* et pensions de *retraite*; indemnités délictuelles pour dommages corporels (Req., 23 fév. 1897, *D. P.*, 1898, 1, 121, note H. Capitant, *S.*, 1900, 1, 521, note Lacoste) ou indemnités servies par application de la législation sur les *accidents du travail* (L. 9 avril 1898, art. 3; *sup.*, n° 33), etc.

477. Immeubles. — Les *acquisitions réalisées à titre onéreux* au cours du mariage profitent, en principe, à la communauté et sans distinguer selon qu'elles sont *mobilières* ou *immobilières*; elles proviennent, en effet, de la caisse commune. En conséquence, l'*immeuble* acquis avec les économies des époux entre en communauté, aussi bien que le meuble acheté dans les mêmes conditions. Il n'y aurait d'exception à faire que pour les *plus-values* afférentes à un propre (*sup.*, n° 475) et pour les biens *subrogés* à des propres, soit à raison d'un *échange*, soit à la suite d'un *remploi* ou d'un *emploi* effectué dans les termes des articles 1434 et 1435.

478. Comparaison avec l'actif de la communauté légale. — En gros, on peut dire que les actifs des communautés légale et d'acquêts diffèrent en ce que deux catégories de biens tombent dans la première qui sont exclus de la deuxième : 1° les *meubles présents*; 2° les *meubles futurs* acquis à titre *lucratif*, notamment par voie de succession ou de donation; quant aux immeubles, ils sont soumis au même statut; sous les deux régimes, ils n'entrent dans le patrimoine commun que s'ils ont été acquis à titre onéreux pendant la durée de la communauté, et réserve faite des dispositions contenues dans les articles 1406 et 1408, ainsi que de l'influence de la *subrogation réelle*, au cas d'échange (art. 1407) ou de remploi (art. 1434 et 1435).

D'autre part, il faut remarquer que la communauté d'acquêts n'est vraiment alimentée que par des revenus, non par des capitaux, exception faite pour les biens donnés avec clause d'attribution à la communauté. Sans doute, l'immeuble ou les titres achetés pendant le mariage sont des acquêts, mais ils ne représentent pas des gains nouveaux : la communauté n'est pas plus riche après qu'avant.

479. II. Passif de la communauté d'acquêts. — Le *passif* de la communauté d'acquêts est établi en fonction de l'actif : par une juste loi de symétrie, les dettes *présentes demeurent* personnelles à chacun des époux, comme aussi les dettes afférentes aux *successions*, *legs* et *donations*, sans distinguer d'après la nature mobilière ou immobilière des biens recueillis; le passif suit le sort de l'actif qui demeure propre à l'époux héritier, légataire ou donataire. En un mot, la stipulation de la communauté d'acquêts entraîne *de plano* la *séparation des dettes présentes et futures* (art. 1498, § 1).

Le *passif commun* comprend :

1° Les dettes qui sont charge des fruits; la communauté en est tenue en sa qualité d'usufruitière des biens propres; il en va ainsi des *charges usufructuaires* et des *arrérages* des dettes personnelles aux époux;

2° Les dettes qui, nées *du chef des époux* (ce qui exclut le passif successoral), deviendraient communes sous le régime de la communauté légale : dettes du mari, dettes assumées par la femme avec l'autorisation du mari ou, dans les cas prévus par l'article 1427, avec l'autorisation de justice.

480. — Tout ceci étant entendu, d'abord que la confusion de fait se fait sentir, comme dans la communauté légale, entre le patrimoine commun et les propres du mari, puis que les dettes communes n'incombent pas toutes *en définitive* à la communauté; comme sous le régime de droit commun, on distingue un passif commun *provisoire* et un passif commun *définitif*.

Section II. — CLAUSES INTERESSANT LA LIQUIDATION ET LE PARTAGE DE LA MASSE COMMUNE

481. Sources. — Articles 1514 à 1525.

Bibliographie. — Thèses de Barrault, Poitiers, 1901; Martin, Paris, 1911; Degand, Paris, 1916; Courtois, Paris, 1924.

482. Utilité des clauses modificatives du partage ou de la liquidation de la masse commune. — La règle du partage par moitié et celle de l'égalité en nature conduisent à des résultats parfois indésirables : celui des époux qui n'a point fait d'apports ou dont la mise est nettement inférieure à celle de son conjoint va, comme celui-ci, recueillir la moitié des biens communs et réaliser ainsi un bénéfice difficilement justifiable; d'autre part, la règle de l'égalité en nature va nécessiter la licitation des biens qui ne sont pas commodément partageables et qui vont donc pouvoir passer en des mains étrangères; quant aux biens partageables, ils risquent d'aller à celui des époux qui, en équité, n'aurait pas dû y prétendre : les bijoux, les vêtements de l'un seront peut-être attribués à l'autre, et le survivant verra lui échapper le mobilier au milieu duquel il a vécu jusqu'alors.

Le remède à ces dangers est à la portée des futurs époux : il consiste dans l'insertion, au contrat de mariage, de clauses dont les unes dérogent à la règle du partage par moitié, dont d'autres, sans heurter de front cette règle, font à l'un des époux une situation privilégiée en lui conférant des droits plus forts sur tels ou tels biens communs qui ne pourront plus lui échapper.

Ces clauses, désignées par le Code civil lui-même sous le nom de « *conventions de mariage et entre associés* » (art. 1516, 1525, § 2), confèrent au bénéficiaire un *avantage matrimonial*; elles sont parfaitement valables et pleinement efficaces, pourvu qu'elles soient insérées dans le contrat de mariage et qu'elles respectent la règle de la proportionnalité entre l'actif et le passif (art. 1521) : nous les examinerons sous les deux aspects qu'elles sont susceptibles de présenter.

§ I. — *CLAUSES QUI DÉROGENT À LA RÈGLE DU PARTAGE PAR MOITIÉ*

483. Leur variété. — Les clauses de ce genre peuvent être libellées dans des termes très différents; leur structure varie presque à l'infini; l'article 1520 en cite trois types, auxquels nous nous tiendrons après avoir signalé que bien d'autres combinaisons sont concevables.

484. I. Stipulation de parts inégales. — Il est convenu que les parts attribuées aux époux ou à leurs héritiers seront inégales, par exemple trois quarts au survivant, quel

qu'il soit, et un quart seulement aux héritiers du prédécédé. L'avantage ainsi consenti au survivant est particulièrement légitime au cas où, le mariage n'ayant pas donné d'enfants, le bénéficiaire de la clause ne trouve en face de lui que des collatéraux; aussi voit-on parfois que la combinaison est subordonnée à la non-existence d'enfants issus du mariage; bien d'autres combinaisons seraient possibles, comme si la part la plus forte était attribuée à l'un des époux, le mari ou la femme, sans qu'il y eût à tenir compte du mode de dissolution de la communauté.

Cette clause qui rompt l'équilibre dans le partage de l'actif commun a tout naturellement une répercussion sur la répartition des dettes communes : celui qui ne recueille que le quart de l'actif n'est tenu, *en tant qu'associé* (car il en irait autrement des dettes par lui personnellement assumées) que du quart du passif commun; son conjoint devra supporter les trois quarts. Cette règle de la proportionnalité est *essentielle*; il n'appartiendrait pas aux futurs époux d'y faire échec; la clause qui tendrait à ce résultat serait nulle et entraînerait avec elle, dans sa chute, la stipulation de parts inégales (art. 1521, § 2).

485. II. Forfait de communauté. — L'un des époux — ou ses héritiers — garderont toute la communauté, mais à charge de payer à l'autre conjoint — ou à ses héritiers — « *une somme fixe pour tout droit de communauté* » (art. 1520).

Comme la précédente, cette clause a une répercussion sur le *passif* :

1° Si c'est au mari que la communauté est abandonnée moyennant un forfait, il doit acquitter toutes les dettes (art. 1524, § 1). Ce texte exagère d'ailleurs en ajoutant, dans le deuxième alinéa, que « *les créanciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni contre ses héritiers* »; cette formule n'est exacte que pour les dettes dont la femme n'était auparavant tenue que comme commune; pour celles qu'elle a personnellement assumées, elle continue à en répondre, sauf, s'il y a lieu, son recours contre son mari;

2° Si c'est la femme qui profite du forfait de communauté, elle doit, de son côté, assumer intégralement le passif, mais réserve faite du droit qui lui appartient de *renoncer* à la communauté, droit qu'elle ne saurait abdiquer à l'avance; du moment qu'elle en use, ce n'est plus elle, c'est le mari — ou ses héritiers — qui recueillent l'actif

commun tout entier et qui doivent donc acquitter le passif (art. 1524, § 3).

486. III. Attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux. — Art. 1520 et 1525. — Il est stipulé dans le contrat de mariage que toute la communauté appartiendra à l'un des époux, ordinairement au survivant, quel qu'il soit; on peut y mettre comme condition la non-existence d'enfants issus du mariage, mais rien ne fait obstacle à ce que l'attribution totale fonctionne même s'il existe des enfants dont la vocation successorale se trouve alors réduite d'autant. En revanche, on considère généralement que la stipulation serait nulle si elle était écrite en faveur d'un seul des époux, d'une façon ferme et sans condition aucune — ni condition de survie, ni condition d'absence d'enfants; c'est qu'en effet l'idée même d'association, l'*affectio societatis*, qui sont au fond de toute communauté conjugale, se trouveraient alors expulsées du régime qui en serait comme dénaturé : on n'imagine pas une communauté dans laquelle, *en toute occurrence*, l'un des époux serait appelé à recueillir la totalité des biens et l'autre rien (*Sic*, Nast, t. II, n° 871).

487. Portée et effets de la clause. — Même assortie d'une condition, l'attribution de toute la communauté à l'un des époux a quelque chose d'excessif et de quasi léonin; elle est difficilement conciliable avec la disposition de l'article 1855, § 1, aux termes de laquelle « *la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices*, est *nulle* »; seul, le désir de faciliter le règlement des conventions matrimoniales et de favoriser ainsi le mariage, explique cette dérogation aux principes généraux du droit. Tout au moins convient-il de ramener à des limites raisonnables la portée d'une clause aussi exorbitante du droit commun.

1° La clause d'attribution totale ne produit d'effets que lors de la dissolution de la communauté; elle intéresse seulement le partage de celle-ci. Elle ne touche donc ni aux droits du mari comme chef, ni à ceux de la femme qui conserve notamment la faculté de renoncer à la communauté (arg. art. 1524, § 3); enfin, la théorie des récompenses reçoit application comme à l'ordinaire;

2° La clause exerce une répercussion sur le passif : du moment que le bénéficiaire prend tout l'actif, il doit supporter, en fin de compte et réserve faite du droit de poursuite des créanciers contre leur débiteur, tout le passif com-

mun. Toutefois, il semble que la nullité de la clause qui met à la charge de l'un des époux une part de passif hors de proportion avec son émolument, soit simplement relative et ne puisse être invoquée que par celui qui se trouve lésé (*Sic*, trib. Saint-Pol, 31 août 1844, sous Douai, 18 juin 1845, *D. P.*, 1852, 2, 143);

3° L'article 1525, § 1, réserve aux héritiers de l'époux prédécédé le droit de « faire *la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur auteur* ». Ce droit de reprise s'exerce sur tous les apports effectués par l'époux sacrifié, non seulement les apports *présents*, mais aussi les apports *futurs*, donc : 1. sur les meubles présents; 2. sur les meubles acquis à titre gratuit au cours du mariage; 3. sur les immeubles ameublis (Civ., 2 août 1937, *S.*, 1937, 1, 385, *D. H.*, 1937, 534; Caen, 7 juill. 1902, *S.* 1905, 2, 257, note Wahl, *D. P.*, 1907, 2, 177, note H. Capitant); en sorte que l'époux survivant ne prend, en plus de ses apports personnels, que la totalité des *acquêts*, au sens le plus étroit du mot; mais il est à remarquer que, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, ces derniers représentent tout l'actif commun; il en résulte que la dissolution de la communauté d'acquêts met alors fin à toute copropriété et que les héritiers du prémourant, réduits à un simple droit de créance contre le survivant, ne sauraient se remplir des reprises par voie de prélèvements, lesquels sont réservés aux copartageants.

Le droit de reprise d'apports que la loi confère aux héritiers du prédécédé est établi par interprétation de la volonté des parties; mais il n'intéresse pas l'ordre public et il pourrait donc être écarté par une clause du contrat, à condition qu'elle fût formelle et exempte d'équivoque (Civ., 2 août 1899, *S.*, 1900, 1, 233, note Ferron, *D. P.*, 1901, 1, 433, note A. Colin; 2 août 1937, précité; Douai, 9 mai 1849, *D. P.*, 1852, 2, 114). Alors, et s'il est dit que le survivant recueillera toute la communauté y *compris les apports du conjoint prédécédé*, la vocation du survivant est effectivement universelle et totalitaire;

4° Il est essentiel de noter que la clause d'attribution, même sous sa forme la plus étendue et lorsque le droit de reprise est écarté, est considérée par la jurisprudence comme une simple *convention matrimoniale* et non comme une véritable libéralité (*inf.*, n° 693).

§ II. — *CLAUSES QUI, SANS HEURTER DE FRONT LA RÈGLE DU PARTAGE PAR MOITIÉ, FONT CEPENDANT À L'UN DES ÉPOUX UNE SITUATION PRIVILÉGIÉE*

488. Enumération. — Les clauses qui resortissent à cet ordre d'idées sont celles qui autorisent les époux ou l'un d'eux à effectuer, antérieurement au partage, un prélèvement ou une reprise; il convient de citer et d'étudier, dans cette catégorie :

1° La clause de *préciput*;
2° Les clauses de *prélèvement à titre onéreux*;
3° La *reprise d'apport franc et quitte*.

489. I. Le préciput (art. 1515 à 1519). — Le Code civil traite de cette clause sous le nom de « *préciput conventionnel* »; mais il n'existe plus de préciput légal et il devient donc inutile d'employer un qualificatif qui laisserait croire à l'existence de divers préciputs, les uns légaux, les autres conventionnels.

Définition. — Le *préciput* est le droit, pour l'un des époux ou pour tous deux, de prélever, *avant partage* (*præ cipere*), sur la masse commune, certains objets déterminés, meubles ou immeubles, ou bien une somme d'argent. Ordinairement, c'est au profit du *survivant* que la clause préciputaire est insérée dans le contrat de mariage, sauf à préciser les conditions dans lesquelles la communauté devra s'être dissoute et à prévoir ou non qu'il n'existera pas d'enfants issus du mariage; à ces différents égards, cette clause comporte les mêmes modalités que les stipulations précédemment étudiées.

Utilité. — Le préciput est d'un usage courant; grâce à lui, le survivant est assuré de conserver intégralement des objets qui lui sont personnels ou au milieu desquels il a vécu : bijoux, vêtements, meubles meublants, argenterie, instruments de travail, bibliothèque, ou même des biens plus importants encore qui s'identifient avec sa profession même : fonds de commerce, exploitation agricole; d'autre part, et pour les biens impartageables ou difficilement partageables, le préciput conjure la licitation; il écarte moins la règle de l'égalité du partage que celle du partage en nature.

490. Plan. — Il faut savoir :
1° *Comment s'ouvre* le préciput;
2° Quels *effets* y sont attachés;
3° Quelle en est *la nature* juridique.

491. A. Comment s'ouvre le préciput. — L'ouverture du préciput est déterminée par le contrat de mariage; le plus souvent, il se présente sous l'aspect d'un *gain de survie*, car il ne s'ouvre que par le *décès* de l'un des époux, et cela quand bien même la communauté aurait été dissoute par un autre événement. Mais les époux peuvent subordonner l'ouverture à d'autres conditions, par exemple à la non-existence d'enfants communs; de plus, si c'est la femme qui survit, une condition supplémentaire est exigée, à savoir l'acceptation, par elle, de la communauté : le préciput est, en effet, un *prélèvement avant partage*; il implique donc un partage; or, il n'y a pas de partage du moment que la femme est renonçante. Toutefois, si tel est le principe, les futurs époux ont la faculté d'y déroger, et il peut être stipulé que la femme aurait droit au préciput, *même renonçante* (art. 1515, § 1); en fait, les clauses de ce genre sont extrêmement fréquentes.

492. Difficulté. — Lorsque le préciput a été, comme il arrive ordinairement, stipulé au profit du survivant, une difficulté se présente si la communauté vient à se dissoudre autrement que par le décès de l'un des époux; en ce cas, le droit n'est certainement pas encore ouvert, puisqu'il n'y a ni prédécédé, ni survivant, et les biens compris dans le préciput doivent donc être partagés, comme les autres biens communs. Mais ce n'est pas à dire que le préciput ne s'ouvrira pas un jour, du moins si le bénéficiaire éventuel n'est pas déchu à raison d'un divorce ou d'une séparation de corps qui auraient été prononcés contre lui (art. 1518), soit que l'on suppose un divorce ou une séparation de corps intervenus en sa faveur, soit que la communauté ait été dissoute par la séparation de biens. Dans ces dernières éventualités, le survivant peut, lors du décès de son conjoint, faire valoir ses droits au préciput; mais il est à craindre que leur réalisation ne se heurte à des obstacles de fait, puisque la moitié de l'émolument se trouve entre les mains des héritiers du prédécédé à qui la restitution est demandée par le survivant; il est même possible que cet émolument s'y trouve tout entier, si c'est au profit de la femme que le préciput avait été stipulé, même au cas de

renonciation, et si elle avait effectivement renoncé à la communauté lors du divorce, de la séparation de corps ou de la séparation de biens. En cette occurrence, le législateur fait au mari une obligation de donner *caution* afin que les droits préciputaires de la femme soient sauvegardés (art. 1518 *in fine*) ; mais il semble bien que cette garantie soit limitée au cas de *renonciation* à la communauté; du moins, nous pensons que la femme renonçante y a droit dans tous les cas, alors même que la communauté aurait été dissoute par la séparation de biens.

En tout cas, il est certain que le mari ne peut jamais exiger caution de sa femme en sûreté de la part de préciput qu'elle conserve provisoirement (Req., 23 mars 1903, *D. P.*, 1903, 1, 326).

493. B. **Effets attachés au préciput.** — 1° *Pendant la durée de la communauté*, les biens préciputaires figurent dans la masse commune; le mari a, sur eux, les larges pouvoirs qui lui appartiennent comme chef : il peut les aliéner, les grever de droits réels; les créanciers sont admis à les saisir : la clause de préciput ne leur est pas opposable (art. 1519) ;

2° C'est seulement *après la dissolution de la communauté* ou, selon les termes de la stipulation, *après le décès de l'un des époux*, que le bénéficiaire de la clause fait valoir ses droits; il prélève l'émolument préciputaire antérieurement au partage, mais seulement sur l'*actif net* de la communauté.

a) D'une part, les créanciers doivent être payés avant le prélèvement, ce que nous exprimions sous une autre forme en disant que la clause de préciput ne leur est pas opposable;

b) D'autre part, le préciput, étant un prélèvement avant partage, ne peut être exercé que sur la masse à partager, donc sur les biens de la communauté. Cependant, il en va autrement si la femme a droit au préciput *même en cas de renonciation à la communauté* : l'art. 1515, § 2, lui permet d'agir même sur les biens personnels du mari prédécédé; elle est alors instituée créancière de la communauté et aussi, subsidiairement, de la succession du mari. Il est même admis que ce droit de prélever son préciput sur la succession du mari appartient à la femme *même acceptante*, du moment qu'elle est autorisée à opérer le prélèvement au cas d'acceptation comme au cas de renonciation; cette clause de renforcement a pour effet de la constituer créancière, de la communauté et de la succession du mari, aussi bien dans

l'hypothèse d'une acceptation que dans l'éventualité d'une renonciation (Civ., 12 juin 1872, *D. P.*, 1872, 1, 327).

494. C. **Nature juridique du préciput.** — 1° Le préciput est une *convention de mariage*, entre associés : la loi n'y voit point une libéralité, sauf s'il existe des enfants issus d'un précédent mariage (*inf.* n^os^ 692 et suiv.);

2° La clause de préciput est aménagée *à titre particulier* : elle n'aura aucune répercussion sur la répartition du passif; à cet égard, elle s'oppose aux stipulations de parts inégales;

3° Elle établit et elle détermine un *prélèvement avant partage*; elle suppose donc qu'il y aura partage — à moins qu'elle ne fonctionne au profit de la femme même au cas de renonciation; mais elle ne fait pas *directement échec à la* règle du partage égal, précisément parce qu'elle intéresse la composition de la masse à partager, non la répartition de cette masse.

495. II. **Clauses de prélèvement à titre onéreux; clause dite commerciale** [1]. — Tandis que les clauses précédemment étudiées, et par exemple celle du préciput, favorisent l'un des époux aux dépens de l'autre ou des héritiers de l'autre, les stipulations que nous envisageons maintenant respectent absolument la loi de l'égalité du partage; c'est seulement à la règle de l'égalité en nature qu'elles s'attaquent : l'un des époux est autorisé à prélever un bien de communauté, mais moyennant une indemnité qu'il doit servir à la succession du prédécédé. Ainsi, il ne s'enrichira pas, mais il trouvera cet avantage de *conserver en nature* tels ou tels biens qui seront précomptés, imputés sur sa part, et dont on évitera par ce moyen, la licitation ou l'attribution aux héritiers du prédécédé; le plus souvent, c'est d'un *fonds de commerce* qu'il s'agit, ou d'une *exploitation agricole*, ou du *mobilier meublant*; l'un des époux étant commerçant lors du mariage ou étant destiné à le devenir par la suite, il est stipulé dans le contrat qu'il aura la facilité,

[1] Sur la *clause commerciale*, voy. Nast, *Les régimes matrimoniaux*, dans le *Traité pratique de Droit civil français*, de MM. Planiol et Ripert, t. IX, n^os^ 890 et suiv.; du même auteur, *Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole, propre à l'un des époux*, *D. H.*, 1929, *Chron.*, p. 37; J. Escarra, Ed. Escarra et J. Rault, *Principes de droit commercial*, t. I^er^, n° 526; H. Capitant, notes *D. P.*, 1923, 2, 1; 1927, 1, 5; 1929, 2, 105; 1931, 2, pp. 1, 4 et 6; 1933, 1, 10; Gény, notes *S.*, 1928, 2, 33; 1930, 2, 57; 1930, 2, 97; 1932, 2, 1. — Comp. *Journées de droit civil* tenues à Mons, en 1938, pp. 31 et s.

lors du décès de son conjoint, de conserver le fonds moyennant indemnité : c'est la clause dite *de conservation du fonds de commerce*, ou, plus brièvement, *clause commerciale*, dont la validité, *en tant qu'elle s'applique à un fonds faisant partie de la communauté*, ne fait aucun doute [1], puisqu'elle s'analyse, en somme, en une clause de préciput à titre onéreux (Civ., 7 avril 1856, *D. P.*, 1856, 1, 207; Req., 24 mars 1903, *S.*, 1904, 1, 137, *D. P.*, 1905, 1, 33, note Planiol; Civ., 16 déc. 1925, *D. P.*, 1927, 1, 5, note H. Capitant; Nast, *op. cit.*, n° 890).

496. Modalités. — Comme les clauses précédemment étudiées, celle-ci comporte telles ou telles modalités; ordinairement, c'est au profit du *survivant des époux* qu'elle est insérée, et alors elle demeure inopérante si la communauté est dissoute par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens; mais rien n'empêche les futurs époux de stipuler qu'en pareil cas, le fonds sera conservé par celui des époux qui l'exploitait lors de la dissolution, réserve faite de la déchéance édictée par l'article 299.

On peut préciser que la femme aura le droit de conserver le fonds dans le cas même où elle renoncerait à la communauté.

497. Effets de la clause commerciale. — 1° *Pendant la durée de la communauté*, la clause commerciale est sans effet; les époux exercent sur le fonds les droits qui résultent

[1] La validité de la clause est, au contraire, fort discutée, en tant qu'elle viserait un *fonds propre* à l'un des époux (V. Nast, article précité, et les notes précitées de M. H. Capitant et de M. Gény); la jurisprudence se prononce pour la nullité, du moment que le fonds n'était pas commun entre les époux, et parce que la clause se ramène *alors à un pacte sur succession future* (Civ., 11 janv. 1933, *S.*, 1933, 1, 161, note Gény, *D. P.*, 1933, 1, 10, note H. Capitant; Req. 20 juill. 1936, *D. H.*, 1936, 555; Rouen, 15 déc. 1922, *S.* 1928, 2, 33, note Gény, *D. P.*, 1923, 2, 1, note H. Capitant; Trib. civ. Seine, 24 déc. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 105, note H. Capitant); à moins cependant qu'on ne la considère, à raison de son caractère gratuit, comme une disposition entre époux, par contrat de mariage, dans les termes des articles 1091 à 1093 C. civ. (*Sic*, P. Esmein, *D. H.*, 1933, *Chron.*, p. 57; Trib. civ. de la Seine, 28 mars 1930, *S.*, 1932, 2, 1, note Gény). Mais cette conception, qui a prévalu en Belgique (Cass. *belge*, 7 juin 1906, *Pas.*, 1906, 1, 293; Bruxelles, *Ch. réun.*, 14 janv. 1907. *Rev. prat. not.*, 1907, 218), se heurte à la règle d'après laquelle les avantages matrimoniaux sont des conventions entre associés, donc des actes à titre onéreux (*inf.*, n° 691).

pour eux du régime adopté; les créanciers ont action sur lui dans les termes du droit commun; du vivant des époux, la clause commerciale n'est qu'un « *mode éventuel de règlement* » (Req., 24 mars 1903, précité);

2° *A la dissolution de la communauté*, l'époux bénéficiaire de la clause a la faculté de prélever le fonds sur la masse commune, *moyennant indemnité*.

a) Il s'agit là, pour lui, d'une simple faculté dont il peut ne pas user, et alors le fonds sera traité comme les autres biens communs;

b) L'*indemnité* due par l'époux qui utilise la clause est fournie, soit par voie d'*imputation* sur sa part de communauté, soit, si cette part est inférieure à la somme due, sous forme d'une *soulte* égale à la différence et dont le paiement est garanti par le privilège du copartageant (art. 2103-3°).

La valeur du fonds a pu être fixée à l'avance par le contrat de mariage; sinon l'*estimation* sera effectuée ainsi que pour les autres biens de la communauté; généralement, on suit les règles tracées à cet égard dans le contrat;

c) L'époux bénéficiaire doit prendre parti dans un délai qui lui est ordinairement fixé par le contrat de mariage; faute de s'être prononcé en temps voulu, il est considéré comme ayant opté dans le sens de la conservation;

3° Il est essentiel d'observer que l'époux conserve le fonds à titre de *copartageant* et en suite d'une *attribution anticipée* effectuée en sa faveur par la clause commerciale insérée dans le contrat de mariage.

Il en résulte :

a) Que les créanciers de la communauté peuvent saisir le fonds de commerce (art. 1519);

b) Que la conservation du fonds est sous l'influence de l'*effet déclaratif* du partage; l'époux attributaire est considéré comme propriétaire du fonds dès le jour où il est entré en communauté;

c) Le paiement de la soulte due par l'attributaire est donc garanti par le *privilège du copartageant*, non par celui du vendeur;

d) La conservation du fonds donne lieu à la perception du droit *proportionnel* sur les partages, actuellement de 0,85 %, non à celle du droit de mutation à titre onéreux, fixé à 9,20 %, sur le fonds lui-même, plus 2,20 % sur le prix des marchandises neuves qui le garnissent (*D.*, 20 mai 1938, art. 1er; Civ., 7 avril 1856, précité).

498. III. **Reprise d'apport franc et quitte.** — Moins encore que les précédentes, cette clause, qu'il faut se garder de confondre avec la stipulation de *franc et quitte* (*sup.*, n° 465), ne porte atteinte au principe du partage égal, car elle vise exclusivement l'éventualité d'une *renonciation* à la communauté de la part de la femme; celle-ci stipule, dans le contrat de mariage, qu'au cas où elle renoncerait à la communauté, elle aura la faculté de reprendre francs et quittes tous ses apports ou certains d'entre eux (art. 1514).

499. Caractère exceptionnel de cette clause. — Elle est particulièrement exorbitante du droit commun : la faculté de renoncer constitue déjà une faveur pour la femme, car, d'ordinaire, il ne dépend pas d'un associé de s'évader de la responsabilité qui lui incombe dans les destinées de la société; la clause de reprise d'apport franc et quitte vient déroger à une autre règle du droit des sociétés, celle qui frappe de nullité toute stipulation affranchissant de la contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par l'un des associés (art. 1855, § 2). Telle est bien, en effet, la situation privilégiée faite à la femme par la clause que nous étudions ici : elle va pouvoir, tout en renonçant, retirer sa mise, son apport indemne du passif social.

500. Interprétation restrictive. — Ces conséquences exorbitantes justifient et appellent l'interprétation restrictive d'une semblable clause :

1° *Restrictive quant aux biens qu'elle régit.* — Si la femme a stipulé la reprise de ses apports, sans préciser davantage, ou de son mobilier, cette formule ne s'entend que du mobilier *présent*, non de celui qui sera acquis au cours de la communauté, tandis qu'à l'inverse, s'il n'a été question que du mobilier *futur*, la reprise ne porte pas sur le mobilier présent (art. 1514, § § 1 et 2);

2° *Restrictive quant aux personnes admises à se prévaloir de la combinaison.* — Si la faculté de reprise est stipulée en faveur de la femme, ses héritiers, même ses enfants, ne sauraient s'en prévaloir (art. 1514, § 3); mais il va de soi qu'une fois le droit né dans la personne de la femme, il devient transmissible à ses *héritiers*, de même qu'il peut être exercé par ses *créanciers*, n'étant point exclusivement attaché à la personne au sens de l'article 1166.

501. Effets de la clause. — Distinguons les effets produits durant la communauté et ceux qui se réalisent après la renonciation.

1° *Pendant la communauté*, les biens à reprendre sont traités comme les autres biens communs; la clause de reprise n'a pas la valeur d'une clause de réalisation. Le mari peut donc aliéner les biens dont s'agit ou les grever de droits réels; les créanciers sont admis à les saisir. Il ne faudrait cependant pas aller jusqu'à dire que la clause ne leur est aucunement opposable; on doit se rappeler que les créances de la femme contre son mari sont garanties par son hypothèque légale qui prendra rang, en l'occurrence, au jour du mariage (art. 2135, 2°, § 1; Civ., 15 juill. 1902, *S.*, 1903, 1, 313, note Naquet, *D. P.*, 1904, 1, 353, note de Loynes); en somme, la femme n'a à redouter que les acquéreurs et les titulaires de droits réels, ainsi que, parmi les créanciers, ceux qui sont assurés d'un privilège ou d'une hypothèque ayant pris rang antérieurement au mariage; on se demande d'ailleurs si, à cet égard, sa situation n'est pas susceptible d'être renforcée par une clause accessoire (*inf.*, n° 503);

2° *Après la dissolution de la communauté*, et du moment que la femme renonce à la communauté, elle retire ses apports, non pas à titre de propriétaire, mais seulement à titre de créancière et sans rétroactivité, sans avoir à supporter le passif commun, et cela sans distinguer entre les dettes nées de son ropre chef et celles qui ont été assumées par le mari, mais réserve faite cependant des deux catégories suivantes :

a) D'abord des *dettes dont l'apport était grevé* : si, par exemple, la femme a stipulé la reprise de son mobilier présent, les dettes qui grevaient ce mobilier au jour du mariage viennent en déduction de ses reprises, sans quoi elle retirerait en définitive plus qu'elle n'avait mis dans la communauté;

b) Puis des *dettes personnelles de la femme* (art. 1514, § 4); elle en doit récompense à la communauté qui ne saurait, en aucune hypothèse, en supporter définitivement le poids.

502. Remarque. — Il faut observer que la créance en reprise porte, non sur une somme d'argent, mais sur des biens déterminés, sur des corps certains; la femme peut donc exiger la remise *en nature* des biens par elle apportés, du moins s'ils existent encore lors de la dissolution de la communauté : les plus-values lui profitent donc, de même que lui préjudicient les moins-values fortuites. C'est seulement si les biens apportés ont été aliénés par le mari ou

s'ils ont péri par son fait que la créance de la femme se transforme en une créance de somme d'argent.

503. Renforcement de la clause de reprise d'apport franc et quitte. — On a vu que la femme, dans l'exercice de son droit de reprise, pouvait avoir à craindre les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par le mari sur les biens compris dans l'apport; de plus, et si le mari n'a pas d'immeubles sur lesquels puisse s'accrocher l'hypothèque légale, la femme doit subir le concours des créanciers de la communauté vis-à-vis desquels elle ne peut justifier, hormis de ladite hypothèque, d'aucun droit de préférence. On s'est demandé si ses droits ne pourraient pas être renforcés par une clause aux termes de laquelle elle serait admise à reprendre son apport franc et quitte quoi qu'il advienne et *même à l'encontre des tiers*; et la solution affirmative a été admise par la Chambre civile dans son arrêt précité, du 15 juillet 1902; solution fort contestable, car elle revient à admettre une stipulation d'*inaliénabilité partielle*, relativement à des biens qui font partie de la communauté; à ce titre, elle tombe sous le coup de l'article 1388 et devrait donc être frappée de nullité comme portant atteinte aux droits qui appartiennent au mari en tant que chef de la communauté (V. la note précitée de M. DE LOYNES, et NAST, *op. cit.*, n° 956).

CHAPITRE II

Le régime sans communauté

Articles 1530 à 1535

504. Vue générale. — Le régime sans communauté tranche nettement, comme le souligne la terminologie, avec les combinaisons communautaires; il est exclusif d'une société de biens; avec lui, actif et passif de chacun des époux lui demeurent personnels; les biens sont traités ainsi que des propres, soit du mari, soit de la femme, non seulement en ce qu'ils ne sont pas à l'état de copropriété, mais en ce que l'administration et la jouissance en appartiennent au mari, de telle sorte que le régime sans communauté a pu être défini assez approximativement *un régime de communauté sans biens communs*, sous lequel tous les biens, ayant la position juridique de propres, ne sont dotaux que pour la jouissance.

505. Affinités. — Ces particularités ont conduit certains auteurs à apparenter le régime sans communauté au *régime dotal*, dans lequel les biens du mari, comme la dot de la femme, demeurent propres à chacun des époux et servent à faire face, par leurs revenus, aux charges du mariage; on en conclut que, dans le silence de la loi, les règles établies pour le régime dotal valent pour la non-communauté, et, par exemple, que le mari a, sous le deuxième régime comme sous le premier, l'exercice des actions immobilières pétitoires de la femme (Arg., art 1549, *inf.*, n° 512).

Cette vue est bien délaissée; elle fait bon marché des précédents historiques : tandis que le régime dotal est un article d'importation romaine, le régime sans communauté est né sur notre sol; de plus, elle ne tient pas compte des différences de structure qui séparent les deux organisations : tandis que, sous le régime sans communauté, tous les biens de la femme sont naturellement dotaux, sous le régime dotal ce sont seulement certaines catégories qui présentent ce caractère (*inf.*, n^{os} 550 et suiv.); et surtout, l'inaliénabilité de la dot, qui est un des traits caractéristiques, sinon essentiels, du régime dotal, n'est nullement impliquée par le régime sans communauté.

Historiquement comme en raison, ce n'est pas du régime dotal que ce dernier régime doit être rapproché; mais bien de la *communauté*, et c'est en faisant appel au statut communautaire qu'il conviendra de combler les lacunes du Code civil : l'exercice des actions immobilières pétitoires sera donc à refuser au mari non commun en biens (Arg., art. 1428, § 2, *a contrario*; *sup.* n° 197).

506. Faible importance pratique du régime sans communauté. — Ce régime est assez rarement stipulé; pour l'année 1898, on le trouve adopté dans 1.694 contrats de mariage. Sans doute, il offre des avantages, puisqu'il sépare les capitaux tout en mêlant les revenus et puisqu'il élude le partage d'une masse commune dont la liquidation ne va pas sans difficultés, sans perte de temps et sans frais : et l'on s'explique donc qu'il ait rencontré les préférences de certaines législations qui, sous des noms différents et avec des modalités d'aménagement parfois importantes, l'ont érigé en régime de droit commun (*communauté d'administration* du Code civil *allemand*, art. 1363 et suiv.; *union des biens* du Code Civil *suisse*, art. 178 et suiv., et de la *Chine*, art. 1016 et suiv. du Code civ.; J. Escarra, *Le droit chinois*, p. 184). Mais on peut lui reprocher de sacrifier les intérêts

de la femme à ceux du mari en ce qu'il attribue à ce dernier toutes les acquisitions par lui réalisées, fût-ce avec les revenus des biens de la femme; il y a là une inégalité qui est corrigée, en Suisse et en Allemagne, par la concession d'une vocation successorale à la femme, *en pleine propriété*, et garantie par une réserve, ainsi que par l'extension donnée à la théorie des biens réservés; en dehors de ces tempéraments, le régime sans communauté est susceptible d'aboutir à des résultats peu justifiables, qui cadrent mal avec l'idée d'une collaboration conjugale.

507. Plan. — Nous grouperons les règles de ce régime autour de deux idées :

1° *Il n'existe pas de communauté* entre les époux;

2° Le mari a l'*administration* et la *jouissance* de tous les biens.

508. I. Première idée : Entre les époux mariés sous le régime sans communauté, il n'existe pas, quant au capital du moins, une masse commune de biens et de dettes. — Chacun des époux demeure titulaire exclusif de ses droits, comme il reste le débiteur unique de ses propres créanciers; comme l'actif, le passif demeure personnel à chacun des conjoints.

Faisons application de cette idée fondamentale : 1° au jour de la célébration du mariage; 2° au cours du mariage; 3° lors de sa dissolution.

A. — *Au jour de la célébration du mariage.* — Les biens et les dettes demeurent séparés : chacun des époux reste sur ses positions.

1° En conséquence, les *créanciers de la femme* ne voient pas leur situation améliorée du fait du mariage de leur débitrice : c'est uniquement les biens de celle-ci qu'ils continueront à pouvoir saisir. En revanche, leur situation ne sera pas empirée; ils pourront saisir tous les biens de leur débitrice, *en pleine propriété*, pourvu que leur titre ait date certaine antérieure au mariage, faute de quoi ils n'auraient action que sur la nue propriété, car la disposition de l'article 1410, § 2, serait applicable par analogie : c'est un des résultats auxquels on aboutit en apparentant la non-communauté au régime communautaire (*sup.*, n° 115). Il est donc possible que l'adoption du régime sans communauté restreigne le gage des créanciers de la femme si leur titre n'a pas date certaine antérieure; ce qui est limité en pareil cas, ce n'est pas l'étendue de leur droit, mais plus exactement et uniquement l'étendue de leur gage.

Remarque. — On pourrait s'étonner de voir les créanciers antérieurs saisir les biens de la femme en pleine propriété; mais il faut réfléchir que le droit de jouissance du mari sur les biens de la femme a un caractère *universel*; il comporte donc l'application de l'article 612 qui établit une contribution au passif entre nu propréitaire et usufruitier (*sup.*, t. I, n° 1914).

508*bis*. — 2° L'*actif* de la femme peut, lui aussi, être occasionnellement modifié par l'adoption du régime sans communauté, et, à cet égard encore, c'est le droit de jouissance du mari qui intervient comme facteur décisif : dans la mesure où il frappe des biens *consomptibles*, il se transforme en un *quasi-usufruit*, ce qui revient à dire que le mari devient propriétaire à charge de rendre; il faut en dire autant des biens de la femme qui seraient *destinés* à être *vendus* et de ceux qui ont été livrés au mari sur une *estimation* qui, en l'occurrence, vaut vente.

Remarque. — La double modification que nous venons de noter, pour les éléments actifs et pour les dettes, et qui peut tenir à l'adoption du régime sans communauté, est *spéciale à la femme*. Quant au *mari*, d'une part, il conserve tous les biens qui lui appartenaient lors du mariage; et, d'un autre côté, ses créanciers sont toujours fondés à saisir tous ses biens, alors même que leurs titres n'auraient pas date certaine antérieure, car il a toujours eu qualité pour engager toute sa fortune, sans distinction de date.

509. B. **Au cours du mariage.** — 1° *Actif*. — Les biens acquis au cours du mariage demeurent personnels à leurs acquéreurs, quant au capital tout au moins; si, par exemple, la femme achète un immeuble, autorisée du mari ou de justice, elle en devient propriétaire exclusive : la présomption dite *mucienne*, d'après laquelle les acquisitions de la femme étaient réputées réalisées avec les deniers du mari qui devenait donc propriétaire, a cessé d'être en vigueur dans notre droit français; la loi *Quintus Mucius* n'a été reproduite par aucun texte et la Cour de cassation a jugé avec raison qu'elle était donc sans autorité chez nous (Req., 18 mai 1897, *D. P.*, 1897, 1, 407, *S.*, 1901, 1, 491) ; non seulement la femme non commune a, ou peut avoir des ressources à l'aide desquelles elle est à même d'acheter un immeuble ou des valeurs, mais encore il est peu juridique d'attribuer la propriété d'un bien à qui a fourni les deniers nécessaires à son acqui-

sition; c'est là conférer à l'élément économique de l'opération une importance excessive : celui-là devient propriétaire qui a voulu acquérir, qui a pris part à l'opération en son nom personnel, pour son propre compte; la volonté est le pivot des actes juridiques.

Il va sans dire que le mari est fondé à prouver que l'acquisition a été réalisée avec ses propres deniers; la femme n'en conservera pas moins la propriété, mais elle devra indemniser le mari ou ses héritiers.

510. 2° Passif. — On distingue plusieurs catégories de dettes, parmi celles qui naissent au cours du mariage.

a) Les dettes du *mari* sont exécutoires sur la pleine propriété de tous ses biens;

b) Celles que la *femme* a contractées soit seule (art. 215, § 1, nouv. réd. de 1938), soit avec l'autorisation de *justice*, ne le sont que sur la *nue propriété* de ses biens, car le tribunal ne peut pas priver le mari du droit de jouissance qui lui appartient sur la fortune de sa femme;

c) Si la dette a été contractée par la *femme* autorisée du *mari*, les créanciers peuvent saisir tous les biens de leur débitrice, en *pleine propriété*, le mari ayant disposé en leur faveur de son droit de jouissance. Mais on décide très généralement qu'ils ne sauraient s'en prendre aux biens du mari; l'article 1419, qui leur donne action, en pareille occurrence, et sous les régimes communautaires, sur les trois patrimoines, est sans application possible au régime sans communauté; pour décider autrement, il faudrait voir dans la disposition de ce texte une dérogation à la règle *qui auctor est se non obligat*, dérogation qui se justifierait alors sous un régime comme avec l'autre; mais c'est là un point de vue que nous avons repoussé (*sup.*, n° 133); à notre sentiment, le gage tripartite institué dans l'article 1419 s'explique par la confusion de fait qui règne, sous les régimes de communauté, entre les biens du mari et les biens communs; c'est pour ainsi dire à travers et par le truchement de la communauté que le mari commun en biens est tenu, sur sa fortune personnelle, des engagements que la femme a contractés avec son autorisation; or, ce truchement fait défaut sous le régime sans communauté; on doit donc en revenir à ce principe de raison que le débiteur n'oblige que le sien; seuls, les biens de la femme répondent de son passif.

511. C. A la dissolution du mariage. — A la dissolution du mariage, ou, plus exactement, du régime de non-

communauté — car une séparation de biens judiciaire peut y mettre fin, *constante matrimonio* — la situation à régler est infiniment moins compliquée que sous les régimes communautaires : en effet, il n'y a pas de masse commune à liquider et à partager, pas de parti à prendre pour la femme ou pour ses héritiers; il n'est question ni d'accepter ni de répudier une communauté qui n'a jamais existé; il n'y a pas d'inventaire de biens communs à dresser. En conséquence :

1° Le conjoint survivant n'a pas à redouter les *sanctions* rigoureuses que l'article 1442 attache, sous les régimes de communauté, au défaut d'inventaire;

2° La *veuve* n'a pas droit au logement et à la nourriture pendant le délai de trois mois et quarante jours (art. 1465, § 1), car cette faveur s'explique par le désir, chez le législateur, d'assurer toute liberté à la femme pour délibérer et pour faire inventaire.

Du moins, la veuve a-t-elle droit aux *frais de son deuil*; on se demande seulement si elle peut y prétendre en vertu de l'article 1481 qui vise la communauté légale, ou bien aux termes de l'article 1570, relatif au régime dotal. C'est dans le premier sens que nous avons résolu par avance la question lorsque nous avons apparenté le régime sans communauté aux régimes communautaires pour l'éloigner du régime dotal (*sup.*, n° 505).

512. II. Deuxième idée : Le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens. — 1° Aux termes de l'article 1531, le mari conserve l'*administration* des biens meubles et immeubles de sa femme; d'après l'opinion communément admise, ses pouvoirs, mesurés sur ceux qui lui appartiennent, dans un régime de communauté, sur les propres de sa femme, sont donc déterminés par les articles 1428 à 1430 et non par l'article 1549; à cet égard encore, ce sont les régimes communautaires qui font sentir leur influence, non le régime dotal. On lui refuse donc l'exercice des actions immobilières pétitoires pour lui reconnaître celui des actions mobilières et des actions possessoires; il est qualifié pour recouvrer les sommes dues à la femme; il passe et il renouvelle les baux dans les limites des articles 1429 et 1430.

Le mari répond de son administration dans les termes de l'article 1428, § 4, avec cette précision que sa responsabilité lui demeure entière, au lieu que, sous les régimes commu-

nautaires, elle incombe à la communauté, donc à la femme pour moitié;

2° Le mari a la *jouissance* de la fortune de la femme; les revenus sont censés lui être apportés pour soutenir les charges du mariage (art. 1530).

Ce droit s'apparente étroitement à celui qui, sous les régimes communautaires, appartient à la communauté sur les propres des époux.

a) Aussi se différencie-t-il de l'usufruit proprement dit : accordé au mari ès qualités, il est incessible, insaisissable, insusceptible d'hypothèque; aucune caution n'est exigée du titulaire; d'autre part, on s'accorde à faire état, entre les époux, du grand principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui; l'article 1403, § 2, est donc appliqué par analogie;

b) Mais il faut noter que, tandis que le droit de jouissance est exercé par le mari, sous les régimes communautaires, en tant que chef et représentant de la communauté, ce même droit lui est conféré, sous la non-communauté, *à titre personnel*. En conséquence : 1° les économies qu'il réalise sur les revenus des biens de sa femme lui appartiennent personnellement, ainsi que les biens acquis grâce à elles; 2° l'obligation de faire *inventaire* des biens de la femme est plus étendue que sous le régime de droit commun : elle s'applique même au mobilier *présent*.

Loi du 18 février 1938. Cette loi, qui accorde à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile (art. 215, § 1, nouv. réd.), laisse subsister intacts les pouvoirs d'administration du mari sur les biens de sa femme : d'une part, c'est un principe certain qu'un nu propriétaire n'a pas l'administration des biens grevés d'un usufruit; d'autre part, on sait que les auteurs de la loi de 1938 n'ont pas entendu toucher à la structure et au fonctionnement des divers régimes matrimoniaux. En revanche, la femme, désormais capable, peut aliéner librement la nue propriété de ses biens; mais elle ne pourrait disposer de la pleine propriété qu'avec l'autorisation maritale, car il ne lui appartient pas, fût-ce avec l'autorisation de justice, de porter atteinte au droit de jouissance du mari.

513. Des cas où le mari n'a pas l'administration et la jouissance des biens de sa femme. — L'administration et la jouissance échappent au mari soit en vertu d'une clause insérée dans le contrat de mariage et d'après laquelle

la femme administrera elle-même tels ou tels de ses biens et en percevra les revenus, soit à raison de la *profession distincte* exercée par elle. Du moment qu'elle exerce une profession distincte de celle du mari, on voit intervenir le statut de la loi du 13 juillet 1907 : les *biens réservés* sont traités comme paraphernaux, en ce sens que la femme en a l'administration et la jouissance; elle exerce sur eux les larges pouvoirs, allant jusqu'aux actes d'aliénation à titre onéreux, et même, pour certains auteurs, jusqu'aux actes de disposition à titre gratuit (*sup.*, n^os^ 179 et 179*bis*), que nous avons décrits à propos du régime de droit commun (*sup.*, n° 178); comme sous ce dernier régime, les dettes de la femme sont exécutoires sur les biens réservés, et il semble bien qu'il en soit de même des dettes du mari, mais seulement dans le cas où il les avait assumées dans l'intérêt du ménage (L. 13 juill. 1907, art. 3, §§ 1 et 2).

514. Restitution des biens de la femme. — Le régime venant à être dissous, le mari est tenu de restituer à la femme ou à ses héritiers personnels les biens soumis à son administration; la restitution a lieu en nature, sauf pour les biens consomptibles, destinés à être vendus ou estimés; par analogie avec le régime de communauté, elle doit être effectuée *sans délai*, l'article 1565, § 3, écrit pour le régime dotal, étant inutilisable; elle porte, pour les biens à restituer en nature, sur les *fruits*, et, pour les sommes d'argent, sur les *intérêts* à compter du jour de la dissolution et *indépendamment de toute sommation*, soit que l'on applique, par analogie, la disposition écrite dans l'article 1473 pour les récompenses dues à la communauté ou dues par la communauté aux époux (Lyon, 1^er^ déc. 1880, *D. P.*, 1881, 2, 21), soit que l'on fasse appel au droit commun de l'usufruit (art. 586; Agen, 26 oct. 1927, *D. P.*, 1929, 2, 121, note critique de M. Plassard qui propose de faire intervenir la disposition de l'art. 1479, et qui exige donc une sommation jusqu'à laquelle la femme n'aurait pas droit aux intérêts de ses reprises).

C'est encore au statut de la communauté que l'on fait appel pour régler le jeu des *récompenses* entre époux se référant à la gestion des biens de la femme par le mari : ce dernier a droit au remboursement intégral de ses impenses *nécessaires*, tandis que les impenses *utiles* ne lui sont remboursées que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée pour le bien de la femme (Arg., art. 1437;

Req., 2 mai 1906, *D. P.*, 1906, 1, 401, note P. Binet, *S.*, 1909, 1, 17, note Wahl).

515. Preuve des reprises de la femme. — La femme, qui prétend avoir des reprises à exercer en nature ou en valeur, doit en faire la preuve; il semble bien, encore que la question soit délicate et controversée, qu'elle doive se conformer aux règles établies pour les régimes communautaires dans les articles 1499, 1502 et 1504 : c'est un principe que la non-communauté s'apparente à ces régimes (*sup.*, n° 505); et d'ailleurs, le mari ayant, dans les deux cas, l'administration des biens de la femme, il paraît équitable de conférer à celle-ci les facilités de preuve que lui accorde l'article 1504 pour le mobilier échu au cours du mariage; elle ne doit pas souffrir de la négligence du mari; d'autre part, les tiers ont besoin d'être protégés, dans les termes de l'article 1499, contre des fraudes possibles (*sup.*, n°s 306 et suiv.; *sic*, H. Capitant, *De la preuve des reprises sous le régime de la communauté*, *Rev. trim.*, 1925, p. 532; *contra*, Nast, n° 1002).

Chapitre III

La séparation de biens contractuelle

516. Sources. — Articles 1443 à 1452; 1536 à 1539.

Bibliographie. — Thèses Maurice Benoit, Paris, 1909; Chambel, Paris, 1911; Moissinac, Paris, 1920, 2e éd., 1924; Triniac, Toulouse, 1924; Savatier, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, *D. H.*, 1929, Chron. p. 21; *L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens*, *D. H.*, 1935, *chron.* p. 25; Plassard, *Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens*, dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 643.

517. Idée générale. — Le régime de la séparation de biens, qui est présenté à tort par le Code civil comme une simple variante de la communauté (chap. II, 2e partie, section IX, § 2, art. 1536 et suiv.), constitue la négation, poussée aussi loin qu'il est possible, de toute association pécuniaire entre les époux; c'est un régime d'indépendance, sous lequel

chacun conserve, non seulement la propriété, mais aussi l'*administration* et la *jouissance* de ses biens. C'est dire que les biens de la femme sont dépourvus du caractère dotal, même quant à la jouissance.

Il est rappelé que la séparation de biens peut se présenter sous deux aspects très différents, selon qu'elle intervient au cours du mariage, en vertu d'un jugement (séparation de biens *judiciaire*), ou qu'elle a été adoptée par les futurs époux dans leur contrat de mariage (séparation de biens *contractuelle*). Nous n'avons plus à nous occuper de la première catégorie juridique qui se subdivise elle-même en séparation de biens *principale* et séparation de biens *accessoire* à une séparation de corps, et c'est seulement de la séparation contractuelle, librement instituée par les futurs époux dans leur contrat de mariage, qu'il sera question à cette place.

Sans être très pratiqué, ce régime contractuel compte un nombre d'adeptes qui n'est pas négligeable : pour l'année 1898, il fut adopté dans 2.128 contrats, sur un total de 82.346, le département de la Seine prenant la tête de cette statistique avec 458 contrats (soit plus du cinquième du total) portant séparation de biens.

518. Avantages et inconvénients. — La séparation de biens apparaît, au premier examen, comme un régime d'une extrême simplicité; avec lui, il n'y a pas d'apports, donc pas d'inventaire, semble-t-il, et pas de droits d'enregistrement (au moins de droits proportionnels) à payer; de plus, lors de la dissolution du mariage, la liquidation des intérêts pécuniaires des époux paraît bien facilitée, puisqu'il n'y a pas de masse commune à se partager, et puisque chacun a administré, pour son compte et de son côté sa fortune personnelle : la dissociation permanente et intégrale des intérêts des époux prévient, pourrait-on penser, toute complication, toute difficulté lors du règlement définitif.

Mais c'est là l'apparence plutôt que la réalité.

1° Les époux ont le plus grand intérêt à établir nettement leurs apports; sans quoi, il pourra advenir que l'un d'eux éprouve ensuite des difficultés à défendre sa fortune personnelle contre les prétentions de son conjoint ou des héritiers et des créanciers de celui-ci;

2° L'isolement intégral des deux patrimoines est irréalisable; d'une part, la femme doit, on le verra, contribuer dans une certaine mesure aux dépenses du ménage : un règlement de compte doit donc intervenir à cette occasion,

et non pas une fois pour toutes, lors de la dissolution du mariage, mais périodiquement, au cours de l'union et une fois au moins dans l'année; d'autre part, il arrive presque toujours que les biens de l'un des époux soient administrés, en fait, par son conjoint; et surtout, c'est normalement la femme qui procède aux dépenses courantes, sans spécifier, sans rechercher si c'est avec ses revenus personnels ou bien avec ceux du mari qu'elle y fait face; d'où un autre règlement de compte qui pourra être compliqué, puisque le mari est en droit d'exiger de sa femme et le compte des revenus des biens personnels de celle-ci et le compte des dépenses de ménage justifiées.

Si l'on ajoute que la séparation de biens favorise les fraudes de la part des époux et à l'encontre de leurs créanciers, et surtout qu'elle ne cadre guère avec l'association que le mariage établit entre les personnes des époux, on comprend que notre jurisprudence ait parfois tenté de déformer ce régime pour l'adapter aux nécessités de la vie commune (*inf.*, n° 527); on comprend aussi que la séparation de biens ne se soit pas développée, dans la pratique et en législation, autant que les progrès de l'individualisme le donneraient à penser : son infériorité vis-à-vis du régime sans communauté qui, au contraire, s'est accrédité, sous diverses formes, à l'étranger, nous paraît incontestable (V. sur les inconvénients du régime de séparation de biens, l'article précité de M. Savatier et la note de M. Nast, *D. P.*, 1935, 1, 76, ainsi que l'article précité de M. Plassard); il a cependant été adopté, en tant que régime légal, par le Code civil *roumain* de 1865 (V. Tr. Ionasco, *Vie juridique des peuples*, t. IV, p. 258), et par le Code civil *turc* de 1926.

519. Formule à employer. — Etant donné que la séparation de biens constitue un régime exceptionnel qui juxtapose ou qui prétend juxtaposer à une association de personnes une dissociation complète d'intérêts, on s'explique que le législateur exige, de la part de ceux qui veulent s'y soumettre, une déclaration de volonté *formelle*, exempte d'ambiguïté, une stipulation (art. 1536); il ne leur suffirait pas de déclarer qu'ils se marient *sans communauté*, qu'ils entendent exclure toute communauté : ils se trouveraient alors mariés sous le régime de *non communauté* (art. 1530). Ceci dit, le Code civil n'impose aux parties aucune formule sacramentelle : il leur demande seulement de s'expliquer clairement.

520. Plan. — 1° *Composition* des patrimoines des époux;
2° *Contribution* aux charges du mariage;
3° *Gestion des biens de la femme*; atténuation de son *incapacité*;
4° *Fin* du régime de séparation contractuelle;
5° *Combinaison* avec d'autres érgimes.

521. I. Composition des patrimoines des époux. — *Théoriquement*, cette composition est aisée à déterminer : 1° chacun des époux conserve la propriété pleine et entière tant de ses biens présents que des biens qui lui adviennent, d'une source quelconque, au cours du mariage; la proposition est exacte pour la femme comme pour le mari, la présomption mucienne n'ayant plus d'autorité dans notre droit (*sup.*, n° 509); les biens acquis demeurent propres à l'époux *effectivement* acquéreur, sauf à tenir compte des règles du *mandat* et du fonctionnement éventuel du *retrait d'indivision* qui, de l'avis à peu près unanime et malgré des objections plus spécieuses que topiques (V. la note de M. Batiffol, cité *infra*), trouve son emploi sous tous les régimes (art. 1408, § 2; — Req., 3 avril 1935, *S.*, 1935, 1, 329, note Batiffol, *D. P.*, 1936, 1, 97, note Nast); et même, comme l'observe M. Nast, les conditions d'ouverture du retrait se trouveront plus souvent réunies que sous un régime communautaire, le mari ne pouvant pas ici être présumé avoir agi pour le compte de la femme (*sup.*, n° 63), et le retrait devant fonctionner pour les meubles comme pour les immeubles, car il n'y a aucune raison de distinguer, lorsqu'il y a séparation, entre ces deux catégories de biens; 2° de même, la séparation est complète en ce qui concerne le *passif*; les biens d'un époux ne peuvent être saisis que par ses propres créanciers, non par ceux du conjoint; ce principe reçoit une application aussi complète que possible, puisqu'il n'existe pas de masse commune, donc pas de confusion de fait (semble-t-il) entre les différents éléments des patrimoines.

522. Difficultés de preuve. — *Pratiquement*, la détermination des patrimoines des époux est de nature à soulever des difficultés; malgré tout, une confusion s'établit fatalement entre les biens des conjoints en raison de la communauté d'existence et peut susciter des contestations tant à l'intérieur du ménage que dans ses rapports avec les créan-

ciers : la *preuve* de la propriété devra être administrée : suivant quelles règles le sera-t-elle?

1° **Principe.** — La preuve de propriété des époux s'administre selon le *droit commun* en pareille matière : ce sont les principes généraux sur la preuve de la propriété qui s'appliquent purement et simplement.

a) Pour les *immeubles*, cette solution n'est pas contestée;

b) Pour le *mobilier*, on s'est demandé si la preuve ne serait pas régie par l'article 1499 et si, en conséquence, la production d'un écrit ne serait pas nécessaire, dans tous les cas (SAVATIER, *Lois nouvelles*, 1924, p. 337); mais le texte en question se réfère à la *présomption d'acquêts*, qu'il institue et dont il fixe l'autorité; or, cette présomption est totalement étrangère au régime de la séparation de biens sous lequel il n'y a pas de masse commune, donc pas d'acquêts au sens juridique et précis du mot. Le problème se pose donc sous un angle tout à fait différent, non plus entre la communauté et l'un des époux, mais entre les époux, chacun d'eux défendant ses intérêts personnels, comme s'il avait en face de lui un étranger; c'est donc le droit commun de la preuve de la propriété mobilière qui est applicable purement et simplement; la règle : *en fait de meubles la possession vaut titre*, fera son office habituel, non seulement dans les rapports des époux entre eux, mais aussi à l'égard de leurs créanciers (Orléans, 25 juin 1909, *S.*, 1910, 2, 115). Seulement, dans le cas où il s'agirait de meubles possédés en commun, on doit reconnaître le droit de saisie aux créanciers des deux époux, sauf au conjoint qui prétendrait être propriétaire à agir en distraction en justifiant de sa propriété (C. pr., art. 608);

523. 2° **Particularités.** — Il faut tenir compte de certaines *présomptions* de propriété.

a) Il en est qui sont inscrites dans un texte de loi, qui sont *légales* : 1° En cas de *faillite* du mari, tous les biens mobiliers sont présumés appartenir au failli, y compris ceux qui auraient été acquis par sa femme. Il est réservé cependant à celle-ci de faire tomber cette présomption en revendiquant contre la masse de la faillite des meubles qu'elle prétend lui appartenir; mais elle doit alors recourir à la preuve écrite, dans les termes de l'article 1499 (C. com., art. 559 et 560). 2° Si le mari est *comptable des deniers de l'Etat*, les meubles qui se trouvent dans la maison d'habi-

tation sont présumés lui appartenir en vue de l'exercice, par le Trésor, du privilège institué par la loi du 5 septembre 1807 (art. 2); mais cette présomption, comme la précédente, comporte la preuve contraire (même texte);

b) On trouve dans les contrats de mariage des clauses établissant des présomptions de propriété qui ont donc alors un caractère *conventionnel*; par exemple, il est stipulé que l'argent comptant ou le mobilier meublant, qui seront trouvés au domicile conjugal, seront présumés, sauf preuve contraire, appartenir au mari ou bien à la femme; la jurisprudence admet l'efficacité de telles clauses qui ne sont cependant pas sans dangers, surtout pour la femme (Req., 16 fév. 1903, *S.*, 1904, 1, 34; Comp. Req., 4 mars 1903, *S.*, 1906, 1, 396).

524. II. Contribution aux charges du mariage. — Sous le régime de la séparation de biens comme sous les autres régimes, le mari doit pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants (art. 214, § 1, 212 et 203). Mais il est de toute justice que la femme contribue, en quelque mesure, aux dépenses du ménage (art. 214, § 2, 212 et 203), avec cette précision que la contribution est alors limitée, pour ce qui est de l'entretien et de l'éducation des enfants, à ceux qui sont *communs*, à l'exclusion des enfants issus d'un précédent mariage (art. 214, § 2; trib. civ. Seine, 7 déc. 1937, *D. P.*, 1938, 2, 105, note M. Nast). Sous les autres régimes, ce résultat est obtenu grâce à la dotalité : les biens de la femme étant dotaux, au moins pour la jouissance, se trouvent d'alimenter le budget familial, en sorte que les deux époux participent aux dépenses du ménage. Mais, avec la séparation de biens, il en va différemment; le mari n'a pas la jouissance des biens de sa femme; il faut donc que celle-ci lui remette une certaine part de ses revenus qui représentera sa part contributive dans les charges du ménage (art. 1448, 1537 et 1575).

525. Etendue de la contribution de la femme. Principe. — A cet égard, la séparation de biens *conventionnelle* s'oppose à la séparation de biens *judiciaire* : tandis que, dans cette dernière éventualité, c'est la règle de la *proportionnalité* qui s'applique, chacun des époux contribuant aux charges du ménage dans la mesure de ses facultés (art. 1448, § 1 dont le texte se trouve, depuis la loi du 18 février 1938, de reproduire, après coup, la formule plus générale qui est

maintenant inscrite dans l'art. 214, § 2, nouv. réd.), le Code civil a adopté, pour la séparation de biens conventionnelle, un système *forfaitaire* : la femme doit alimenter le budget familial jusqu'à concurrence du *tiers de ses revenus* (art. 1537 et 1575). Ce forfait est généralement critiqué; il aurait été plus logique et plus équitable de mettre les époux à *égalité*, de décider que la femme doit remettre au moins la moitié de ses revenus, ou, mieux encore, de s'en tenir à la règle de la proportionnalité, comme au cas de séparation judiciaire.

Biens réservés, lois du 13 juill. 1907 et du 18 fév. 1938. — Si discutable que soit le régime institué dans l'article 1537, il nous apparaît qu'il demeure applicable dans le cas où la femme, exerçant une profession distincte, se constitue un pécule réservé. A vrai dire, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907, cette solution n'était pas sûre, l'article 7 de cette loi s'en référant, pour déterminer la mesure dans laquelle chacun des époux devait contribuer aux charges du ménage, à leurs facultés respectives; mais ce texte a été abrogé par l'article 2 de la loi du 18 février 1938, et l'article 214 du Code civil, modifié par la même loi, après avoir posé en principe, dans son second alinéa, que la femme doit contribuer, *sur les biens dont elle a l'administration*, « *proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs* », excepte formellement de l'application de cette règle « *les cas prévus aux articles 1537 ou 1575, où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles* », c'est-à-dire sur la base d'un tiers; cette réserve, formulée en termes absolus par une loi qui a retouché le statut des biens réservés, est valable pour ces biens comme pour les autres éléments du patrimoine de la femme. A cet égard et dans cette direction, la loi de 1938 a rétabli l'unité de régime qui avait été rompue par celle de 1907.

526. Précisions et dérogations. — Le principe qui répartit les charges entre les époux en imposant à la femme une contribution fixée au tiers de ses revenus, demande à être délimité; ce n'est pas toujours, il s'en faut, qu'il reçoit une application exacte; des dérogations y sont apportées, plus ou moins graves :

1° Parfois, c'est le *principe même de la répartition* qui est tenu en échec :

a) Au cas de *séparation de corps*, et parce que la vie com-

mune a cessé, il n'est plus question de répartir des charges dont la raison d'être a disparu; seule subsiste ou peut subsister une pension alimentaire, servie par l'un des époux à l'autre conformément aux articles 203 et 212;

b) Si le mari ne possède rien, s'il ne dispose d'aucunes ressources, la femme doit supporter intégralement les charges du mariage : ainsi le décide l'article 1448, § 2, pour la séparation judiciaire, et cette décision est valable, sans aucun doute, pour la séparation de biens conventionnelle;

c) Si l'un des époux manque au devoir de cohabitation, s'il quitte, sans juste motif, le domicile commun, son conjoint n'est plus tenu de pourvoir à son entretien (Poitiers, 13 mai 1856, *D. P.*, 1857, 2, 57);

d) Il est possible que le contrat de mariage exonère complètement d'un des époux de toute contribution (Metz, 17 août 1858, *D. P.*, 1859, 2, 130);

2° Il arrive que la contribution, tout en étant maintenue, soit établie sur d'autres bases que celles de l'article 1537.

Le *contrat de mariage* peut avoir adopté une mesure différente de la mesure légale : il est stipulé que la femme devra verser au mari, non le tiers, mais la moitié de ses revenus par exemple, ou encore une somme fixe, la même chaque année, ou bien les loyers provenant de tel immeuble; la loi laisse, à cet égard, toute latitude aux futurs époux pour aménager leur charte matrimoniale, et le forfait du tiers est présenté comme *subsidiaire* au règlement contractuel (art. 1537);

3° Il peut advenir que la femme obtienne du tribunal, si le mari détourne de leur destination les sommes qu'elle lui verse, l'autorisation de les employer elle-même dans l'intérêt du ménage (Caen, 8 avril 1851, *D. P.*, 1852, 2, 127).

527. Exécution de l'obligation de contribution; action des créanciers. — Réserve faite de l'éventualité exceptionnelle qui vient d'être signalée, c'est le mari qui effectue les dépenses que la femme ne saurait émettre la prétention d'acquitter elle-même, directement; il a le droit d'exiger d'elle qu'elle lui remette régulièrement le montant de sa part contributive; en cas d'insuffisance, il doit faire face au déficit, de même qu'en cas d'excédent, il bénéficie des économies faites sur les revenus. Il n'a pas de compte à rendre à sa femme au sujet de l'emploi des sommes que celle-ci lui a versées.

La détermination du *gage des créanciers* présente de

grosses difficultés : contre qui ont-ils action et dans quelle mesure? Dans le silence de la loi, les divergences sont nombreuses entre les auteurs et la jurisprudence est assez flottante.

1° Il paraît certain que les fournisseurs ont action contre le *mari, pour le tout*, sans distinguer selon que les fournitures ont été faites à lui-même ou à la femme : il est tenu, en effet, de pourvoir à l'entretien de sa femme ainsi qu'à celui de ses enfants; et, d'autre part, il répond, par le jeu du *mandat domestique*, des engagements qui ont été pris par la femme dans les limites dudit mandat (Req., 27 janvier 1857, *D. P.*, 1857, 1, 142; trib. civ. Seine, 26 déc. 1925, *D. P.*, 1926, 2, 77, note NAST). Il n'en serait autrement que si les dépenses, dépassant les obligations du mari et les termes du mandat domestique, présentaient un caractère vraiment personnel pour la femme (Montpellier, 2 nov. 1925, *D. P.*, 1927, 2, 16);

2° En ce qui concerne la *femme*, il convient, à notre avis, de distinguer entre les dépenses qu'elle a faites elle-même et celles qui ont été engagées par le mari;

a) Si la femme a fait les dépenses elle-même, on doit admettre qu'elle s'est engagée personnellement, puisqu'elle est investie du plein exercice de sa capacité civile. Il y a donc alors, pour les dépenses normales, deux débiteurs au lieu d'un, et la jurisprudence tend à admettre qu'ils sont tenus *solidairement* (Req., 27 janv. 1857, *D. P.*, 1857, 1, 142), ou même *indivisément* (Paris, 8 juill. 1925, *D. P.*, 1926, 2, 77, note NAST); solution critiquable, puisqu'aucun texte n'établit une solidarité entre époux et puisque, d'autre part, l'objet de la dette, une somme d'argent, est parfaitement divisible;

b) Si les dépenses ont été faites par le mari, nous estimons que la femme n'en est pas tenue, en principe, vis-à-vis des créanciers; la règle de la *contribution*, établie dans l'article 1537, n'a qu'une valeur d'ordre intérieur; elle n'est pas valable quant au droit de *poursuite* des créanciers, d'autant plus que le mari, chef du ménage, est tenu de pourvoir à l'entretien de la femme (art. 214, § 1) et symbolise, au regard du public, l'association conjugale : c'est seulement si le mari avait agi, dans l'espèce, comme mandataire de sa femme (Civ., 20 avril 1864, *D. P.*, 1864, 1, 178), ou bien si la femme s'est enrichie et dans la mesure de son enrichissement, qu'elle peut être actionnée par les créanciers du mari.

Cependant, la jurisprudence s'éloignait nettement de ces

conclusions pour admettre que la femme est obligée, envers le créancier, soit pour sa *part contributive*, soit pour le tout (Req., 25 avril 1891, *S.*, 1892, 1, 369, note APPERT, *D. P.*, 1892, 1, 20; Civ., 22 nov. 1893, *motifs*, *D. P.*, 1894, 1, 286, *S.*, 1896, 1, 14; Req., 31 oct. 1934, *S.*, 1935, 1, 16, *D. P.*, 1935, 1, 73, note NAST) au moins si la dépense n'est pas excessive, eu égard au genre de vie du ménage (même arrêt), quand bien même cette dépense serait strictement personnelle au mari (dans l'espèce, une note de tailleur), et même dans le cas où la femme aurait déjà versé au mari sa part contributive (trib. civ. Seine, 18 mars 1909, *D. P.*, 1910, 5, 7). On a pu dire, sans exagération, qu'une telle jurisprudence sacrifiait les intérêts de la femme à ceux des créanciers (SAVATIER, chroniques précitées). Aussi la Chambre civile est-elle revenue à une plus saine appréciation de la situation créée par la séparation de biens en posant le principe que, sous un tel régime, la femme n'est pas tenue d'acquitter sur ses biens personnels les dettes contractées par son mari, et cela alors même qu'elles concerneraient un desdits biens (Civ. 10 nov. 1937, *S.* 1938, 1, 263); il n'en irait autrement que si la dette avait été assumée pour les besoins du ménage. Il est à souhaiter que cette dernière décision fixe, dans un sens équitable, et définitivement, notre jurisprudence.

528. III. **Gestion des biens de la femme.** — En principe, c'est la femme qui administre son patrimoine (art. 1449 et 1536); en fait, il est fréquent que le mari s'immisce dans cette administration, plus ou moins régulièrement : nous envisagerons successivement ces deux éventualités.

A. — *Administration par la femme.* — Aux termes de l'article 1449, § 1, la femme séparée de biens a la *libre administration*, comme aussi la libre jouissance (art. 1536), de sa fortune personnelle.

Ce principe conduit à des conséquences très différentes, sinon pour la jouissance, du moins pour l'administration, selon qu'on le combine avec le statut d'incapacité qui fut celui de la femme mariée jusqu'à la dernière époque, ou qu'on le conjugue avec le statut de la capacité tel qu'il a été établi par la loi du 18 février 1938.

529. *a*) **Système jurisprudentiel qui fonctionnait avant 1938.** — En combinant le principe de la libre administration avec celui de l'incapacité générale dont la femme, même séparée de biens, demeurait alors frappée, notre juris-

prudence en était arrivée fort logiquement à cette conclusion que la femme séparée de biens pouvait toujours et seulement agir *pour cause d'administration*; ce critère avait une valeur générale : on en faisait application : 1° aux *obligations*, la femme ne pouvant s'engager valablement sans autorisation qu'autant qu'en s'obligeant elle administrait; on était ainsi conduit à lui permettre d'engager des domestiques ou de prendre un appartement ou une maison à bail, mais non pas de se porter caution, ou de spéculer à la Bourse (Paris, 10 fév. 1932, *S.*, 1932, 2, 188), ou de contracter un emprunt, à moins que l'opération ne correspondît aux besoins d'une libre administration (Paris, 27 nov. 1857, *D. P.*, 1857, 2, 209); 2° aux *acquisitions*, aux *placements* : on admettait que la femme séparée de biens plaçât librement ses économies, mais non point des capitaux, pour l'emploi desquels une autorisation restait indispensable; 3° aux *aliénations* enfin : on faisait intervenir le critère de l'acte d'administration pour restreindre la portée du second alinéa de l'article 1449, aux termes duquel la femme séparée de biens « ... *peut disposer de son mobilier et l'aliéner* »; cette formule n'était entendue qu'en fonction de la grande directive d'après laquelle la femme ne saurait agir que pour cause d'administration; en conséquence, l'autorisation demeurait nécessaire tant pour les aliénations à titre gratuit, lesquelles, réserve faite des cadeaux d'usage, des menues libéralités courantes, ne sont évidemment pas des actes d'administration, que pour les aliénations à titre onéreux se ramenant, pour une raison ou pour une autre, à la notion de l'acte de disposition, telles une cession de créance ou la vente d'un titre nominatif : c'était seulement pour cause d'administration — et par exemple lorsqu'il s'agissait de vendre des récoltes — que la femme pouvait aliéner son mobilier; mais la vente de capitaux supposait absolument une autorisation du mari ou de justice (Conclusions de l'avocat général Desjardins, *D. P.*, 1882, 1, 371; Civ., 25 avril 1882, *D. P.*, 1882, 1, 371; 2 déc. 1885, *S.*, 1886, 1, 97, note Labbé; Req., 24 oct. 1906, *S.*, 1910, 1, 482).

530. *b*) **Droit actuel, en fonction de la loi du 18 février 1938.** — La substitution du standard de la capacité de la femme mariée à celui de son incapacité, telle qu'elle fut réalisée par la loi du 18 février 1938, doit entraîner logiquement la caducité de la jurisprudence qui avait cours jusqu'alors et qui sera appelée à se transformer pour s'adap-

ter à la situation nouvelle : en conjuguant la directive de la libre administration avec celle de la capacité générale dont bénéficie actuellement, sous un régime quelconque, toute femme mariée, on aboutit aux solutions suivantes qui sont respectueuses à la fois des principes directeurs auxquels nous venons de nous référer et des solutions concrètes inscrites dans l'article 1449.

1° Pour ce qui est des *obligations*, la femme séparée de biens peut les assumer librement, en contractant seule et sans autorisation, et cela sans distinguer selon que son engagement a la valeur d'un acte d'administration ou qu'il revêt une signification plus grave; dans un cas comme dans l'autre, le créancier aura pour gage tous les biens de sa débitrice en pleine propriété : cette solution est commandée par la règle de la pleine capacité civile de la femme à laquelle aucun texte n'apporte, dans cette direction, la moindre restriction.

2° En ce qui concerne les *acquisitions*, les *placements*, la même solution libérale s'impose, et pour les mêmes raisons : capacité générale de la femme mariée, esprit du régime, absence de toute restriction formulée par un texte de loi.

531. — 3° Pour les *aliénations*, il y a une difficulté due à la carence du législateur de 1938 : non pas cependant pour les *meubles*, car il est certain que la femme séparée de biens est à même de les aliéner librement : la distinction que faisait très heureusement la jurisprudence selon que l'aliénation intervenait ou non par cause d'administration, est désormais dépourvue de toute raison d'être, alors que la capacité civile de la femme est complète et que, d'autre part, aucun texte ne vient la limiter au point de vue qui nous occupe; on doit donc admettre que la femme séparée de biens a la disposition de sa fortune mobilière, à titre gratuit comme à titre onéreux (la loi du 18 fév. 1938 a abrogé l'art. 905), et pour les capitaux comme pour les revenus : la jurisprudence antérieure, dans la mesure où elle s'appliquait aux aliénations mobilières, est aujourd'hui périmée et doit tomber; à cet égard et dans cette mesure, le retentissement exercé par la loi nouvelle sur le fonctionnement du régime de séparation de biens est indéniable.

532. — Pour les *immeubles*, la situation est différente, parce qu'il existe un texte, demeuré en vigueur puisqu'il n'a pas été visé par la loi de 1938, et qui décide que la femme séparée de biens « ... *ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à*

son refus » (art. 1449, § 3). Le conflit éclate entre le principe de la capacité de la femme mariée et la défense faite à la femme séparée de biens, par un texte formel, d'aliéner ses immeubles, même de minime importance et fût-ce pour cause de large administration sans l'autorisation du mari et de justice : à quoi donner la préférence, de la réforme générale réalisée en 1938, ou du texte du Code civil, non expressément abrogé par la loi qui réalise cette réforme?

Dans la controverse instituée en ces termes, il faut, sans hésiter, se prononcer pour le maintien de l'interdiction portée dans l'article 1449, § 3, donc pour la nécessité d'une autorisation lorsque la femme séparée de biens veut aliéner un de ses immeubles; cette solution est imposée : 1. Par la réserve inscrite dans l'article 215, § 2, nouvelle rédaction, aux termes duquel subsistent les restrictions à la capacité de la femme résultant de « *limitations légales* »; or, une telle limitation est portée formellement, au regard des aliénations d'immeubles appartenant à la femme séparée de biens, non pas une fois, mais à deux reprises différentes; on la trouve, en effet formulée, non seulement dans l'article 1449, § 3, ci-dessus rapporté, mais aussi dans l'article 1538, § 1, qui figure dans un paragraphe consacré à la clause de séparation de biens et d'après lequel : « *Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice* »; ces deux textes, qui demeurent l'un et l'autre en vigueur, sont aussi formels que possible dans le sens de la nécessité d'une autorisation; 2. Les travaux préparatoires de la loi de 1938 viennent à l'appui de cette solution; non seulement il a été affirmé, à de multiples reprises, qu'on n'entendait pas toucher au statut des divers régimes matrimoniaux, mais encore une disposition, qui figurait dans le premier projet adopté par la Commission du Sénat et qui abrogeait l'article 1538, a été écartée, à la demande de M. Pernot faisant observer qu'elle touchait au statut matrimonial (séance du 8 déc. 1936, *Déb. parlem.*, Sénat, p. 1574); si l'on ajoute que le rapporteur au Sénat, M. Renoult, a affirmé, au cours de la discussion, que la femme séparée de biens « sera capable sans restriction, *mais dans les termes de l'article 1449 du Code civil* » (*Déb. parlem.*, Sénat, *J. Off.*, 1937, p. 347), on devra reconnaître que les auteurs de la réforme ont entendu maintenir la nécessité d'une autorisation : les travaux préparatoires

cadrent exactement, sur ce point, avec le texte même de la loi; la femme séparée de biens demeure incapable d'aliéner, à elle seule et sans habilitation, ses biens immobiliers (*Sic*, P. Esmein, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, dans *Gaz. Pal.*, 7 mars 1938; Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, n° 66; J. de la Morandière, *D. H.*, 1938, *Chr.*, p. 27 et 28; — trib. civ., Seine, 14 nov. 1938, *Gaz. Pal.* 22 janv. 1939, *Rev. trim.*, 1939, p. 141).

533. — Le résultat auquel on aboutit ainsi consacre une *inelegantia juris* bien singulière, car la femme séparée de biens se trouve d'avoir une capacité plus réduite que la femme commune en biens, laquelle peut aliéner ses propres immobiliers, au moins pour la nue propriété (*sup.*, n° 200*bis*); c'est ce paradoxe qui a déterminé certains auteurs à soutenir que, depuis 1938, la femme séparée de biens peut aliéner ses immeubles sans autorisation, la disposition de l'article 1449, § 3 ayant été abrogée implicitement, à leur sens, pour la loi nouvelle (Bonnecase, *Mariage et régimes matrimoniaux*, n° 59); mais c'est aller à l'encontre de la méthode suivie par les auteurs de cette loi, de leur volonté certaine de respecter la structure des différents régimes et de textes formels contenus tant dans le Code civil que dans la loi de 1938 elle-même.

534. Constitution de droits réels. — Du moment que la femme séparée de biens demeure incapable d'aliéner ses immeubles, on est conduit à décider qu'une autorisation lui est également nécessaire pour les grever de droits réels; encore que l'opinion contraire soit défendue, elle ne saurait donc, notamment, les hypothéquer librement; la solidarisation établie par l'article 2124 entre la capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer ne laisse aucun doute à ce sujet.

535. Femmes séparées de corps; biens réservés. — Il est deux catégories de femmes séparées de biens qui échappent aux dispositions restrictives des articles 1449, § 3 et 1538, § 1; ce sont :

1° Celles qui sont *séparées de corps* et pour qui il ne saurait évidemment être question d'obtenir une autorisation (*sup.*, t. I, n° 992); dès avant la réforme de 1938, elles étaient affranchies de cette obligation, et il est évident que cette réforme, réalisée par une loi de capacité, n'a pas pu empirer leur situation en les replongeant dans un régime d'incapacité aboli; à cet égard, il y a lieu de regretter que la loi nou-

velle ait abrogé le troisième alinéa de l'article 311 qui consacrait précisément la dispense de toute autorisation, du mari ou de justice, pour les femmes séparées de corps; cette disposition aurait conservé son utilité et sa raison d'être en ce qui concerne les aliénations d'immeubles; mais on est parti de cette conception fausse que, désormais, la femme mariée n'aurait plus jamais besoin d'autorisation, alors que c'est là une règle qui comporte une série d'exceptions (*sup.*, t. I., *suppl.*, 1939, p. 20 et s.).

2° Les femmes qui, sans être séparées de corps, exercent une *profession distincte* de celle du mari, ont, sur les *biens réservés*, sous la séparation de biens comme sous tout autre régime, des pouvoirs très étendus qui leur permettent d'aliéner leurs immeubles, au moins à titre onéreux (L. 13 juill. 1907, art. 1er; *sup.*, nos 178 et s.).

536. B. **Immixtion du mari.** — Bien que le mari n'ait pas à intervenir dans l'administration de la fortune de la femme séparée de biens, il advient assez souvent qu'il s'immisce, plus ou moins correctement, plus ou moins officiellement, dans cette administration. On doit distinguer, à ce sujet, selon qu'il s'est immiscé dans l'*administration* proprement dite, ou bien qu'il a participé à des actes d'*aliénation*.

1° *Immixtion dans les actes d'administration et de jouissance.* — Trois éventualités sont prévues dans les articles 1539 et 1577 à 1580.

a) *Le mari avait reçu mandat de la femme.* — Ce mandat est soumis au droit commun (art. 1577) : irrévocable s'il a été donné par contrat de mariage, il est au contraire révocable s'il a été donné au cours du mariage, solutions postulées par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il peut être *général* ou *spécial*; général, il n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988). Le mari doit rendre compte, comme tout mandataire (art. 1993); quant aux *fruits*, il en est comptable si la procuration le stipule ainsi; sinon, il n'a pas à rendre compte des fruits par lui consommés (art. 1577 et 1578);

b) *Le mari a administré sans mandat* : par inexpérience, par indifférénce ou par discrétion, la femme lui a laissé l'administration et la jouissance de ses biens. Alors, il doit être traité comme un *gérant d'affaires*, avec cette particularité qu'il acquiert définitivement les fruits en les *consommant* et qu'il n'est tenu de restituer que ceux qui, se trouvant en nature dans ses mains ou dans sa succession, n'ont

pas encore été fondus dans son patrimoine et ont conservé leur individualité et leur marque d'origine, donc sans que la femme puisse revendiquer les économies qu'il aurait pu réaliser, ni les biens qu'il aurait pu acquérir en emploi (art. 1539 et 1578; Req., 19 déc. 1842, *S.*, 1843, 1, 165; Civ., 18 juin 1908, *D. P.*, 1908, 1, 325, *S.*, 1910, 1, 369, note Carmont; Toulouse, 27 mai 1927, *S.*, 1929, 2, 137, note Maurice Costes). En retour, la loi lui impose les obligations qui incomberaient à un usufruitier en tant que charge des fruits (art. 1580); mais il a droit au remboursement de ses impenses, intégralement pour celles qui avaient un caractère nécessaire, jusqu'à concurrence de la plus-value pour celles qui étaient simplement utiles;

c) *Le mari a administré malgré l'opposition de sa femme.* — Il est alors comptable de tous les fruits, même consommés (art. 1579), déduction faite cependant de ceux qui représentent la part contributive de la femme aux charges du mariage, ainsi que du montant des dépenses qu'il a dû consentir pour obtenir lesdits fruits (frais de culture et de récolte, paiement des impôts, etc).

537. Immixtion dans les actes d'aliénation. — La loi a craint que le mari n'incitât la femme à vendre ses biens en vue de s'approprier le prix et d'en faire son profit; c'est pourquoi elle lui fait une obligation de veiller au *remploi* du bien aliéné (art. 1450).

Cette obligation est plus ou moins sévèrement entendue selon que l'aliénation a été autorisée par justice ou par le mari.

a) *Vente autorisée par justice.* — En principe, le mari ne répond pas des destinées du prix que la femme a touché à l'occasion d'une vente immobilière à laquelle il est resté tout à fait étranger, officiellement du moins.

Cependant, l'article 1450, § 1, le rend responsable du défaut de remploi dans trois cas :

1. S'il a *concouru à la vente*;
2. S'il a *touché le prix*;
3. Si ce prix a *tourné à son profit.*

b) *Vente d'immeuble autorisée par le mari.* — L'article 1450, § 2, établit alors un règlement plus sévère : le mari est tenu pour responsable du défaut de remploi, du moins « *si la vente a été faite en sa présence et de son consentement* ». Il est curieux que la plupart des auteurs se contentent d'exiger, pour que la responsabilité du mari soit mise en œuvre, qu'il ait autorisé la vente; à leur avis, sa présence

lors du contrat serait indifférente; c'est là faire abstraction d'une disposition formelle; aussi comprend-on que la jurisprudence exige, au contraire, la réunion des deux conditions visées dans l'article 1450, § 2 : l'autorisation et la présence du mari (*Sic*, Angers, 5 fév. 1890, sous Civ. 8 juill. 1891, *D. P.*, 1893, 1, 388).

Le texte précise que le mari, responsable du *défaut de remploi*, ne l'est pas de l'*utilité* de cette opération.

538. IV. **Fin du régime de séparation de biens.** — La séparation de biens cesse normalement par la *dissolution* du mariage : *décès* de l'un des époux ou *divorce*.

Exceptionnellement : 1° les époux peuvent, après la séparation de biens *judiciaire*, rétablir leur régime primitif (art. 1451; *sup.*, n° 246); 2° on s'est demandé si la séparation de biens *contractuelle* peut prendre fin par la séparation de biens *judiciaire* : on conçoit que la femme, séparée de biens en vertu du contrat de mariage, ait intérêt à demander au tribunal la séparation de biens, car elle y gagnerait peut-être un allègement de sa part contributive aux charges du mariage. Mais cette prétention se heurterait au texte de l'article 1443 qui subordonne la séparation judiciaire à la mise en péril de la *dot* : la femme séparée de biens n'a pas de dot au sens juridique du mot; la demande en séparation manquerait donc ici de base.

539. V. **Combinaison de la séparation de biens avec d'autres régimes.** — Conformément au principe de la liberté (art. 1387), les futurs époux peuvent, dans leur contrat, combiner le régime de la séparation de biens avec un autre régime : soit avec le régime *dotal*, en stipulant que les biens de la femme ou certains d'entre eux seront inaliénables ou ne seront qu'aliénables à charge de remploi; soit avec le régime de *communauté*, au moyen de l'adjonction d'une *société d'acquêts* qui vient tempérer le caractère foncièrement individualiste de la séparation. La difficulté est alors de faire la part à chacun des régimes qui se trouvent ainsi conjugués : d'une part, la femme conserve l'*administration* et la *jouissance* de sa fortune personnelle, et le *passif présent* reste à la charge exclusive de chacun des époux, comme aussi le passif grevant les biens qui leur sont acquis au cours du mariage; mais d'autre part, il existe un patrimoine *commun*, constitué en conformité de l'article 1498, administré par le mari, et qui se partagera entre les époux

lors de la dissolution; la présomption d'acquêts fonctionne dans les termes de l'article 1499.

CHAPITRE IV

Le régime dotal

540. Sources. — Articles 1540 à 1581; l. 9 mars 1919; l. 2 avril 1932.

Bibliographie. — ROUSSILHE, *Traité de la dot*; BRESSOLES, *Des régimes matrimoniaux actuellement pratiqués dans les pays toulousains*; JOUITOU, *Etude sur le système du régime dotal*, 2 vol.; Et. BARTIN, *Etudes sur le régime dotal*, dans les *Travaux et mémoires de la Faculté de Lille*, 1891, t. II, n° 7; EYQUEM, *Le régime dotal, son histoire, son évolution, ses transformations au XIX^e siècle, sous l'influence de la jurisprudence et du notariat*, 1905; BONNECASE, thèse, Toulouse, 1905; BAILLON, thèse, Bordeaux, 1926; CARBONNIER, thèse, Bordeaux, 1932, pp. 137 et suiv.

541. Plan :
1° *Généralités*;
2° Les biens *dotaux*;
3° Les biens paraphernaux;
4° *Combinaison* du régime dotal avec d'autres régimes.

SECTION I. — GÉNÉRALITÉS

542. Aperçu. — Le régime dotal est certainement le plus original de tous nos régimes matrimoniaux-types. Ce qui le caractérise, ce n'est point l'existence d'une dot, laquelle se retrouve également sous les régimes communautaires ainsi que sous le régime de non-communauté, mais c'est le statut particulier auquel cette dot est alors soumise, quant aux pouvoirs du mari qui sont particulièrement étendus, quant à la restitution à laquelle la femme ou ses héritiers ont droit, et surtout quant à son *inaliénabilité* : car, en principe du moins, les biens dotaux sont, sous le régime dotal, frappés d'inaliénabilité; on les soustrait à la libre circulation, on les immobilise, afin d'en assurer la conservation et de sauvegarder les droits de la femme : sous ce régime *essentiellement protecteur des intérêts de la femme*, la dot

est juridiquement intangible, et l'on comprend donc que, étant à ce point caractéristique, elle ait donné son nom au régime sous lequel elle est soumise à un statut aussi exorbitant du droit commun; on s'explique aussi la tentative, fort intéressante, faite pour ramener le patrimoine dotal à la notion de fondation, et, par suite, à celle d'une personnalité morale, au moins atténuée (*Sic*, CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 192 et suiv.).

Il faut d'ailleurs se garder de croire que tous les biens de la femme présentent, sous ce régime, le caractère dotal : à côté des biens *dotaux*, dont le mari a l'administration et la jouissance, figurent les biens *paraphernaux* que la femme administre elle-même et dont elle perçoit les revenus, à peu près comme si elle était séparée de biens, en sorte que le régime dotal pourrait être défini : un régime de séparation de biens comportant une dot soumise à un statut spécial.

Dans la plupart des cas, le patrimoine de la femme dotale se décompose ainsi en deux compartiments, soumis à des statuts juridiques très différents, aynat chacun son actif et son passif, administrés l'un par la femme et l'autre par le mari.

543. Historique. — Le régime dotal nous vient du *droit romain* où il conquit progressivement ses caractéristiques, depuis la loi *Julia de fundo dotali* qui défendit au mari d'aliéner le fonds dotal italique sans le concours de sa femme, jusqu'à la constitution de l'année 530 qui lui interdit d'aliéner ce fonds, fût-ce d'accord avec sa femme.

Ce régime ne pénétra pas dans nos *pays de coutume*, sauf en Normandie où il revêtait d'ailleurs une physionomie toute particulière, l'inaliénabilité de la dot normande étant tout autre chose que l'inaliénabilité de la dot romaine; en revanche, il fit fortune dans nos *pays de droit écrit* où il régna, en tant qu'importation du droit romain, mais où il subit, sous l'influence des hommes de loi et des Parlements, des déformations multiples et très variables avec les régions : c'est ainsi que, dans le ressort du Parlement de Bordeaux, la règle de l'inaliénabilité fut étendue à la dot mobilière tandis que, dans le Lyonnais et dans le Beaujolais, elle disparut; de plus, et un peu partout, on prit l'habitude de conjuguer le régime dotal avec une communauté restreinte, en lui adjoignant une *société d'acquêts*.

Lors de l'élaboration du *Code civil*, les rédacteurs se trouvèrent en présence des deux grands régimes matrimoniaux

qui se partageaient les faveurs de notre pays : le régime *coutumier* de la communauté, le régime *romain* de la dotalité. Ils voulurent donner asile à ces deux statuts matrimoniaux, tout en réservant à la communauté la dignité de régime légal; mais la section de la législation du Conseil d'État modifia les conclusions de la commission : considérant que toute stipulation d'inaliénabilité allait à l'encontre de l'ordre public, elle posa en principe que les biens constitués en dot sont toujours aliénables, nonobstant toute stipulation contraire : c'était la condamnation du régime dotal. Cependant, devant les protestations énergiques des populations méridionales, fort attachées au droit romain, le Conseil d'État dut rétablir le régime dotal et il lui fit même, pour donner tous apaisements aux protestataires, les honneurs d'un chapitre spécial, le chapitre III, ce qui dérangea l'économie du Code civil, puisque tous les autres régimes, y compris le régime légal, trouvaient place dans un même chapitre, le deuxième, intitulé « *Du régime en communauté* ».

544. Avantages et inconvénients du régime dotal. — Ces avantages et ces inconvénients apparaîtront mieux par la suite, au cours de nos explications. Le régime dotal a pour objectif de protéger à outrance la femme, non seulement contre son mari, mais *contre elle-même* : à cette fin, on ne lui permet pas de compromettre, même d'accord avec son mari, la reprise de sa dot qui devient juridiquement indestructible et qui prend l'allure d'un *bien de famille* : le régime dotal est un régime de *sécurité familiale* (V. R. Cassin, *Les libéralités à destination familiale en France*, dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 115).

Seulement, il est aussi un régime de *défiance* à l'égard du mari; un régime de stagnation, de *mainmorte*, puisque les biens dotaux ne peuvent pas être aliénés; un régime de *paralysie*, sous lequel les époux sont les prisonniers des précautions qu'ils ont prises en vue de sauvegarder l'avenir : l'hypothèque légale de la femme est elle-même indisponible dans la mesure où elle garantit les reprises dotales; le *crédit* des époux se ressentira de cette situation anormale; la dot sera tellement bien protégée qu'elle ne servira plus à grand'chose, sauf à donner des revenus, peut-être insuffisants. Et puis, à supposer que les époux trouvent un crédit, ce sont leurs bailleurs de fonds qui seront sacrifiés, puisqu'ils se

heurteront à l'inaliénabilité dotale : régime de sécurité pour les époux, le régime dotal est un régime d'insécurité pour les tiers, pour les créanciers, pour les acquéreurs.

545. Correctifs : évolution du régime dotal. — Les inconvénients que nous venons de signaler ne sont pas sans remède, il s'en faut; l'ingéniosité des praticiens y a pourvu largement, et le législateur lui-même est intervenu à cet effet.

1° L'insécurité que le régime présente pour les tiers a été bien diminuée grâce à la *publicité* que le contrat de mariage a obtenue par la loi du 10 juillet 1850 : ou bien ce contrat a été publié conformément aux prescriptions de cette loi, et alors les tiers sont mis sur leurs gardes, ou bien l'inaliénabilité dotale ne leur est pas opposable (*sup.*, n° 387);

2° Si la femme exerce une *profession distincte* de celle du mari, ses biens *réservés* échappent au statut de la dotalité, encore qu'elle eût constitué en dot tous ses biens présents et à venir : toutes les règles des régimes matrimoniaux fléchissent devant la réforme réalisée par la loi du 13 juillet 1907 (*inf.*, n° 552);

3° En fait, le régime dotal a considérablement *évolué* depuis le Code civil, en partie grâce aux praticiens; il a beaucoup perdu en rigueur, en intensité. Entre les mains des notaires, cet instrument si roide s'est bien assoupli sous l'action des clauses qui ont insérées presque constamment dans les contrats de mariage, soit qu'on adjoigne au régime dotal une *société d'acquêts*, soit qu'on autorise les époux à aliéner les immeubles ou certains d'entre eux à charge de *remploi*, ou encore qu'on confie au mari l'administration et la jouissance des paraphernaux. Il s'est ainsi constitué progressivement une sorte de *régime dotal coutumier* qui est très distant du régime dotal pur, tel qu'il a été aménagé par le Code civil, et qui est l'œuvre principalement du notariat. (V. un mémoire de M. Charmont, *Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier*, *Congrès international de droit comparé*, de 1900, t. II, p. 181.)

546. L'œuvre de la jurisprudence. — Il faut ajouter que la jurisprudence a participé, dans une large mesure, à cette évolution du régime dotal depuis le Code civil jusqu'à nos jours; presque toujours, elle l'a fait avec bonheur, avec un sens aigu des nécessités pratiques; tantôt, en développant et renforçant la dotalité (inaliénabilité de la dot mobi-

lière, *inf.*, n° 586; théorie de la dot incluse dans les paraphernaux, *inf.*, n° 660), d'autres fois en pratiquant au contraire des brèches dans le rempart de l'inaliénabilité (interprétation libérale de l'art. 1558, *inf.*, n° 599; limites apportées au principe de l'insaisissabilité de la dot).

547. Statistique. — Le régime dotal est incontestablement en *régression*, même dans la régions du Midi : en 1898, il fut adopte, pour toute la France, dans 10.112 contrats sur 82.346; mais, dans la moitié des cas, ou presque, il se trouvait tempéré par l'adjonction d'une société d'acquêts. Il est pratiqué principalement dans les ressorts des cours de Nîmes, Montpellier, Aix, Bastia et Riom : pour le seul département de l'Hérault, la statistique de l'enregistrement de 1898 relève, sur 637 contrats, 545 contrats portant adoption du régime dotal. Malgré tout, la communauté d'acquêts gagne du terrain et refoule devant elle la dotalité : le régime français prend de plus en plus nettement l'avantage sur le régime romain.

548. Soumission au régime dotal : formules à employer. — Parce que le régime dotal fait échec à des règles fondamentales de notre droit, notamment au principe de la libre circulation des biens, la loi exige, pour son adoption, une *déclaration expresse* (art. 1392), c'est-à-dire une déclaration exempte d'ambiguïté, qui ne comporte qu'une interprétation possible : la soumission audit régime.

En conséquence, n'emporteraient pas adoption du régime dotal les clauses suivantes :

1° La femme se constitue ou il lui est constitué des biens en dot (art. 1392, § 1);

2° Les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens (art. 1392, § 2);

3° La femme donne au mari mandat d'administrer ses biens « comme son procureur général et irrévocable » (Req., 10 mars 1858, *D. P.*, 1858, 1, 347; Grenoble, 27 déc. 1860, *D. P.*, 1861, 2, 171);

4° Il est stipulé que remploi devra être fait des propres de la femme commune en biens, s'ils viennent à être aliénés au cours du mariage; malgré cette clause, et à moins d'avoir stipulé que le défaut de remploi entraînera la nullité de l'aliénation, la femme conserve le droit d'aliéner ses biens et de les grever d'hypothèques (Ch. réun., 8 juin 1858, *D. P.*, 1858, 1, 233, avec le rapport du conseiller Plougoulm; Req., 18 fév. 1935, D. H., 1935, 177).

La loi n'exige d'ailleurs pas, pour la soumission au régime dotal, une formule sacramentelle : c'est ainsi que serait efficiente la stipulation d'après laquelle tous les biens de la femme seront dotaux et inaliénables; il serait difficile, en effet, d'interpréter une telle formule autrement que dans le sens d'une soumission au régime dotal.

Section II. — LES BIENS DOTAUX

549. Plan. — 1° *Quels biens* sont dotaux;
2° *Propriété*, *administration* et *jouissance* des biens dotaux;
3° *Inaliénabilité* de la dot;
4° *Restitution* de la dot.

§ I. — *QUELS BIENS SONT DOTAUX*

550. Principe. — Sous le régime *dotal*, et pour étrange que soit cette constatation, la *dotalité* ne constitue que l'exception : en principe, les biens de la femme sont *paraphernaux* (art. 1574) ; la dot ne comprend, suivant la définition légale, que les biens apportés par la femme au mari pour *supporter les charges du mariage* (art. 1540). Ces biens, quels sont-ils?

Pour les connaître, c'est au *contrat de mariage* qu'il convient de se reporter, et à lui seul : il est la source unique de la dotalité. Sont dotaux, en effet, d'après la loi : 1° les biens donnés à la femme par contrat de mariage; 2° ceux qu'elle s'est constitués expressément en dot (art. 1541).

1° **Biens donnés à la femme par contrat de mariage.** — Ces biens ont le caractère dotal, *abstraction faite de toute déclaration de dotalité* : à moins de stipulation contraire, les biens donnés à la femme dans le cadre du contrat de mariage sont soumis au statut de la dotalité, *ipso facto*.

Cette disposition est tout à fait générale :

a) Il n'y a pas à distinguer d'après l'étendue de la donation : même les donations de biens à venir sont régies par l'article 1541, pourvu que l'institution contractuelle s'ouvre avant la dissolution du mariage. (Civ., 21 nov. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 398; 22 juill. 1889, *D. P.*, 1890, 1, 388.)

b) Peu importe également la personnalité du disposant : même les biens donnés à la future femme par le futur mari ont le caractère dotal; vainement objectera-t-on que de tels biens ne répondent pas à la définition de la dot, qu'ils ne sont

pas apportés par la femme au mari, mais, tout au contraire, par le mari à la femme; ce sophisme est sans valeur : quoique provenant d'abord du mari, un bien peut néanmoins être affecté ensuite, dans les mains de la femme, aux charges du ménage; il n'y a là nulle contradiction; l'analyse découvre deux opérations successives, d'abord la libéralité adressée par le mari à la femme, puis l'apport de dot fait par la femme au mari. (Bordeaux, 30 avril 1850, *D. P.*, 1852, 2, 237; *contra*, Aix, 19 janv. 1844, *S.*, 1844, 2, 247).

551. 2° Biens que la femme s'est constitués en dot. — (Art. 1541). — La constitution peut être plus ou moins étendue; elle peut porter uniquement sur un ou sur plusieurs biens déterminés, comme elle peut être universelle, affecter soit tous les biens présents, soit tous les biens à venir, soit les uns et les autres (art. 1542, § 1). Mais, dans tous les cas, la stipulation doit être *expresse*; sans doute, la loi n'exige pas une formule sacramentelle; il n'est pas indispensable qu'on fasse allusion, *in terminis*, à une *constitution de dot*; mais il faut que la volonté de la femme d'apporter le bien à son mari soit établie avec évidence et sans ambiguïté. Il ne suffirait donc pas d'énumérer, dans le contrat, les biens présents de la femme, ni même de conférer au mari l'administration de ces biens, ou encore de stipuler l'emploi des deniers de la femme (Req., 22 avril 1857, *S.*, 1857, 1, 575; 9 août 1858, *D. P.*, 1858, 1, 371); mais on considérera comme dotaux les biens que la femme s'est « constitués », ou qu'elle a « affectés aux charges du ménage », ou qu'elle a « apportés au futur époux ».

L'article 1542, § 2, fait une application du principe d'interprétation restrictive en décidant que « *la constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir* ».

Lorsque la constitution porte sur les *biens présents*, elle englobe tous les biens dont la femme a la propriété ou la possession *légale* (*ad usucapionem*) au jour du *mariage* — et non au jour du contrat. D'une façon plus générale, il faut tenir compte de la *rétroactivité* de certaines acquisitions : rétroactivité de la *condition*; rétroactivité de l'*usucapion* (art. 1561, § 2; *sup.*, t. I, n° 1602); rétroactivité du *partage* (art. 883, *inf.*, n^{os} 556 et 1219); en un mot, un bien est considéré comme présent du moment qu'il est acquis en vertu d'un titre antérieur au mariage, compte tenu de la rétroactivité de certains actes ou de certains concepts juridiques.

Mais les biens sur lesquels la femme n'avait, lors du mariage, qu'un droit *éventuel*, sont à considérer certainement comme des biens à venir : car l'éventualité prévue se réalise sans rétroactivité (*sup.*, t. I, n° 113).

552. — Lorsque la constitution porte sur *les biens à venir*, il est possible qu'elle n'englobe cependant pas tous les biens que la femme acquerra au cours du mariage; car il faut faire leur place, d'abord à la *clause de paraphernalité* par laquelle un donateur imprime le caractère paraphernal à un bien qui, d'après le contrat de mariage, devrait être dotal (*inf.*, n° 558); puis à la loi du 13 juillet 1907 qui a institué les *biens réservés* : sous tous les régimes, la femme laborieuse doit avoir la libre disposition des produits de son travail qui sont *aliénables* et *saisissables* (art. 1[er] et 3 de la loi); d'ailleurs, sous tous les régimes autres que la communauté, les biens réservés sont des *propres* (art. 5, § 4 de la loi); ce qui revient à dire que, sous le régime dotal, ils ont le caractère de *paraphernaux*, mais de paraphernaux soumis à un statut spécial, celui de la loi du 13 juillet 1907 : la femme a sur eux les très larges pouvoirs que lui confère cette loi, mais, d'autre part, ils doivent être affectés aux charges du ménage (ancien art. 7 de la loi, abrogé par la loi du 18 fév. 1938; art. 214, § 2, C. civ. nouv. réd).

Ainsi, des deux statuts en présence, celui de la dotalité et celui des biens réservés, c'est ce dernier qui l'emporte : son caractère *d'ordre public* (art. 1[er], § 1, de la loi) lui assure la prépondérance.

553. — *En résumé*, la dot de la femme dotale se compose de deux éléments : d'une part les biens qui lui ont été donnés par contrat de mariage, et pour lesquels existe ainsi une *présomption de dotalité*; d'autre part, ses autres biens, mais pour lesquels existe une présomption inverse, de paraphernalité, laquelle n'est écartée que par une *constitution expresse* de dotalité.

Cantonnement de la dotalité. — Il arrive que la femme ne se constitue en dot qu'une quote-part de ses biens présents, ou plutôt de ses biens à venir : la moitié, le quart. Un moment arrivera où il faudra nécessairement préciser l'assiette de la dotalité, effectuer une ventilation entre les biens dotaux et les biens paraphernaux; cette localisation de la dotalité sera réalisée au moyen d'une opération connue sous le nom de *cantonnement de la dotalité*; elle intervient, le moment venu, sur l'initiative soit des époux, soit de tous

autres intéressés : créanciers désireux de saisir les biens de la femme, acquéreurs de ces biens, etc. (V. Albert WAGNER, *Du cantonnement de la dotalité en matière de dotalité partielle*, *Rev. trim.* 1937, p. 31.)

554. Immutabilité de la dot sous le régime dotal. — La dot, déterminée d'après les principes ci-dessus énoncés, présente, sous le régime dotal, un caractère *immuable*. Elle le doit, d'abord au principe général de l'*immutabilité des conventions matrimoniales* (art. 1395, *sup.*, n° 437), mais aussi à une disposition spéciale qui vient renchérir sur ce principe : aux termes de l'article 1543, « *la dot ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage* ». Cette dernière règle a ceci de particulièrement rigoureux qu'à la différence du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, elle s'impose, non seulement aux parties à l'acte, mais également aux *tiers*; mais il est à remarquer que, d'intensité plus grande que le principe de l'article 1395, elle a un domaine d'application plus limité, puisqu'elle ne vise que les clauses tendant à *constituer* ou à *augmenter* la dot au cours du mariage, c'est-à-dire les changements qui se produiraient dans un sens *extensif* de la dotalité, à l'exclusion des clauses qui tendraient au contraire à diminuer la dot : pour ces dernières, seul reste en ligne le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

555. — Telle étant l'économie du système, nous allons en vérifier l'exactitude, en pénétrer la signification et la portée exacte en examinant les trois propositions suivantes, qui sont autant de corollaires du principe de l'immutabilité :

1° La dot ne peut être ni *constituée* ni *augmentée* au cours du mariage;

2° Elle ne peut pas être *diminuée*;

3° Elle ne peut pas être *modifiée* dans ses éléments constitutifs.

I. La dot ne peut être ni constituée ni augmentée pendant le mariage. — Ce n'est pas l'article 1395 qui régit ce premier chef de la prohibition, mais bien l'article 1543 : les *tiers* eux-mêmes en subissent donc la loi, et, par exemple, si la femme s'est constitué en dot ses biens présents seulement, il ne dépendrait pas d'un donateur de faire en sorte que les biens dont il gratifie la femme eussent le caractère dotal: une telle clause serait illicite et, comme telle,

réputée *non écrite* (art. 900; *inf.*, n° 1542; Civ., 23 janv. 1900, *D. P.*, 1900, 1, 535; Paris, 20 oct. 1890, *D. P.*, 1891, 1, 359); en conséquence, les biens donnés seraient des paraphernaux, en conformité de la charte matrimoniale des époux. En général, on admet cependant qu'ils seront soumis à l'administration et à la jouissance du mari; seule, la règle de l'inaliénabilité serait écartée. Mais cette demi-mesure nous paraît inacceptable; on ne fractionne pas une nullité, on ne la décompose pas arbitrairement, sous le prétexte de se rapprocher autant que possible de l'intention du disposant; du moment que le bien donné n'est pas dotal — et sur ce point tout le monde est d'accord — c'est qu'il est paraphernal, absolument; la clause de la dotalité était indivisible; si elle tombe, c'est intégralement, pour le tout.

556. Etendue de la prohibition. — La prohibition demande à être enfermée dans des limites raisonnables, postulées par les raisons mêmes qui l'ont fait édicter.

1° Elle est étrangère aux accroissements fortuits qui se produisent indépendamment de la volonté des époux, qui proviennent par exemple de l'*alluvion*, ou de l'extinction d'un *usufruit* qui vient rejoindre, à la mort de l'usufruitier, la nue propriété comprise dans la constitution de la dot (Bordeaux, 20 janv. 1893, *D. P.*, 1893, 2, 517), ou de *primes* ou de *lots* dont bénéficient des valeurs mobilières dotales, ou du *droit de souscription* attaché à de telles valeurs (trib. civ., Seine, 10 mars 1937, *D. H.*, 1937, 342);

2° On décide également de soustraire à l'application de l'article 1543 les *plus-values* provenant de dépenses d'amélioration faites sur l'immeuble dotal (Civ., 10 juin 1885, *D. P.*, 1886, 1, 205; Montpellier, 20 oct. 1925, *D. P.*, 1926, 2, 143), et même les *constructions* élevées sur le terrain dotal : elles deviennent dotales par droit d'*accession*, alors même qu'elles auraient été faites avec des deniers paraphernaux ou avec ceux du mari, sauf indemnisation de ce dernier (Civ., 29 août 1860, *D. P.*, 1860, 1, 393; Req., 31 mai 1911, *S.*, 1912, 1, 500; Montpellier, arrêt précité): le principe de l'absorption, par le sol, de tout ce qui y est incorporé (art. 551) est plus fort que la règle, cependant impérative, de l'article 1543 : *superficies solo cedit*;

3° Enfin, la jurisprudence, faisant application de l'article 883, décide, ce qui est fort contestable, que les parts acquises ultérieurement par la femme dans un immeuble indivis, deviennent dotales comme la part qui lui apparte-

nait lors du mariage et qui était comprise dans la constitution de dot des biens présents : à raison de l'effet *déclaratif* du partage, dont l'on fait ainsi un emploi abusif (V. *inf.*, n° 1219), la femme est censée avoir eu, dès l'origine, antérieurement au mariage, la propriété des parts acquises ultérieurement, en sorte que ces parts peuvent devenir dotales sans qu'à vrai dire la dot ait été augmentée : et cependant, dans la réalité, l'augmentation s'est incontestablement réalisée (Req., 30 janv. 1850, *D. P.*, 1850, 1, 171; 21 mars 1860, *D. P.*, 1860, 1, 297, note Brésillion; Limoges, 14 nov. 1876, *D. P.*, 1877, 2, 35). Il est d'ailleurs admis, également, que le *retrait d'indivision* de l'article 1408 fonctionne au profit de la femme dotale comme en faveur de la femme commune en biens (*inf.*, n° 655).

557. — En résumé, sont dotales, en dépit de l'article 1543, toutes les valeurs qui, au cours du mariage, viennent s'incorporer étroitement à un bien dotal, soit à raison de la loi de l'*accession*, soit en vertu de l'*effet déclaratif* du partage : hors de là, la règle restrictive de l'article 1543 a le champ libre; la dot ne saurait être augmentée au cours du mariage.

558. II. **La dot ne peut pas être diminuée** *constante matrimonio.* — Cette deuxième face de la prohibition échappe à l'emprise de l'article 1543 : c'est seulement le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395) qui s'oppose à la diminution de la dot; c'est dire que la prohibition s'adresse aux époux, non aux tiers; en conséquence, si la femme s'est constitué en dot ses biens présents et à venir, il dépend du donateur de stipuler que les biens par lui donnés auront le caractère paraphernal : à la différence de la *clause de dotalité* qui, dans le cas précédent, était nulle, la *clause de paraphernalité* est licite.

559. III. **La dot ne peut pas être transformée, modifiée dans ses éléments constitutifs.** — On entend par là que la dotalité est attachée strictement aux biens qui en sont frappés : c'est une qualité, une manière d'être qui ne passe pas d'un bien à un autre, qui ne circule pas, qui ne se transmet pas. C'est tel bien qui, d'après le contrat de mariage, est dotal; ce ne sera pas tel autre, même si celui-ci a pris la place de celui-là.

560. Applications. — On suppose, pour plus de simplicité, que la femme s'est constitué en dot uniquement ses biens présents.

1° Une dot avait été promise à la femme, en argent; le constituant se libère en cédant un immeuble, combinaison parfaitement licite (*sup.*, n° 443) : l'immeuble ainsi *donné en paiement n'est pas dotal* (art. 1553, § 2);

2° Le constituant n'a pas encore payé la dot promise; sur ces entrefaites, il décède et la femme — qui était sa fille — vient à sa succession : la créance qu'elle avait contre son père s'éteint par confusion, au moins si elle accepte la succesison paternelle purement et simplement; les biens qu'elle recueille dans cette succession sont paraphernaux, tous; ce n'est pas à titre de dot, mais à titre successoral qu'elle les acquiert (Req., 3 juin 1891, *D. P.*, 1892, 1, 13, rapport Cotelle);

3° Les époux *emploient* des deniers dotaux à l'achat d'un immeuble : en principe, cet immeuble est paraphernal, car la dotalité est intransmissible (art. 1553, § 1);

4° Un immeuble dotal est *aliéné* — ce qui est parfois possible et régulier; en principe, les deniers provenant de l'aliénation n'ont pas le caractère dotal, et, s'ils servent à effectuer un placement, le bien nouvellement acquis est paraphernal (Civ., 16 mars 1897, *D. P.*, 1898, 1, 81; Paris, 31 janv. 1895, *D. P.*, 1898, 2, 83);

5° Le mari est *évincé* d'un immeuble dotal, revendiqué avec succès par le légitime propriétaire; pour réparer cette perte, le constituant ou la femme cède un autre immeuble au mari, en remplacement du premier : cet immeuble est paraphernal;

6° La *séparation de biens* intervient entre les époux; le mari doit alors restituer la dot; la femme exerce ses reprises; en règlement de celles-ci, le mari lui cède un immeuble : ce bien n'a pas le caractère dotal (Civ., 12 avril 1870, *D. P.*, 1870, 1, 264);

7° L'immeuble dotal est *incendié* : la femme a, de ce chef, une créance contre l'assureur; cette créance n'est pas dotale, pas plus que ne seront dotaux les deniers versés par l'assureur à titre d'indemnité, ni, par conséquent, les biens acquis avec ces deniers (Nîmes, 20 juin 1860, *D. P.*, 1895, 2, 10, sous-note *a*; Pau, 31 mai 1893, D. P., 1895, 2, 10). Cette solution est peut-être la plus excessive, la plus choquante, l'immeuble incendié étant, quoi qu'on dise, remplacé dans le patrimoine de la femme par la créance contre l'assureur; d'ailleurs, sous les régimes communautaires, si un propre est incendié, l'indemnité d'assurance constitue elle-même un propre (*sup.*, n° 36); on a peine à comprendre, dans ces

conditions, que cette indemnité ne soit pas subrogée à l'immeuble dotal sinistré;

8° Si le droit de souscription, attaché à des valeurs dotales, est utilisé, réalisé à l'aide de deniers non dotaux, les actions nouvellement acquises sont paraphernales (trib. civ. Seine, 10 mars 1937, D. H., 1937, 342).

561. Critique et tempéraments. — Le caractère intransmissible de la dotalité, compris avec une telle outrance, aboutit à des conséquences peu équitables; il a, pour aboutissement, la diminution de la dot au cours du mariage.

Toutefois, cet inconvénient se trouve tempéré par une double directive qui présente une importance capitale.

A. Les biens ainsi acquis, grâce à des valeurs dotales et qui ont, pour ainsi dire, une *filiation dotale*, s'ils constituent des paraphernaux, ne sont pas des paraphernaux ordinaires; ils offrent cette particularité de recéler des valeurs dotales; seul, le cadre est paraphernal, mais le contenu est dotal, si bien que la dotalité fera un retour offensif à la première occasion : la dot mobilière se trouve *incluse* provisoirement dans un bien paraphernal; c'est pourquoi ce bien obéit à un statut particulier, intermédiaire entre celui de la dotalité et celui de la paraphernalité; nous l'exposerons en traitant de la *dot incluse* (*inf.*, n° 661).

562. — B. Le principe de l'intransmissibilité du caractère dotal n'est point absolu; il trouve sa limite dans un concept bien connu, celui de la *subrogation réelle* : lorsque ce concept fait son œuvre, le bien nouvellement acquis prend, dans le patrimoine, la position juridique de celui auquel il succède; dans l'espèce, il lui emprunte sa dotalité. Et voici les cas dans lesquels il est prescrit ou il est admis que la subrogation s'opère :

1° Un bien dotal est *échangé* contre un autre bien : celui-ci est dotal par filiation, par subrogation (art. 1552) : s'il a une valeur supérieure à celle du bien aliéné, il ne devient dotal que jusqu'à concurrence de cette dernière; dans l'hypothèse inverse, la soulte que sert le coéchangiste est elle-même dotale, comme sera dotal le bien qu'elle aura permis d'acquérir (art. 1559, § 2).

On assimile à l'échange le *rapport* en nature fait par la femme à la succession du constituant : si elle reçoit dans son lot *un autre bien* par l'effet du partage, ce bien est dotal, du moins jusqu'à concurrence de la valeur du bien rapporté,

solution hardie et d'une justification assez difficile, car le rapport, du moment qu'il a lieu en nature, ce qui, depuis un décret-loi du 27 juin 1938, est le cas exceptionnel (art. 859, nouv. réd., v. *inf.*, nos 1138 et suiv.), a résolu le titre de la donation (*inf.*, n° 1139) ; mais on considère que la femme participe à un échange forcé. (*Sic*, Montpellier, 2 mai 1854, *S.*, 1854, 2, 687; *contra*, Agen, 27 juill. 1865, *D. P.*, 1865, 2, 173) ;

563. — 2° La subrogation fait aussi son œuvre au cas de *remploi*, c'est-à-dire au cas de substitution indirecte d'un bien à un bien dotal qui a été aliéné, d'une façon plus générale, *toutes les fois que l'emploi de deniers est imposé au mari, soit par le contrat de mariage, soit par la loi* : suivant les cas, il y a *emploi* ou *remploi*.

a) Emploi. La dot a été fournie à la femme en argent et il a été stipulé dans le contrat de mariage que le mari la placerait, qu'il en ferait *emploi*, en immeuble ou bien en valeurs : cet immeuble ou ces valeurs auront le caractère dotal (art. 1553, § 1), à condition cependant que les formalités prescrites par les articles 1434 et 1435 (*sup.*, n° 85) aient été observées : *déclaration* et acceptation de la femme;

b) Remploi. Un immeuble dotal est aliéné, soit avec l'autorisation de justice, soit en vertu d'une clause de mariage.

1. En vertu d'une clause du *contrat de mariage* : il est stipulé dans ce contrat que tel immeuble pourra être aliéné, mais *à charge de remploi*, à condition que le prix de vente fasse l'objet d'un placement nouveau : les biens acquis par application de cette clause et moyennant l'observation des articles 1434 et 1435, ont le caractère dotal;

2. En vertu d'une *autorisation de justice* : dans certains cas, la loi admet que l'immeuble dotal soit aliéné avec l'autorisation de justice, par exemple pour faire de grosses réparations. Alors, le prix obtenu est d'abord employé à atteindre le but poursuivi, soit à solder les dépenses nécessitées par les réparations; mais, s'il reste un excédent, les deniers conservent le caractère dotal; l'emploi en est obligatoire pour le mari et les biens acquis à cette occasion sont eux-mêmes dotaux (art. 1558 dern. al.), étant toujours entendu que la double déclaration de l'article 1434 et l'acceptation de l'article 1435 seront exactement observées;

3° L'immeuble dotal est *exproprié pour cause d'utilité publique* : l'indemnité d'expropriation est dotale et com-

muniquera ce caractère aux biens qu'elle aura permis d'acquérir (Req., 10 déc. 1845, *D. P.*, 1846, 1, 125);

4° Le voisin du fonds dotal réclame la *servitude de passage en cas d'enclave* à laquelle lui donne droit l'article 682 : l'indemnité qu'il sert de ce chef est dotale, comme représentant une charge du fonds dotal;

5° Le voisin use du droit qui lui appartient d'acquérir la *mitoyenneté* du mur séparatif : l'indemnité mise à sa charge est dotale;

6° Un tiers cause par sa faute la perte, le dépérissement d'un bien dotal; par exemple, un notaire provoque un mauvais placement de deniers dotaux; l'indemnité qu'il doit servir à la femme pour réparer le dommage qu'elle a subi a le caractère dotal (Req., 5 janv. 1891, *D. P.*, 1891, 1, 486, rapport du conseiller Denis); décision qui ne fait que souligner l'inélégance de la jurisprudence lorsqu'elle se refuse à admettre la subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble incendié.

Malgré tout, la notion de la subrogation réelle gagne du terrain, et fort heureusement, car elle aboutit toujours à des résultats juridiques et équitables; on peut dire qu'en résumé sont dotaux, réserve faite des indemnités d'assurance :

1° Les deniers qui, en vertu d'une clause du contrat de mariage ou d'un texte de loi, étaient soumis à l'obligation d'emploi ou de remploi;

2° Les sommes provenant d'une aliénation régulièrement effectuée et *nécessaire* (expropriation, servitude en cas d'enclave, mitoyenneté, etc.).

Dans ces diverses éventualités, non seulement les deniers sont dotaux, mais encore les biens acquis grâce à eux présentent le même caractère : *subrogatum capit naturam subrogati*; à une condition cependant, c'est que les formalités des articles 1434 et 1435 aient été exactement observées, s'il y a lieu.

§ II. — *PROPRIÉTÉ, ADMINISTRATION ET JOUISSANCE DES BIENS DOTAUX*

I

Propriété

564. Evolution. — Principe. — A Rome, le mari était propriétaire de la dot, *dominus dotis*, si bien qu'à la dissolution du mariage, la femme n'avait à sa disposition, pour

recouvrer la dot, que des actions personnelles — action *rei uxoriæ* ou action *ex stipulatu*. Ces errements passèrent dans nos pays de droit écrit, mais pour y être rapidement altérés : dès le XV^e^ siècle, les droits de la femme se développent, sans d'ailleurs supplanter complètement ceux du mari; au XVI^e^ siècle, Cujas veut que le mari et la femme soient tous deux propriétaires; au siècle suivant, Domat ne reconnaît plus au mari qu'un domaine civil, un *nudum jus*. Le législateur de 1804, rompant la chaîne du passé, a fait de la femme le propriétaire exclusif de la dot, ne laissant au mari que l'administration et la jouissance (art. 1549, 1551, 1552, 1562, 1566). La doctrine, comme la jurisprudence, sont nettement établies en ce sens. (Civ., 25 juill. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 341; Toulouse, 20 déc. 1906, *D. P.*, 1907, 2, 217, note MÉRIGNAC, *S.*, 1913, 2, 109.).

565. Conséquences. — Puisque la femme conserve la propriété de la dot, il en résulte :

1° Que le mari n'a pas, en principe, le pouvoir de disposer des biens dotaux;

2° Que ses créanciers n'ont pas qualité pour saisir ces biens, meubles ou immeubles;

3° Que les biens dotaux sont aux *risques* de la femme qui supporte les pertes et détériorations fortuites, de même qu'à l'inverse elle bénéficie des plus-values éventuelles;

4° Que ces biens doivent être, lors de la dissolution du régime dotal, s'ils existent encore, restitués *en nature*.

566. Dérogations. — Il est cependant des cas où le mari devient, de nos jours encore, propriétaire de la dot : ces exceptions, qui sont au nombre de trois, viennent confirmer la règle.

1° Le mari acquiert, par la force même des choses, la propriété des meubles dotaux qui sont *consomptibles* : son droit d'usufruit se transforme alors en un quasi-usufruit, conformément à un principe général précédemment exposé (*sup.*, t. I, n° 1863);

2° Il en va de même des choses qui sont *destinées à être vendues*;

3° Et aussi de celles qui ont été laissées au mari sur une *estimation valant vente*. Or, les articles 1551 et 1552 précisent les cas dans lesquels l'estimation a cette portée.

a) Pour les meubles, l'estimation vaut vente par elle-même, sauf convention contraire;

b) Pour les *immeubles*, la règle est inversée : l'estima-

tion n'en vaut pas vente, sauf stipulation contraire (art. 1552).

La différence ainsi établie entre les deux catégories de biens se justifie abstraction faite de la maxime *res mobilis res vilis* : les *meubles* sont généralement périssables; c'est l'intérêt de la femme que le mari en assume la propriété et soit constitué débiteur envers elle d'une somme fixe, tandis que les immeubles conservent leur valeur pendant longtemps, sinon pour toujours. On peut seulement se demander quelle peut bien être l'utilité d'une estimation immobilière ne valant pas vente : elle sert de base pour le calcul des droits d'enregistrement et aussi, à l'occasion, pour la détermination du chiffre de l'indemnité à laquelle la femme pourra prétendre si l'immeuble périt par la faute du mari.

567. — Il ne faut d'ailleurs pas prendre à la lettre la formule que l'estimation vaut vente : le mari ne fait pas figure d'acheteur, pas plus que la femme n'a la position juridique d'un vendeur; certainement, il faut lui refuser le *privilège* du vendeur, comme aussi l'action en *rescision* pour cause de lésion de plus des sept douzièmes; d'autre part, elle est tenue à *garantie*, non pas en vertu de l'article 1626, mais par application de l'article 1547.

568. Conséquences. — Lorsque le mari devient exceptionnellement propriétaire des biens dotaux, il faut décider :

1° Qu'il peut en *disposer* librement;

2° Que ses créanciers peuvent les *saisir* dans son patrimoine;

3° Que ces biens sont à ses *risques*, puisqu'il est comptable non d'un corps certain, mais d'une somme d'argent;

4° Qu'il n'aura pas à faire de restitution en nature; il se libérera en *argent* ou par équivalent (*inf.*, n° 645).

II

Jouissance

569. Principe. — Sur les biens dont il ne devient pas propriétaire, donc sur la plupart, le mari a un droit de jouissance; seul, il a « *le droit d'en percevoir les fruits et les intérêts* » (art. 1549, § 2); par là, la dot contribue à l'acquittement des charges du ménage; par là, elle remplit sa fonction *dotale*; ce n'est pas pour ses besoins personnels que la loi confère au mari la jouissance de la dot, c'est pour

réaliser cette dot en fonction de sa destination, qui est de pourvoir aux besoins de la famille.

570. Nature du droit de jouissance. — Le rapprochement avec l'*usufruit* vient aussitôt à l'esprit et il est autorisé, suggéré par la loi elle-même (V. art. 1562, § 1). Toutefois, des différences notables séparent les deux droits : le mari est, à bien des égards, traité autrement qu'un usufruitier véritable.

1° Quant à ses *obligations* : il est dispensé de fournir caution, à moins que le contrat de mariage ne l'y oblige (art. 1550) ;

2° Quant à ses *droits*, à ses *prérogatives* : à cet égard, de nombreuses différences existent qui tiennent, soit à la destination du droit de jouissance du mari, soit au désir de le soumettre à des règles équitables;

a) A la *destination spéciale* du droit de jouissance qui est de subvenir aux charges du mariage. Aussi ne concevrait-on pas qu'il changeât de titulaire : il est *incessible*, *insusceptible d'hypothèque*, *insaisissable*; la jurisprudence décide même que les *revenus* dotaux sont *incessibles* et *insaisissables* dans la mesure où ils sont nécessaires aux besoins de la famille;

b) *Au désir de soumettre le droit de jouissance à des règles équitables* : l'usufruitier acquiert les fruits en nature par la séparation et les fruits civils jour par jour. Cette double règle est bien valable pour le mari, mais sauf pendant la dernière année : l'article 1571 décide que, dans cette période finale, tous les fruits, même en nature, s'acquièrent jour par jour;

c) Le mari a droit a une indemnité, soit pour les *frais de semences et de labours* afférents à la dernière récolte (Arg., art. 548), soit pour les *impenses* qu'il aurait faites sur l'immeuble et même à raison des *constructions* qu'il aurait élevées; l'article 599 ne lui serait pas opposable (Civ., 10 juin 1885, *D. P.*, 1886, 1, 205; Montpellier, 20 oct. 1925, *D. P.*, 1926, 2, 143 — *sup.*, t. I, n° 1926).

571. Affinités avec l'usufruit. — Ces particularités signalées, il reste que le droit de jouissance du mari s'apparente étroitement à l'usufruit ordinaire : comme l'usufruitier, le mari n'acquiert que les fruits, à l'exclusion des produits; comme lui, il acquiert les fruits civils jour par jour et les fruits en nature, sauf au cours de la dernière année, par la séparation; comme lui, il est soumis aux obligations qui

sont la charge des fruits (art. 1562, § 1) : « *Le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier* »; il doit donc faire inventaire, procéder aux réparations d'entretien, et même aux grosses réparations lorsqu'elles sont devenues nécessaires par sa négligence, faire face aux intérêts du passif en cas de constitution de dot à titre universel (art. 612); enfin, il est « *responsable de toutes prescriptions acquises et détériorations survenues par sa négligence* » (art. 1562, § 2).

Bien entendu, le droit de jouissance du mari prend fin lorsque le mariage vient à cesser, plus exactement, lorsque le régime dotal prend fin : il n'aurait plus de raison d'être désormais.

III

Administration

572. Principe. — Ayant la jouissance des biens dotaux, le mari en a aussi, tout naturellement, l'*administration* (art. 1549).

Ses pouvoirs ressemblent d'assez près à ceux qui lui sont dévolus, sous les régimes communautaires, sur les propres de la femme : dans un cas comme dans l'autre, il est administrateur de la fortune d'autrui et il fait figure de *mandataire général*.

Loi du 18 février 1938. — En conférant à la femme le plein exercice de sa capacité civile (art. 215, § 1, C. civ. nouv. réd.), cette loi n'a aucunement touché aux pouvoirs du mari en tant qu'administrateur de la dot sous le régime dotal : d'une part, on sait que les auteurs de la loi se sont défendus de vouloir modifier la structure et le fonctionnement des régimes matrimoniaux; d'autre part, l'article 1549 n'a pas été visé dans la loi nouvelle ni retouché par elle; enfin, il s'agit ici d'une question de pouvoir bien plutôt que d'un problème de capacité. Rien n'est donc changé à la situation antérieure : le mari a le monopole exclusif de l'administration de la dot, sans que la femme puisse gêner son action par une administration concurrente.

Décret-loi du 8 août 1935 relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique. — Il est remarquable que ce décret-loi, dans son article 28, § 1, prévoit que les demandes d'indemnités d'éviction seront présentées par les femmes dotales elles-mêmes, assistées de leur mari; il ne semble pas que

cette disposition ait été abrogée implicitement par la loi du 18 février 1938 (arg. art. 215, § 2, nouv. réd.) ; mais elle va à l'encontre du monopole d'administration du mari sous le régime dotal.

573. Applications. —Il résulte de ce monopole que le mari *représente* sa femme dans tous les actes qu'il passe en tant qu'administrateur de la dot; qu'il est *responsable*, vis-à-vis d'elle, des fautes qu'il commettrait dans sa gestion, par exemple, des détériorations survenues par sa négligence (art. 1562, § 2) ; et surtout qu'il a le *pouvoir* de procéder aux actes d'*administration*, au sens large du mot : il peut *donner à bail* les immeubles dotaux, dans les limites fixées par les articles 1429 et 1430 dont les dispositions ont une portée générale et ont la valeur d'un véritable droit commun (Amiens, 19 janv. 1904, *D. P.*, 1905, 2, 35) ; elles demeurent applicables même après la loi du 2 avril 1932 qui, ajoutant un alinéa à l'article 1558, semblerait bien exiger la permission de justice pour tous les baux, si courts soient-ils, mais qui, en réalité, ne vise, sans aucun doute, que les baux de plus de neuf ans, car elle est intervenue dans une pensée libérale et non dans un sens restrictif (*inf.*, n^os^ 584 et 621*bis*; comp. Voirin, *Rev. trim.* 1932, p. 537) ; le mari a également qualité pour recouvrer, non seulement les revenus, mais aussi les *capitaux* (art. 1549, § 2) ; ce sont donc toutes les créances dotales dont il peut assurer le recouvrement. Enfin, il peut contracter des obligations, mais seulement *pour cause d'administration*, en vue d'assurer la conservation, l'entretien, la gestion de la dot.

Dans les limites qui viennent d'être indiquées, les actes accomplis par le mari sont valables et sont opposables à la femme, réserve faite de la *fraude* (Comp. Civ., 26 mars 1855, *D. P.*, 1855, 1, 326).

574. Différences entre les pouvoirs du mari administrateur de la dot et les pouvoirs du mari administrateur des propres de la femme. — Ces différences sont importantes : elles sont toutes en faveur du mari administrateur de la dot sous le régime dotal dont les pouvoirs sont plus étendus que ceux du mari sur les propres de la femme commune en biens; la différence s'accuse à un double point de vue, quant à l'exercice des *actions* et quant à l'*aliénation du mobilier*.

A. **Exercice des actions.** — 1° Sous les régimes de communauté, le mari n'a pas l'exercice des actions immobilières pétitoires qui intéressent la fortune personnelle de sa femme (art. 1428, § 2, arg. *a contrario*; *sup.*, n° 197); au contraire, sous le régime dotal, il peut exercer toutes les actions dotales, qu'elle qu'en soit la gravité : l'article 1549, § 2, lui permet, en effet, de poursuivre seule les débiteurs et *détenteurs* des biens dotaux; il a donc qualité pour revendiquer les immeubles dotaux qui seraient détenus par un tiers.

Cependant, on doit refuser au mari le pouvoir de procéder au *partage* des biens dotaux, *même mobiliers* : l'article 818 exige, en effet, le concours de la femme, du moment que les biens à partager n'entrent pas en communauté (Civ., 21 janv. 1846, *D. P.*, 1846, 1, 10; Bordeaux, 30 mai 1871, *S.*, 1871, 2, 147; Nancy, 4, nov. 1905, *S.*, 1906, 2, 102, *D. P.*, 1907, 2, 22). Le partage ne se ramène pas à une action en justice; la capacité ou le pouvoir acquis pour y participer ne sont pas nécessairement ceux qui sont exigés pour figurer dans une instance; on comprend que l'intervention de la femme soit nécessaire alors qu'il s'agit d'un acte particulièrement grave et d'une nature toute spéciale, qui n'est déclaratif que par l'effet d'une fiction, mais qui, dans la réalité des choses, est translatif, au moins pour partie (*inf.*, n° 1189);

2° Sous un régime communautaire, les actions mobilières ou possessoires peuvent être exercées soit par le mari, soit par la femme autorisée du mari (*sup.*, n^{os} 198 et 200*bis*); sous le régime dotal, ce deuxième procédé est impraticable : c'est un véritable monopole qui est conféré au mari pour l'exercice des actions dotales : « *il a seul le droit...* » de les intenter (art. 1459, § 2). Cette exclusivité a bien été contestée, mais elle ne fait plus de doute aujourd'hui (Civ., 21 janv. 1846, *D. P.*, 1846, 1, 10; 30 mars 1874, *D. P.*, 1874, 1, 417; Req., 12 mai 1908, vol. impl., *D. P.*, 1910, 1, 357, *S.*, 1911, 1, 113, note Charmont; Grenoble, 28 juill. 1865, *S.*, 1866, 2, 137, note Labbé), et il est certain que la loi du 18 février 1938 n'a pas entendu l'entamer lorsqu'elle a conféré à la femme mariée une entière capacité civile (*sup.*, n° 572).

575. B. **Aliénation du mobilier.** — Le mari n'a pas qualité, sous les régimes de communauté, pour aliéner les biens propres de sa femme, pas même les propres mobiliers, réserve faite des aliénations qui, par leur modicité, leur

urgence ou leur normalité, se ramènent à des actes d'administration (vente de récoltes, de biens sujets à dépérissement, cadeaux d'usage). Au contraire, sous le régime dotal, une jurisprudence très ferme, encore que très critiquée par la doctrine, lui reconnaît le pouvoir de disposer de la dot mobilière, soit des meubles corporels, soit des valeurs incorporelles (fonds de commerce, créances, titres nominatifs, rentes, etc.). (Civ., 12 août 1846, *D. P.*, 1846, 1, 296; Ch. réun., 14 nov. 1846, *D. P.*, 1847, 1, 27, *S.*, 1846, 1, 824; Civ., 26 août 1851, *D. P.*, 1851, 1, 283; Req., 1er août 1866, *D. P.*, 1866, 1, 446, *S.*, 1866, 1, 363; Civ., 13 janv. 1874, *motifs*, *D. P.*, 1874, 1, 154; Toulouse, 20 déc. 1906, *D. P.*, 1907, 2, 217, note Mérignhac, *S.*, 1913, 2, 109). Cette jurisprudence est intéressante et efficiente surtout pour les aliénations de meubles incorporels, car pour les ventes de biens corporels, l'acquéreur de bonne foi serait en sûreté de toute façon, grâce à la maxime : *en fait de meubles, la possession vaut titre*; mais, le cessionnaire d'une créance ou d'un fonds de commerce ne peut compter, pour maintenir sa position, que sur la validité de l'opération conclue avec le mari : cette validité, notre jurisprudence l'assure en reconnaissant au mari, cependant *simple administrateur* de la dot, le pouvoir d'aliéner les meubles dotaux.

576. — Comment justifier une solution aussi exorbitante des principes généraux de droit? Comment comprendre que le mari, simple administrateur, puisse aliéner valablement des biens qui, circonstance aggravante, sont considérés par la jurisprudence comme *inaliénables*, en leur qualité de biens dotaux? La jurisprudence invoque trois arguments :

1° Le mari a l'exercice des actions dotales mobilières et le pouvoir de recouvrer les deniers dotaux (art. 1549, § 2) : c'est donc qu'il a la disposition des créances dotales; et, s'il peut céder les créances, il doit pouvoir tout aussi bien aliéner les autres meubles, corporels ou incorporels. Mais l'argumentation n'est que spécieuse : autre chose est le pouvoir de recevoir un paiement, autre chose celui de céder la créance; le premier acte est d'administration, le second de disposition;

2° On invoque aussi la *tradition* : effectivement, dans notre ancien droit, le mari pouvait disposer des meubles dotaux, mais l'autorité de la tradition est ici fort sujette à caution : d'abord parce nous ne professons plus pour la fortune mobilière le dédain de nos ancêtres, puis parce que, dans notre ancien droit, les meubles les plus importants, tels

que les rentes et les offices, étaient assimilés aux immeubles et, comme tels, étaient inaliénables;

3° On fait valoir enfin des considérations d'ordre pratique : il ne faut pas que des meubles, sujets à détérioration ou même périssables, soient immobilisés et en quelque sorte bloqués entre les mains des époux; cette stagnation forcée serait contraire à l'intérêt du ménage; il faut, par exemple, que les titres de bourse puissent être vendus lorsque l'heure favorable est venue.

Seule, cette dernière considération est impressionnante; mais il faut bien observer qu'elle tire sa valeur d'une autre jurisprudence, elle aussi fort contestée, et qui imprime à la dot mobilière le caractère d'inaliénabilité (*inf.*, n° 586) : c'est parce que la dot est considérée comme *inaliénable entre les mains de la femme* que la jurisprudence a été amenée à la considérer comme *aliénable entre les mains du mari* : la première solution jurisprudentielle devait fatalement postuler la seconde; et il arrive ainsi que la femme se trouve bien protégée contre elle-même, mais non contre son mari, et cela sous un régime qui est avant tout un régime de protection de la femme contre le mari et de défiance contre celui-ci.

577. Correctifs. — Il ne faudrait d'ailleurs pas pousser le tableau trop au noir. Le pouvoir de disposition du mari est loin d'être absolu; il faut se rappeler qu'il l'exerce, non en tant que propriétaire, mais uniquement *en qualité d'administrateur de la dot mobilière*. En conséquence :

1° Il ne peut pas disposer des meubles dotaux à *titre gratuit* (sauf pour les cadeaux d'usage) : une donation n'est pas un acte d'administration;

2° Ses créanciers personnels ne sont pas admis à saisir les meubles dotaux, lesquels appartiennent, non à lui, mais à la femme (Poitiers, 17 juill. 1860, *D. P.*, 1863, 2, 28; Toulouse, 20 déc. 1906, précité).

De plus, il faut comprendre que la femme n'est pas complètement désarmée par l'aliénation que le mari a pu consentir des meubles dotaux.

1° Si l'aliénation est *frauduleuse*, elle peut en demander la révocation au moyen de l'action *paulienne*, comme aussi elle est fondée à exiger du mari la réparation du préjudice qu'elle a subi (Civ., 26 mars 1855, *D. P.*, 1855, 1, 326);

2° A supposer même que l'aliénation soit correcte, irréprochable, elle est l'origine, pour la femme, d'une créance contre son mari, comptable de la dot; et cette créance dotale

est incessible, indisponible (*inf.*, n° 640); de plus, elle est garantie par l'hypothèque légale, elle-même intangible dans cette mesure (Ch. réun., 14 nov. 1846, précité).

§ III. — *INALIÉNABILITÉ DE LA DOT*

578. Principe. — Aux termes de l'article 1554 : « *Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement...* » L'inaliénabilité ainsi instituée est le trait caractéristique, bien que non essentiel, du régime auquel il assigne une originalité distinctive : la dot ne peut être aliénée, même du consentement des deux époux; le mari, administrateur, et la femme, propriétaire, ne peuvent, même en conjuguant leurs volontés, disposer du fonds dotal, qui se trouve ainsi retiré de la circulation, bloqué dans le patrimoine de la femme; et cela, non plus, comme dans notre ancien droit ou dans la conception du tribun Duveyrier, pour assurer « *la prospérité des familles et le lustre social* », ou « *la splendeur du nom* », mais pour donner à la famille le maximum de sécurité possible, pour réaliser plus sûrement l'affectation de la dot aux besoins du ménage; on veut que, quoi qu'il advienne, en toute occurrence, la dot, devenue juridiquement indestructible, reste intacte, pendant toute la durée du mariage, pour faire face aux charges du ménage : avant la loi du 12 juillet 1909, se trouvait ainsi déjà réalisé le concept d'un *bien de famille*, juridiquement aménagé en vue des besoins des époux et de leurs enfants : seulement, c'est là un bien de famille pour capitalistes, pour la classe bourgeoise, tandis que celui qui a été institué par la loi du 12 juillet 1909 est mis à la disposition des petits possédants de la classe ouvrière ou paysanne.

579. Nature juridique de l'inaliénabilité dotale. — On a voulu ramener cette inaliénabilité à une véritable *indisponibilité* : les biens dotaux seraient mis, sous le régime dotal, hors du commerce. Mais c'est une opinion qui est tombée en discrédit, qui ne résiste pas à cette constatation que l'inaliénabilité dotale a pour sanction, non une nullité absolue, mais une simple annulabilité (*inf.*, n° 591). C'est donc d'une simple *incapacité* de la femme qu'il s'agit, incapacité qui venait autrefois se superposer à celle dont elle se trouvait déjà atteinte en tant femme mariée, mais qui, depuis la loi du 18 février 1938, subsiste seule et qui consiste dans l'incapacité de compromettre sa dot et ses reprises

dotales, même avec l'autorisation de son mari ou de justice. Ce point de vue est d'ailleurs celui du législateur : il résulte de l'article 1391, § 4, modifié par la loi du 10 juillet 1850, que la femme mariée sous le régime dotal n'est pas *capable* de contracter dans les termes du droit commun (Comp. Req., 23 juill. 1907, *D. P.*, 1910, 1, 81). Avec cette explication, on comprend : 1° que l'inaliénabilité dotale comporte, comme sanction, à l'instar de toute incapacité, une nullité relative (*inf.*, n° 591) ; 2° que les biens dotaux répondent des délits et des quasi-délits de la femme dont la responsabilité est alors engagée en dehors de la conclusion d'un contrat et de la volonté de faire naître des obligations à sa charge (*inf.*, n° 634).

Dans sa thèse sur *Le régime matrimonial*, M. Carbonnier, fidèle à sa conception générale d'après laquelle tout régime matrimonial impliquerait la formation et le fonctionnement, entre les époux, d'une société civile investie de la personnalité morale, ramène, avec beaucoup d'habileté et de finesse, l'inaliénabilité dotale aux deux notions de fondation et de personnalité morale, se rapprochant par là, comme l'avait déjà fait M. Bartin (*Etudes sur le régime dotal*), de l'explication objective plutôt que de l'idée subjective d'incapacité (Carbonnier, *op. cit.*, p. 192 et suiv).

580. Plan. — Le concept de l'inaliénabilité est singulièrement complexe; les manifestations du caractère intangible de la dot sont multiples et s'affirment dans des circonstances très diverses :

1° Le bien dotal ne peut être ni aliéné, ni grevé de droits réels : c'est là l'inaliénabilité *stricto sensu*;

2° Ce bien est *imprescriptible*;

3° Il est *insaisissable*;

4° Enfin, la femme ne peut pas compromettre ses reprises dotales : la dot s'affirme intangible jusque dans les moyens destinés à en assurer le recouvrement.

Nous étudierons le concept de l'inaliénabilité dotale sous les quatre aspects qui viennent d'être indiqués.

N° 1

De l'inaliénabilité proprement dite, « stricto sensu »

581. Plan. — On devra rechercher :

1° Quelle est la *durée* de l'inaliénabilité;

2° *A quels actes* elle fait obstacle;

3° *Quels biens* elle frappe;
4° Quelle est sa *sanction*;
5° Quelles *exceptions* elle comporte.

I

Durée de l'inaliénabilité

582. — La durée de l'inaliénabilité dotale a pour mesure la durée du mariage : même la séparation de biens n'y met pas fin (*inf.*, n° 678) ; elle a donc pour *point terminal* la dissolution du mariage; et il faut lui assigner comme *point de départ*, le jour même de la célébration du mariage.

La première de ces propositions ne souffre pas de difficulté et on en conclut que la femme peut disposer de ses biens dotaux par testament, soit par un acte qui ne produira d'effet qu'après sa mort, donc à un moment où l'inaliénabilité aura disparu.

La deuxième proposition est d'une évidence moindre et l'on sait que notre jurisprudence a parfois une tendance à faire produire effet au contrat de mariage dès le jour de la signature, donc rétroactivement (*sup.*, n° 429) ; mais, en ce qui concerne l'inaliénabilité, elle s'en tient aux véritables principes : conformément à la lettre de l'article 1554, c'est seulement *pendant le mariage* que l'immeuble dotal est inaliénable.

Cependant, la Cour de cassation décide que l'immeuble, acquis, entre le contrat de mariage et le mariage, en *échange* d'un autre immeuble stipulé aliénable à charge de remploi, acquiert lui-même le caractère dotal en vertu de la loi de subrogation réelle (*sup.*, n° 429).

II

A quels actes fait obstacle le statut de l'inaliénabilité dotale.

583. Principe. — Sont prohibés tous les actes qui aboutiraient, du vivant de la femme et *constante matrimonio*, à une aliénation, totale ou partielle, directe ou indirecte.

584. Applications. — Demeurent donc impossibles :

1° Les *actes d'aliénation* proprement dits : *vente*, *échange*, *donation*, *dation en paiement*, *apport en société*; sauf, pour l'échange, un tempérament énoncé dans l'article 1559 (*inf.*, n° 618) : cet acte est, en effet, moins dangereux que la vente

et la donation; il reconstitue la dot au moment même où il l'entame;

2° Certains actes *assimilés* à des actes d'aliénation : les *baux* à longue durée, au delà de neuf années (*sup.*, n° 573), mais sous cette réserve que, jusqu'à concurrence de vingt-cinq ans, l'immeuble dotal peut être donné à bail, avec la permission de justice (art. 1558, dernier alinéa ajouté par la loi du 2 avril 1932; *inf.*, n° 621*bis*); la *concession* d'une carrière (Amiens, 19 janv. 1904, *D. P.*, 1905, 2, 35);

3° Les actes constitutifs de *droits réels*; les biens dotaux ne peuvent être ni hypothéqués (art. 1554), ni grevés d'*usufruit*, ou de *servitude* (Civ., 17 juin 1863, *D. P.*, 1864, 1, 140), ou d'*antichrèse* (Paris, 26 fév. 1903, *D. P.*, 1903, 2, 96, *S.*, 1904, 2, 67), ou d'*emphytéose*, sauf, pour le bail emphytéotique, la possibilité d'une autorisation donnée en justice (L. 25 juin 1902, art. 2, § 3), au moins jusqu'à concurrence de vingt-cinq ans (art. 1558, dernier alinéa; *inf.*, n° 621*bis*).

585. Tempérament. — Cependant, si rigoureuse que soit la prohibition, elle ne concerne que les actes *volontaires*, à l'exclusion des aliénations ou des constitutions de droits réels qui interviennent en dehors du consentement des époux, car alors la capacité de la femme n'est plus en cause :

1° C'est pourquoi la dotalité ne fait pas obstacle à l'*expropriation pour cause d'utilité publique* (d.-l., 8 août 1935, *relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, art. 15);

2° Ni à ce que le voisin du fonds dotal obtienne sur lui un *passage en cas d'enclave* (Civ., 17 juin 1863, précité), ou achète la *mitoyenneté* du mur séparatif;

3° Ni à l'établissement des *hypothèques légales*, ou des *privilèges*, par exemple de celui des architectes et entrepreneurs qui ont élevé des constructions sur le fonds dotal (Civ., 10 fév. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 439);

4° Ni encore au *partage*, qui est un acte à la fois *déclaratif* et *nécessaire* (art. 815); le partage proprement dit, *même amiable*, ne rencontre aucun obstacle du fait de la dotalité (Civ., 2 juill. 1886, *D. P.*, 1866, 1, 389; Req., 23 juill. 1907, *D. P.*, 1910, 1, 81); c'est seulement pour la *licitation* que l'autorisation de justice est requise (art. 1558).

III

Quels biens sont frappés d'inaliénabilité.

586. Meubles et immeubles. — Inaliénabilité de la dot mobilière. — Certainement, les *immeubles dotaux* sont inaliénables : l'article 1554 s'en explique formellement. Mais que décider pour les *meubles dotaux*?

Cette question était jadis une des plus belles, des plus académiques du droit civil; la lutte était engagée entre la doctrine et la jurisprudence, l'une qui restreignait la notion de l'inaliénabilité à la dot immobilière, la seconde qui l'étendait et qui continue à l'étendre aux meubles. Dans l'état actuel des choses, il serait oiseux et presque puéril de poursuivre cette lutte inégale et stérile : l'*inaliénabilité de la dot mobilière*, admise par la Cour de cassation dès 1819, (Civ., 1er fév. 1819, *D. Jur. gén.*, V° *Contrat de mariage*, n° 3427), affirmée par les Chambres réunies (14 nov. 1846, *S.*, 1846, 1, 824, *D. P.*, 1847, 1, 27), confirmée par une série ininterrompue d'arrêts (Civ., 13 fév. 1866, *D. P.*, 1866, 1, 85; 15 fév. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 247), doit être considérée comme un des axiomes fondamentaux de notre système dotal, comme une vérité de notre droit positif, aussi forte, plus forte même que si elle avait été énoncée par le législateur lui-même dont les décisions sont exposées, plus que celles des Chambres réunies, à des interprétations changeantes, à des déformations.

587. — Et, de fait, la jurisprudence a bien fait ici office de législateur; il nous paraît certain que les rédacteurs du Code civil ont eu l'idée d'une dot mobilière parfaitement aliénable; tout le prouve : et les *travaux préparatoires*, au cours desquels il ne fut jamais question que de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, du fonds dotal; et le *dédain* que le législateur de 1804 professait pour les meubles, chose vile; et surtout les *textes* : dans les articles 1535, 1554, 1558, 1559, 1560, 1561, lesquels traitent de l'inaliénabilité ou de l'imprescriptibilité, il est invariablement question de l'immeuble ou du fonds dotal, jamais des meubles dotaux : la jurisprudence a donc contre elle et la *lettre* et l'*esprit* du Code civil, ce qui est assurément beaucoup.

En revanche, elle a pour elle la *tradition* et, comme toujours, des raisons, voire même des *nécessités d'ordre pratique*.

1° *La tradition* : non pas la tradition romaine, mais celle de notre *pays de droit écrit*; dans les ressorts de plusieurs de nos parlements, dans celui de Bordeaux notamment, la dot mobilière était considérée comme inaliénable, du moins au regard de la femme;

2° Les *nécessités pratiques* : depuis le Code civil, la richesse mobilière s'est développée au point de dépasser en importance la fortune immobilière; le plus souvent, la dot de la femme se compose de valeurs ou d'argent; si l'on décidait que les meubles dotaux ne ressortissent pas au statut de l'inaliénabilité, le régime dotal manquerait à sa mission protectrice; il ferait faillite. Si l'on veut répondre à la confiance que la loi avait placée dans ce régime, il faut mettre la dot mobilière sous la protection de la règle de l'inaliénabilité : l'esprit du régime doit l'emporter sur le texte et même sur l'esprit de la loi.

Et d'ailleurs, peut-on ajouter — et l'argument est pour le moins spécieux — l'objection tirée des textes n'est pas insurmontable; avec un peu d'ingéniosité, on arrive à s'en dégager. Oui, le Code civil, lorsqu'il traite de l'inaliénabilité de la dot, ne vise que les immeubles; mais, s'il ne parle pas des meubles, c'est parce que ceux-ci ne sont pas complètement inaliénables; il est en effet admis, et nous rencontrons ici une jurisprudence précédemment décrite (*sup.*, n° 575), que le mari puise, dans sa qualité d'administrateur de la dot, le pouvoir de les aliéner librement, tout seul : *au regard du mari, ils sont parfaitement aliénables*, et c'est pourquoi le Code civil ne les vise pas dans sa réglementation de l'inaliénabilité dotale.

Sans doute, on pourrait objecter qu'on justifie ainsi une jurisprudence prétorienne en faisant appel à une autre jurisprudence non moins prétorienne; mais on ne doit pas se montrer trop exigeant sur le choix des moyens employés pour mettre la jurisprudence en harmonie avec la loi et celle-ci avec la vie du pays; il suffit que cette jurisprudence se soit formée sous la poussée des nécessités pratiques et qu'elle donne pleine satisfaction aux besoins de notre société actuelle : l'économique a dominé ici nettement le juridique qui a cédé fort sagement à une pression d'ailleurs irrésistible; comme l'écrivait Labbé, à propos d'une autre jurisprudence, « à des faits nouveaux il convient d'adapter des règles nouvelles. L'immobilité ne convient pas aux choses humaines, toujours en mouvement ». (*Ref.*, XVI, 2, 200, col. 2.)

588. Résumé. — En ce qui concerne la dot mobilière, la situation juridique est donc la suivante :

1° *Du côté du mari*, les meubles dotaux sont parfaitement aliénables, au moins à titre onéreux, réserve faite de la *fraude* qui fait échec à toutes les règles de droit et qui servirait de fondement à l'action *paulienne*;

2° *Au regard de la femme*, la dot mobilière est au contraire inaliénable, ce qui veut dire :

a) D'abord que la femme ne peut pas aliéner les meubles dotaux, et, par exemple, céder une créance dotale (Civ., 4 juill. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 194), ou recevoir le paiement d'une créance dotale (Civ., 26 nov. 1895, 2 arrêts, *S.*, 1896, 1, 73);

b) Puis et surtout qu'elle ne peut, en aucune façon, compromettre l'action en restitution qui lui appartient contre son mari, soit en la cédant ou en y renonçant, soit en se désarmant dans son hypothèque légale, elle-même indisponible dans la mesure où elle garantit les reprises dotales (Req., 27 avril 1880, *D. P.*, 1880, 1, 431; 13 avril 1893, *D. P.*, 1894, 1, 407).

IV

Sanction de l'inaliénabilité dotale

589. Principes. — La sanction essentielle de l'inaliénabilité dotale consiste dans la *nullité relative* de l'acte irrégulier : la femme ou ses héritiers peuvent agir en nullité dans les termes de l'article 1560, mais ce parti ne s'impose pas à eux; ils peuvent, s'ils le préfèrent, respecter l'acte et réclamer au mari une *indemnité* à raison du préjudice subi, du moins à supposer qu'il ait joué un rôle dans l'aliénation, même de second plan, et ne fût-ce que pour donner une autorisation : la créance en indemnité qui appartient de ce chef à la femme et, après elle, à ses héritiers, est garantie par l'hypothèque légale.

590. Plan. — Laissant de côté cette action en indemnité pour nous en tenir désormais à l'action en nullité, nous devons rechercher :

1° Quelle est la *nature de la nullité* dont l'acte est entaché;

2° A quoi aboutira l'action en nullité, quels en seront les *résultats*.

591. I. Nature de la nullité dont l'acte est entaché. — Pour déterminer cette nature, il faut distinguer d'après les conditions dans lesquelles l'acte, une vente par exemple,

était intervenu, selon qu'il émanait du *mari seul*, ou de la *femme seule*, ou encore *des deux époux*.

1° Si l'aliénation a été consenite par *le mari seul*, de deux choses l'une : *a*) ou bien il s'est présenté comme propriétaire, et alors il a vendu la chose d'autrui; c'est l'article 1599 qui s'applique, non l'article 1560 : l'acheteur peut donc invoquer la nullité, et l'acte n'est pas opposable à la femme qui peut *revendiquer* sa chose; *b*) ou bien le mari a donné à l'acquéreur une notion exacte de la situation, il a présenté l'immeuble comme appartenant à sa femme, et alors c'est l'article 1560 qui joue : la femme doit, pour recouvrer sa chose, agir en nullité, tandis que l'acquéreur ne pourrait pas prendre cette initiative. Cette solution, qui résulte du texte même de l'article 1560, § 1, s'explique comme la survivance d'un principe qui attribuait jadis au mari la propriété de la dot : on considère qu'en excédant les limites de son mandat, il n'a pas, en réalité, vendu la chose d'autrui;

2° Si la vente a été consentie par *la femme agissant seule*, il y avait, jusqu'à l'époque récente, deux nullités pour une; l'acte était doublement nul comme ayant été passé par une femme mariée non autorisée et comme portant sur un bien inaliénable; mais, depuis que la femme a obtenu, par la loi du 18 février 1938, le plein exercice de sa capacité civile, seule subsiste la nullité sanctionnant l'inaliénabilité dotale;

3° L'acte émane des *deux époux*, soit que le mari ait autorisé sa femme, soit qu'il ait conclu conjointement avec elle. Ici encore, la nullité de l'article 1560 se dégage nettement; elle constitue alors, et comme dans le cas précédent, la seule ressource de la femme.

592. — *Par qui*, au juste, cette nullité, à base de dotalité, peut-elle être demandée?

a) *Pendant la durée du mariage*, ou du moins jusqu'à la séparation de biens exclusivement, l'action appartient au mari seul (art. 1560, § 2); on sait qu'il a le monopole de toutes les actions dotales (*sup.*, n° 574); mais c'est en qualité de mandataire qu'il en est investi; c'est l'action de la femme qu'il exerce, non la sienne propre : en conséquence, il ne pourra être question, pour ses créanciers, de l'exercer obliquement, de son chef.

Au contraire, il faut admettre les *créanciers* de la femme à agir en nullité du chef de leur débitrice, en vertu de l'article 1166 : vainement a-t-on objecté qu'ils ne sauraient avoir plus de droits que la femme, laquelle ne pourrait agir en nullité. En argumentant ainsi, on confond l'*exercice* et la

jouissance des droits; ce qui manque à la femme, pendant la durée du mariage, c'est seulement l'exercice de l'action dont elle a la jouissance; il est donc parfaitement juridique d'admettre ses créanciers à cet exercice, avant ou après la dissolution du mariage : rien ne s'oppose à ce que les droits d'un incapable, d'un enfant par exemple, soient exercés par ses créanciers. Il ne serait pas beaucoup plus relevant d'alléguer, pour écarter les créanciers de la femme, que l'action en nullité est attachée exclusivement à sa personne : l'intérêt pécuniaire domine ici de beaucoup l'intérêt moral (*Sic*, Civ., 6 juill. 1909, *D. P.*, 1911, 1, 81 note DE LOYNES, *S.*, 1911, 1, 161, note LE COURTOIS, et, sur renvoi, Bourges, 31 oct. 1910, *S.*, 1911, 2, 119; 24 nov. 1914, *S.*, 1920, 1, 249, note NAQUET).

b) *Après la dissolution du mariage*, l'acte en nullité échappe au mari pour passer à la femme ou à ses *héritiers* (art. 1560, § 1); après la *séparation de biens*, la femme acquiert le même droit (même texte), ce qui implique que, par une juste symétrie, le mari en est désormais dépossédé.

593. Confirmation. — Etant relative, la nullité dotale est susceptible de se couvrir par la *confirmation* qui, conformément à un principe général, ne peut intervenir que lorsque le vice a cessé, donc qu'après la cessation de l'inaliénabilité dotale, soit après la dissolution du mariage (Req., 13 avril 1893, *D. P.*, 1894, 1, 407, *S.*, 1895, 1, 218).

La confirmation peut être *expresse* ou *tacite* : elle résulte de tous actes impliquant, chez la femme ou chez ses héritiers, l'intention de renoncer à la nullité (exécution volontaire de l'aliénation; poursuites exercées contre l'acheteur en paiement du prix, etc.).

Il y a place aussi pour la confirmation *présumée* de l'article 1304 : la prescription décennale fera son œuvre habituelle, mais elle ne commencera de courir que le jour de la dissolution du mariage, précisément parce que, jusque-là, la confirmation est inconcevable; aux termes de l'article 1560, § 1, la femme ou ses héritiers ne peuvent se voir *opposer aucune prescription pendant la durée du mariage*, et la jurisprudence, appliquant exactement cette formule, n'admet pas que la séparation de biens fasse courir la prescription (*inf.*, n° 682).

594. II. Résultats de l'action en nullité. — L'action en nullité aboutit toujours, au minimum, à la restitution de l'immeuble indûment aliéné : la femme, ou le mari en son

nom, revendiquera l'immeuble, une fois la nullité prononcée, et même, il ne sera pas nécessaire de faire prononcer au préalable cette nullité si le mari a agi en se présentant comme propriétaire (*sup.*, n° 591). Ce résultat a un caractère de nécessité : l'acquéreur ne pourrait pas éluder ou différer la restitution en opposant l'*exception de garantie*, et quand bien même la garantie lui aurait été expressément consentie dans l'acte de vente; il ne dépendait pas de la femme de se priver de la protection dotale, de renoncer aux moyens que la loi lui accorde pour la recouvrer; d'autre part, l'exception de garantie ne saurait, pour la même raison, être opposée au mari qui, lorsqu'il exerce l'action en nullité, agit au nom de sa femme et se trouve donc placé dans la même position juridique qu'elle-même. Pas davantage, l'acquéreur ne pourrait prétendre utiliser le droit de *rétention* et refuser de restituer l'immeuble jusqu'à ce qu'il eût obtenu les satisfactions auxquelles il a droit, notamment la restitution du prix (Civ., 4 juill. 1849, *D. P.*, 1849, 1, 330). De toute façon et avant toute chose, il faut que la femme recouvre sa dot intangible : *ante omnia restituenda*.

Il faut aussi qu'elle recouvre les *fruits*, d'ailleurs dans les limites du droit commun, c'est-à-dire que l'acquéreur gagne les fruits aussi longtemps que persiste sa *bonne foi*, donc aussi longtemps qu'il a ignoré le caractère dotal et inaliénable de l'immeuble, du moins jusqu'au jour de la demande en nullité, tandis qu'il est tenu de restituer les fruits qu'il a perçus en connaissance de cause, mais alors sous déduction des intérêts du prix (Arg., art. 1682, § 3). La jurisprudence est fixée sur ces différents points (Req., 3 fév. 1845, *D. P.*, 1845, 1, 150).

595. Recours de l'acquéreur évincé. — L'acquéreur évincé ne va-t-il pas pouvoir formuler certaines prétentions, agir en garantie? A défaut de l'*exception* de garantie qui lui est refusée, n'a-t-il pas à sa disposition l'*action* de garantie qui lui assurera une juste indemnisation?

1° **Contre le mari,** et s'il a joué un rôle dans l'aliénation, l'acquéreur évincé a certainement un recours qui est fondé, soit sur l'article 1599, si le mari, s'étant présenté comme propriétaire, s'est comporté ainsi qu'un vendeur de la chose d'autrui, soit, en toute autre éventualité, sur l'article 1560, § 2 : sa responsabilité se trouve engagée, alors même qu'il se serait contenté d'habiliter sa femme, auteur principal de l'aliénation.

Dans un cas comme dans l'autre, l'opposition s'établit

entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur de mauvaise foi, le premier seul pouvant prétendre à des dommages-intérêts, tandis que le second n'a droit qu'à la restitution du prix. On remarquera seulement que l'article 1560, § 2 considère que la bonne foi de l'acheteur est établie du moment que le mari n'a pas fait mention dans l'acte du caractère dotal de l'immeuble : mais la *présomption* ainsi instituée n'est pas irréfragable, et il dépendrait du mari de prouver que, malgré le silence par lui gardé lors du contrat, l'acquéreur était au courant de la situation; la preuve de sa mauvaise foi résulte, non seulement de la déclaration du mari (preuve *intrinsèque*), mais aussi, à l'occasion, des « faits de la cause » (*Sic*, Req., 3 fév. 1845, *motifs*, *D. P.*, 1845, 1. 150).

596. 2° **Contre la femme,** le recours de l'acquéreur évincé est subordonné à cette circonstance qu'elle avait joué le rôle de venderesse ou de covenderesse.

C'est alors seulement que la question se pose d'un recours, contre la femme, de l'acquéreur évincé. En principe, la jurisprudence la résout par la *négative*, en arguant du silence de l'article 1560 qui prévoit bien un recours contre le mari, mais non contre la femme. Toutefois, cette solution est assortie d'un double tempérament.

a) La femme est tenue de restituer le prix dans la mesure où l'acquéreur évincé peut établir qu'elle en a profité (art. 1312; Civ., 1er mars 1847, *D. P.*, 1847, 1, 209; 26 mars 1855, *D. P.*, 1855, 1, 326) ; c'est à ce titre qu'elle doit indemniser l'acheteur des *impenses*, nécessaires ou utiles, qu'il avait faites sur l'immeuble;

b) On admet l'efficacité de la clause par laquelle la femme s'oblige *formellement* à garantie; à défaut de garantie de droit, il y a donc place pour la *garantie de fait* (*sup.*, t. II, n° 1117). Seulement, l'obligation ainsi assumée par la femme n'est exécutoire que sur ses *paraphernaux* : la dot est, en effet, insaisissable (*inf.*, n° 625). V. Civ., 4 juin 1851 (*D. P.*, 1851, 1, 193; 23 juin 1853, *S.*, 1854, 1, 6,).

596*bis*. — Cette jurisprudence, si protectrice des intérêts de la femme dotale, est sujette à caution : on ne voit pas pourquoi la femme venderesse ne serait pas tenue à la garantie de droit, étant entendu que ses paraphernaux répondraient seuls de son obligation; du moment que sa dot est recouvrée et mise à l'abri, il n'y a pas lieu de lui accorder une faveur particulière; la distinction que la jurisprudence

établit entre l'engagement exprès et l'engagement tacite, est artificielle et arbitraire; l'obligation de garantie est de la nature de la vente; la femme doit être capable de l'assumer, *sur ses paraphernaux*. Le système jurisprudentiel, qui est imbu de formalisme, va à l'encontre de principes généraux essentiels de notre droit.

597. Sanction de l'inaliénabilité des meubles dotaux. — Jusqu'à présent, on a envisagé uniquement la sanction de l'inaliénabilité en matière immobilière; mais la dot mobilière elle-même est inaliénable, au moins pour la jurisprudence (*sup.*, n° 586); en quoi consiste, dans ce domaine, la sanction de l'intangibilité de la dot? Elle varie selon que l'aliénation est émanée du mari ou de la femme.

1° Si c'est le *mari* qui aliène des meubles dotaux, l'opération est correcte, puisque, pour la jurisprudence, la dot mobilière est aliénable entre les mains du mari (*sup.*, n° 575). Seulement, il faut, de toute façon, que la femme recouvre sa dot; à cet effet, elle est investie d'une créance en restitution, d'une *créance en reprise* contre son mari, laquelle a elle-même un caractère dotal, donc intangible : les actes par lesquels elle voudrait compromettre soit ses reprises dotales elles-mêmes, soit son hypothèque légale dans la mesure où elle les garantit, seraient frappés de nullité. C'est là une nouvelle face, une nouvelle sanction de l'inaliénabilité dotale : l'acte que l'on frappe, ce n'est plus l'acte d'aliénation, mais bien l'acte de nature à compromettre les reprises nées de cette aliénation;

2° Si l'aliénation est l'œuvre de la *femme*, alors elle est nulle, à raison de l'incapacité dotale et en vertu de l'article 1560; mais il est à craindre que la femme n'obtienne pas satisfaction, l'acquéreur ou le sous-acquéreur du meuble pouvant invoquer, s'il était de bonne foi et s'il s'agit de meubles corporels, la règle de l'article 2279.

V

Exceptions à l'inaliénabilité dotale

598. Généralités. — Le rempart protecteur de la dot comporte un grand nombre de brèches; dans bien des cas, la dot peut être aliénée; il y a des exceptions au principe de l'inaliénabilité.

Ces exceptions sont intéressantes et efficientes surtout en

matière immobilière : pour les meubles dotaux, l'inaliénabilité, telle que l'entend la jurisprudence, n'est guère gênante, le mari pouvant librement effectuer des actes de disposition, si bien que les dérogations au droit commun interviennent alors, dans le contrat de mariage, plutôt dans un sens restrictif; on stipule que le mari ne pourra aliéner les meubles dotaux qu'à charge de *remploi* (*inf.*, n° 613).

599. — Les exceptions à la règle de l'inaliénabilité sont, les unes *légales*, les autres *conventionnelles*; les unes sont inscrites dans la loi, les autres dans le contrat de mariage.

Ces deux catégories sont à distinguer soigneusement, parce qu'elles sont interprétées par la jurisprudence dans des esprits très différents : s'agit-il d'exceptions conventionnelles? Les tribunaux usent de l'interprétation restrictive et même littérale; tandis que, pour les exceptions légales, la jurisprudence, plus libérale, use de l'interprétation extensive, de l'argument d'analogie. Ces deux méthodes ne sont d'ailleurs nullement contradictoires, mais elles se rattachent à une même préoccupation qui est de faire servir la dot à l'intérêt familial bien entendu. Or, il est à craindre que les époux n'abusent de la possibilité qu'ils se sont laissée, par une clause du contrat, d'aliéner les biens dotaux, car cette clause ne vise pas, ne peut guère viser une éventualité déterminée; elle donne une permission de principe, singulièrement dangereuse. Au contraire, lorsque c'est la loi qui autorise l'aliénation, elle ne vise que des éventualités précises ou des procédés d'aliénation déterminés : il s'agit de se procurer de l'argent pour faire des réparations à un immeuble dotal ou pour fournir des aliments à la famille, etc.; l'aliénation n'aura lieu qu'à bon escient, pour un *juste motif* et dans l'intérêt de la famille; on comprend dès lors que la jurisprudence ait une tendance à allonger la liste des exceptions légales, à admettre l'aliénation du fonds dotal du moment qu'il y a urgence ou grande utilité à y procéder. Interprétation restrictive et interprétation extensive procèdent ainsi du même esprit, du même désir d'adapter la dot aux besoins de la famille.

600. I. **Exceptions conventionnelles.** — Les futurs époux ont toute liberté pour restreindre, voire pour écarter l'inaliénabilité de la dot. Ils peuvent stipuler que les biens dotaux, même les immeubles, seront *aliénables*, purement et simplement (art. 1557); en conséquence, ils peuvent

aussi, bien qu'on en ait jadis douté, convenir que ces immeubles seront susceptibles d'*hypothèque*; qui peut le plus peut le moins (Civ., 18 nov. 1862, *D. P.*, 1862, 1, 476; Req., 3 fév. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 28). D'une façon générale, la femme peut renoncer à l'incapacité dotale: l'inaliénabilité est de la *nature*, non de l'essence du régime dotal. Les clauses dérogatoires peuvent d'ailleurs être plus ou moins étendues : elles concernent soit tous les biens dotaux, soit seulement l'un ou quelques-uns d'entre eux; elles autorisent l'aliénation purement et simplement ou bien elles la subordonnent à un remploi. Mais, en toute occurrence, et pour les raisons précédemment indiquées, elles comportent l'interprétation restrictive.

601. Interprétation restrictive. — La jurisprudence, désireuse de conjurer des abus, d'éviter que la dot ne soit détournée de son but à la faveur des clauses d'aliénabilité insérées dans le contrat de mariage, a toujours adopté une méthode d'interprétation restrictive très sévère : la formule permissive du contrat est prise à la lettre, comme jadis le contenu de la stipulation romaine, comme, de nos jours, les énonciations des tarifs de chemins de fer : la faculté de *vendre* n'implique pas celle d'*échanger* (Lyon, 9 juill. 1861, *D. P.*, 1862, 2, 187), ni celle de *donner*; la faculté d'*aliéner* n'entraîne pas celle d'*hypothéquer* (Ch. réun., 29 mai 1839, *S.*, 1839, 1, 449, avec les conclusions du proc. gén. Dupin), ni même, semble-t-il, celle d'aliéner à titre gratuit; alors même que les époux se seraient réservé le droit d'aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux, ceux-ci n'en demeureraient pas moins *insaisissables* (Req., 3 avril 1849, *D. P.*, 1849, 1, 124), et les *reprises* de la femme resteraient incessibles (Civ., 15 fév. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 247), comme l'hypothèque légale demeurerait indisponible (Civ., 2 juill. 1866, *D. P.*, 1866, 1, 321; 15 fév. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 247), et, si la femme s'est réservé la faculté de donner main-levée de son hypothèque au profit des créanciers du mari, elle ne pourra pas s'en dessaisir en faveur de ses propres créanciers (Civ., 19 nov. 1888, *D. P.*, 1890, 1, 55). Bien entendu, et à plus forte raison, les effets des clauses permissives sont limités aux biens qu'elles visent : la faculté d'aliéner les immeubles ne touche pas à l'inaliénabilité des meubles (Lyon, 11 déc. 1851, *D. P.*, 1854, 5, 262).

En fait, dans la plupart des contrats, la clause d'aliénabilité est assortie d'une *clause de remploi*; il est stipulé

que la dot sera aliénable à *charge de remploi* : c'est sous cet aspect particulier et pratique que nous étudierons désormais les clauses faisant échec à la règle de l'inaliénabilité dotale.

Les clauses de remploi

602. Bibliographie. — Benech, *De l'emploi et du remploi*; Bézard-Falgas, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*; thèses H. Capitant, Paris, 1889; Julliot, Paris, 1899; Terrat, Paris, 1905.

603. Généralités. — La clause de *remploi*, dont on connaît le mécanisme (*sup.*, n° 77), produit des résultats bien différents selon qu'elle porte sur des *immeubles* ou sur des *meubles déterminés*, ou sur des *sommes d'argent*.

1° Appliquée aux *immeubles*, elle fait échec à la règle de l'inaliénabilité; elles ouvre aux époux des possibilités qui, sans elle, ne leur appartiendraient pas, mais cela tout en donnant à la femme des garanties pour le recouvrement de sa dot, puisque le bien aliéné devra être aussitôt remplacé, dans le patrimoine dotal, par un bien équivalent; la sortie d'une valeur dotale sera compensée par l'entrée d'une autre valeur. L'aliénabilité à charge de remploi constitue ainsi un moyen terme entre l'inaliénabilité absolue, cause de stagnation de la dot, et l'aliénabilité sans limites, dangereuse pour la femme et pour la famille;

2° Appliquée aux *meubles*, la clause du remploi a un tout autre sens, non plus libéral, mais restrictif; elle intervient pour mettre un frein aux pouvoirs du mari à qui la jurisprudence permet d'aliéner librement la dot mobilière; grâce à elle, ces pouvoirs deviennent inoffensifs : le mari peut bien toujours aliéner les meubles, mais c'est à charge de les remplacer par des biens équivalents qui prendront exactement leur position dans le patrimoine dotal, si bien qu'ici encore la reconstitution de ce patrimoine sera immédiate, et la femme n'en sera pas réduite à une action en reprise, à une créance contre son mari;

3° Enfin, si la clause porte sur des *sommes d'argent*, elle s'analyse en une clause d'*emploi* et non de remploi, car il n'y a qu'une opération à effectuer, le placement des deniers, et non pas deux opérations comme au cas de remploi proprement dit. Ici encore, on se propose, comme avec la clause

de remploi des meubles, de préserver la dot contre les dilapidations et l'insolvabilité du mari.

Ainsi, tantôt les clauses de remploi écartent partiellement la règle de l'inaliénabilité et tantôt au contraire elles pallient les inconvénients inhérents aux larges pouvoirs du mari sur la dot mobilière : ce sont des clauses à double action.

Nous les envisageons surtout dans leur application aux *immeubles*, tout en signalant les particularités relatives au remploi mobilier et à l'emploi.

604. Plan. — 1° *Comment* le remploi doit être effectué;
2° *Effets* du remploi régulièrement accompli;
3° *Sanctions* : conséquences du défaut ou de l'irrégularité du remploi.

A. **Comment le remploi doit être effectué.** — Il y a lieu de préciser : 1° l'*époque* du remploi; 2° ses conditions de forme; 3° les *biens* qui peuvent tenir lieu de remploi.

1° **Epoque du remploi.** — Le principe est que le remploi doit être fait à une époque où le bien nouvellement acquis puisse prendre la position juridique du bien aliéné; cette règle conduit, sous les régimes communautaires, à décider que l'opération doit être effectuée avant la dissolution de la communauté (*sup.*, n° 83); sous le régime dotal, à conclure qu'elle peut intervenir jusqu'à la dissolution du mariage, et même après la séparation de biens, laquelle laisse subsister la dotalité (*inf.*, n° 678); mais, après la dissolution du mariage, il serait trop tard, le bien nouveau ne pouvant plus revêtir le caractère dotal (Req., 17 déc. 1855, *D. P.*, 1856, 1, 174; 2 mai 1859, *D. P.*, 1859, 1, 275; Pau, 27 janv. 1891, *D. P.*, 1892, 2, 28). D'autre part, il est possible qu'un délai ait été fixé dans le contrat de mariage; si la disposition est impérative, ce délai est de rigueur.

Il est admis que le remploi peut être effectué *par anticipation*, comme sous les régimes de communauté (*sup.*, n° 84); mais le bien acquis dans ces conditions n'acquiert le caractère dotal qu'après l'aliénation de l'immeuble à remplacer et le versement du prix de vente (Arg., art. 1543; Civ., 24 nov. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 325, *S.*, 1852, 1, 798; 21 mai 1873, *S.*, 1874, 1, 121, note Lyon-Caen; Req., 12 avril 1910, *D. P.*, 1910, 1, 478, *S.*, 1912, 1, 401, note Le Courtois);

2° **Conditions de forme.** — L'acte de remploi peut être, en principe, passé sous seing privé, sauf stipulation con-

traire dans le contrat de mariage. Mais les formalités de l'article 1434 doivent être observées (Req., 26 juill. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 249) ; de plus, et en outre de la *double déclaration* exigée par ce texte, le remploi doit être *accepté* par la femme, en conformité de l'article 1435 (Req., 26 juill. 1852, arrêt précité; Civ., 12 juin 1865, *D. P.*, 1865, 1, 444) ;

605. 3° **Biens qui peuvent tenir lieu de remploi.** — Il est possible que le contrat de mariage contienne des précisions à ce sujet; il y aura lieu de s'y conformer absolument.

En l'absence de toute directive contractuelle, l'opération doit répondre aux conditions suivantes :

a) Il faut qu'il y ait *acquisition d'un bien*, et acquisition nouvelle : on doit donc écarter, comme insuffisantes, non seulement une constitution d'hypothèque, mais aussi l'attribution du caractère dotal à un paraphernal (Caen, 6 mars 1848, *D. P.*, 1849, 2, 32) ; il faut que le patrimoine dotal soit reconstitué en nature et avec des valeurs provenant du dehors; mais le remploi pourrait être effectué avec un immeuble du mari, en principe tout au moins (Montpellier, 21 fév. 1851, *D. P.*, 1884, 2, 203; Riom, 3 janv. 1888, *D. P.*, 1889, 2, 124).

b) En l'absence de toute clause dans le contrat de mariage, le remploi doit être réalisé en *immeubles* (Req., 5 déc. 1854, *D. P.*, 1855, 1, 74; Riom, 10 janv. 1856, *D. P.*, 1857, 2, 79; Aix, 17 nov. 1860, *S.*, 1860, 2, 300) ; s'il en va autrement sous les régimes communautaires, c'est qu'un meuble, pourvu qu'il ne soit pas consomptible, a l'aptitude à jouer le rôle de propre; mais, sous le régime dotal, les meubles ne s'imprègnent qu'imparfaitement de la dotalité, puisqu'ils peuvent être aliénés par le mari; la substitution d'un meuble à un immeuble placerait la femme dans une situation d'infériorité.

Cependant, il faut savoir :

1° Qu'on n'exige pas que le nouveau bien soit immeuble par nature : les actions de la Banque de France, à condition d'être immobilières, éventualité de plus en plus rare depuis la condamnation portée par le décret du 14 décembre 1936, article 9 (*sup.*, t. I, n° 1364), peuvent servir de remploi (Caen, 10 mars 1856, *D. P.*, 1857, 2, 78) ;

2° Que certaines lois ont établi, au point de vue du remploi, l'équivalence entre les immeubles et certaines valeurs mobilières dont on a voulu assurer et fortifier le crédit,

notamment les *rentes sur l'Etat* (L. 2 juillet 1862, art. 46; 16 sept. 1871, art. 29; 11 juin 1878, art. 3; 27 avril 1883, art. 3; 17 janv. 1894, art. 3; 9 juill. 1902, art. 3, etc. Pour les titres émis tant par la Société nationale des chemins de fer français que par les grands réseaux, v. art. 13, d.-l. 31 août 1937, complété par l'art. 1er du d.-l. du 14 juin 1938, relatif aux emprunts émis par ces organismes). V. *sup.*, n° 82. L'équivalence ainsi établie *n'est pas d'ordre public* : elle peut être écartée par une clause formelle du contrat de mariage (*sup.*, *ibid.*);

c) Le remploi doit être *suffisant* : la somme provenant de l'aliénation doit être *intégralement* et *effectivement* placée, déduction faite des frais nécessités par l'opération, lesquels sont à la charge de la femme, et étant entendu que l'existence d'un faible rompu non employé ne compromettra pas la validité du remploi;

d) Enfin, le remploi doit être *utile* : il doit être fait en biens solides, à l'abri d'éviction et d'aléa, et non pas en immeubles lourdement grevés d'hypothèques ou en biens sujets à dépréciation ou à dépérissement. (Civ., 3 avril 1883, *D. P.*, 1884, 1, 23; Rouen, 30 déc. 1872, *D. P.*, 1877, 5, 381).

606. B. **Effets du remploi régulièrement accompli.** — Le bien acquis en remploi prend, dans le patrimoine dotal, la position juridique du bien aliéné auquel il est substitué; en vertu de la loi de *subrogation réelle*, il devient donc lui-même dotal et aliénable à charge de remploi, mais cela seulement jusqu'à concurrence de la valeur de son prédécesseur : s'il vaut plus que lui, il ne devient donc que partiellement dotal, sans quoi il y aurait augmentation de la dot au cours du mariage, ce qui est défendu par la loi (art. 1543, *sup.*, n° 555).

607. C. **Sanctions : conséquences du défaut ou de l'irrégularité de remploi.** — Le défaut ou l'irrégularité de remploi comportent diverses sanctions, notamment la nullité de l'aliénation, nullité *relative*, comme celle qui sanctionne l'inaliénabilité et qui est instituée dans l'article 1560 : elle est prononcée dans l'intérêt de la femme et comme sanction de l'inaliénabilité dotale qui, à raison de l'absence ou de l'insuffisance de remploi, fait un retour offensif.

608. Responsabilité des tiers. — Il résulte de là que les *tiers* sont responsables, de plein droit et en l'absence de

toute clause, du défaut de remploi, car la validité de l'aliénation était subordonnée à l'accomplissement du remploi; du moment que cette *condition* est défaillie, on en revient au statut de l'inaliénabilité; la vente est nulle, dans les termes de l'article 1560, et c'est un principe que les nullités retentissent sur les tiers : c'est ce qu'on exprime en disant que, sous le régime dotal, *le remploi est de plein droit obligatoire pour les tiers*, qui doivent veiller à son accomplissement : 1° notamment, l'*acheteur* d'un immeuble dotal, aliénable à charge de remploi, ne doit pas verser son prix sans s'assurer de l'existence et de la valeur du remploi, sans quoi il s'expose, soit à encourir la nullité de la vente, soit à faire un second paiement. Sous les régimes de communauté, il en va autrement : alors même qu'une clause du contrat de mariage imposerait au mari commun en biens l'obligation de faire le remploi, les tiers ne seraient pas responsables de son inaccomplissement, parce que le remploi n'était pas une condition mise à la validité de l'aliénation portant sur un bien naturellement aliénable : pour qu'il en fût autrement, une clause spéciale serait nécessaire (*sup.*, n° 548), qui ne l'est aucunement sous le régime dotal, lequel contient en lui-même le principe de la nullité des actes d'aliénation.

Mais, sous ce régime, une clause peut, à l'inverse, décider que les tiers acquéreurs ne seront pas responsables de l'insuffisance ou de l'inutilité du remploi (Civ., 29 janv. 1890, *D. P.*, 1890, 1, 97, note Planiol), ou même de son défaut : ils seront libérés alors par la quittance du prix que leur délivreront les époux; dans ce dernier cas, le remploi cesse d'être une condition mise à la validité de l'opération; il devient une affaire d'ordre intérieur (Paris, 11 mars 1892, *D. P.*, 1892, 2, 392). Toutefois, il est d'autres personnes qui sont responsables de son inaccomplissement, auxquelles nous arrivons maintenant;

2° Ce n'est pas seulement l'acquéreur de l'immeuble non remployé qui est responsable du défaut ou de l'insuffisance du remploi : ce sont toutes les personnes qui, à un titre quelconque, détiennent *des deniers sujets à emploi ou à remploi*; *constituant* de la dot (Req., 4 juill. 1899, *D. P.*, 1900, 1, 206; Civ., 7 mars 1905, *D. P.*, 1908, 1, 233, note H. Capitant); *débiteur* de la femme : banquier dépositaire de valeurs dotales, Caisse des Dépôts et Consignations, établissements émetteurs de titres frappés de dotalité, prêteurs de fonds sur hypothèque, etc.;

609. — 3° L'obligation de veiller au remploi incombe encore au *notaire* ou à l'*agent de change* qui ont prêté leur ministère pour une opération intéressant des biens dotaux et donnant lieu à remploi : leur responsabilité entre en jeu, non seulement s'ils ont prêté les mains à un *remploi fictif*, purement simulé, tendant à dépouiller la femme de sa dot (Req., 20 mars 1894, *D. P.*, 1895, 1, 45; 16 fév. 1910, *S.*, 1910, 1, 557, *D. P.*, 1912, 1, 183), mais encore s'ils ont commis la négligence de ne pas veiller à l'exécution satisfaisante du remploi, manquant ainsi à leurs obligations professionnelles (V. pour les *notaires*, Req., 6 fév. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 271; 16 fév. 1910, précité; et pour les *agents de change*, Civ., 3 déc. 1888, *D. P.*, 1890, 1, 71; Req., 7 juill. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 185; 30 oct. 1911, *D. P.*, 1916, 1, 5, note Sarrut; Civ., 9 mai 1923, *D. P.*, 1923, 1, 115, *S.*, 1923, 1, 361, note P. Esmein). Il n'est pas jusqu'au *conservateur des hypothèques* dont la responsabilité ne soit susceptible d'entrer en jeu à l'occasion du remploi dotal : notamment, il ne doit procéder à la radiation des inscriptions garantissant le paiement du prix de l'immeuble dotal vendu à charge de remploi, qu'après s'être assuré que cette opération a eu lieu dans des conditions régulières : il lui appartient, en effet, de vérifier la *capacité* du créancier qui consent à la radiation (art. 2157; Civ., 12 juill. 1847, *D. P.*, 1847, 1, 314; Bordeaux, 29 juin 1874, *D. P.*, 1875, 2, 212). D'autre part, lorsqu'il reçoit l'acte de transcription en suite d'une telle vente, il doit inscrire d'office le privilège de la femme venderesse, *alors même que le prix aurait été payé comptant* et du moment qu'il n'a pas été justifié du remploi régulier : car il y a lieu de prévoir l'éventualité où, le remploi n'étant pas effectué, la femme sera fondée à exiger un second paiement, à l'occasion duquel son privilège lui sera secourable (Trib. civ. Caen, 16 avril 1883, *D. P.*, 1885, 3, 23).

4° Il faut ajouter encore à cette liste des responsables éventuels l'*agent du Trésor*, saisi d'une demande de transfert d'un titre dotal aliénable à charge de remploi : il doit exiger que l'agent de change certifie la réalité du remploi effectué (Civ., 4 juin 1923, *S.*, 1923, 1, 361, note P. Esmein, *D. P.*, 1923, 1, 115).

610. — La responsabilité des notaires, agents de change, agents du Trésor et conservateurs des hypothèques demande à être précisée par les deux observations suivantes :

a) Elle existe, indépendamment de tout mandat conven-

tionnel, car elle a un caractère légal, un caractère *professionnel*;

b) Pour cette raison, elle ne saurait être écartée par la convention des parties : la clause qui dispense les tiers de surveiller le remploi ne leur est aucunement secourable (Req., 16 fév. 1910, précité; Civ., 9 mai 1923, précité; 4 juin 1923, précité, v. F. Dubas, *La responsabilité notariale*, thèse, Paris, 1937).

611. A quelle époque et par qui les sanctions peuvent être utilisées. — 1° *Au cours du mariage*, et avant toute séparation de biens, la situation est la suivante : *a*) la *femme* peut agir contre le mari pour le sommer, pour le contraindre à effectuer le remploi, puisque de cette opération dépend la conservation de sa dot. Sans doute, elle n'a pas l'exercice des actions dotales, et elle ne pourrait pas demander la nullité de l'aliénation (*sup.*, n° 574); sans doute aussi, l'obligation qui incombe au mari est une obligation de faire dont l'exécution forcée en nature est difficilement concevable; cependant, il est d'autant plus inadmissible de laisser à l'état de lettre morte, *constante matrimonio*, une clause du contrat de mariage, que l'acheteur est lui-même intéressé à la réalisation du remploi à laquelle est subordonnée la validité de l'aliénation; d'autre part, le procédé des *astreintes* est à même d'être employé : le mari sera ainsi contraint à effectuer le remploi, à moins que le femme ne soit autorisée par le tribunal, à l'expiration d'un certain délai, à procéder elle-même à cette opération (Req., 20 déc. 1852, *D. P.*, 1853, 1, 120; Caen, 2 août 1851, *D. P.*, 1852, 2, 226);

b) Le *mari*, qui a seul l'exercice de toutes les actions dotales (*sup.*, n° 574), peut mettre en œuvre, au cours du mariage, la responsabilité du notaire, de l'agent de change ou du conservateur lorsque ces personnes ont failli à leurs obligations professionnelles; il est aussi fondé à se retourner contre l'acquéreur, soit en lui demandant un nouveau paiement, le premier n'ayant pas été libératoire (Civ., 3 déc. 1888, *S.*, 1889, 1, 121, *D. P.*, 1890, 1, 71), soit en faisant annuler la vente non suivie de remploi, et sans qu'on puisse lui objecter sa propre faute puisqu'il agit en nullité, non pas de son chef, mais du chef de sa femme; toutefois, il y a lieu d'observer :

1. Que le défendeur pourrait échapper à la nullité en effectuant un second paiement dont il surveillerait l'emploi; 2. Qu'il pourrait même, du moins en cas d'*inaccomplissement* du remploi, objecter que la condition à laquelle

était subordonnée la validité de la vente est encore susceptible de se réaliser, le remploi pouvant être effectué aussi longtemps que le mariage n'a pas pris fin (Grenoble, 28 juill. 1865, *D. P.*, 1865, 2, 205);

2° *A la dissolution du mariage ou après la séparation de biens*, les actions dotales passent à la femme qui va donc décider du parti à prendre; il lui est possible :

a) Ou de respecter l'aliénation non suivie de remploi, et d'exiger alors soit une second paiement de l'acheteur, soit, de la part du mari ou de ses héritiers, la restitution du prix qu'il avait touché;

b) Ou de poursuivre l'annulation de la vente irrégulière à laquelle l'acheteur ne pourra plus échapper, même en offrant de payer le prix une seconde fois, car il est trop tard, du moins si le mariage est dissous, pour effectuer le remploi;

c) Soit enfin, en dernière analyse, de demander des dommages-intérêts au notaire, à l'agent de change ou au conservateur qui ont contrevenu à leurs obligations professionnelles.

612. Recours des tiers. — 1° Le tiers évincé ou inquiété n'a pas, en principe, de recours contre la *femme*, du moins sur ses biens dotaux; mais il nous paraît légitime d'accorder à l'acheteur, qui a dû effectuer un second paiement, une action sur les paraphernaux, au moins jusqu'à concurrence du profit que la femme a retiré du premier paiement, sans quoi celle-ci s'enrichirait injustement à ses dépens;

2° Contre le *mari*, l'acquéreur évincé peut agir en *garantie*, du moins si ce mari a joué un rôle dans la vente (*sup.*, n° 591); d'autre part, on considère que les tiers responsables ont, vis-à-vis de lui, qui était tenu d'effectuer le remploi et qui a manqué à cette obligation essentielle, la position juridique de débiteurs accessoires; en conséquence, et si leur responsabilité est mise en œuvre, ils sont *subrogés*, en tant que cautions, dans les droits de la femme contre son mari et bénéficient donc de l'hypothèque légale (Civ., 3 déc. 1888, *D. P.*, 1890, 1, 71, *S.*, 1889, 1, 121).

613. Remploi de la dot mobilière. — La clause de *remploi du mobilier* est traitée juridiquement, ainsi que celle de remploi des immeubles; elle obéit donc aux règles qui viennent d'être tracées : notamment, et bien qu'on en ait parfois douté, elle est *de plein droit opposable aux tiers* qui répondent du défaut de remploi, de son insuffisance ou de son inutilité (Req., 20 mars 1894, *D. P.*, 1895, 1, 45; Civ., 26 fév. 1912, *D. P.*, 1912, 1, 359; Toulouse, 31 janv. 1910,

sous Req., 30 oct. 1911, *D. P.*, 1916, 1, 5, note SARRUT, *S.*, 1912, 1, 385, note WAHL), comme aussi de sa réduction, opérée ensuite à tort par le mari (Req., 12 janv. 1938, *D. P.*, 1939, 1, 9).

Seulement, dans l'application, le recours des époux contre le tiers acquéreur risquera d'être illusoire, pour les meubles corporels — et notamment les titres au porteur — à raison de l'article 2279, et plus spécialement pour les valeurs de Bourse qui sont négociées par les agents de change, tenus au secret professionnel: la personnalité de l'acheteur des titres demeure inconnue.

Cette particularité ne rend que plus effectif le recours qui est accordé aux époux contre les intermédiaires, *notaires* rédacteurs ou dépositaires de fonds sujets à remploi; *établissements émetteurs* (V. pour la Ville de Paris, 30 déc. 1903, *D. P.*, 1905, 2, 107); *agents du Trésor*; *agents de change* qui ont négocié les titres dotaux sans veiller à la réalisation du remploi : ce n'est pas une action en nullité qui sera dirigée contre ces personnes, par exemple contre l'agent de change, mais une action en restitution du prix de vente qui avait été versé dans des conditions irrégulières, en sorte que le paiement n'avait pas été libératoire.

614. II. Exceptions légales au statut d'inaliénabilité dotale; loi du 18 février 1938. — A supposer que l'immeuble dotal n'ait pas été déclaré aliénable, avec ou sans emploi, par une clause du contrat de mariage, le statut de l'inaliénabilité peut encore fléchir dans certains cas, en vertu d'un texte de loi, en considération des circonstances de la cause, et en vue d'un objectif déterminé : car ce n'est plus alors en principe et abstraitement que l'aliénation est permise, mais seulement dans une éventualité déterminée, pour un juste motif, à bon escient.

Encore faut-il qu'un contrôle soit exercé à cette occasion, qu'une autorisation intervienne en vue de l'aliénation projetée qui n'est possible que dans le cadre tracé par la loi : cette autorisation émane, en principe, du tribunal, exceptionnellement et dans un cas unique, du *mari* : c'est ce cas exceptionnel qui nous retiendra d'abord, étant entendu que le système du Code civil ne reçoit aucune dérogation du chef de la loi du 18 février 1938, puisque, d'une part, cette loi ne modifie nullement, en thèse générale, la structure et le fonctionnement des régimes matrimoniaux, puisqu'en outre les restrictions apportées à la capacité de la femme par

des textes spéciaux demeurent en vigueur (art. 215, § 3; *sup.*, t. I, *supplém.* 1939, pp. 20 et suiv.).

A. **Aliénations permises avec l'autorisation du mari.** — La femme peut, avec l'autorisation du mari, donner ses biens dotaux pour *l'établissement de ses enfants*, tant de ceux qui sont issus d'un précédent lit (art. 1555), que de ceux qui sont nés du mariage actuel (art. 1556, § 1).

Interprétation extensive. — La jurisprudence donne de ces textes une interprétation très libérale.

a) Bien que la loi ne vise que l'établissement des *enfants*, on s'accorde à faire bénéficier de ces dispositions tous les *deccendants* : petits-enfants et enfants naturels;

b) On se contente d'un *établissement* quelconque, soit par mariage, soit professionnel : achat d'un office ministériel (Req., 24 oct. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 620) ou d'un fonds de commerce, apprentissage, préparation à une grande école, à une carrière quelconque, (Req., 10 fév. 1896, *S.*, 1910, 1, 511). Tout ce qu'on exige, c'est qu'il s'agisse d'un établissement nouveau, à l'exclusion de l'amélioration d'une situation déjà acquise (Req., 15 janv. 1906, *S.*, 1906, 1, 435, *D. P.*, 1909, 5, 22);

c) Les textes ne prévoient que la *donation* des biens dotaux; mais la jurisprudence admet que la femme, suivant une méthode différente, emprunte de l'argent en conférant à son bailleur de fonds une hypothèque sur un immeuble dotal (Req., 24 oct. 1892, précité) ou qu'elle renonce, au profit de l'enfant doté, à son hypothèque légale (Req., 1er avril 1845, *D. P.*, 1845, 1, 197), ou encore qu'elle vende ses immeubles dotaux en vue de se procurer les fonds nécessaires à l'établissement de l'enfant (Req., 1er avril 1845 précité; 26 nov. 1900, *S.*, 1901, 1, 65, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1904, 1, 457, note de Loynes). Ce dernier arrêt est d'un libéralisme complet : il admet que la vente ait lieu avec la seule autorisation du mari et sans autre formalité, de gré à gré : le but poursuivi peut ainsi être atteint « par tous moyens directs ou indirects » (arrêt précité du 1er avril 1845).

615. Refus du mari. — Si le mari refuse l'autorisation qui lui est demandée par sa femme, celle-ci peut-elle vaincre cette résistance en s'adressant à la justice? A cet égard, le Code civil distingue : le recours au tribunal n'est pas admis si l'établissement est celui d'un enfant commun : le père exerce alors son droit de puissance paternelle et les préroga-

tives inhérentes à sa qualité de chef de la famille (art. 213, § 1, nouv. réd.) ; son opposition n'est pas suspecte (art. 1556, § 1) ; mais si c'est l'établissement d'un enfant que la femme a eu d'un précédent mariage qui est en question, l'article 1555 admet le recours au tribunal, avec cette réserve juridique que l'autorisation alors donnée par justice ne saurait compromettre le droit de jouissance du mari sur la dot : c'est donc seulement la nue propriété de ses biens dotaux dont la femme pourra ainsi disposer contre le gré du mari et avec l'autorisation du tribunal. La même solution est à donner, les raisons étant identiques, pour l'établissement d'un enfant *naturel* ou *adoptif* de la femme.

616. B. **Aliénations permises avec l'autorisation de justice.** — Les cas dans lesquels la dot peut être aliénée avec l'autorisation de justice sont au nombre de *neuf* : dans les *six* premiers, l'aliénation a un objectif précis et les deniers provenant de la vente ont donc une affectation spéciale; il en va autrement dans les cas suivants, y compris le dernier, celui d'expropriation pour cause d'utilité publique, qui relève du droit administratif.

1° L'immeuble dotal peut être aliéné *pour tirer de prison le mari ou la femme* (art. 1558, § 2). Peu importe la cause et la nature de la détention : que l'époux subisse la *contrainte par corps* dans les cas exceptionnels où elle subsiste encore; qu'il soit en état de *détention préventive*, à raison d'une infraction dont il est inculqué; qu'il soit *prisonnier de guerre* ou *capturé* par des brigands, la dot pourra remplir la fonction insolite qui lui est assignée par le texte;

2° **Fourniture d'aliments.** — La dot peut aussi être aliénée *pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les art. 203, 205 et 206* (art. 1558, § 3). Le texte vise ainsi l'*obligation alimentaire* entre *parents* et *alliés*; mais la jurisprudence l'interprète extensivement :

a) L'immeuble dotal peut être aliéné pour procurer des aliments aux *époux* eux-mêmes (art 214, nouv. réd.; Req., 2 mai 1898, *D. P.*, 1898, 1, 367) ;

b) Ce n'est pas seulement pour des achats d'aliments qu'il peut l'être, mais à l'occasion et en vue de toutes opérations destinées à procurer des ressources à la famille : pour l'acquisition d'un fonds de commerce ou de marchandises (Req., 4 juill. 1904, deux arrêts; *S.*, 1906, 1, 238 et 411) ; ou d'un cheptel ou d'un héritage rural (Req., 11 déc. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 468), pour la constitution d'un cautionnement

(Req., 30 juin 1903, *D. P.*, 1903, 1, 536, *S.*, 1904, 1, 8), ou pour éviter une catastrophe commerciale (Req., 4 juill. 1904, précité), en un mot, pour assurer des ressources à la famille, dans le présent ou dans l'avenir;

3° **Paiement des dettes de la femme** (art. 1558, § 4). — Il s'agit des dettes de la femme qui ont *date certaine* antérieure, non pas au contrat de mariage, comme le dit inexactement le texte, mais seulement *au mariage* : c'est qu'en effet, ces dettes sont exécutoires, même sur la dot (*inf.*, n° 632); dans ces conditions, mieux vaut vendre les biens dotaux que les laisser saisir par les créanciers. Etant donnée la justification de cette disposition, l'interprétation extensive s'impose : il est des dettes qui, bien que postérieures au mariage, sont cependant exécutoires sur les biens dotaux : ceux-ci peuvent être aliénés en vue de désintéresser les créanciers : il en est ainsi des dettes *délictuelles* ou *quasi-délictuelles*, des *dettes légales* et de celles qui grèvent des *successions dotales* échues à la femme au cours du mariage (Civ., 22 fév. 1911, *S.*, 1913, 1, 553, note Le Courtois, *D. P.*, 1915, 1, 25, note Ripert);

4° **Paiement des dettes du constituant.** — La dot est aliénable en vue de payer les dettes de ceux qui l'ont constituée, *lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage* (art. 1558, § 4). — Il s'agit ici de dettes dont, on le suppose, la femme n'est tenue ni personnellement, ni hypothécairement, sans quoi on retomberait dans le cas précédent : on considère que c'est pour elle un devoir de conscience que de payer les dettes de son bienfaiteur, pratiquement de son proche parent, le plus souvent, son père ou sa mère, du moins si elles ont *date certaine antérieurement au contrat de mariage*;

5° **Grosses réparations.** — L'art. 1558, § 5, suppose qu'un immeuble dotal exige de *grosses réparations*; afin de se procurer les fonds nécessaires à leur exécution, les époux peuvent obtenir du tribunal l'autorisation d'aliéner un autre immeuble dotal : c'est avec la dot même que la dot sera conservée.

Cette disposition est comprise très largement : la jurisprudence l'applique du moment qu'il s'agit, pour les époux, de se procurer de l'argent en vue de la *conservation de la dot* et alors même qu'il ne serait pas question, à vrai dire, de grosses réparations : reconstitution d'un vignoble dévasté

par la maladie (Req., 23 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 39) ; frais de culture intensive (Req., 2 mait 1898, *S.*, 1899, 1, 173) ; frais d'une instance en séparation de biens engagée par la femme pour sauvegarder sa dot (Civ., 19 juill. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 49, note PONCET) ;

6° **Donation à des œuvres de bienfaisance.** — La femme peut donner ses biens dotaux à des œuvres d'assistance et de bienfaisance, publiques ou privées, ou ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité, la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre, mais à condition : *a*) qu'elle ait plus de quarante-cinq ans; *b*) que les époux n'aient ni enfants ni descendants vivants.

En principe, la loi exige et l'autorisation du mari et celle de la justice; cependant, si le mari oppose un refus, l'autorisation du tribunal sera efficiente, réserve faite de la jouissance des biens données qu'il ne dépend pas de la justice d'enlever au mari (art. 1556, 2e alinéa, ajouté par une loi du 19 mars 1919, art. 1er).

617. Observations communes aux six éventualités précitées. — *a*) La vente, une fois autorisée par justice, doit avoir lieu *aux enchères* (art. 1558, § 1), et dans les formes requises pour la vente des biens des mineurs (C. pr., art. 997) ;

b) Dans ces différents cas, une jurisprudence constante admet que le tribunal peut, au lieu d'autoriser la femme à aliéner, lui permettre de contracter un emprunt garanti par une hypothèque portant sur des immeubles dotaux.

618. 7° Licitation de biens indivis. — L'art. 1558, § 6, suppose qu'un immeuble dotal est *indivis* entre la femme et des tiers, et qu'il est reconnu *impartageable* — ou non commodément partageable (arg. art. 827, § 1, nouv. réd.) : la *licitation* — c'est-à-dire l'adjudication aux enchères — et non pas amiable —, en est possible, mais avec permission de justice.

C'est qu'en effet, on ne pouvait pas songer à interdire, en pareil cas, l'aliénation de l'immeuble qui serait donc resté dans l'indivision forcée, c'est-à-dire dans une situation économiquement mauvaise. D'ailleurs, la licitation ne diminue pas la dot, mais en transforme seulement la consistance, et le tribunal pourra déterminer l'emploi à faire de la partie du prix d'adjudication attribué à la femme.

Cette disposition doit être interprétée, à certains égards extensivement, à d'autres restrictivement.

a) Extensivement, en ce sens qu'on en fait application aux meubles dotaux comme aux immeubles, et à une indivision entre la femme et son mari aussi bien qu'à une indivision avec des tiers (Grenoble, 18 août 1854, *D. P.*, 1856, 2, 61);

b) Restrictivement, en ce sens qu'on suppose que les copropriétaires sont d'accord pour procéder à la licitation; sinon, il faudrait suivre la procédure contentieuse, en sorte que la femme n'aurait que faire de l'autorisation du tribunal, du moins pour procéder à la vente du bien dotal;

8° L'immeuble dotal peut être *échangé* contre un autre immeuble (art. 1559), toujours avec l'autorisation de justice; et il faut décider que, de même, un meuble dotal peut être échangé contre un autre meuble, ou contre un immeuble. Il est plus douteux qu'un immeuble dotal puisse être échangé contre un meuble, car le mobilier a, vis-à-vis de la dotalité, une réceptivité moindre que les biens immobiliers (*sup.*, n^os^ 575 et 605).

Diverses conditions sont mises à l'opération; l'art. 1559 exige le consentement de la femme, ce qui allait de soi, puisqu'elle est propriétaire; mais deux autres conditions sont à noter :

a) Le nouvel immeuble doit représenter la valeur de l'ancien, au moins pour les *quatre cinquièmes*, en sorte que la fortune dotale soit à peu près intégralement reconstituée du fait de l'opération même : la valeur respective des deux immeubles sera déterminée par des experts que le tribunal nommera d'office (art. 1559, § 1);

b) Il faut que les époux justifient de l'*utilité* de l'échange (même texte) : l'opération doit être avantageuse pour eux.

Sur les *effets* produits par l'échange et sur la portée de la *subrogation réelle* qui se réalise à cette occasion, voy. *sup.*, n° 562;

9° **Expropriation pour cause d'utilité publique.** — L'immeuble dotal comporte l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, qui est d'ailleurs une catégorie d'aliénation *nécessaire*. Le vœu du législateur est que l'opération revête la forme *amiable* : sous l'empire de la loi du 3 mai 1841, articles 13 et 15, la femme pouvait consentir la cession avec l'autorisation du tribunal qui contrôlait les conditions dans lesquels elle se présentait; le décret-loi du 8 août 1935, qui a

abrogé cette loi, prévoyant dans son article 15 l'expropriation de biens de mineurs, interdits, absents ou *autres incapables*, donne pouvoir aux représentants de ceux-ci de consentir, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête, à l'aliénation amiable, et le troisième alinéa du même texte décide que « *ces dispositions sont applicables aux immeubles dotaux* »; ces textes, pris à la lettre, impliqueraient la régularité de l'aliénation amiable, en dehors de toute intervention de la femme, et en vertu des pouvoirs d'administration du mari. Cette solution nous paraît inacceptable, alors que la femme est propriétaire, et surtout depuis qu'elle a acquis le plein exercice de sa capacité civile (art 215, § 1, nouv. réd.), et nous estimons que c'est elle-même qui doit consentir à l'opération, dûment autorisée par le mari et par le tribunal; en réalité, le système institué par l'article 15 n'est concevable et ne peut fonctionner que pour les incapables qui sont soumis à un régime de représentation : mineurs non émancipés, interdits, etc.

619. Règles générales applicables aux cas d'aliénation de la dot avec l'autorisation de justice. — 1° Conditions requises. — Pour que l'aliénation soit valablement effectuée, il faut : *a*) le *consentement de la femme*, dans tous les cas; *b*) *celui du mari*, mais à moins cependant que les époux ne soient *séparés de corps* ou que le mari ne se trouve dans l'impossibilité de consentir, pour cause d'absence ou de folie; de plus, le refus du mari peut être surmonté par la justice, mais réserve faite du droit de jouissance qui lui appartient sur les biens aliénés; *c*) enfin, le *tribunal* doit donner son autorisation *spéciale* (Agen, 29 mars 1892, *D. P.*, 1892, 2, 253), en connaissance de cause, après avoir contrôlé les conditions dans lesquelles se présente l'opération. La demande d'autorisation est formée par requête d'avoué (C. pr., art. 997) et portée devant le tribunal du domicile conjugal (C. pr., art. 59; Req., 20 juin 1877, *sol. impl.*, *D. P.*, 1879, 1, 421; Caen, 26 juin 1929, *D. P.*, 1930, 2, 93); elle est communiquée au ministère public (C. pr., art. 83); la décision rendue par le tribunal est un acte de *juridiction gracieuse*.

620. 2° Formes de la vente. — La vente a lieu *aux enchères* (art. 1558, § 1), dans les formes requises pour les *ventes de biens de mineurs* (art. 1558; C. pr., art. 997); les enchères sont reçues soit à l'audience des criées, soit par

un notaire commis par le tribunal; elles doivent être annoncées par des affiches et par des insertions dans les journaux (art. 1558, § 1; C. pr., art. 960 et 997);

3° **Emploi des sommes. — Remploi légal.** — Les sommes provenant de la vente — ou de l'emprunt sur hypothèque, reçoivent l'emploi déterminé par le tribunal en vue duquel il a donné l'autorisation de vendre ou d'hypothéquer le bien dotal : l'adjudicataire ou le prêteur sont tenus de veiller à cet emploi, à peine de faire un nouveau paiement.

Toutefois, il faut bien comprendre que ces sommes, dans la mesure où elles correspondent aux besoins à satisfaire, cessent d'avoir le caractère dotal, de telle sorte que la femme ne saurait, de leur chef, exercer, à titre de reprise totale, aucun recours contre les tiers acquéreurs d'immeubles du mari; comme on l'a dit très justement (rapport cité *infra*), l'autorisation donnée par le tribunal d'aliéner ou d'emprunter *supprime la dotalité* (*Sic*, Req., 9 janv. 1934, *S.*, 1934, 1, 97, rapport E. Pilon); cette solution s'induit, *a contrario*, des derniers mots de l'article 1558 ancienne rédaction qui décide différemment pour les sommes excédant les besoins reconnus, lesquelles ont le caractère dotal.

En effet, c'est rarement que le prix d'adjudication correspond exactement aux besoins en vue desquels l'aliénation avait été autorisée; un *reliquat subsiste*, une fois ces besoins satisfaits; de même, en cas d'échange, il arrive que les époux touchent une *soulte*. En pareilles éventualités, l'emploi de cet excédent s'impose, puisqu'il représente une valeur dotale; avec le reliquat disponible, on achètera un bien qui aura lui-même le caractère dotal (art. 1558, § 7, et art. 1559, § 2). On dit alors qu'il y a *remploi légal*, parce que c'est la loi même qui prescrit l'opération : le bien acquis en remploi est *subrogé* au bien aliéné.

Ce remploi légal est certainement obligatoire pour les tiers : l'adjudicataire serait responsable de son inaccomplissement; mais la seule sanction consisterait dans l'obligation, pour lui, de payer à nouveau la somme dont il n'a pas été fait remploi; la validité de l'aliénation ne serait pas mise en question; l'obligation de remploi n'affecte pas l'adjudication dont elle est un des effets, non un des éléments de validité; il y a là une différence très nette entre le remploi *légal* et le remploi *conventionnel*.

621. 4° **Nullité de l'aliénation.** — L'aliénation est *nulle* si elle a été passée sans l'autorisation du tribunal ou, plus généralement, sans l'observation des formes prescrites dans les art. 1558 et 1559; mais que décider si le tribunal a donné l'autorisation en dehors des cas limitativement prévus par la loi? En principe, il faut admettre que les décisions peuvent alors être rapportées à la demande de la femme ou de ses représentants, car elles ne sont que des actes de *juridiction gracieuse*, privés de l'autorité de la chose jugée; en conséquence, elles ne font pas obstacle à ce que la femme argue de la nullité de la vente ou de l'hypothèque par elle consentie (Req., 27 nov. 1883, *D. P.*, 1885, 1, 39; Limoges, 17 juill. 1890, sous Req., 4 nov., 1891, *D. P.*, 1892, 1, 257). Toutefois, la jurisprudence n'applique cette solution qu'au tant que le tribunal a commis une *erreur de droit*; en ce cas, il faut que le dernier mot reste à la loi; mais si le juge a commis une *erreur de fait*, déterminée généralement par les déclarations mensongères, par les manœuvres des parties, l'acte accompli avec son autorisation demeure inattaquable; la femme n'est pas admise à en invoquer la nullité, car elle répond, sur sa dot, des conséquences de ses délits et de son dol (*inf.*, n° 634); il est inadmissible qu'elle puisse se prévaloir d'une erreur dont elle est responsable (Civ., 20 juin 1877, *D. P.*, 1872, 1, 421; 19 juill. 1887, *S.*, 1888, 1, 289, note Labbé; 18 juill. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 11, *S.*, 1912, 1, 356).

621*bis*. **Bail de l'immeuble dotal.** — Aux termes du dernier alinéa de l'article 1558, ajouté par une loi du 2 avril 1932, « *l'immeuble dotal pourra, avec la permission de justice, être donné à bail, en totalité ou en partie, pour une durée qui ne dépassera pas vingt-cinq ans...* »

Désormais, trois catégories de baux sont donc à distinguer :

1° Les baux de neuf années ou moins dont la passation rentre dans les pouvoirs du mari, administrateur de la dot (*sup.*, n° 573);

2° Les très longs baux, de plus de vingt-cinq années, lesquels sont sont absolument prohibés par la loi et seraient, à notre avis, non pas seulement réductibles, mais nuls;

3° Les baux intermédiaires, d'une durée supérieure à neuf années mais ne portant pas sur une période de plus de vingt-cinq années; leur conclusion est subordonnée : 1. au consentement du mari, administrateur de la dot; 2. au

consentement de la femme, propriétaire de l'immeuble : il s'agit de procéder à un acte assimilable à un acte de disposition (*sup.*, n^os^ 573 et 584) ; 3. à la permission du tribunal dont le rôle se bornera à examiner le projet de contrat et à l'homologuer, s'il y a lieu, sur le rapport d'un juge et le ministère public entendu (art. 1558 *in fine*).

Il est à remarquer que la loi de 1932 semble bien avoir modifié implicitement l'article 2, § 3 de la loi du 25 juin 1902 qui admettait que l'immeuble dotal fût donné à *bail emphytéotique*, par les deux époux et avec l'autorisation de justice, sans autre limitation de durée que celle du droit commun, soit jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans : désormais, la durée du bail emphytéotique devra être et supérieure à dix-huit années (l. 25 juin 1902, art. 1^er^, § 2), et égale, au maximum, à vingt-cinq années (C. civ., art. 1558, dern. al.).

N° 2

De l'imprescriptibilité de la dot

622. Principe. — L'art. 1561, § 1, pose le principe de l'*imprescriptibilité* des immeubles dotaux, laquelle n'est qu'une des faces de l'inaliénabilité dotale *lato sensu*, donc de l'incapacité dotale; la dot est à ce point intangible, sa conservation est à ce point nécessaire que c'est vainement qu'un tiers entrerait en possession d'un immeuble dotal et qu'il le posséderait pendant trente années : la femme en demeurerait propriétaire.

Il faut signaler le lien que l'art. 1561 établit entre le concept de l'inaliénabilité et celui de l'imprescriptibilité : il place celui-ci sous la dépendance de celui-là; les immeubles imprescriptibles sont ceux qui n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage; déclarés aliénables — purement et simplement, *sans condition de remploi*, ils deviennent du même coup sujets à prescription. Ce lien établi entre les deux notions peut se justifier : là où l'aliénation expresse, volontaire, n'est pas possible, on comprend que l'aliénation lente, par la voie oblique de l'abstention du propriétaire, ne le soit pas davantage; les époux sont incapables de compromettre la dot par leur inertie, comme par des actes positifs et conscients.

623. Domaine de l'imprescriptibilité. — Seulement, le législateur n'est pas toujours resté fidèle à ce principe de solidarisation des deux concepts; en réalité, les deux théories

de l'inaliénabilité proprement dite et de l'imprescriptibilité sont assez indépendantes, et c'est pourquoi nous les étudions séparément : la deuxième a un moins large domaine que la première.

1° L'immeuble dotal comporte la prescription si la possession du tiers est antérieure au mariage (art. 1561, § 1); le possesseur continue alors à prescrire encore que, dans l'intervalle, la femme, propriétaire de l'immeuble, ait constitué en dot tous ses biens présents : l'immeuble est devenu inaliénable, mais il reste sujet à prescription. Il est vrai que le résultat s'explique, très juridiquement, par la *rétroactivité* de l'usucapion (*sup.*, t. I, n° 1602); mais il n'en reste pas moins que les deux notions de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité ne coïncident plus, en fait;

2° Leur indépendance est plus manifeste encore une fois que la *séparation de biens* est prononcée : l'inaliénabilité subsiste, alors que l'imprescriptibilité cesse (art. 1561, § 2, *inf.*, n° 681);

3° Et surtout, il est admis que la notion de l'imprescriptibilité est limitée aux immeubles dotaux; mais les meubles dotaux comportent la prescription, alors que la jurisprudence les considère cependant comme inaliénables, au moins pour la femme (*sup.*, n° 586) et alors qu'ils le sont, même du côté du mari, si une clause du contrat de mariage exige le remploi : même alors cependant ils comportent la prescription. La constatation est intéressante, notamment pour les créances dotales et pour leurs intérêts qui se prescrivent donc par cinq années, conformément à l'art. 2277 (Agen, 18 nov. 1830, *S.* 1832, 2, 57; Grenoble, 7 janv. 1845, *D. P.*, 1845, 2, 160).

624. Diverses catégories de prescriptions. — Sous le bénéfice des réserves qui viennent d'être faites, l'art. 1561 suspend toute prescription, *acquisitive* ou *extinctive* :

1° L'*usucapion* de la *propriété*;

2° L'*usucapion* des *servitudes* (Civ., 20 janv. 1847, *D. P.*, 1847, 1, 120);

3° L'extinction des *servitudes* par le *non-usage* (art. 706) : les servitudes qui appartiennent au fonds dotal sur d'autres fonds subsistent, encore qu'elles ne soient pas exercées pendant longtemps; de même, l'*usufruit* immobilier constitué en dot résiste au non-usage, malgré la disposition de l'art. 617;

4° Enfin, la prescription de l'*action en nullité* fondée sur

l'art 1560 : si un acte a été passé au mépris du principe de l'inaliénabilité dotale, la nullité ne se couvre pas pendant le mariage (art. 1560, § 1), sauf à rechercher si l'obstacle à la prescription n'est pas levé par la séparation de biens (*inf.*, n° 682).

N° 3

De l'insaisissabilité de la dot

625. Généralités. — Plan. — La dot, qui ne peut être compromise ni directement, par voie d'aliénation, ni par la voie lente de la prescription, ne peut pas l'être davantage par voie d'obligation : la femme est incapable, même avec l'autorisation du mari, de contracter des engagements exécutoires sur ses biens dotaux qui, par dérogation au principe inscrit dans l'art. 2092, échapperont au gage des créanciers : telle est la signification de l'*insaisissabilité* de la dot.

Cette insaisissabilité n'est instituée par aucun texte, même indirectement, même implicitement; mais elle est postulée : 1° par l'*esprit* même du régime dotal qui tend à conserver la dot envers et contre tous; 2° par le dogme même de l'*inaliénabilité* proprement dite : un bien ne serait pas vraiment inaliénable s'il pouvait être donné en gage général aux créanciers de son propriétaire : l'inaliénabilité comporte comme *corollaire* nécessaire et traditionnel (Rousseau, n° 380), l'insaisissabilité.

Seulement, et précisément parce qu'aucun texte n'institue une théorie de l'insaisissabilité, notre jurisprudence a été amenée à édifier son système sur le plan de l'inaliénabilité proprement dite : du moment que, dans le silence de la loi, l'insaisissabilité ne pouvait être admise que parce que virtuellement contenue dans la notion de l'inaliénabilité, elle devait fatalement se modeler et être calquée sur elle. Et en effet :

1° Elle a la même *portée* objective que l'inaliénabilité;
2° Elle présente la même *nature juridique*;
3° Elle ne diffère que par sa *sanction*, qui lui est propre.

I

Portée objective de l'insaisissabilité

626. Directive. — En principe, l'insaisissabilité a la même portée objective que l'inaliénabilité : ce sont tous les biens dotaux — meubles ou immeubles — qui sont insaisissables et uniquement les biens dotaux.

627. Précisions et dérogations. — Cependant, il y a lieu d'observer :

1° Que cette harmonie peut être rompue par une clause du contrat de mariage déclarant les biens dotaux aliénables, ou, à l'inverse, saisissables; à raison de la méthode d'interprétation restrictive qui est alors de rigueur (*sup.*, n° 601), les biens se trouvent soit aliénables mais insaisissables, soit, à l'inverse, saisissables mais inaliénables;

2° Que, pour ce qui est des *meubles dotaux*, l'insaisissabilité est plus effective que l'inaliénabilité : en effet, notre jurisprudence reconnaît au mari le pouvoir d'aliéner librement ces meubles (*sup.*, n° 575), mais leur insaisissabilité est opposable aussi bien aux créanciers du mari qu'à ceux de la femme : à ceux du mari, parce que ces biens, dont la femme est propriétaire, ne figurent pas dans le patrimoine de leur débiteur; à ceux de la femme, parce qu'à son égard la dot mobilière est inaliénable;

3° Que ce ne sont pas seulement les *capitaux* dotaux qui sont insaisissables, mais aussi leurs *revenus, dans la mesure*, du moins, *où ils sont nécessaires aux besoins de la famille*; ils ne peuvent donc être saisis, ni, pour aucune partie, par les créanciers de la femme, car c'est au mari qu'ils appartiennent, en vertu de son droit de jouissance; ni par les créanciers du mari, mais alors seulement jusqu'à concurrence de la portion indispensable aux besoins de ménage; seul, le superflu est saisissable. La jurisprudence étend ainsi, hardiment mais logiquement, le principe de l'affectation de la dot aux besoins de la famille, du capital aux revenus eux-mêmes; elle ne veut pas que la dot soit détournée, même dans ses revenus, de sa destination obligatoire; une série de décisions l'ont fixée en ce sens (Req., 17 mars 1856, *D. P.*, 1856, 1, 130; 27 avril 1880, *D. P.*, 1880, 1, 431; 14 août 1883, *D. P.*, 1884, 1, 334; 2 juill. 1885, *D. P.*, 1886, 1, 287; Civ., 12 mars 1902, *D. P.*, 1902, 1, 191; 22 juin 1926, *S.*, 1926, 1, 343, *D. P.*, 1927, 1, 38).

628. — Cette jurisprudence veut être complétée et précisée par les propositions suivantes qui en sont partie intégrante :

a) C'est au tribunal qu'il appartient d'arbitrer dans quelle mesure les revenus dotaux sont nécessaires aux besoins du ménage; mais le fardeau de la preuve incombe, à cet égard, aux époux, non à leurs créanciers (Civ., 22 juin 1926, précité);

b) Les revenus de la dot sont parfaitement saisissables — et aliénables, lorsqu'ils ont été perçus et qu'ils se mélangent aux autres biens du mari : ce sont seulement les revenus à venir, les fruits non encore détachés qui sont inaliénables et insaisissables dans la mesure des besoins de la famille;

c) Exceptionnellement, les créanciers pour *fournitures nécessaires* peuvent saisir tous les revenus dotaux (Pau, 25 nov. 1879, *D. P.*, 1881, 2, 112);

d) Lorsque la femme agit en vertu du *mandat domestique*, donc au nom du mari, ses créanciers — qui sont en réalité ceux du mari — peuvent saisir les revenus de la dot comme s'ils avaient traité avec le mari lui-même, donc soit pour partie, soit même pour le tout, si, comme il arrive le plus souvent, ils ont fait des fournitures alimentaires.

629. — *En résumé*, on voit que si le concept de l'insaisissabilité est calqué sur celui de l'inaliénabilité, il acquiert cependant, en ce qui concerne les meubles dotaux et spécialement les fruits, une plus grande vigueur, une plus grande efficacité, puisque la saisie reste impossible là où notre jurisprudence admet cependant l'aliénation par le mari.

II

Nature juridique de l'insaisissabilité

630. Directive. — L'insaisissabilité, corollaire de l'inaliénabilité, présente la même nature juridique que celle-ci; elle se ramène donc, on l'a vu, et la loi du 10 juillet 1850 en fournit la démonstration (*sup.*, n^os^ 388 et 579), à une *incapacité* dont la femme est atteinte par surcroît sous le régime dotal : celle-ci est incapable, même avec l'autorisation du mari ou de justice, non pas de s'obliger, mais d'*assumer des obligations exécutoires sur sa dot*; ses créanciers auront la ressource de saisir ses paraphernaux, non ses biens dotaux; on a parfois expliqué ce résultat en parlant d'une *incapacité réelle* dont la femme dotale serait atteinte; mais cette terminologie est dangereuse; elle pourrait laisser croire à une *indisponibilité* de la dot qui n'existe pas; l'engagement contracté par la femme autorisée n'est pas nul : il s'exécutera et sur les paraphernaux et sur les biens acquis après la dissolution du mariage (Req., 12 nov. 1879, *D. P.*, 1880, 1, 49, rapport Barafort; Civ., 9 juill. 1923, *D. P.*, 1924, 1, 34); mais les biens dotaux ne seront pas compris dans le gage des créanciers.

Cette idée que, pour la jurisprudence, l'insaisissabilité de la dot se ramène à l'incapacité dotale, est d'*une importance capitale* : elle a conduit la Cour de cassation à façonner la théorie de l'insaisissabilité sur le moule habituel, classique des incapacités, et à décider :

1° Que l'insaisissabilité produit des effets définitifs;

2° Mais qu'elle n'est pas opposable à tous les créanciers

631. A. **L'insaisissabilité produit des effets définitifs.** — La dot est protégée par elle *indéfiniment*, sans limitation de durée; lorsqu'un bien échappe, à raison de son caractère dotal, au gage d'un créancier, c'est pour toujours; jamais ce créancier ne pourra le saisir, pas même après la séparation de biens, pas même après la dissolution du mariage, ni après le décès de la femme (Civ., 18 août 1869, *D. P.*, 1869, 1, 461; 14 nov. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 437) : la saisie n'est pas seulement ajournée, elle est impossible quoi qu'il advienne; autrement, la dot ne serait pas préservée, et d'ailleurs on s'écarterait de l'idée d'incapacité qui est au fond de l'insaisissabilité : la femme dotale est incapable d'engager sa dot par des actes passés au cours du mariage.

632. B. **L'insaisissabilité dotale n'est pas opposable à tous les créanciers.** — Il faut excepter différentes catégories de créanciers pour lesquels les biens dotaux font partie intégrante de leur gage et qui ont donc action sur eux.

1° Ce sont d'abord les *créanciers antérieurs au mariage*. Du moment que la dette a été assumée par la femme à un moment où elle n'était pas encore frappée de l'incapacité dotale, elle est exécutoire, conformément au droit commun de l'article 2092, sur tous ses biens : *l'insaisissabilité dotale ne rétroagit pas*; la dotalité frappe les biens présents de la femme sous réserve du passif qui les grève lors du mariage; ainsi s'explique que l'immeuble dotal puisse être aliéné en vue de payer les dettes antérieures au mariage (art. 1558, § 4) : le législateur permet aux époux d'aller au devant de l'inévitable et d'échapper aux frais de la vente forcée (*sup.*, n° 616). Le droit de saisie doit être reconnu à *tous les créanciers antérieurs*, sans distinguer entre les chirographaires et les hypothécaires, ni selon que la dot a été constituée à titre universel ou à titre particulier (Civ., 20 août 1861, *D. P.*, 1861, 1, 380); il porte sur tous les biens dotaux, y compris la jouissance du mari, car l'article 1558, § 4, per-

met aux époux de vendre la pleine propriété, et non pas seulement la nue propriété, pour faire face au passif présent de la femme (Bordeaux, 29 août 1855, *D. P.*, 1857, 2, 52) ; il s'exerce indépendamment de toute autorisation de justice (Bordeaux, même arrêt). La seule condition requise est que la créance du saisissant ait *date certaine* avant le mariage (arg. art. 1558, § 4), dans les termes de l'article 1328 (Montpellier, 13 nov. 1878, *D. P.*, 1879, 2, 217) ; on n'exige pas qu'elle soit constatée par acte authentique.

633. Difficulté. — On a supposé jusqu'ici que la ligne de démarcation était fournie par le mariage; mais ne le serait-elle pas plutôt par le contrat de mariage? En effet, l'article 1558, § 4, sur lequel on se fonde pour décider que l'insaisissabilité dotale n'est pas opposable aux créanciers antérieurs, vise les dettes ayant date certaine antérieure au contrat de mariage; aussi, la plupart des auteurs admettent-ils que la dot est insaisissable au regard des créanciers dont les droits sont nés entre la signature du contrat et la célébration du mariage. Mais c'est en sens contraire que s'est fixée la *jurisprudence* qui prend en considération *la date du mariage lui-même*, et à juste titre : 1° l'incapacité de la femme dotale ne saurait préexister à la date du jour du mariage; 2° d'ailleurs, c'est un principe général que le contrat de mariage, simple projet, ne produit d'effets qu'à compter du mariage (*sup.*, n° 428) ; 3° enfin, si l'article 1558, § 4 se réfère au jour du contrat, l'article 1554 ne fait dater l'inaliénabilité que du jour du mariage; or, on sait que l'insaisissabilité n'est qu'un corollaire de l'inaliénabilité; elle doit donc avoir le même point de départ. Il faut mettre la formule de l'article 1558, § 4, sur le compte d'une erreur de rédaction (*Sic*, Req., 2 fév. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 267; Civ., 29 août 1860, *S.*, 1861, 1, 145; 28 janv. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 53; Bordeaux, 29 août 1891, précité; Montpellier, 13 nov. 1878, précité. *Contra* Caen, 9 juill. 1889, *D. P.*, 1890, 2, 137, note critique DE LOYNES). Il faut donc conclure que les dettes nées entre le mariage et le contrat de mariage sont, au même titre que celles qui ont pris naissance avant le contrat, exécutoires sur la dot.

634. 2° Créanciers délictuels ou quasi délictuels. — Il est admis traditionnellement que l'insaisissabilité dotale n'est point opposable aux victimes de *délits* ou de *quasi-délits* commis par la femme. En effet, cette insaisissabilité se

ramène à une incapacité; or, si la femme dotale est incapable d'engager sa dot par ses actes licites et volontaires, on ne comprendrait pas qu'elle fût irresponsable de ses actes délictueux; une telle impunité irait à l'encontre de l'ordre public; il ne faut pas que l'intérêt de la famille l'emporte sur celui des tiers qui, victimes d'un acte illicite, n'ont pas eu le loisir de choisir leur débiteur et à qui on ne peut pas reprocher d'avoir traité avec une incapable, puisqu'ils n'ont pas traité du tout. D'ailleurs, l'article 1554, qui édicte le principe de l'inaliénabilité auquel on rattache celui d'insaisissabilité, ne concerne que les aliénations volontaires (*sup.*, n° 585). Aussi jurisprudence et doctrine sont-elles d'accord pour admettre que les dettes délictuelles, *même nées au cours du mariage*, sont exécutoires sur la dot (Civ., 4 mars 1845, deux arrêts, *D. P.*, 1845, 1, 185 et 186; 20 juill. 1870, *D. P.*, 1870, 1, 333; Req., 10 juin 1879, *D. P.*, 1880, 1, 418; 23 nov. 1885, *S.*, 1886, 1, 5, note Labbé, *D. P.*, 1886, 1, 11; 3 juin 1907, *S.*, 1909, 1, 569, note Appert, *D. P.*, 1912, 1, 273, note Guénée).

635. Difficultés et précisions. — Certainement, il n'y a pas à distinguer, pour l'application des règles ci-dessus, selon que le délit commis est purement civil ou bien qu'il présente aussi un caractère *pénal* (Civ., 20 juill. 1870, précité; Req., 4 avril 1904, *D. P.*, 1905, 1, 181), ni, en thèse générale, suivant que la femme a eu ou non l'intention de nuire : le créancier *quasi-délictuel* a le même gage que le créancier *délictuel* (Req., 24 déc. 1860, *D. P.*, 1861, 1, 373; Civ., 27 fév. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 29; Req., 29 mars 1893, *D. P.*, 1893, 1, 285; Civ., 3 mai 1893, *D. P.*, 1893, 1, 349; Limoges, 11 mars 1904, *D. P.*, 1905, 2, 62, *S.*, 1910, 2, 209, note Appert). Mais il est parfois embarrassant de décider si la créance a une source délictuelle ou contractuelle, car il arrive qu'elle naisse à raison d'une faute commise *à l'occasion d'un contrat*.

a) Si c'est *dans l'exécution du contrat* qu'elle a été commise, la jurisprudence la rattache à ce contrat : si la femme se refuse à exécuter un engagement contractuel, fût-ce par simple caprice ou déloyalement, dolosivement, on admet qu'elle ne commet pas de délit et que le créancier ne pourra donc pas saisir sa dot (Req., 23 nov. 1885, précité, note Labbé; 7 janv. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 399, *S.*, 1909, 1, 571);

b) Si la faute a été commise *dans la formation du contrat*, la jurisprudence incline assez nettement à distinguer

entre la faute simple et la faute intentionnelle, c'est-à-dire en somme entre le délit et le quasi-délit; est-ce une simple négligence ou une simple erreur qu'elle a commise, par exemple, en s'affirmant capable ou en présentant un bien comme paraphernal? C'est une faute contractuelle qui est relevée contre elle et le créancier n'a pas d'action sur la dot (Req., 23 mars 1898, *D. P.*, 1898, 1, 330, *S.*, 1902, 1, 395; 3 juin 1907, précité; Montpellier, 15 janvier 1912, *D. P.*, 1914, 2, 197). Mais si elle a usé de manœuvres dolosives pour tromper la partie adverse, elle a commis un délit et la victime peut saisir les biens dotaux (Req., 5 fév. 1894, *D. P.*, 1894, 1, 416, *S.*, 1895, 1, 21; 3 juin 1907, précité; 20 juill. 1933, *S.*, 1933, 1, 366). C'est là un des rares intérêts que présente la distinction des délits et des quasi-délits (*sup.*, t. II, n° 409).

636. 3° **Obligations légales.** — Les obligations *légales* sont, sans aucun doute, exécutoires sur la dot, puisqu'elles naissent en dehors de la volonté du débiteur; elles grèvent le patrimoine d'un incapable, même d'un enfant ou d'un aliéné, comme celui d'une personne majeure et maîtresse de ses droits. La femme dotale en est donc tenue sur tous ses biens : ainsi en est-il de l'*obligation alimentaire* (Toulouse, 10 juill. 1912, *S.*, 1914, 2, 201) et des *impôts* (Limoges, 28 mai 1863, *D. P.*, 1863, 5, 127), comme de l'obligation de *rapporter* l'immeuble dotal à la succession du constituant (Req., 12 nov. 1879, *D. P.*, 1880, 1, 49; 23 juill. 1907, *D. P.*, 1910, 1, 81).

4° Il faut décider de même pour la dette née d'un *enrichissement sans cause*, indépendamment de la volonté de la femme et par le fait d'un tiers; mais il en irait autrement des dettes provenant de la volonté unilatérale de la femme, par exemple d'une gestion d'affaires qu'elle aurait entreprise : il ne saurait dépendre d'elle de compromettre sa dot, pas plus par un acte à formation unilatérale que par un contrat. C'est seulement en ce sens qu'il est vrai de dire, avec la Cour de cassation, que la femme dotale n'est pas tenue, sur sa dot, des obligations nées pendant le mariage, de faits constitutifs de *quasi-contrats* (Civ., 3 mai 1893, *D. P.*, 1893, 1, 349).

637. 5° **Dettes grevant les successions et donations.** — Lorsque la femme s'est constitué en dot ses biens à venir, les *sucessions* et les *legs universels ou à titre universel* qui

lui adviennent au cours du mariage ont un caractère dotal; cependant, les créanciers héréditaires et les légataires particuliers de sommes d'argent peuvent saisir les biens de la succession, en pleine propriété, sans distinguer selon que la femme aurait accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, mais à l'exclusion des autres biens dotaux qui lui appartiennent (Req., 26 juin 1907, *D. P.*, 1910, 1, 402; 30 juill. 1907, *S.*, 1908, 1, 259, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1911, 1, 86; Civ., 22 fév. 1911, *S.*, 1913, 1, 553, note Le Courtois, *D. P.*, 1915, 1, 25, note Ripert); cette solution se justifie tant par cette considération que de telles dettes sont nées en dehors de la volonté de la femme, que par cette idée qu'elles grevaient les biens successoraux avant qu'ils n'eussent pénétré dans le patrimoine dotal : décider autrement serait causer aux créanciers un préjudice injuste.

La même règle s'applique aux dettes grevant les biens compris dans une *institution contractuelle* (Pau, 20 janv. 1861, *D. P.*, 1861, 5, 166);

6° La dot peut encore être saisie par les créanciers qui ont fait *des frais pour sa conservation* (arg. art. 1558, § 5), par exemple par l'avoué qui a occupé, pour la femme, dans l'instance en *séparation de biens* (Civ., 19 juill. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 49, note Poncet; 19 oct. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 19; 8 fév. 1910, *D. P.*, 1910, 1, 508);

638. — 7° Enfin, la jusrisprudence admet que les immeubles dotaux sont grevés, à l'occasion, des *privilèges* spéciaux du *vendeur*, du *copartageant*, de l'*architecte* ou de l'*entrepreneur* : si la femme dotale achète un bien qui sera frappé de dotalité, ou si elle reçoit, dans un partage, des immeubles qui sont dotaux, ou si des travaux sont effectués sur un immeuble dotal, le vendeur ou les copartageants ou l'architecte et l'entrepreneur sont fondés à saisir le bien *vendu* à la femme (Req., 31 juill. 1900, *S.*, 1901, 1, 385, note Tissier, *D. P.*, 1901, 1, 327; Grenoble, 20 fév. 1894, *S.*, 1895, 2, 289, note Wahl, *D. P.*, 1898, 2, 305, note de Loynes; Montpellier, 24 janv. 1895, *D. P.*, 1895, 2, 434); ou les immeubles qui lui ont été attribués dans son *lot* (Req., 18 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 16, *S.*, 1897, 1, 65, note Wahl), ou le bien sur lequel les *travaux* ont été exécutés (Civ., 10 fév. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 439, *S.*, 1905, 1, 33, note Wahl; Aix, 10 juill. 1899, *D. P.*, 1900, 2, 241, note de Loynes; 11 juill. 1899, *D. P.*, 1900, 2, 191), en faisant valoir les privilèges dont ils sont investis par l'article 2103.

III

Sanction de l'insaisissabilité

639. Différence avec l'inaliénabilité. — De même que l'inaliénabilité du fonds dotal comporte comme sanction essentielle la nullité de l'aliénation irrégulièrement consentie, ainsi l'insaisissabilité entraîne la nullité de la saisie indûment pratiquée par les créanciers et la *distraction* du bien saisi. Mais cette nullité doit être proposée dans un délai très bref, au plus tard *trois jours avant la publication du cahier des charges* (C. pr. art. 728; Req., 9 mars 1870, *D. P.*, 1872, 1, 85; Civ., 21 mai 1883, *D. P.*, 1884, 1, 85). Cependant, une fois le délai expiré, la femme n'est pas encore complètement désarmée : la ressource lui appartient de demander que le prix d'adjudication lui soit attribué exclusivement, comme provenant d'un bien qui ne répondait pas de l'exécution de ses obligations (Req., 21 janv. 1856, *D. P.*, 1856, 1, 354). Mais, une fois que l'adjudicataire a versé son prix entre les mains des créanciers, le mal devient sans remède.

Il ressort de là que la sanction de l'insaisissabilité, à la différence de celle de l'inaliénabilité, est singulièrement fugitive et précaire et que les époux ont ainsi le moyen de tourner la règle de l'inaliénabilité : un tiers, qui se prétendra créancier, saisira l'immeuble dotal que l'on veut aliéner, et les époux laisseront passer le délai dans lequel la nullité doit être proposée; après quoi le pseudo-créancier, qui est dans la réalité un acheteur, se trouvera en parfaite sécurité (Civ., 21 mai 1883 précité).

N° 4

Intangibilité des reprises dotales

640. Principe. — La dot est protégée jusque dans les moyens de droit qui appartiennent à la femme pour en obtenir la restitution : les *reprises* de la femme sont *intangibles* ainsi que les biens dotaux en nature.

Il advient que ces biens sortent du patrimoine dotal et de telle façon qu'on ne puisse plus les y réintégrer : c'est une aliénation qui a eu lieu *régulièrement*, soit qu'elle ait porté sur un meuble et qu'elle ait émané du mari, soit qu'elle ait eu pour objet un immeuble, aliénable en vertu d'une

clause du contrat de mariage; ou bien c'est une aliénation qui a été effectuée *irrégulièrement*, mais sur laquelle il n'est pas possible de revenir, comme si l'acquéreur d'un meuble corporel sujet à remploi et non remployé est protégé par l'art. 2279.

Dans ces éventualités et autres semblables, la dotalité n'a pas encore dit son dernier mot : le patrimoine dotal a été transformé plutôt que diminué; le bien aliéné y est remplacé par une action en reprise qui appartient à la femme contre son mari et qui est elle-même *dotale*; elle l'est même davantage que les autres créances dotales, que les autres meubles dotaux, car elle est *absolument incessible*, aussi bien pour le mari que pour la femme; le jour où se dissoudra le mariage, ou le jour de la séparation de biens, la femme, en dépit de tous les abandons qu'elle pourrait avoir consentis, va pouvoir exercer ses reprises dotales; leur succès est, sinon assuré, du moins favorisé par l'*hypothèque légale* qui garantit cette créance comme les autres, mieux que les autres mêmes, puisque, dans la mesure où elle réalise cette fonction, elle est elle-même intangible : elle ne comporte ni cession, ni subrogation, ni renonciation. C'est à quoi il est fait allusion dans l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 : « *Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer...* », ce qui signifie « lorsque la femme n'est pas mariée sous le régime dotal »; cette traduction, qui semble d'abord divinatoire, se trouve confirmée par l'article 20 du décret du 28 février 1852 : « *La femme peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, renoncer à son hypothèque.* »

Ce caractère intangible des reprises dotales constitue, en réalité, le dernier retranchement, le refuge suprême de la dotalité : le concept de l'inaliénabilité, qui n'a pu prévenir l'aliénation du bien dotal lui-même, se réfugie dans la créance en reprise qui a succédé à ce bien dans le patrimoine de la femme. On remarquera que cette suprême garantie est d'une application générale; elle protège la dot mobilière comme la dot immobilière; elle est même plus utile pour la première que pour la deuxième, car, en cas d'aliénation immobilière, la femme a la ressource de l'action en nullité qui lui fait défaut, presque toujours, si c'est un meuble qui a été aliéné par le mari : elle n'a pas d'autre arme, en ce cas, que sa créance en reprise, appuyée sur l'hypothèque légale qui, d'ailleurs, peut être inopérante si le mari n'a pas d'immeubles ou ne possède qu'une fortune

immobilière insuffisante : de là l'intérêt, pour la femme, de conserver ses biens dotaux en nature; de là le grand avantage du remploi : mieux vaut être propriétaire que créancière, alors même que la créance aurait un caractère dotal et intangible.

641. Renonciation à l'intangibilité des reprises légales. — Si précieuse que soit pour la femme cette intangibilité, il n'est guère contestable qu'elle puisse y renoncer par une clause du contrat de mariage, à condition de s'en expliquer formellement; car l'interprétation la plus restrictive est alors de rigueur; on ne peut que comprendre littéralement une stipulation qui dénature le régime dotal au point d'enlever à la femme la suprême garantie qui en résulte normalement pour elle. C'est ainsi que si elle s'est réservé, dans le contrat de mariage, « le droit de donner main-levée de son hypothèque légale en faveur des tiers qui traiteraient avec son mari », elle ne pourra ni céder ses reprises dotales elles-mêmes, ni donner main-levée de son hypothèque légale en faveur de personnes qui n'avaient pas traité avec son mari (Civ., 19 nov. 1888, *D. P.*, 1889, 1, 55).

§ IV. — *RESTITUTION DE LA DOT*

642. Principe. — Plan. — Sous le régime dotal, la dot de la femme conserve son individualité; elle constitue un patrimoine doué d'une affectation spéciale et soumis à un statut particulier. Or, cette affectation et ce statut ne sont pas éternels : quelles que soient les destinées de l'union, un jour viendra où la dot, ayant rempli sa mission, devra être restituée par le mari (ou ses héritiers) à la femme (ou à ses héritiers) (art. 1564 à 1573).

Il y a lieu de rechercher :

1° *Quels événements* donnent lieu à la restitution de la dot et *à quel moment* cette restitution doit être effectuée;

2° *Sur quoi* elle doit porter;

3° Les difficultés de *preuve* qu'elle soulève;

4° Les *effets* qu'elle produit.

643. I. Evénements qui donnent lieu à la restitution de la dot et moment auquel cette restitution doit être effectuée.

Les événements qui ouvrent la restitution de la dot sont à répartir dans deux catégories :

1° Ce sont d'abord ceux qui dissolvent le mariage : *décès* de l'un des époux; *divorce : annulation d'un mariage putatif;*

2° Dans une autre catégorie sont à classer les événements qui rendent la dot restituable encore que le mariage subsiste : *séparation de corps, séparation de biens principale, absence déclarée* de l'un des époux (arg. art. 120 et 123).

Dans ces trois derniers cas, la restitution de la dot n'est que *provisoire* : les époux séparés de corps peuvent se réconcilier; séparés de biens, il leur est loisible de restaurer leur régime primitif (art. 1451); enfin, l'absent peut reparaître. Alors, l'événement qui avait déterminé la restitution de la dot, se trouve aboli et la femme doit donc, à son tour, remettre au mari la dot qu'on lui avait provisoirement restituée. Au contraire, dans les éventualités de la première série, la restitution a un caractère *définitif*.

644. Moment de la restitution. — Ces divers événements sont encore à distinguer lorsqu'il s'agit de déterminer le *moment* de la restitution : le mari ne bénéficie-t-il pas, lorsqu'ils surviennent, d'un certain délai pour s'exécuter?

A cet égard, une distinction est établie par les art. 1564 et 1565 entre les biens dont la femme avait conservé la propriété et les sommes d'argent ou les biens équivalents dont le mari peut être redevable.

1° Pour les biens dont la femme avait conservé la propriété — immeubles, meubles non consomptibles et non estimés — le mari ne dispose d'aucun délai pour la restitution qui lui est imposée sur-le-champ (art. 1564) : en effet, on ne voit pas quel obstacle pourrait s'opposer à cette libération immédiate;

2° Quant aux biens dont la propriété avait été transmise au mari (sommes d'argent, meubles consomptibles ou estimés ou destinés à être vendus, indemnité d'assurance touchée à la suite de la perte d'un bien dotal), le mari bénéficie d'un délai d'*une année*, à compter de la *dissolution* (art. 1565, § 3). Ce délai lui appartient, soit pour la restitution de la dot constituée en argent, soit aussi pour la restitution *par équivalent*, c'est-à-dire en objets de même qualité, lorsque, par exemple, la dot de la femme comprenait des meubles consomptibles ou destinés à être vendus (arg. art. 587).

Bien que l'art. 1565, § 3 vise le cas de *dissolution* du ma-

riage, on s'accorde à en étendre les dispositions au cas d'*absence* de l'un des époux, et aussi à l'éventualité d'une *séparation de corps*, mais non pas à celle d'une séparation de biens : on refuse alors au mari le bénéfice d'un délai d'une année, et cela à raison du péril que court, par hypothèse, la dot de la femme; c'est immédiatement que le mari doit alors restituer les deniers dotaux.

Ainsi, le mari ne bénéficie du moratoire d'une année que s'il s'agit de restituer des biens dont la femme n'avait pas conservé la propriété, notamment des sommes d'argent, et à condition que ce ne soit pas une séparation de biens qui ait rendu la dot restituable. Encore faut-il, dans les limites ainsi fixées pour le domaine de l'art. 1565, réserver l'application de l'art. 1188 qui établit des causes de *déchéance du terme* (*sup.*, t. II, n° 730) : le mari perd donc le bénéfice du délai annal s'il a, par son fait, diminué les sûretés données à sa femme par le contrat de mariage, par exemple en vendant un immeuble inaliénable ou en négligeant de procéder au remploi dont il était tenu.

645. II. **Sur quoi doit porter la restitution.** — On voit ici réapparaître la distinction entre les biens dont le mari était devenu propriétaire et ceux dont la propriété était restée à la femme.

1° Pour ces derniers, la restitution est due *en nature* : elle doit porter sur le bien même qui avait été remis jadis au mari (art. 1564 et 1567) ; elle comprend tous les *accessoires* de la chose, tous les accroissements et améliorations dont elle a été l'objet; elle porte sur les *linges et hardes* de la femme, même acquis au cours du mariage, avec cette réserve que, s'il y a eu *estimation* des effets apportés en dot, la femme est tenue d'imputer la valeur des *linges et hardes* présents sur le montant de l'estimation, en sorte que le mari n'est comptable vis-à-vis d'elle que de l'excédent de l'estimation (art. 1566, § 2) ; mais, si les linges et hardes présents valent davantage que ceux qui avaient été apportés ou que le prix d'estimation, la femme bénéficie de la différence, purement et simplement.

Du moment que le mari est débiteur de *corps certains*, les *risques* ne sont point à sa charge; il ne répond que des pertes et détériorations survenues par sa faute (art. 1566, § 1, et 1567) ;

2° Quant aux biens dont le mari était devenu propriétaire, il doit restituer, soit un *équivalent*, en quantité et en

qualité, soit une somme d'argent, au cas d'estimation et d'après la distinction établie par l'art. 587 (*sup.*, t. I, n° 1920) ; n'étant pas débiteur d'un corps certain, mais d'un genre, il supporte *tous les risques*.

646. Fruits. — Le mari garde les fruits et revenus échus, même non consommés. Pour la *dernière année*, on sait que les revenus sont répartis proportionnellement entre les époux — ou leurs héritiers — aussi bien pour les fruits en nature que pour les fruits civils : ils se partagent donc entre eux dans la mesure de la durée du droit de jouissance du mari au cours de cette dernière période (art. 1571, § 1).

647. Intérêts des sommes d'argent. — Les reprises dotales en argent produisent *intérêt* de plein droit et sans sommation, non seulement lorsque le mariage est dissous par le prédécès d'un époux (art. 1570, § 1), mais dans tous les cas, car on ne voit pas de raison de distinguer; s'il y a divorce, ou séparation de corps ou séparation de biens, les intérêts courent à dater de la *demande*; cependant, la Cour de cassation a jugé anciennement qu'au cas de séparation de biens, ils courent seulement à compter du jugement (Req., 28 mars 1848, D. P., 1848, 1, 170, rapport Mestadier) ; mais cette opinion, qui a contre elle le principe de la rétroactivité du jugement de séparation de biens (art. 1445, § 2), est très généralement repoussée par les auteurs (V. aussi Agen, 29 avril 1868, *S.*, 1868, 2, 129; Dijon, 3 déc. 1869, *D. P.*, 1870, 2, 161).

648. Droits de viduité. — Le Code civil accorde certains avantages à la femme dotale devenue veuve : art. 1570; ils ne coïncident pas exactement avec les droits de viduité reconnus à la femme commune en biens (art. 1465 et 1481) ; les différences entre les deux régimes sont d'ailleurs d'origine historique, plutôt que d'ordre logique.

1° La veuve dotale a droit à des *aliments* qui sont une charge de la *succession* — au lieu de la communauté; qui lui sont dus pendant *une année* — au lieu de trois mois et quarante jours, mais auxquels elle ne peut prétendre que si elle renonce aux intérêts et aux fruits de sa dot (art. 1570, § 2) ;

2° Mais, en toute occurrence, et indépendamment de l'option qui vient d'être indiquée, la veuve dotale peut exiger de la succession son *deuil* et son *habitation* pendant l'année du décès (art. 1570, § 2).

649. III. Question de preuve. — Pour que le mari soit tenu de restituer la dot, encore faut-il qu'il l'ait *effectivement reçue* et que la *consistance exacte* en soit établie : c'est, en principe, à la femme ou à ses héritiers qu'il appartient de prouver la réalité des reprises dotales auxquelles ils prétendent (Civ., 8 juill. 1912, *S.*, 1913, 1, 308, *D. P.*, 1913, 1, 409, note Guénée) ; mais quels modes de preuve seront utilisés à cet effet?

A. La preuve de la *consistance* de la dot nous paraît devoir être réglée très simplement, en évoquant le principe d'après lequel le mari, tenu des obligations de l'usufruitier (art. 1562, § 1), doit donc faire *inventaire* des biens dotaux; dès lors, ou bien il s'est conformé à ce devoir, et la consistance de la dot sera officiellement établie; ou bien il y a failli, et la femme ou ses héritiers seront admis à faire la preuve de la consistance de la dot par tous moyens, et quel que soit le chiffre de l'intérêt engagé dans l'affaire : par *témoins*, par *présomptions*, voire par *commune renommée* (*sup.*, t. I, n° 1880). En effet, il n'y a lieu d'appliquer en cette matière, ni la disposition de l'art. 1341 qui est écrite pour les conventions et les modes d'extinction des obligations, non pour la preuve de la propriété, ni celles des art. 1499 et 1510 qui visent les régimes de communauté et qui sont instituées en fonction de la présomption d'acquêts qui fonctionne sous ces régimes, et qui est tout à fait étrangère au régime dotal (Civ., 28 oct. 1908, *D. P.*, 1909, 1, 169, note H. Capitant. V. aussi H. Capitant, *De la preuve des reprises*, *Rev. trim.*, 1925 pp. 532 et 533).

650. Faillite du mari. — En cas de *faillite* ou de *liquidation judiciaire* du mari, la loi commerciale est particulièrement sévère : 1° La femme ne peut récupérer les immeubles acquis en remploi de sommes provenant de successions et de donations, que si l'origine des deniers ressort d'un inventaire ou acte authentique (C. com. art. 558) ; 2° Elle ne peut revendiquer les biens acquis au cours du mariage qu'à la condition de justifier qu'ils ont été payés avec son argent (C. com. art 559) ; 3° Elle ne peut reprendre ses effets mobiliers qu'en justifiant de leur identité dans les termes de l'art. 1499 C. civ., sans quoi elle n'en peut réclamer que la valeur en établissant l'existence de sa créance conformément à la loi civile (C. com., art. 560, mod. par l. 29 avril 1924).

651. B. **Preuve de la réception de la dot par le mari.** — Cette preuve est toute faite en matière *immobilière*; la femme n'aura pas de peine à établir : 1° qu'elle est propriétaire de tel immeuble; 2° que cet immeuble a été apporté en dot au mari qui en a eu la jouissance, conformément au contrat de mariage.

La preuve de la réception de la dot *mobilière* appelle plus d'explications. On distingue selon que cette dot avait été promise par *la femme* elle-même ou par un *tiers*.

1° Si la dot a été promise par la *femme*, le droit commun de la preuve s'applique : au-dessus de cinq cents francs, la femme doit produite un *écrit*, c'est-à-dire une *quittance* du mari (art. 1341 et 1502, § 2); et la preuve par témoins ou par présomptions n'est recevable que s'il existe un commencement de preuve par écrit ou si l'écrit dont la femme était munie a disparu par cas de force majeure, ou si elle s'est trouvée dans l'impossibilité, physique ou morale, d'exiger une quittance (V. sur ces différents points, art. 1348; — Caen, 3 mars 1875, *D. P.*, 1877, 2, 133; 23 oct. 1907, *S.*, 1909, 2, 286; Req., 2 mars 1886, *D. P.*, 1887, 1, 75; Civ., 28 oct. 1908, précité).

Il y a d'ailleurs lieu de tenir compte, à l'occasion, de la clause portant que la célébration du mariage vaudra quittance (*sup.*, n° 425);

2° Si la dot a été promise par un *tiers*, c'est-à-dire par toute autre personne que la femme, on se montre bien moins exigeant, et à juste titre, car la femme n'a pas eu qualité pour exiger une quittance, puisque ce n'est pas elle qui a remis la dot au mari; aussi applique-t-on la disposition de l'art 1348 qui fait fléchir le droit commun de la preuve « *toute les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui* » : la femme est donc admise à faire la preuve de la réception, par témoins ou par simples présomptions (Req., 2 mars 1886, *S.*, 1889, 1, 319; Civ., 8 juill. 1912, *S.*, 1913, 1, 308, *D. P.*, 1913, 1, 409, note GUÉNÉE).

652. Présomption de l'article 1569. — Les règles de la preuve sont modifiées lorsque le mariage a duré pendant un certain temps : si *dix années* se sont écoulées depuis l'époque où la dot était exigible, l'article 1569 présume que le mari l'a reçue; cette *présomption légale* n'est pas irréfragable; le mari a la ressource de la faire tomber en justifiant *de diligences inutilement par lui faites pour s'en pro-*

curer le payement (même texte) ; mais elle a du moins cet effet, comme toute présomption légale, de dispenser celui qui l'invoque de toute preuve; elle opère ainsi un *déplacement du fardeau de la preuve.*

Elle a la signification d'une *pénalité civile* infligée au mari à raison de sa négligence : il aurait dû faire toutes diligences pour obtenir le paiement de la dot promise. A ce double titre, comme instituant une présomption légale et une pénalité, l'art. 1569 doit comporter l'*interprétation restrictive.*

1° Il n'est applicable que sous le *régime dotal*, et seulement pour les *biens dotaux*;

2° C'est seulement la *femme* — et ses ayants cause : héritiers, créanciers — qui peuvent s'en prévaloir, non pas le tiers constituant. Par exemple, le père de la femme, qui a promis une dot, ne pourrait pas objecter au mari lui réclamant le paiement, que, dix années s'étant écoulées depuis le mariage, il est présumé avoir exécuté ses obligations; c'est à l'occasion de la *restitution* de la dot que la disposition de l'art. 1569 peut être invoquée, non à propos de son paiement;

3° A notre avis, ce texte n'est applicable que si la dot avait été constituée par un tiers, non si elle émane de la femme elle-même; la contexture de cette disposition impose, à ce point de vue encore, l'interprétation restrictive; il y aurait d'ailleurs quelque chose de choquant à voir la femme reprocher à son mari la négligence qu'elle a elle-même apportée dans l'exécution de ses obligations (*Sic*, Nîmes, 14 août 1877, *S.*, 1878, 2, 111; Aix, 22 déc. 1898, *D. P.*, 1899, 2, 333, *S.*, 1909, 2, 286, en sous-note; *contra*, Caen, 3 mars 1875, *S.*, 1875, 2, 201, note Labbé, *D. P.*, 1877, 2, 133; 23 oct. 1907, *S.*, 1909, 2, 286).

653. IV. Effets de la restitution de la dot. — La restitution de la dot a des effets plus limités qu'on ne pourrait le supposer : par elle-même, elle met simplement fin au droit de jouissance du mari ainsi qu'à ses pouvoirs d'administration. Mais *elle ne fait pas cesser la dotalité*, qui dure autant que le mariage, et, avec elle, l'inaliénabilité, du moins proprement dite. Si le mariage survit à la restitution de la dot, l'incapacité dotale subsiste et la femme continue à pouvoir acquérir des biens dotaux dont elle aura l'administration et la jouissance; ainsi en est-il au cas de *séparation de biens*, principale ou accessoire à une séparation de corps (*inf.*, n° 678), ainsi qu'au cas *d'absence du mari.*

SECTION III. — LES BIENS PARAPHERNAUX

654. Définition. — D'après l'art. 1574, « *tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux* »; cette définition *négative* est rigoureusement exacte, la paraphernalité étant le principe, la dotalité l'exception. Il est même possible qu'il n'y ait pas de biens dotaux du tout, et alors le régime n'est que nominalement dotal; pratiquement, il se ramène à une séparation de biens.

A l'inverse, on peut imaginer, et l'éventualité est moins rare, que la femme se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir; mais, même alors, il n'est pas impossible qu'on voie surgir des paraphernaux provenant :

1° Des dispositions — donations ou legs — consenties à la femme avec *clause de paraphernalité* : la dot peut être *diminuée* pendant le mariage, du moins du fait d'un tiers (*sup.*, n° 558);

2° De l'*emploi* de deniers dotaux, sans l'observation des formalités de l'art. 1434 (*sup.*, n° 560);

3° De la profession distincte exercée par la femme (*sup.*, n° 552).

655. Retrait d'indivision; suppression de la présomption mucienne. — Dans la détermination de la fortune paraphernale de la femme, non plus par rapport à son patrimoine dotal, mais vis-à-vis de la fortune de son mari, il y a lieu de tenir compte des deux particularités suivantes :

1° Le *retrait d'indivision* fonctionne sous le régime dotal, au cas où le mari acquiert des biens qui figuraient, pour une part indivise, dans le patrimoine paraphernal de la femme (Req., 1er mai 1860, *D. P.*, 1860, 1, 511; Civ., 26 janv. 1887, *D. P.*, 1887, 1, 275);

2° La présomption *mucienne* d'après laquelle les acquisitions faites par la femme étaient présumées, jusqu'à preuve contraire, avoir été effectuées avec les deniers du mari et se réaliser à son profit, n'a plus cours dans notre droit (*sup.*, n° 509). C'est donc la femme qui devient acquéreur, en toute occurrence et du moment qu'elle agissait en son nom personnel, sauf au mari ou à ses héritiers de prouver que la somme a été versée en réalité par le mari, à titre de donation ou de prêt par lui consenti à sa femme.

656. Deux catégories de paraphernaux. — Le Code civil n'avait prévu qu'une seule catégorie de paraphernaux;

mais la jurisprudence en a imaginé et aménagé une autre, qui est particulièrement complexe. Il faut distinguer et étudier séparément :

1° Les *paraphernaux ordinaires;*

2° Les *paraphernaux avec inclusion de dotalité.*

§ I. — *PARAPHERNAUX ORDINAIRES*

657. Principe. — La situation des paraphernaux ordinaires, réglementés par le Code civil, c'est-à-dire des biens purement paraphernaux, libres de toute dotalité, se définit en quelques mots; ils sont traités *comme les biens de la femme séparée de biens;* c'est la femme qui les *administre* et qui en a la *jouissance* (art. 1576, § 1).

658. Applications. — En conséquence :

1° Le mari n'a, en principe, aucun pouvoir d'administration, ni aucun droit de jouissance;

2° La femme ne peut pas aliéner ses immeubles paraphernaux, sans y être autorisée, pas plus que la femme séparée de biens ne peut consentir des actes de disposition (art. 1576, § 2); cependant, et en vertu du principe de l'assimilation avec la séparation de biens, il faut lui reconnaître, depuis la loi du 18 février 1938, la capacité d'aliéner son mobilier, même au-delà des limites de l'administration (*sup.*, n° 531); sans doute, pour en arriver là, il faut admettre que la disposition de l'article 1576, § 2 qui interdit à la femme dotale d'aliéner ses paraphernaux — même mobiliers — sans l'autorisation du mari ou la permission de justice, a été *implicitement* abrogée par la loi du 18 février 1938, attributive à la femme mariée de la pleine capacité civile; mais cette conclusion nous semble imposée par le standard de l'assimilation des biens paraphernaux de la femme dotale et des biens de la femme séparée de biens; de même que ce principe de l'assimilation conduisait, avant la loi de 1938, à reconnaître à la femme dotale la capacité d'aliéner son mobilier pour cause d'administration, de même il doit nous amener, depuis la réforme opérée par cette loi, à admettre que cette femme peut librement aliéner son mobilier, même par actes de pure disposition. Le législateur de 1938 a omis de remanier à cette occasion le texte de l'article 1576, § 2 : si déplorable que soit une pratique de ce genre, il appartient à l'interprète d'opérer ici, comme pour d'autres textes, le redressement indispensable (V. Angel, *Traité de la capa-*

cité civile de la femme mariée, n° 68; *contra*, *Ann. dr. comm.*, 1938, p. 43, note signé J. P.)

3° La même directive conduit à lui permettre d'engager ses paraphernaux en assumant des dettes pour cause d'administration (*sup.*, n° 530);

4° Elle peut *ester en justice*; l'ancien article 215, qui exigeait l'autorisation du mari, a été abrogé par la loi du 18 février 1938; en conséquence, la disposition de l'article 1576, § 2, qui défend à la femme dotale de « *paraître en jugement* » à raison de ses paraphernaux, sans l'autorisation du mari ou la permission de justice, se trouve *implicitement* abrogée;

5° D'une façon générale, elle a la *capacité d'administration* dans la même mesure que la femme séparée de biens;

6° Quant à la *jouissance*, il faut signaler notamment une différence avec la femme séparée de biens : en principe, la femme dotale n'est pas tenue d'abandonner au mari une partie des revenus de ses paraphernaux, et cela parce qu'elle contribue aux charges du ménage par un autre moyen, à l'aide des biens dotaux dont la jouissance est dévolue au mari. Toutefois, il faut ajouter :

a) Que si *tous les biens* de la femme sont paraphernaux et si, d'autre part, aucune clause du contrat ne met à sa charge une portion des dépenses du mariage, elle est tenue d'y contribuer jusqu'à concurrence du *tiers* de ses revenus : on en revient donc au statut du régime de la séparation de biens (art. 1575);

b) Si les revenus du mari sont insuffisants, il est admis que la femme doit contribuer aux charges du mariage dans une proportion qui est fixée par le juge *ex æquo et bono* (Req., 2 juill. 1851, *D. P.*, 1851, 1, 272).

659. Cas particuliers et variantes. — Nous nous sommes placé jusqu'ici dans l'éventualité la plus simple, sinon la plus normale; mais des éventualités plus ou moins fréquentes sont à prévoir qui modifient le jeu des principes qui viennent d'être exposés.

1° Si les époux sont *séparés de corps*, la *capacité* de la femme est complète : elle s'étend jusqu'aux actes de disposition, même à titre gratuit, de ses immeubles;

2° Si la femme exerce une *profession distincte*, elle puise, dans la loi du 13 juill. 1907, le droit d'administrer librement son pécule réservé dont elle peut disposer, au moins à titre onéreux, pour les immeubles comme pour les meubles;

3° Il advient fréquemment que la femme donne *mandat à son mari* d'administrer ses paraphernaux : la situation est alors réglée par les art. 1577 à 1580, précédemment étudiés à l'occasion de la séparation de biens (*sup.*, n° 536) ;

4° *Clauses d'inaliénabilité ou de remploi.* — Les paraphernaux peuvent être déclarés, par une clause du contrat de mariage, soit *inaliénables*, soit aliénables à charge de *remploi* ; une telle clause n'a rien de contraire à l'ordre public. La solution est certaine pour les clauses de *remploi* (Req., 9 août 1858, *D. P.*, 1858, 1, 371 ; Riom, 19 août 1851, *D. P.*, 1852, 2, 269) ; elle n'est pas beaucoup plus contestable, à notre avis, pour la clause d'*inaliénabilité*, puisqu'on admet sans difficulté la validité d'une telle clause lorsqu'elle frappe les propres de la femme commune en biens (*sup.*, n° 407).

§ II. — *PARAPHERNAUX À DOTALITÉ INCLUSE*

660. Aperçu. — Notre jurisprudence admet l'existence de biens qui tiennent le milieu entre les paraphernaux ordinaires et les biens dotaux : ce sont ceux qui, extra-dotaux par eux-mêmes, renferment en eux une valeur dotale et ont ainsi comme une *filiation dotale* ; ils recèlent une dot mobilière en eux *incluse* et qui en surgira à la première occasion ; le bien lui-même, le *contenant* est paraphernal, mais le *contenu* est dotal.

Les principaux cas de la dotalité incluse dans les paraphernaux nous sont connus à l'avance ; nous les avons cités à l'occasion de l'étude la règle de l'intransmissibilité de la dotalité (*sup.*, n° 560) ; il arrive assez fréquemment qu'un bien, tout en ayant une origine, une filiation dotale, demeure cependant extra-dotal ; il en est ainsi, par exemple, de l'immeuble acquis avec des deniers dotaux non sujets a emploi (art. 1553) ; ou encore de l'immeuble que le mari cède à sa femme, lors de la séparation de biens, en paiement des reprises dotales (*sup.*, n° 560) ; dans des éventualités de ce genre, la jurisprudence, prenant en considération l'origine de ces biens, les soumet à un statut intermédiaire entre celui de la paraphernalité et celui de la dotalité, le premier étant tempéré par le second. Ainsi se trouve corrigé, amendé le principe de l'*intransmissibilité* du caractère dotal, comme est affirmée du même coup la *permanence* de la dotalité qui se retrouve, sous une forme ou sous une autre, à travers les avatars subis par la dot au cours de son existence.

661. Condition juridique des paraphernaux à dotation incluse. — Elle se résume dans les deux propositions suivantes : d'une part, le *bien* lui-même est *paraphernal*, mais, d'autre part, la *valeur* qu'il recèle est *dotale*.

A. Le bien lui-même est *paraphernal*. En conséquence, il est aliénable, susceptible d'hypothèque et saisissable; la femme peut l'aliéner, seule s'il s'agit d'un meuble, avec l'autorisation maritale, si le bien est immobilier (Civ., 12 avril 1870, *D. P.*, 1870, 1, 264, *S.*, 1870, 1, 185, note Rodière).

662. — B. Mais, d'autre part, ce bien recouvre une valeur dotale qui y est incluse, valeur intangible, qui ne peut être compromise et qui sortira à la première occasion, d'où la Cour de cassation conclut — ce qui est fort discutable — que le mari en a l'*administration* et la *jouissance* (Req., 24 nov. 1930, *D. P.*, 1931, 1, 58); de plus, et surtout, cette valeur dotale, renfermée momentanément dans une enveloppe paraphernale, s'affirmera, se libèrera de sa prison à la première occasion : vente, réalisation hypothécaire, saisie.

1° *Vente*, ou, plus généralement, *aliénation volontaire*. — Le bien régulièrement aliéné, n'arrive à l'acquéreur que *grevé de la créance dotale* (Civ., 12 avril 1870, précité), en sorte que cet acquéreur devient, vis-à-vis de la femme, comptable de la dot incluse : est-il donataire? Il se trouve alors dans la situation du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. La femme peut exiger de lui la restitution des deniers dotaux (même arrêt), à moins qu'il ne préfère délaisser, car il n'est tenu que *propter rem* (Grenoble, 1er juin 1897, *D. P.*, 1898, 2, 430). Est-il un *acheteur*? La créance du prix est indisponible entre les mains de la femme qui ne peut ni la céder, ni y renoncer; l'acquéreur n'est libéré que par le paiement effectué entre les mains du mari — du moins avant la séparation de biens; de ce chef, la femme devient alors créancière du mari et son action est garantie par l'hypothèque légale, elle-même intangible;

2° *Réalisation du gage hypothécaire*. — L'immeuble a pu être valablement hypothéqué, en tant que bien paraphernal, mais non la valeur dotale qu'il recélait : au jour où le gage hypothécaire se réalisera sous une forme quelconque, la femme se présentera et touchera le prix, par préférence, jusqu'à concurrence de la valeur dotale incluse; si, par exemple, un acquéreur procède à la purge des hypothèques, il doit commencer par payer la femme, et, après elle seulement, les créanciers hypothécaires;

3° *Saisie.* — Les paraphernaux à dotalité incluse, à la différence des biens dotaux, peuvent être saisis valablement par les créanciers de la femme (Civ., 16 mars 1897, *D. P.*, 1898, 1, 81; 22 fév. 1905, *D. P.*, 1905, 1, 241, note Guillouard, *S.*, 1906, 1, 337, note Hémard); mais ces créanciers n'ont pas le droit de se payer sur la dot incluse; la femme peut donc la *prélever* sur le prix d'adjudication, même à l'encontre des créanciers hypothécaires; seul, l'excédent du prix sur la dot incluse tombe sous l'emprise des créanciers, en sorte que ceux-ci n'ont aucun intérêt à pratiquer la saisie de biens qui, recélant une valeur dotale, n'ont pas une valeur supérieure à elle (Civ., 1er déc. 1857, *D. P.*, 1858, 1, 71; 12 mars 1866, *D. P.*, 1866, 1, 178; 27 fév. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 29; 22 fév. 1905, précité; Nîmes, 16 janv. 1899, *S.*, 1901, 2, 103). La femme formule ainsi une sorte de demande en *distraction* de la valeur dotale. insaisissable. Jadis, afin de la protéger plus complètement et plus sûrement, les tribunaux exigeaient du créancier poursuivant l'engagement personnel de faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour garantir la récupération des valeurs dotales incluses; il devenait ainsi personnellement responsable d'un déficit qu'il était tenu de combler avec ses propres deniers; et certains arrêts étaient allés plus loin encore en imposant aux créanciers saisissants la *consignation* d'une somme égale à valeur dotale incluse dans le paraphernal (Bordeaux, 14 mai 1857, *D. P.*, 1857, 2, 212). Mais ces errements n'appartiennent plus qu'à l'histoire : la Cour de cassation a décidé que la femme n'avait pas le droit d'exiger une garantie quelconque du poursuivant à qui aucun texte n'impose un engagement ou une consignation préalables qui seraient de nature à paralyser l'exercice de son droit (Civ., 22 fév. 1905, *D. P.*, 1905, 1, 241, note Guillouard, *S.*, 1906, 1, 337, note Hémard).

663. Régime de publicité. — Le statut juridique auquel la jurisprudence soumet les paraphernaux à dotalité incluse est de nature à intéresser les tiers : va-t-il leur être opposable *de plano*, indépendamment de toute publicité? La dotalité incluse — qu'on a qualifiée parfois de dotalité *relative* ou *bâtarde*, est-elle opposable aux tiers, encore que la filiation du bien qui en est imprégné soit demeurée clandestine? Certaines cours d'appel du Midi l'avaient admis (Bordeau, 14 mai 1857, précité; Toulouse, 13 mars 1890, *D. P.*, 1890, 2, 243; 27 juin 1892, *D. P.*, 1893, 2, 188); mais

la Cour de cassation a réagi contre ces errements dangereux en décidant que la dotalité, lorsqu'elle se cache sous les apparences de la paraphernalité, n'est opposable aux tiers que si ceux-ci sont renseignés par l'acte d'acquisition du nouveau bien, dans lequel on doit trouver des déclarations analogues à celles que l'article 1434 exige pour le remploi : l'origine des deniers employés et leur affectation dotale doivent y être clairement énoncés (Req., 3 juin 1891, *D. P.*, 1892, 1, 13, *S.*, 1893, 1, 5, note Labbé; 26 nov. 1895, deux arrêts, *D. P.*, 1896, 1, 313, note Planiol, *S.*, 1896, 1, 73; Civ., 1er août 1900, *D. P.*, 1901, 1, 145, note Bartin). Grâce à cette organisation jurisprudentielle, les tiers peuvent suivre la dot dans ses diverses transformations : les époux sont tenus de leur fournir un fil conducteur, représenté par la double déclaration de l'article 1434; en son absence et si on néglige de réaliser ce qu'on a appelé très justement un *simili-remploi* (Nast, t. II, n° 1288), la dotalité incluse n'est point opposable au public et le bien, qui en est cependant imprégné en fait, est traité, du moins vis-à-vis des tiers, ainsi qu'un paraphernal ordinaire; en cas de vente, l'acheteur peut donc verser son prix entre les mains de la femme, comme celle-ci a la capacité de céder sa créance ou d'y renoncer; et, si le bien est saisi, elle est dans l'impossibilité d'exiger le prélèvement d'une dot qui est demeurée invisible.

664. — Il semble cependant que la Cour de cassation ait une tendance à battre en retraite, à se montrer moins exigeante quant aux conditions de publicité requises pour l'opposabilité aux tiers de la dotalité incluse; la Chambre des requêtes n'exige plus la double déclaration; elle ne demande plus que le titre d'acquisition des biens révèle lui-même expressément son origine dotale, et elle se contente d'indications implicites, contenues dans un titre étroitement apparenté à l'acte d'acquisition, par exemple dans un règlement d'ordre (Req., 14 juin 1904, *D. P.*, 1905, 1, 185, *S.*, 1905, 1, 489, note Naquet) : du moment que l'éveil a été donné aux tiers, ceux-ci, mis sur leurs gardes, doivent s'inquiéter de l'origine des deniers qui ont servi à réaliser l'acquisition; et, de son côté, la cour de Grenoble déclare que la dotalité relative est opposable aux tiers, encore que l'acte d'acquisition soit muet sur l'origine des deniers (21 déc. 1908, *D. P.*, 1909, 2, 313). Dans ces conditions, on ne peut pas considérer que la jurisprudence soit nettement et fermement fixée, mais seulement que la Cour de cassation a une ten-

dance fort louable à subordonner l'opposabilité aux tiers de la dotalité incluse, à la connaissance qu'ils peuvent en avoir au moyen de procédés dont la précision reste à effectuer; il est à souhaiter d'ailleurs que la Cour de cassation, désavouant le recul que constate l'arrêt du 14 juin 1904, exige absolument, comme elle l'avait fait précédemment, la double déclaration imitée de celle qui est prescrite, pour le remploi, par l'article 1434.

665. Appréciation. — Telle qu'elle se présente ainsi, toute cette jurisprudence sur la dotalité incluse est une des plus hardies et des mieux constituées qui soient : le préteur romain n'a rien construit de plus original que ce système, aménagé de toutes pièces par la Cour de cassation. La doctrine n'est pas tendre pour lui : des jurisconsultes tels que Labbé et Planiol lui reprochent son caractère arbitraire et le premier de ces auteurs y voit une « monstruosité juridique » (Labbé, note, *S.*, 1893, 1, 5; Planiol, note, *D. P.*, 1896, 1, 313); et cependant, comme nous l'avons déjà indiqué, il était postulé par la thèse de l'aliénabilité de la dot mobilière : si l'on veut que cette dot soit sauvegardée, il faut la suivre dans ses transformations successives; il faut aller la chercher jusque sous le masque de la paraphernalité qu'elle peut avoir emprunté; sans quoi, et si l'on s'en tient strictement au dogme de l'intransmissibilité de la dotalité, la protection que la loi a voulu assurer à la femme dotale devient illusoire; c'est seulement si la dot peut circuler dans le patrimoine de la femme, comme le sang circule dans l'organisme humain, en conservant son individualité et toutes ses propriétés spécifiques, que cette protection est véritablement assurée : la théorie de la dot incluse dans les paraphernaux vient combler les lacunes de la *subrogation réelle* telle qu'elle est comprise dans notre droit actuel et assurer, *à défaut de la permanence de la dot en nature, sa permanence en valeur.*

Section IV. — COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL AVEC D'AUTRES RÉGIMES

666. Particularité. — Le régime dotal présente ceci de particulier qu'il est susceptible de se conjuguer avec d'autres régimes, non seulement en vertu de la charte matrimoniale, mais au cours du mariage même : en effet, lorsque la femme dotale demande et obtient la séparation de biens, la dotalité

persiste pour se combiner avec le régime judiciairement institué. Nous étudierons donc : 1° d'abord, l'*adjonction d'une société d'acquêts* au régime dotal, par le *contrat de mariage;* 2° puis, la *séparation de biens judiciaire* intervenue au cours du mariage et sous le régime dotal.

§ I. — *ADJONCTION D'UNE SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS AU RÉGIME DOTAL*

667. Art. 1581. — Maurin, *De la séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse, Dijon, 1926.

668. Utilité de la combinaison. — Il arrive assez fréquemment que les futurs époux adjoignent au régime dotal, par eux adopté dans leur contrat de mariage, une *société d'acquêts* dont le rôle est de tempérer la séparation d'intérêts postulée par ledit régime, en aménageant un terrain sur lequel les intérêts des époux se rencontreront et deviendront communs. Cet objectif paraît hautement désirable puisqu'on le trouve réalisé dans près de la moitié des contrats portant adoption du régime dotal (4560 sur 10.112 pour l'année 1898; et spécialement pour le ressort de la Cour de Riom, 1209 sur 1829, soit dans les deux tiers des cas).

Du moins est-il indispensable que les époux fassent une déclaration *expresse*, c'est-à-dire explicite et claire : l'adjonction de la société d'acquêts n'est plus de droit, comme elle l'était jadis dans certaines de nos anciennes coutumes (coutumes de Bayonne, de Saintes, etc.).

669. Caractère accessoire de la société d'acquêts. — Primauté du régime dotal. — Pour déterminer la structure de ce régime composite, on ne doit jamais perdre de vue que la société d'acquêts ne joue qu'un rôle accessoire par rapport au régime dotal qui constitue l'armature de la charte matrimoniale et qui est maintenu dans tous ses principes constitutifs et fondamentaux; c'est ainsi que les biens *dotaux* sont *inaliénables* dans la mesure ordinaire; ainsi, qu'ils sont soumis à l'administration et à la jouissance du mari. Il importe de remarquer que celui-ci tient ses droits du régime dotal et non pas du régime de communauté, puisqu'on sait que les pouvoirs du mari dotal sur la dot sont à la fois moins étendus que ceux du mari commun aux biens sur les biens communs et plus développés que ceux du même mari sur les propres de la femme.

Comme sous le régime dotal pur et simple, la femme a l'*administration* et la jouissance des *paraphernaux* (Civ., 14 nov. 1864, *D. P.*, 1865, 1, 137; Req., 17 nov. 1890, *D. P.*, 1891, 1, 477), sauf l'obligation, pour elle de remettre au mari les *économies* par elle réalisées.

670. Influence et rôle de la société d'acquêts. — Il faut étudier la société d'acquêts : 1° dans sa *composition*; 2° dans son *fonctionnement*; 3° dans sa *dissolution*.

I. *Composition de la société d'acquêts.* — cette société a un *actif* et un *passif*.

A. Son *actif* comprend :

1° Les produits de l'*industrie* des époux;

2° Les *économies* réalisées sur leurs revenus, soit ceux des biens du mari, soit ceux des biens dotaux, soit aussi ceux des paraphernaux;

3° Les *acquisitions* réalisées, au cours du mariage et *à titre onéreux*, par l'un ou l'autre des époux, sauf, bien entendu, les cas où la subrogation réelle accomplit son œuvre : le bien échangé ou acquis en remploi d'un bien dotal ou paraphernal prend exactement la suite de son prédécesseur dans le patrimoine où s'est réalisée la substitution.

Quant aux biens acquis à *titre gratuit*, ils sont, suivant l'étendue de la constitution de dot et la personnalité de l'acquéreur, ou dotaux ou paraphernaux, ou propres au mari.

En somme, la société d'acquêts a la même composition active que la *communauté d'acquêts*, sauf que ce ne sont pas les revenus des biens des époux qui y tombent, mais seulement les *économies* réalisées sur ces revenus; là est la nuance et là se fait sentir l'influence du régime dotal : en définitive, la société d'acquêts n'est pas usufruitière des biens des époux. D'autre part, *il n'existe pas*, sous ce régime, *de propres de la femme* dont tous les biens sont ou dotaux ou paraphernaux, à moins qu'ils ne pénètrent dans la société d'acquêts.

B. Le *passif* de la société d'acquêts. — Sa composition est, en principe, calquée sur celle de la communauté d'acquêts (*sup.*, n° 470), mais sous le bénéfice d'une réserve symétrique à celle qui a été formulée pour l'actif : du moment que la société d'acquêts n'est pas usufruitière des biens des époux, elle n'a pas à supporter les dettes usufructuaires afférentes à ces biens, et, notamment, puisque la femme conserve la jouissance de ses paraphernaux, elle doit

contribuer à leur entretien et même, dans une certaine mesure, au paiement des intérêts de ses dettes personnelles, la société d'acquêts ne coopérant à ce paiement que dans la proportion des revenus dotaux dont elle bénéficie.

Les créanciers du mari, fussent-ils antérieurs au mariage, ont action sur les biens communs, mais non sur les biens de la femme; les créanciers de la femme n'ont action sur la communauté que si elle a contracté avec l'autorisation du mari (art. 1419), ou encore, dans les cas prévus par l'article 1427, avec l'autorisation de justice, ou bien si elle a agi en tant que mandataire du mari. De plus, à raison de la confusion de fait, tout créancier ayant action contre les biens communs peut saisir aussi ceux du mari; enfin, la femme qui exerce une profession distincte a qualité pour engager ses *biens réservés* (*sup.*, n° 143).

671. II. **Fonctionnement de la société d'acquêts.** — Sur la communauté ainsi composée, le mari a les larges pouvoirs qui lui sont dévolus en tant que chef de la communauté. Il y a donc, quant à l'administration, quatre catégories de biens à distinguer : 1° les *biens du mari*, dont il dispose à son gré; 2° les *biens communs*, sur lesquels il a les larges pouvoirs qui lui appartiennent comme chef, exception faite, s'il y a lieu, des *biens réservés* dont l'administration et la disposition échoient à la femme laborieuse, sous ce régime comme sous les autres; 3° les *biens dotaux*, qu'il administre en conformité de l'article 1549; 4° les *paraphernaux*, sur lesquels il n'a d'autres pouvoirs que ceux qui résulteraient pour lui d'un mandat conféré par la femme.

672. III. **Dissolution de la société d'acquêts.** — Cette société se dissout comme une communauté conjugale ordinaire; à la dissolution, la femme opte entre les deux partis que l'on sait : elle peut *accepter* ou *renoncer*. Si elle accepte, la société se liquide ainsi qu'une communauté ordinaire : le droit commun s'applique en ce qui concerne l'exercice des *récompenses* comme pour la *preuve* des reprises (art. 1581, qui renvoie aux articles 1498 et 1499).

On se demande : 1° comment se règlent les droits de *viduité* de la femme : est-ce d'après l'article 1465 ou conformément à l'article 1570? 2° Comment se partagent les fruits en nature de la dernière année : doit-on leur appliquer l'article 585 ou l'article 1571? A notre avis, la réponse à ces deux questions est donnée par cette directive que le

régime dotal constitue l'armature de la charte matrimoniale dont la société d'acquêts ne constitue qu'une modalité : ce sont donc les articles 1570 et 1571 qui recevront leur application.

§ II. — *LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE SOUS LE RÉGIME DOTAL COMBINAISON DES DEUX RÉGIMES*

673. Directive générale. — La *séparation de biens* peut intervenir, sous le régime dotal, comme sous les régimes communautaires ou sous le régime sans communauté; car, dans la première éventualité comme dans les autres, la femme apporte au mari une dot qui est susceptible d'être mise en péril par son administrateur : il la compromet, soit en dilapidant la fortune mobilière de la femme, soit en négligeant de procéder aux emplois ou aux remplois qui lui incombent, soit en commettant des négligences, des imprudences caractérisées.

Or, le principe est que *les règles édictées pour la séparation sous les régimes de communauté sont également applicables à la séparation de biens qui intervient sous le régime dotal* : les *causes* de séparation sont les mêmes : la *procédure* à suivre est identique; la même *publicité* est à observer; enfin, dans un cas comme dans l'autre, la séparation n'a qu'un caractère *provisoire*, en ce sens que les époux ont la possibilité de restaurer leur régime primitif par une convention intervenue dans les termes de l'article 1451 dont la disposition trouve son application même en dehors des régimes communautaires (Req., 27 déc. 1893, *D. P.*, 1894, 1, 391; comp. note DE LOYNES, *D. P.*, 1893, 2, 281).

674. Dérogations. — Plan. — Mais le principe de l'identification n'est pas absolu : par un certain côté, la séparation de biens fait preuve d'originalité lorsqu'elle intervient sous le régime dotal : les *effets* qu'elle produit alors ne sont pas ceux que la loi y attache sous les régimes de communauté; nous les grouperons autour des deux idées suivantes :

1° Par la séparation de biens, la femme dotale acquiert l'*administration* et la *jouissance* de sa dot;

2° Mais la *dotalité subsiste*, avec la plupart de ses attributs.

675. I. Première règle : par la séparation de biens, la femme dotale recouvre l'administration et la jouissance de sa dot. — Désormais, elle bénéficie du statut de la femme séparée de biens : 1° elle *administre* ses biens dotaux, en même temps et comme ses paraphernaux, avec la même capacité; 2° elle a la jouissance de sa dot, elle perçoit et elle en conserve les revenus; 3° comme la femme qui, d'abord commune, a ensuite obtenu la séparation de biens, elle contribue aux *charges* du mariage *proportionnellement à ses facultés et à celles du mari* (art. 1448).

676. — Il s'opère, en somme, une *dévolution* de l'administration et de la jouissance de la dot : la femme dotale, séparée de biens, est *substituée au mari*, notamment : 1° pour l'exercice des *actions dotales* que ce dernier serait désormais sans qualité pour intenter; 2° pour l'*emploi* des capitaux dotaux, auquel elle n'est tenue de procéder que si le mari y était tenu lui-même et dans la mesure où il en était tenu (Civ., 13 déc. 1865, *D. P.*, 1866, 1, 19; 12 avril 1870, *D. P.*, 1870, 1, 264; Req., 12 juin 1901, *S.*, 1902, 1, 124, *D. P.*, 1902, 1, 55); la règle est applicable notamment aux sommes restituées par le mari après la séparation (arrêts précités); et, si le tribunal, en prononçant cette séparation, peut imposer un emploi à la femme (Req., 14 mai 1884, *D. P.*, 1884, 1, 412), cette condition est sans effet à l'égard des tiers dont la responsabilité n'est nullement engagée, au cas de défaut d'emploi envers la femme (Req., 26 juill. 1869, *D. P.*, 1871, 1, 169).

677. Limites à la substitution. — Toutefois, la substitution au mari de la femme dotale séparée de biens, comporte des restrictions :

1° Malgré la séparation de biens, le *mariage subsiste*, et, avec lui, la nécessité, pour la femme, de se pourvoir d'une *autorisation* en vue de l'aliénation des immeubles dotaux dans les cas où elle est permise par la loi ou par le contrat de mariage (Civ., 2 déc. 1885, *S.*, 1886, 1, 97, note Labbé);

2° Malgré la séparation de biens, *la dotalité subsiste*, et elle fait obstacle à ce que la femme puisse aliéner sa *dot mobilière*, mais ceci se rattache à la deuxième idée annoncée.

678. II. Deuxième règle : la dotalité subsiste, avec la plupart de ses attributs. — Là réside la différence entre la séparation de biens sous les régimes communau-

taires et la séparation de biens sous le régime dotal; tandis que la séparation met fin au régime de communauté dont elle constitue l'un des modes de dissolution (*sup.*, n° 242), elle laisse subsister le régime dotal qui s'accommode au nouvel état de choses; tandis que, dans la première éventualité, elle vient *se substituer* au régime primitif, dans la deuxième, *elle se combine avec lui*, en sorte que *la dotalité subsiste*; les biens dotaux demeurent tels, et au cas de constitution de dot des biens à venir, tous les biens acquis ultérieurement par la femme s'imprègnent du caractère dotal. C'est que la dot a toujours une mission à remplir; le mariage subsiste, et, avec lui, les charges qu'il implique et auxquelles la dot doit pourvoir; comme auparavant, la famille est intéressée à ce qu'elle subsiste : il ne faut pas qu'après avoir été mise à l'abri des coups que lui portait l'administration maritale, elle soit laissée à la discrétion de la femme; le statut spécial qui la régissait conserve, même après la séparation, sa raison d'être, d'autant plus que la restitution de la dot n'est peut-être que provisoire, puisque les époux ont la faculté de restaurer leur régime contractuel, dans sa pureté première.

679. Conséquences du maintien de la dotalité. — Puisque la dotalité subsiste, l'*inaliénabilité* de la dot persiste; nous allons nous en convaincre en reprenant les différentes conséquences qu'elle comporte et en recherchant ce qu'il en advient une fois que la séparation a été prononcée.

A. **Inaliénabilité proprement dite,** *stricto sensu.* — Pour en préciser les destinées, il faut distinguer entre les immeubles dotaux et la dot mobilière.

1° **Immeubles dotaux.** — Il y a peu de chose à dire en ce qui les concerne, parce que la situation demeure, quant au statut de l'inaliénabilité, inchangée; la femme ne peut hypothéquer ou aliéner les immeubles dotaux, avec ou sans remploi, mais toujours moyennant une autorisation maritale ou de justice, que dans les cas prévus par la loi ou par le contrat de mariage (Civ., 19 oct. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 19, *S.*, 1909, 1, 558); il lui est interdit de ratifier les aliénations irrégulières antérieurement consenties (*sup.*, n° 593), et la prescription de l'action en nullité demeure suspendue jusqu'à la dissolution du mariage (*sup.*, n° 593; *inf.*, n° 682).

680. 2° Dot mobilière. — Pour les meubles dotaux, il y a au contraire, quelque chose de changé : avant la séparation des biens, la dot mobilière était inaliénable au regard de la femme, mais parfaitement aliénable par le mari (*sup.*, n° 575) ; désormais, celui-ci a perdu toute qualité pour procéder à des aliénations, puisqu'il n'est plus administrateur de la dot; et, quant à la femme, la jurisprudence décide que l'inaliénabilité persiste. Sans doute, l'administration a passé du mari à la femme; et il semble donc que, logiquement, le pouvoir ou la capacité d'aliéner auraient dû suivre le même chemin : la femme, héritière de l'administration du mari, devrait avoir, semble-t-il, les mêmes prérogatives que lui, et il est des auteurs qui, s'en tenant à ce raisonnement simple, critiquent la jurisprudence. Cependant, elle se justifie, *juridiquement* et *pratiquement*.

1° *Juridiquement* : il faut songer que la femme, même séparée de biens, reste sous le coup d'une incapacité dont le mari n'était pas frappé, l'*incapacité dotale*; on comprend que cette incapacité retentisse sur ses pouvoirs d'administrateur et qu'elle s'oppose à leur libre développement;

2° *Pratiquement*, il y aurait un très grave danger à laisser à la femme dotale séparée de biens la disposition de sa dot mobilière, car elle serait privée de tout recours contre quiconque; le mari ne saurait être rendu responsable des dilapidations qu'elle aurait commises à un moment où l'administration de la dot lui a échappé. *Avant* la séparation, la protection de la dot mobilière était assurée par le recours de la femme contre le mari administrateur, recours garanti par l'hypothèque légale, elle-même intangible; *après* la séparation, cette protection ne peut plus revêtir qu'un seul aspect : l'inaliénabilité de la dot entre les mains de la femme.

On comprend donc que la jurisprudence soit bien fixée en ce sens que la femme dotale séparée de biens est incapable d'aliéner ou de compromettre sa dot mobilière, notamment de céder les créances dotales (Civ., 7 fév. 1843, *S.*, 1843, 1, 282; 4 juill. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 194; 19 oct. 1903, précité), et, encore plus, s'il est possible, de compromettre ses reprises dotales ou d'y renoncer (arrêts précités; Req., 29 juill. 1862, *D. P.*, 1863, 1, 366).

L'inaliénabilité proprement dite est donc, non pas atténuée, mais renforcée, aggravée par la séparation de biens, du moins pour ce qui est de la dot mobilière.

681. B. Imprescriptibilité. — A la différence de l'inaliénabilité proprement dite, l'*imprescriptibilité* est atteinte par la séparation de biens qui la fait disparaître, purement et simplement : aux termes de l'article 1561, § 2, les immeubles dotaux deviennent prescriptibles, quelle que soit l'époque à laquelle la prescription ait commencé. L'inaliénabilité se trouve donc démembrée; elle perd un de ses attributs, l'imprescriptibilité, sans qu'il soit d'ailleurs facile de justifier ce démembrement : du moment qu'il s'agit de protéger la femme contre elle-même, et non pas seulement contre son mari, l'inaliénabilité devrait survivre à la séparation de biens, absolument.

682. Dans quelle mesure la dot devient prescriptible. — Il faut rechercher quelles sont au juste les prescriptions qui vont pouvoir courir à partir de la séparation de biens.

Il n'y a pas de doute en ce qui concerne l'*usucapion du fonds dotal* : si l'immeuble est possédé par un tiers, l'usucapion court, au profit de celui-ci, à compter de la séparation, et il convient de décider de même pour l'acquisition, par la prescription, de servitudes sur le fonds dotal, comme pour l'extinction de servitudes appartenant au fonds dotal sur d'autres fonds.

La difficulté existe, au contraire, pour la prescription de l'*action en nullité* qui constitue la sanction des aliénations irrégulièrement consenties (art. 1560; *sup.*, n° 589) : avec la séparation de biens, l'exercice de cette action passe du mari à la femme, incontestablement (*sup.*, n° 592); mais ne devient-elle pas alors, et du même coup, sujette à prescription? Sur ce point, les articles 1560, § 1, et 1561, § 2, paraissent en contradiction : le premier de ces textes spécifie qu'on ne peut opposer aux époux aucune prescription *pendant le mariage*, tandis que l'article 1561 décide que les immeubles dotaux deviennent prescriptibles à compter de la séparation de biens; comment expliquer, comment concilier ces deux textes?

La jurisprudence le fait très ingénieusement en considérant que l'article 1561 vise les prescriptions, acquisitions ou extinctions, de droits réels, tandis que l'article 1560 s'occupe de la prescription extinctive de l'action en nullité ouverte aux époux à la suite d'une aliénation irrégulière; aux termes de cette disposition, une telle action est imprescriptible pendant toute la durée du mariage et même après

la séparation de biens (Civ., 31 mars 1841, *S.*, 1841, 1, 397; 4 juill. 1849, *D. P.*, 1849, 1, 330).

Cette jurisprudence, que des auteurs ont critiquée en s'inspirant des travaux préparatoires, se recommande d'arguments qui sont, à notre avis, très forts :

1° Il est naturel de trancher la difficulté à l'aide du texte qui s'occupe spécialement de l'action en nullité, donc de l'article 1560;

2° La prescription de cette action repose sur une idée de *confirmation*; or, on ne conçoit pas la confirmation d'un acte aussi longtemps que le vice dont il était atteint n'a pas disparu; en l'occurrence, ce vice, qui était l'incapacité dotale, ne disparaît qu'avec le mariage;

3° La disposition de l'article 1561, § 2, d'après lequel la séparation de biens fait cesser l'imprescriptibilité, est difficile à justifier; il convient donc d'en limiter autant que possible l'application.

683. C. **Insaisissabilité.** — Puisque l'insaisissabilité de la dot dérive d'une incapacité supplémentaire dont la femme est atteinte sous le régime dotal, il est évident qu'elle doit survivre à la séparation de biens, laquelle laisse subsister, en principe, l'inaliénabilité. Il faut faire application de cette directive, soit aux créanciers *antérieurs*, soit aux créanciers *postérieurs* à la séparation.

1° **Créanciers antérieurs.** — Il va de soi que les biens qui ne pouvaient pas être saisis avant la séparation ne sauraient l'être davantage après elle : même la dissolution du mariage ne les soumettrait pas à l'action des créanciers qui avaient traité avec la femme antérieurement; à plus forte raison en va-t-il ainsi de la simple séparation de biens.

L'insaisissabilité persiste donc, tant pour les *revenus* de la dot que pour les capitaux; et même, d'après la Cour de cassation, elle se trouve *aggravée* en ce qui concerne les *revenus* : alors que, sous l'administration du mari, ces revenus pouvaient être saisis dans la mesure du superflu, désormais, entre les mains de la femme, ils ne peuvent plus l'être du tout, même pour la partie qui excède les besoins du ménage; ils deviennent ainsi complètement insaisissables, soit pour les créanciers du mari qui n'a plus droit aux fruits, soit pour ceux de la femme, et quand bien même celle-ci se serait engagée envers eux avec l'autorisation maritale : la Cour de cassation n'admet pas que la femme ait pu

compromettre ses revenus dotaux à venir par des actes accomplis avant la séparation de biens, donc sous l'influence de son mari et alors que la disposition de ces revenus appartenait exclusivement à celui-ci (Ch. réun., 7 juin 1864, *S.*, 1864, 1, 201, note Dutruc, *D. P.*, 1864, 1, 201; Req., 14 août 1883, *D. P.*, 1884, 1, 334; Paris, 11 juin 1896, *D. P.*, 1897, 2, 14; *contra*, Paris, 7 mars 1851, *D. P.*, 1851, 2, 195; Montpellier, 10 juill. 1860, *D. P.*, 1861, 5, 167).

684. 2° **Créanciers postérieurs à la séparation.** — La Cour de cassation s'était d'abord prononcée pour la thèse de la saisissabilité totale des revenus (Civ., 28 mars 1827, *D. P.*, 1827, 1, 299); mais c'était méconnaître le principe certain d'après lequel la séparation de biens laisse subsister l'inaliénabilité, et, avec elle, son corollaire habituel, l'insaisissabilité. Il est acquis, depuis longtemps, que les créanciers, avec lesquels la femme a traité depuis la séparation, ne peuvent saisir les revenus que dans la mesure où ils excèdent les besoins du ménage (Req., 24 nov. 1883, précité; Civ., 24 mars 1885, *D. P.*, 1885, 1, 254; Req., 24 nov. 1890, *D. P.*, 1891, 1, 425, *S.*, 1893, 1, 313, note Bourcart).

Il va sans dire que, vis-à-vis des créanciers postérieurs, comme à l'égard des créanciers antérieurs, les revenus de la dot échappent à l'action des créanciers du mari (Civ., 5 mai 1914, *S.*, 1914, 1, 391).

685. D. **Intangibilité des reprises dotales.** — Les reprises dotales demeurent intangibles, après comme avant la séparation de biens, et, avec elles, l'hypothèque légale qui en garantit le recouvrement.

686. Séparation de corps. — Nous avons supposé jusqu'ici une séparation de biens *principale*; les mêmes règles s'appliquent au cas de séparation de biens *accessoire à une séparation de corps* : même alors, le statut de l'inaliénabilité persiste. Mais il faut tenir compte de cette particularité que la femme séparée de corps n'est jamais tenue de recourir à une autorisation (ancien al. 3 de l'art. 311, ajouté par la loi du 6 fév. 1893 et supprimé par celle du 18 fév. 1938), en sorte qu'il devient rigoureusement vrai de dire que seule subsiste alors l'incapacité dotale. En conséquence, si un immeuble est aliénable à charge de remploi, ou purement et simplement, la femme est à même de le vendre ou de le donner, soit à charge de remplacement, soit, dans la

deuxième éventualité, sans condition; elle n'a que faire d'une autorisation à laquelle elle n'est pas assujettie désormais. Mais, si l'immeuble était inaliénable, sans restriction, il reste tel après la séparation de corps.

APPENDICE AU TITRE VII

Nature juridique des avantages matrimoniaux sous les régimes communautaires. — Rang de l'hypothèque légale de la femme sous les différents régimes.

687. Plan. — Ce sont là deux problèmes qui dominent, le premier, les régimes communautaires, le deuxième, tous les régimes : il convenait donc de les envisager d'ensemble, dans leur unité juridique; nous les étudierons successivement.

N° 1

Nature juridique des avantages matrimoniaux sous les régimes communautaires.

688. Sources. — Art. 1496 § 2, 1516, 1525 § 2, 1527 § 3.

Bibliographie. — Saleilles, *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français*, *Rev. trim.*, 1914, fascicule supplémentaire; thèse Degaigne, Paris, 1898; Barrault, Poitiers, 1901; Plessis, Caen, 1907; Thiébot, Caen, 1911; Martin, Paris, 1911; Pol Robert, Nancy, 1914; Louis Courtois, Paris, 1924; Carbonnier, Bordeaux, 1932, pp. 663 et suiv.; notes Labbé, *S.*, 1, 193; Planiol, 1891, 2, 353; A. Colin, *D. P.*, 1901, 1, 433.

689. Position du problème. — Le fonctionnement d'un régime communautaire peut avoir pour effets d'avantager l'un des époux au détriment de l'autre ou de ses héritiers, soit en suite d'une *clause* insérée dans le contrat de mariage et tendant à déroger au principe du partage égal (*sup.*, n° 483) ou à faire à l'un des époux une situation privilégiée (*sup.*, n° 488); soit à raison du *partage égal* lui-même, lorsque l'*inégalité* est flagrante entre les apports des époux, ou les passifs dont chacun d'eux est grevé, ou les gains qu'ils ont réalisés au cours de la communauté.

Ces *avantages matrimoniaux*, qui peuvent se réaliser même sous le régime *légal*, du fait de la confusion de l'actif et du passif qui se produit alors sur une vaste échelle (*sup.*, n° 113), vont-ils être traités ainsi que des libéralités, des donations entre vifs? Celui qui en bénéficie est-il à considérer comme le donataire de celui qui en fait les frais?

690. Distinction et plan. — A cette question, le Code civil donne des réponses différentes suivant qu'il existe ou non des enfants issus d'un précédent mariage : dans le cas de la négative, les avantages matrimoniaux sont traités en principe comme des profits réalisés *à titre onéreux*, en vertu d'une *convention de mariage*; mais s'il existe des enfants nés d'un autre lit, ces mêmes avantages prennent l'aspect de *libéralités*, en thèse générale du moins. Nous avons à examiner successivement ces deux aspects du problème et les deux solutions qui y correspondent.

I

Absence d'enfants issus d'un précédent mariage

691. Principe. — Lorsqu'il n'existe pas d'enfants issus d'un précédent mariage, le législateur considère, conformément à la tradition coutumière (Pothier, *Donation entre vifs*, n° 224), que les avantages matrimoniaux ne sont pas des donations, mais qu'il faut les interpréter comme des *conventions de mariage et entre associés* (art. 1516, 1525, § 2), donc comme des profits réalisés à titre onéreux.

692. Généralité du principe. — A vrai dire, le Code civil ne s'explique à ce sujet et en ce sens que pour les avantages dérivant du *préciput* (art. 1516), de l'*attribution totale de la communauté* (art. 1525, § 2), et aussi, indirectement, des *travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs* (art. 1527, § 3); mais on n'hésite pas à généraliser ces décisions pour étendre à tous les avantages matrimoniaux le principe d'où ils découlent et dont ils présupposent l'existence : d'une part, la tradition est en ce sens (Pothier, *loc. cit.*); d'autre part, on ne verrait pas de raison de distinguer entre les différentes catégories et les différentes sources d'avantages matrimoniaux : du moment que ceux qui dérivent de la clause d'attribution totale de la communauté sont traités ainsi que des arrangements entre

associés, il en doit aller de même, *a fortiori*, de ceux, moins importants, moins saisissants, qui découlent de toutes autres sources, légales ou conventionnelles, pourvu cependant qu'ils portent sur des *biens de communauté*; s'ils affectaient des propres, ils ne se ramèneraient plus à des conventions entre associés et ne bénéficieraient donc pas de l'immunité réservée aux biens sociaux (Req., 11 mars 1931, *D. P.*, 1931, 1, 132, *S.*, 1931, 1, 338). En réalité, des difficultés n'ont surgi que pour trois catégories de clauses, et encore ont-elles été ordinairement résolues par la jurisprudence dans le sens de la plus grande généralité du principe que nous étudions ici.

1° La question s'est posée pour le *préciput* de la femme *renonçante*, non pas lorsqu'elle l'exerce sur les propres du mari (art. 1515, § 2), car alors elle recueille bien une libéralité, mais lorsqu'elle le fait valoir sur les biens sociaux, sur les biens communs. On a prétendu que, du moment que la renonciation rend la femme étrangère à la communauté (art. 1492, § 1), la situation est la même que si le préciput était exercé sur la fortune personnelle du mari et qu'il se ramenait donc à une libéralité. Mais cette solution, à laquelle s'en tient l'administration de l'Enregistrement (Instruction n° 1256, § 4), est repoussée par la plupart des auteurs ainsi que par la jurisprudence (Paris, 12 avril 1900, *D. P.*, 1903, 2, 159, *S.*, 1904, 2, 39; trib. civ. Seine, 16 avril 1902, *D, P.*, 1902, 2, 239) : elle se heurte à la formule générale de l'article 1516 qui ne distingue pas selon que la femme est acceptante ou est renonçante, et aussi à l'article 1492, § 2, qui permet à la femme renonçante de retirer les linges et hardes à son usage, et même, en définitive, à l'article 1515, § 2, qui l'autorise, malgré sa renonciation, à prélever son préciput si une clause du contrat de mariage lui a conféré ce droit.

693. — 2° La difficulté est plus grave pour la clause d'*attribution totale de la communauté*, lorsqu'elle autorise le survivant à reprendre *même les apports du prédécédé* (*sup.*, n° 487); la plupart des auteurs font observer que l'article 1525, § 2, qui assigne à la clause d'attribution totale le caractère d'une simple convention de mariage et entre associés, ne semble bien viser que la stipulation prévue au premier alinéa : « *Cette stipulation...* », donc la convention qui laisse aux héritiers du prédécédé le droit de reprendre ses apports; on ajoute qu'il est impossible de voir une con-

vention entre associés dans une clause qui attribue à l'un tout, à l'autre rien. Notre jurisprudence avait cédé à ces arguments et décidait que la clause attribuant au survivant la totalité de la communauté, y compris les apports du prédécédé, était une véritable donation. Mais un revirement devait se produire; il fut amorcé par un arrêt des Chambres réunies, pour les *clauses de partage simplement inégal* (Ch. réun., 19 déc. 1890, *S.*, 1891, 1, 129, note Wahl, *D. P.*, 1891, 1, 417; Ref. XVI, 1, 546), puis achevé par la Chambre civile, pour les clauses d'attribution totale : même assorties de la stipulation aggravante qui attribue au survivant les apports du prémourant, ces clauses sont régies par le deuxième alinéa de l'article 1525; elles sont à traiter, non comme des donations, mais comme de simples conventions de mariage et entre associés (Civ., 2 août 1899, *S.*, 1900, 1, 233, note Ferron, *D. P.*, 1901, 1, 433, note critique A. Colin; 2 août 1937, *S.*, 1937, 1, 385, *D. H.*, 1937, 534). Cette solution, qui paraît effectivement avoir contre elle la lettre de l'article 1525, cadre du moins, à notre avis, avec l'idée essentielle qui est à la base de ce même texte et que nous dégagerons bientôt (*sup.*, n° 487).

694. — 3° La stipulation de *communauté universelle* a soulevé des difficultés, mais seulement dans le cas particulier où, des deux époux, l'un fait un apport considérable alors que l'apport de l'autre est nul; la Cour de cassation, considérant que la communauté universelle implique, par définition même, une réciprocité d'apports, estime qu'il y a alors *donation déguisée*, soumise, comme telle, aux règles de fond des libéralités (V. *inf.*, n° 696).

695. Motifs de la règle qui voit dans les avantages matrimoniaux de simples arrangements entre associés ; sa base juridique. — Les motifs qui ont fait édicter la règle traditionnelle sont nombreux et, dans l'ensemble, pertinents.

1° Les avantages matrimoniaux ne doivent pas être examinés séparément les uns des autres ni isolément de l'union des personnes par rapport à laquelle ils n'ont qu'une importance secondaire : la clause de préciput, ou de partage inégal, voire même d'attribution exclusive, peut être destinée à rétablir un équilibre qui, sans elle, serait rompu entre les époux, le bénéficiaire apportant d'autre part un fonds de commerce, ou des relations, une situation personnelle qui font défaut à son conjoint; la libéralité n'est alors qu'ap-

parente; elle disparaît, du moment qu'au lieu d'envisager un seul côté du problème on en scrute toutes les données; bien souvent ceci compense cela et, somme toute, le prétendu bénéficiaire d'une clause de ce genre n'est point avantagé par rapport à son conjoint;

2° Pour savoir s'il y a vraiment libéralité dans l'espèce, il faudrait donc examiner et peser tous les avantages, de diverse nature, retirés par chacun des époux; et surtout, il faudrait sonder les intentions, rechercher si l'*intention libérale*, base de toute libéralité, existait, en fait et dans l'espèce, chez les époux ou chez l'un d'eux : tâche difficile, complexe et source de contestations entre les époux et leurs héritiers; le législateur a voulu couper court *en présumant le caractère onéreux*, commutatif, des engagements entre futurs époux;

3° D'ailleurs, en général du moins, cette présomption ne nuira à personne; notamment, si les époux laissent des enfants communs, peu importe à ces derniers que les avantages matrimoniaux soient traités ou non comme des libéralités : car, les biens qu'ils ne recueillent pas dans la succession du prémourant, ils sont à peu près sûrs de les retrouver dans celle du survivant.

Ce n'est donc pas, à vrai dire, par suite d'une *fiction légale* que de tels avantages sont traités ainsi que des conventions entre associés, mais bien plutôt en vertu d'une *présomption légale* conforme aux probabilités : afin d'éviter des procès, et pour donner la sécurité à tous, le législateur évince d'autorité l'*animus donandi* des avantages matrimoniaux; il présume que l'intention libérale, base de toute libéralité, n'a pas présidé à l'aménagement de ces conventions; et cette présomption, tout à fait raisonnable, en harmonie avec le *plerumque fit*, a un caractère irréfragable : réserve faite du cas où la prétendue convention de mariage se ramènerait en fait à une donation déguisée, son caractère onéreux ne saurait être mis en question.

696. Conséquences du caractère onéreux des avantages matrimoniaux. — Puisque l'époux avantagé fait figure d'associé et non de donataire, il faut en conclure :

1° Que l'attribution de l'avantage n'implique aucune mutation de propriété; la *transcription* ne trouve donc pas son emploi et le droit à acquitter est simplement le *droit proportionnel sur les partages*, non le droit de mutation. Toutefois, il a été jugé que la stipulation d'une *communauté uni-*

verselle peut être considérée, au point de vue fiscal, comme constitutive d'une véritable libéralité lorsque l'apport de l'un des époux est considérable alors que celui de l'autre est nul; il y a alors *donation déguisée*, motivant la perception des droits afférents à cette sorte d'acte. (Req., 18 janv. 1888, *D. P.*, 1888, 1, 174);

2° Que, si l'époux avantagé vient à la succession du prédécédé avec d'autres héritiers, il n'a pas à *rapporter* le bénéfice réalisé, car ce sont seulement les *libéralités* qui sont sujettes à rapport (*inf.*, n° 1114); spécialement, l'avantage matrimonial n'est pas imputable sur l'usufruit successoral du conjoint survivant (Req., 3 fév. 1908, *D. P.*, 1908, 1, 93, *S.*, 1913, 1, 516; 11 mars 1931, *motifs*, *D. P.*, 1931, 1, 132; Bordeaux, 10 avril 906, *D. P.*, 1906, 2, 305, note Léonce Thomas; trib. civ. Niort, 30 déc. 1910, *S.*, 1911, 2, 259);

3° Que, pour la même raison, l'avantage matrimonial ne compte pas pour le calcul de la *réserve héréditaire* et n'est pas imputable sur la quotité disponible (arg. art. 1496, § 2, et 1527, § 3; *inf.*, n° 1696; Civ.; 1er août 1855, *D. P.*, 1855, 1, 355; 16 déc. 1861, *S.*, 1862, 1, 10; Civ., 2 août 1899, *D. P.*, 1901, 1, 433, note A. Colin; Paris, 12 avril 1900, *D. P.*, 1903, 2, 159, *S.*, 1904, 2, 39); sauf cependant la réserve déjà faite, en ce qui concerne la *communauté universelle*, pour le cas où l'un des époux ferait un apport important alors que l'autre n'en ferait aucun. (Civ., 3 avril 1843, *D. P.*, *Jur. gén.*, *Disposit. entre vifs*, n° 799);

4° Que les avantages matrimoniaux échappent aux *causes de révocation* qui menacent les donations, notamment à la révocation *pour cause d'ingratitude*, sauf, au cas de *divorce* ou de *séparation de corps*, l'application des déchéances édictées contre le coupable (*sup.*, t. I, nos 972 et 994).

II

Présence d'enfants issus d'un précédent mariage

697. Principe. — La situation est complètement renversée lorsqu'il existe des enfants nés d'un premier lit : les avantages matrimoniaux, en tant du moins qu'ils sont consentis par l'auteur de ces enfants à son second conjoint, sont traités, non plus comme des conventions de mariage et entre associés, mais comme de *véritables libéralités*. Il est vrai que le principe n'est pas posé par le Code civil sous une forme aussi générale : les articles 1496, § 2, et 1527, § 3,

en l'établissant, poursuivent un objectif limité, à savoir le respect des limites du disponible entre époux; à cet effet, ils décident que les avantages matrimoniaux dérivant soit de la *confusion du mobilier et des dettes* (art. 1496, § 2), soit d'une clause insérée dans le contrat de mariage (art. 1527, § 3), devront être imputés sur le disponible et qu'ils seront donc sujets à réduction, à *retranchement*, s'ils dépassent les limites fixées par la loi dans l'article 1098 (*inf.*, n° 1114). Mais, malgré quelques dissidences (Nancy, 25 fév. 1891, *D. P.*, 1891, 2, 353, note Planiol, *S.*, 1892, 2, 65, note Bourcart), on s'accorde très généralement à voir dans la règle posée par ces textes une simple application de la directive plus générale dont elle présuppose l'existence : en présence d'enfants issus d'un précédent mariage, les avantages matrimoniaux, sont, *à tous égards*, de véritables libéralités. (Civ., 12 janv. 1915, *S.*, 1917, 1, 134, *D. P.*, 1919, 1, 85; 27 mars 1923, *D. P.*, 1923, 1, 161, note H. Capitant, *S.*, 1923, 1, 201, note Tissier).

698. Justification. — Cette généralisation est légitimée et par la tradition et par les raisons qui sont à la base des dispositions des articles 1496, § 2, et 1527, § 3 : le législateur a craint l'influence dont le nouveau conjoint dispose sur l'époux remarié; souvent, elle s'exerce aux dépens des enfants du précédent mariage pour lesquels le parâtre ou la marâtre ne nourrit pas une affection sans mélange et qu'il y a donc lieu de protéger contre sa jalousie ou son ressentiment. Dans ce but, le législateur, se conformant à une tradition qui remonte pour le moins au fameux *Edit des secondes noces*, du chancelier Michel de l'Hospital, renverse la présomption instituée pour le cas ordinaire où il n'existe pas d'enfants d'un premier lit à protéger : il considère que les avantages matrimoniaux ont le caractère de libéralités; il présume l'*animus donandi* qu'il éliminait, au contraire, dans l'éventualité précédente; et sa présomption, comme la présomption inverse dans le cas normal, est *irréfragable;* elle ne souffre pas la preuve contraire : les conditions dans lesquelles l'avantage a été consenti le rendent suspect et lui impriment, *juris et de jure*, le caractère d'une libéralité.

699. Conséquences de la règle. — 1° Les avantages matrimoniaux sont imputables sur la quotité disponible (Req., 20 avril 1880, *D. P.*, 1880, 1, 428, *S.*, 1881, 1, 70; Rouen, 11 fév. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 169, note Planiol) et,

dans le cas où ils excèdent les limites de cette quotité, ils sont sujets à réduction, à *retranchement*;

2° Ces avantages sont à imputer sur l'usufruit successoral du conjoint survivant, comme toutes autres libéralités (Req., 25 juin 1912, *D. P.*, 1913, 1, 173, *S.*, 1914, 1, 165; *inf.*, n° 1114).

700. Portée et conditions d'application de la règle. — Pour que fonctionne la présomption des articles 1496 et 1527 et pour que les avantages matrimoniaux soient égalés à des libéralités, diverses conditions doivent être réunies.

1° Il faut qu'il y ait vraiment *avantage matrimonial*, sans distinguer d'ailleurs selon sa source ou son aspect : peu importe qu'il résulte du jeu même des règles du régime légal, de l'*inégalité des apports*, actifs ou passifs (art. 1496, § 2; — Civ., 12 janv. 1915 et 27 mars 1923, précités; Paris, 30 nov. 1910, *D. P.*, 1915, 2, 9, note DE LOYNES), ou bien d'une clause insérée dans le contrat de mariage : *ameublissement*, *communauté universelle*, *préciput* (Paris, 12 avril 1900, *D. P.*, 1903, 2, 159, *S.*, 1904, 2, 39), clause *commerciale* (Civ., 16 déc. 1925, *S.*, 1926, 1, 169, note VIALLETON. *D. H.*, 1926, 182), ou de *partage inégal* (Req., 20 avril 1880, précité), ou d'*attribution de la totalité de la communauté* (Paris, 26 juin 1880, *D. P.*, 1881, 2, 207).

A cette large compréhension du concept de l'avantage matrimonial, l'article 1527, § 3, apporte cependant une limite en décidant que « *les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit* ». Ce sont donc seulement les inégalités *en capitaux* qui constituent des avantages matrimoniaux : les avantages provenant des *revenus* que l'un des époux peut verser dans la caisse commune en plus grande abondance que l'autre, ne sont pas à prendre en considération. (V. une application intéressante faite par la Cour de cassation, Civ., 3 mars 1930, *S.*, 1930, 1, 222.) Il faut seulement noter que par « *travaux communs* », le législateur a entendu évidemment viser les travaux de chacun des époux, sans distinguer selon qu'ils s'accomplissent isolément ou en collaboration; à cet égard, la formule légale est impropre et demande à être rectifiée;

2° Il faut que l'époux remarié ait et laisse, à son décès, des *descendants* d'une précédente union, d'un *premier lit*,

c'est-à-dire une descendance *légitime* ou *légitimée*, à l'exclusion d'enfants naturels ou adoptifs (Civ., 11 déc. 1922, *D. P.*, 1925, 1, 121, note H. Capitant, *S.*, 1923, 1, 313, note Simonnet) dont il ne serait tenu aucun compte en l'occurrence;

3° Il faut que les descendants dont s'agit *acceptent* la succession : s'ils renoncent ou s'ils sont indignes, les avantages conférés au second conjoint ne sont pas à traiter comme des libéralités. (Limoges, 27 mai 1867, *S.*, 1867, 2, 337). Il faudra donc attendre le décès de l'époux remarié pour déterminer le sort des avantages matrimoniaux; jusque là, et si la seconde union prend fin du vivant des deux époux, la liquidation de la communauté doit s'effectuer dans les termes du droit commun, sans qu'il soit fait état des articles 1496 et 1527 : on rectifiera plus tard, s'il y a lieu;

4° Enfin, il va sans dire que les avantages que la loi assimile à des donations sont uniquement ceux qui ont été consentis par le conjoint remarié, père ou mère d'enfants issus du premier mariage, à son nouveau conjoint, à l'exclusion des avantages qui lui auraient été consentis par ce dernier et qui ne présentent rien de suspect.

701. Existence et appréciation de l'avantage. — Pour rechercher s'il y a avantage et quelle en est l'importance, on doit attendre la dissolution de la communauté; et même, au cas où cette dissolution se produirait du vivant du conjoint remarié, il faudrait différer l'appréciation jusqu'au jour de son décès (V. M. Nast, *Estimation de l'avantage matrimonial résultant, pour un second conjoint, de la confusion des apports dans la communauté*, *Journ. des notaires*, 1937, p. 1001) ; on compare, on confronte les différentes clauses du contrat de mariage; on tient compte aussi des dettes dont les apports des époux pouvaient être grevés, et l'on ne fait état que du résultat définitif ressortant de ces calculs; on applique les règles posées dans les articles 922 et suivants (M. Nast, *op. cit.*, n^{os} 15 et suiv.)

702. Effet relatif de la présomption. — Si les avantages matrimoniaux sont traités ainsi que des libéralités, c'est uniquement dans l'intérêt des descendants issus du premier mariage que l'on veut protéger contre le nouveau conjoint. En bonne logique, ce sont donc eux seuls qui devraient profiter de la présomption de libéralité, à l'exclusion de toutes autres personnes. Et, effectivement, cette présomp-

tion ne peut pas être invoquée par le conjoint remarié contre son nouveau conjoint, par exemple pour obtenir la révocation pour cause d'ingratitude; de même, vis-à-vis du *fisc*, les avantages matrimoniaux conservent leur caractère onéreux : ce n'est pas lui que l'on a voulu protéger.

703. — Cependant, on verra que la jurisprudence s'écarte de ces principes en faisant profiter les *enfants du second mariage* de la *réduction* obtenue sur la demande des enfants du premier lit, en leur permettant même de prendre l'initiative de cette demande, et aussi en admettant le premier conjoint de l'époux remarié à se prévaloir du retranchement opéré, à la demande de ses enfants, contre le second conjoint. (V. *inf.*, n° 1851).

N° 2

Rang de l'hypothèque légale de la femme mariée

704. Rappel. — L'hypothèque légale de la femme mariée a été étudiée avec les sûretés réelles (*sup.*, t. II, n^{os} 1719 et suiv.); mais on s'est borné, en ce qui concerne son rang, à des notions très sommaires (*sup.*, t. II, n° 1877) qui sont à compléter, conformément au programme de la licence en droit et en fonction des régimes matrimoniaux qui viennent d'être décrits.

705. Changement. — On sait que, dans notre ancien droit, l'hypothèque de la femme comportait, comme celle du mineur, un *rang unique*, déterminé, par le contrat de mariage, sinon, par le mariage lui-même; elle pouvait donc remonter à une époque fort lointaine et elle préexistait, même vis-à-vis des tiers, aux créances dont elle assurait l'exécution. Ce régime, fort protecteur des intérêts de la femme, l'était moins de ceux des tiers, car il facilitait des fraudes à leur encontre de la part des époux qui pouvaient rendre illusoires les hypothèques constituées sur les immeubles du mari, en provoquant la naissance de créances, véritables ou simulées, au profit de la femme et contre le mari. C'est pour prévenir de telles supercheries que les rédacteurs du Code civil ont assigné à l'hypothèque de la femme des rangs successifs, qu'ils en ont fait une sûreté à rangs multiples s'échelonnant au cours du mariage; dans le système institué par l'article 2135-2°, cette hypothèque a tel rang en tant qu'elle garantit telle créance, et tel autre rang dans la mesure où elle est attachée à telle autre créance.

706. Solutions données par l'article 2135-2°. — Ce texte distingue plusieurs catégories de créances.

1° Dans une *première catégorie* figurent les créances se référant à *la dot et aux conventions matrimoniales* (art. 2135-2°, § 1) : l'hypothèque, en tant qu'elle les garantit, prend rang *au jour du mariage*, et non pas au jour du contrat de mariage comme semble le dire inexactement l'article 2194 (Req., 22 janv. 1878, *D. P.*, 1878, 1, 154, *S.*, 1878, 1, 306; V. *sup.*, n° 429); en effet c'est un principe général que le contrat de mariage ne produit d'effets qu'à dater du mariage (*sup.*, n° 428), et d'ailleurs il ne faut pas chercher dans un texte la solution d'une question qu'il n'a pas pour but de résoudre : entre l'article 2135-2° qui a pour objectif de fixer le rang de l'hypothèque de la femme et l'article 2194 qui a un tout autre objet, le choix n'est pas embarrassant : c'est la première de ces dispositions qui est décisive.

Les créances visées dans ce premier alinéa de l'article 2135-2° sont :

a) Les créances se rapportant à la dot, en prenant ce dernier mot dans son sens technique (*sup.*, n° 9), sans distinguer selon que l'apport de la femme a eu lieu en propriété ou en jouissance, ni suivant qu'il a été effectué lors du mariage (apport *présent*) ou par la suite (apport *futur*). Il n'y a d'exception à faire que pour les biens dotaux échus à la femme par voie de succession ou de donation : en ce qui les concerne, le rang de l'hypothèque, moins favorable, est déterminé par le deuxième alinéa.

Dans les différentes éventualités que nous venons de supposer, l'*action en reprise* de la femme est garantie par l'hypothèque qui prend rang au jour du mariage;

b) Il en va de même pour les créances que la femme peut avoir à raison de ses *conventions matrimoniales*, à supposer qu'elles ne fassent pas partie intégrante de sa dot, sans quoi on retomberait d'ailleurs dans le cas précédent. Si la femme a stipulé, dans le contrat, qu'elle aura droit à un *préciput*, à un *gain de survie*, la créance qui lui appartient de ce chef est garantie par l'hypothèque prenant rang au jour du mariage;

2° Une *deuxième catégorie* comprend les *créances en restitution* de biens dotaux échus à la femme, au cours du mariage, par voie de *succession* ou de *donation*; l'hypothèque légale, en tant qu'elle en garantit le recouvrement ne prend rang qu'au jour de l'*ouverture* de la succession ou bien au

jour où la *donation a eu son effet* (art. 2135-2°, § 2), c'est-à-dire, en général, du jour de l'acceptation : solution rationnelle, puisque c'est seulement à l'une ou à l'autre de ces époques que la créance de la femme a pris naissance;

3° Dans une *troisième catégorie* figurent la *créance en indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari* et la *créance en remploi d'un propre aliéné* (art. 2135-2°, § 3);

a) Il arrive que la femme s'engage envers des tiers, avec son mari, conjointement ou solidairement; elle doit alors être indemnisée : le recours qui lui appartient contre son mari est garanti par l'hypothèque légale prenant rang *au jour où la dette de la femme envers le tiers a acquis date certaine*. (Req., 13 août 1870, *D. P.*, 1870, 1, 126);

b) Si un *propre* de la femme *commune en biens* est vendu au cours du mariage et si, le prix ayant été touché, aucun remploi n'a été effectué, la femme, créancière de la restitution du prix, dispose de l'hypothèque légale à compter du jour de la vente, plus exactement du jour où cette vente a acquis *date certaine* : c'est, en effet, à un *tiers* que la femme oppose son hypothèque légale; l'article 1328 est donc applicable.

707. Principe général. — *Créances non prévues dans l'article* 2135-2°. — Ce texte ne prévoit pas toutes les créances qui peuvent appartenir à la femme contre son mari et qui sont assorties de l'hypothèque légale; la question se pose alors de savoir quel sera, pour les créances non visées par le texte, le rang de cette hypothèque, ce qui revient à se demander quelle est la *directive générale* en pareille matière.

Les auteurs ont une propension marquée à s'inspirer de l'idée de justice et de prudence qui a fait écarter l'ancien système de l'hypothèque à rang unique : il résulte des décisions contenues dans l'article 2135-2° que, dans l'esprit du législateur, il ne faut pas que les époux puissent, en suscitant des créances au profit de la femme et contre son mari, porter préjudice aux droits acquis à des tiers; ce qui revient à dire que l'hypothèque de la femme ne saurait préexister à la créance qu'elle garantit. C'est bien là le système de l'article 2135-2° qui, dans ses trois premiers alinéas, fait marcher de pair la date de la naissance de la créance et le rang de l'hypothèque; ce texte institue ainsi un *droit commun*, valable pour toutes les créances de la femme; ce n'est donc pas *a contrario* qu'il convient de l'interpréter,

mais *a simili*, en fonction de l'esprit qui a présidé à sa rédaction.

708. — Mais c'est en sens contraire que la *jurisprudence* est nettement établie; pour elle, les dispositions contenues dans les alinéas 2 et 3 de l'article 2135-2° ont un caratère exceptionnel, dérogatoire au droit commun, d'après lequel l'hypothèque de la femme prend rang *au jour du mariage*; tel était bien le système de la tradition et l'on peut considérer que le législateur s'y est référé en faisant dater l'hypothèque du jour du mariage en tant qu'elle garantit les créances se rapportant à la dot et aux conventions matrimoniales (art. 2135-2°, § 1) : la formule est assez large pour englober toutes les créances de la femme; elle a la valeur d'un principe général. A ce principe, les alinéas 2 et 3 apportent des dérogations qu'il convient d'interpréter *restrictivement* : pour les créances non précédemment visées, l'hypothèque remonte au jour du mariage, par application du premier alinéa et par argument *a contrario* tiré des deux alinéas suivants : les exceptions confirment la règle.

709. Intérêts de la question. — La controverse instituée entre la doctrine et la jurisprudence présente plusieurs intérêts, car assez nombreuses sont les créances non spécialement visées dans l'article 2135-2°.

1° C'est notamment la *créance alimentaire* de la femme séparée de corps contre son mari : pour la jurisprudence, l'hypothèque légale, en tant qu'elle la garantit, prend rang au jour du mariage (Civ., 25 juin 1895, *D. P.*, 1897, 1, 553, note Léon Michel; *S.*, 1895, 1, 348). Dans cet arrêt, la Chambre civile déclare que l'hypothèque de la femme « ne peut, en dehors des cas spécifiés aux deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 2135 Code civil, avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage établie par le premier alinéa du même article pour toute les créances nées du mariage »;

2° C'est aussi la créance en *remploi* de ses biens *dotaux* aliénés qui appartient à la femme *dotale* : en effet, l'article 2135-2°, § 3, n'assigne à l'hypothèque le rang moins avantageux du jour de la vente que s'il s'agit du remploi d'un *propre*, donc d'un immeuble appartenant à une femme commune en biens; pour le remploi de la dot d'une femme dotale, la question reste entière et c'est, d'après la jurisprudence, dans le sens du principe traditionnel qu'elle doit être

résolue : l'hypothèque remontera au jour du mariage (Civ., 10 fév. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 118; Civ., 17 mars 1896, *D. P.*, 1897, 1, 443; Grenoble, 28 nov. 1902, *D. P.*, 1903, 5, 417). A ce point de vue encore, la dot de la femme est donc plus énergiquement protégée sous le régime dotal que sous les autres régimes, puisque l'hypothèque qui en garantit la restitution, au cas de vente non suivie de remploi, bénéficie alors d'un rang particulièrement favorable.

QUATRIÈME PARTIE

LE PATRIMOINE
LES SUCCESSIONS LÉGALES

ou successions *ab intestat*

710. Sources. — C. civ., liv. III, titre I, art. 718 à 892; L. 14 juill. 1819; 14 juill. 1866; 25 mars 1873; 9 mars 1891; 25 mars 1896; 24 mars 1898; 31 décembre 1917, art. 17; 25 juin 1920, art. 29 et suiv.; 19 juin 1923; 29 avril 1925; 13 juill. 1925, art. 45 et suiv.; 16 avril 1930, art. 17 à 23; 3 déc. 1930; d.-l. 30 oct. 1935; 13 fév. 1937; L. 7 fév. 1938; d.-l. 17 juin 1938.

Bibliographie générale. — Maury et Vialleton, *Successions*, 1 vol. (t. IV) dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, 1928; R. Le Balle, *Les successions ab intestat*, 2 vol. (t. V et V*bis*) dans le *Cours de droit civil français*, de Ch. Beudant, 2e éd. publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 1936; Van Biervliet, *Cours de droit civil, les successions*, 1921; Wahl, *Des successions*, 3 vol., dans le *Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie.

Généralités

711. Position du sujet. — Jusqu'à cette étape de notre programme, nous avons étudié, dans la troisième partie de ce traité, les divers éléments inclus dans le patrimoine : droits réels et obligations; nous avons recherché comment ces éléments pénètrent dans le patrimoine, comment ils s'y comportent, comment ils en sortent. Désormais, c'est le

patrimoine lui-même, envisagé dans son ensemble, qui devient le centre de notre étude, laquelle a donc pour objet l'universalité juridique ressortissant à toute personnalité; sans doute, patrimoine et personnalité ne sont plus, de nos jours, aussi étroitement unis qu'ils l'étaient dans la pure conception classique; celui-là tend parfois à se libérer, à se dissocier de celle-ci; notamment l'unité du patrimoine est loin de présenter le même caractère de vérité, de nécessité, que l'unité de personnalité; de plus en plus, on assiste à une sorte de phénomène de compartimentage du patrimoine dont différentes cases obéissent à des statuts différents — biens compris dans une succession bénéficiaire et biens personnels de l'héritier; biens composant la succession ordinaire et biens constituant une succession anomale; biens dotaux et biens paraphernaux; biens réservés et biens ordinaires de communauté; bien de famille —; mais il n'en reste pas moins que le patrimoine, même lorsqu'il se divise ainsi dans sa réglementation, dans sa manière d'être, ressortit encore à une personne déterminée pour laquelle il existe et en dehors de laquelle il deviendrait inintelligible : le concept économique et moderne de l'affectation d'une masse de biens à un usage déterminé a conditionné et assoupli le concept juridique et traditionnel de l'unité de patrimoine; il ne l'a pas vaincu définitivement pour se substituer à lui : chaque personne continue à avoir un patrimoine et à n'avoir qu'un patrimoine, mais susceptible de se diversifier dans ses buts et dans sa réalisation (*sup.*, t. I, n^os^ 646 et suiv.).

712. Personne et patrimoine. — Il est tellement vrai que le patrimoine est un attribut de la personnalité, humaine ou morale, qu'il lui est indissolublement uni : il ne saurait dépendre d'une personne de céder, de son vivant, son patrimoine, ni de le grever de droits réels : le droit de gage général des créanciers porte bien sur le patrimoine même, mais il ne présente pas les caractères d'un droit réel (*sup.*, t. II, n° 648); à l'inverse, les usufruits universels et les hypothèques générales, s'ils rentrent dans la catégorie des droits réels, portent, non sur le patrimoine lui-même, mais sur les éléments dont il se compose, individuellement envisagés. D'autre part, on sait qu'un individu, tant qu'il existe, ne saurait être dépouillé de son patrimoine, pas plus que de sa personnalité même, et c'est pourquoi on ne conçoit même pas la revendication du patrimoine d'une personne vivante : on ne reven-

dique que ce qu'on ne possède pas, au sens vulgaire du mot (*sup.*, t. I, n° 1557) ; or, les vivants sont toujours en contact avec leur patrimoine, reflet de leur personnalité; la revendication ne devient possible que si elle a pour objet le patrimoine d'une personne décédée : elle s'appelle alors la *pétition d'hérédité.*

713. La transmission héréditaire. — Définitions. — Lorsqu'une personne décède, son patrimoine ne disparaît pas purement et simplement; mais il se transmet à son ayant cause, à un successeur *mortis causa* : le défunt, qui joue le rôle d'auteur, est appelé traditionnellement le *de cujus* (par abréviation de la formule : *is de cujus successione agitur*) ; l'ayant cause, qui recueille le patrimoine privé de son ancien titulaire, est le *successeur*, l'*héritier*. On dit alors qu'il y a *succession;* en effet, l'article 711 déclare que « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession...* », rangeant ainsi la succession parmi les modes d'acquérir les biens; mais souvent, le plus souvent même, ce mot est employé dans une autre acception, pour désigner, non plus le mode de transmission, mais le patrimoine sur lequel il porte; il devient alors synonyme d'*hérédité*; on dit en ce sens, par exemple, qu'une succession est vacante, ou qu'elle est en déshérence, ou qu'elle est opulente, ou bien qu'elle est insolvable.

Ce sont précisément les successions, entendues au double sens précisé, que nous devons désormais étudier; nous allons traiter de la transmission du patrimoine d'une personne décédée.

714. Transmission *ab intestat* et transmission testamentaire. — Depuis des millénaires, les législations des différents pays connaissent et consacrent deux modes de succéder : la dévolution *ab intestat* s'oppose à la dévolution *testamentaire.*

1° Si le défunt n'avait pas réglé, par des dispositions de dernière volonté, le sort de ses biens, c'est la loi elle-même qui le fixe; c'est elle qui appelle à recueillir l'hérédité telles ou telles personnes; on dit alors qu'il y a transmission, sucession *ab intestat* ou *succession légale* [1]; celui qui en

[1] La seconde appellation est préférable à la première : l'accolement du mot latin *ab* et du mot français *intestat* constitue une anomalie linguistique à laquelle il serait bon de mettre fin. Il serait d'ailleurs erroné de penser que la rédaction d'un testament élimine

bénéficie est qualifié d'*héritier « ab intestat »* ou *héritier légal;* en effet, il tient ses droits, il est l'ayant cause d'un individu qui est décédé *intestat*;

2° Mais il a dépendu du défunt d'écarter la dévolution héréditaire légale; il lui suffit de rédiger, dans ce but, un testament dans lequel seront consignées ses dernières volontés et par lequel il décidera du sort de ses biens pour le jour où il aura cessé d'exister; sa volonté se survivra alors à elle-même; la dévolution du patrimoine s'effectuera conformément aux prescriptions testamentaires; on dit, en ce cas, qu'il y a succession *testamentaire*; celui qui en bénéficie prend le nom d'*hérétier testamentaire*; il tient, en effet, ses droits d'un testament; et, comme il bénéficie d'un legs, on le qualifie aussi de *légataire*.

715. — La succession légale nous apparaît donc comme *subsidiaire, en fait et en droit*, à la succession testamentaire (V. SAVATIER, *Rev. trim.* 1930, p. 431) : c'est seulement à défaut d'un testament valable qu'elle fonctionnera, à peu près comme le régime matrimonial de droit commun ne se réalise qu'en l'absence du contrat de mariage. Mais, comme nous avons étudié le régime matrimonial légal avant les régimes contractuels, ainsi nous décrirons le mécanisme des successions *ab intestat* avant d'aborder le testament : pour comprendre dans quelle mesure les particuliers peuvent déroger au régime légal des successions, il faut, de toute logique, connaître ce régime légal lui-même : il joue le rôle de base; et c'est par les fondements qu'il faut commencer la construction d'un édifice, non par le sommet. Ce plan n'est pas seulement conforme au bon sens, il est aussi respectueux de la vérité historique comme de la réalité pratique et il cadre avec des décisions jurisprudentielles.

1° *Chronologiquement*, la succession *ab intestat* a dû précéder la transmission testamentaire : à une époque où les biens les plus importants appartenaient au groupe familial, non à l'individu, le chef de famille ne devait pas pouvoir disposer du sort de richesses dont il était l'administrateur,

nécessairement les règles de la dévolution légale, car cet acte peut se limiter à la désignation d'un exécuteur testamentaire (*inf.* n° 1563), ou d'un tuteur testamentaire (*sup.*, t. I^er^, n° 365) : la succession d'un individu décédé *testat* peut donc demeurer en réalité une succession *ab intestat*, comme le régime matrimonial d'époux qui ont fait un contrat de mariage peut demeurer cependant le régime de la communauté légale (*sup.*, n° 12).

le dépositaire plutôt que le propriétaire exclusif; les intérêts de la famille étaient supérieurs aux pouvoirs de son représentant qui s'en trouvaient limités; ainsi en était-il dans l'ancienne Grèce, dans l'ancien droit germanique, chez les Hébreux et dans l'ancien droit des Hindous; le très ancien droit romain n'a pas dû échapper à cette règle, et le doute ne subsiste que sur l'époque à laquelle le testament fit son apparition, pour les uns, les plus nombreux, dès l'époque des Douze Tables, pour d'autres à une époque plus récente. Partout, la succession testamentaire est apparue comme une réaction de l'individualisme contre une conception familiale ou communautaire de la tenure et de la transmission des biens (V. G. Cornil, *Ancien droit romain; le problème des origines*, pp. 101 et suiv.);

2° *Pratiquement*, la succession procède de la loi plus souvent que d'un testament : pour l'année 1928, sur 359.981 successions déclarées, 295.412, soit environ les *quatre cinquièmes*, provenaient d'intestats, et 64.569 seulement avaient un caractère testamentaire, soit intégralement, soit plutôt pour partie. Si l'on envisage maintenant le montant de l'actif net taxé, les successions *ab intestat* occupent encore le premier rang : 8 milliards et demi en chiffres ronds, contre moins de 5 milliards pour les successions testamentaires (*Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1929, p. 351).

3° Notre jurisprudence considère que, même en présence d'un testament instituant un légataire universel, les héritiers légaux, privés alors de leur émolument, conservent, du moins tant qu'ils n'y ont pas renoncé, leur titre avec les droits qui y sont inhérents, tels celui d'exiger une expédition de l'inventaire de la masse successorale (Req., 22 juill. 1896, *S.*, 1896, 1, 513, note G. Appert), ou celui de provoquer le remplacement d'un administrateur-séquestre négligent (Req., 8 mars 1932, *S.*, 1933, 1, 281, note Vialleton) : l'investiture originelle persiste donc en dépit de l'investiture testamentaire.

716. Différentes conceptions de la dévolution *ab intestat*. — Laissant de côté désormais la succession testamentaire dont il sera traité à propos des libéralités (*inf.*, n^{os} 1250 et suiv.) et concentrant nos explications sur la dévolution légale, nous distinguons que le législateur a obéi lui-même, au cours des siècles et suivant les pays, à des conceptions très différentes pour aménager cette dévolution :

ici, à une conception *politique*, comme au cours de notre période *révolutionnaire*, et dans la *Russie soviétique*. (Code civil de 1923, art. 416 à 435; tout le droit successoral, légal et testamentaire, tient dans 20 articles) ; là, à une conception *familiale*, comme dans le vieux droit *romain* et dans nos anciens *pays coutumiers*; ailleurs, à une conception *individualiste*, comme dans le droit romain de la dernière époque où la dévolution *ab intestat* est organisée en fonction des volontés probables du défunt et présente ainsi, vis-à-vis de la dévolution testamentaire, un caractère de subsidiarité très net, tandis que notre Code civil, réalisant, en cette matière comme en tant d'autres, une œuvre transactionnelle, fonde la succession légale à la fois sur la communauté de sang et sur la volonté probable du défunt, plus exactement sur sa volonté légitime, désirable et rationnelle; non plus sur sa volonté individuelle, effective, mais sur sa volonté telle qu'on peut la supposer étant donné l'organisation familiale, les usages, les devoirs moraux qui nous incombent vis-à-vis de nos proches et de l'Etat lui-même; car l'opinion publique fait sentir ici son influence, comme en témoignent les lois qui, en 1891, en 1896, en 1925 et en 1930, ont élargi et fortifié la vocation successorale du conjoint survivant et des enfants naturels, ou celle qui, en 1917, a limité en principe la vocation successorale au 6e degré. En conférant ainsi à la dévolution *ab intestat* un certain caractère objectif, les rédacteurs du Code civil ont atténué, en droit tout au moins, son caractère de subsidiarité; ils lui ont accordé une autonomie par rapport à la dévolution testamentaire; ils ont réalisé l'équilibre entre les deux modes de transmission, consacrant à chacune d'elles un titre spécial, aux successions légales le titre I du livre III, aux donations entre vifs et aux testaments le titre II du même livre; si, *en fait*, la dévolution *ab intestat* est subsidiaire à la dévolution testamentaire, *en droit* elle est tout à fait autonome et elle a même, comme nous en avons fait l'observation, la valeur d'une base, d'un point de départ : la législateur établit un programme de transmission du patrimoine à cause de mort, tout en laissant à chacun la possibilité d'y déroger plus ou moins complètement par une manifestation expresse de volonté : libre à nous de comprendre notre devoir social autrement que le comprend le législateur lui-même; les deux régimes, légal et testamentaire, se développent parallèlement, le premier ayant cet avantage d'être général, de valoir pour tous, le deuxième offrant celui de présenter une

souplesse presque infinie et d'avoir le dernier mot : « *uti legassit, ita jus esto* ».

716*bis*. Statistique. — Pour l'année 1937, le nombre des successions déclarées s'est élevé à 367.268, représentant un actif net total de 14.886.186.235 francs. Sur ce nombre, 1.550 dépassaient un million de francs, tandis que la grande majorité (247.190) comprenaient un actif net de 2.001 à 50.000 francs (*Statistique de l'administration des finances*).

L'*annuité successorale* de 14.886.186.235 francs ne représente plus guère qu'un milliard et demi de francs de germinal, ce qui correspond à une réduction de 60 à 70 %, par rapport à l'annuité successorale d'avant guerre qui gravitait autour de 5 milliards des francs d'alors.

717. Alsace et Lorraine. — Le droit successoral français a été introduit en Alsace et en Lorraine par la loi du 1er janvier 1925. Cependant, certaines règles du droit local sont maintenues, par exemple pour le *certificat d'héritier* (art. 74 et suiv.), pour le *partage* (art. 73).

718. Plan. — Nous étudierons :

1° Les *conditions requises* pour succéder (*identification de l'héritier ou des héritiers*) ;

2° L'*ouverture* et la *transmission* de la succession;

3° Les *conséquences et la réalisation de la dévolution successorale*, c'est-à-dire la *situation faite à l'héritier définitif. Liquidation de la succession.*

TITRE I

CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER

IDENTIFICATION DE L'HÉRITIER OU DES HÉRITIERS

---

719. Plan. — Les conditions requises pour succéder sont à ranger dans trois catégories :

1° Il faut *être capable*;

2° Il faut *n'être pas indigne*;

3° Il faut enfin être *appelé* à la succession dont s'agit; il faut avoir la qualité de *successible*.

Chapitre premier

Capacité de succéder

720. Principe. — La *capacité* constitue la règle, en matière successorale comme ailleurs; il faut donc se demander, non pas qui est capable, mais *quels sont les incapables* de recueillir une succession.

721. Evolution. — Jadis, ceux-là étaient assez nombreux; sous l'empire du Code civil, dans sa teneur première, il fallait citer : 1° les personnes *non conçues*; 2° l'enfant qui *n'est pas né viable*; 3° les personnes décédées antérieurement à l'ouverture de la succession; 4° les *morts civils*; 5° les *étrangers* (art. 726).

Mais la quatrième classe d'incapables a disparu lors de l'abolition de la mort civile (L. 31 mai 1854); quant aux étrangers, la capacité leur a été conférée par une loi du 14 juillet 1819 dont l'article premier a prononcé l'abrogation de l'article 726, et dont l'article 2 a seulement pris une mesure de précaution afin d'éviter que, dans un partage

effectué entre cohéritiers français et étrangers, les premiers ne soient défavorisés par un rapport aux seconds : la mesure protectrice consiste dans un *prélèvement* que les cohéritiers français exerceront sur les biens situés en France et afin de rétablir l'équilibre qui risquerait d'être rompu par l'exclusion dont ils seraient l'objet, pour les biens situés à l'étranger, de la part des lois et coutumes étrangères.

Grâce à cette évolution poursuivie dans un sens libéral, on ne peut donc plus relever que les trois premières catégories d'incapacités de succéder; elles procèdent d'ailleurs d'un même principe général auquel les rattache l'article 725, à savoir que « *pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession* », c'est-à-dire au moment du décès du *de cujus*; c'est là une directive imposée par le bon sens : un droit, quel qu'il soit, ne saurait se fixer que sur la tête d'une personne vivante : l'inexistence représente le *summum* d'incapacité.

722. Précision ; notion de l'existence en matière de vocation successorale. — Il reste à savoir en quoi consiste au juste l'existence appréciée *secundum subjectam materiam* : a-t-elle pour point de départ la naissance, si bien qu'en deçà ce soit le néant, et au delà l'aptitude définitive à recueillir une succession quelconque, quoi qu'il puisse advenir par la suite? Telle n'est point la conception du Code civil; ce n'est pas la naissance qui constitue la frontière entre la capacité et l'incapacité successorale : 1° d'une part, il ne suffit pas qu'un être naisse pour qu'il soit capable de succéder; 2° d'autre part, cette même capacité peut préexister à sa naissance; 3° enfin, des difficultés sont à prévoir quant à la *date* du décès du successible prétendu.

723. I. Il ne suffit pas qu'un être naisse pour qu'il soit aussitôt et nécessairement capable de recueillir une succession. — 1° Cela est de toute évidence pour l'enfant qui naît déjà mort : le *mort-né* ne peut recueillir aucun bien; et, par conséquent, celui qui réclame une succession du chef d'un enfant actuellement décédé, doit faire la preuve que cet enfant était bien né vivant; 2° mais la proposition est également valable pour l'enfant qui, né vivant, n'est pas né viable (art. 725-2°); seulement, la vie fait présumer l'aptitude à vivre; il appartient donc aux personnes intéressées à ce que l'enfant, aujourd'hui décédé, n'ait pas pu recueillir une succession, de démontrer qu'il n'était pas né viable.

724. II. **A l'inverse, la capacité de recueillir une succession peut préexister à la naissance.** — L'enfant simplement conçu est assimilé à l'enfant déjà né; ainsi le veut l'adage traditionnel « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », et ainsi le décide, pour ce qui est de la vocation successorale, l'article 725-1°; ceci, à condition toutefois que l'enfant naisse ensuite vivant et viable. C'est ainsi qu'il pourra recueillir la succession de son père, décédé antérieurement à sa naissance.

725. Difficulté. — La question de savoir si un enfant était déjà conçu lors du décès du *de cujus* peut prêter à discussion; pour la trancher, notre jurisprudence n'hésite pas à faire intervenir les présomptions de durée de la grossesse inscrites dans les articles 312 et suivants en vue d'un autre objectif, afin de déterminer la légitimité de l'enfant; elle recourt à ce procédé d'interprétation extensive, non seulement lorsque les deux questions de légitimité et de vocation successorale sont indivisibles, comme si un enfant posthume veut établir à la fois sa légimité et la réalité de sa vocation héréditaire, mais aussi lorsque les deux problèmes sont indépendants, comme si c'est un enfant qui prétend recueillir la succession de son frère aîné : alors, la question de légitimité ne s'élève pas, on le suppose, mais il s'agit uniquement de savoir si le candidat à la succession était déjà conçu lors du décès du *de cujus*; on décidera en faisant application des présomptions établies pour la durée de la gestation, dans les articles 312 et suiv. (Grenoble, 20 janv. 1853, *D. P.*, 1855, 2, 29; Poitiers, 24 juill. 1865, *D. P.*, 1865, 2, 129, *S.*, 1865, 2, 271).

726. III. **Preuve de la survie du successible au *de cujus*.** — Comme les êtres non encore existants, et plus irrémédiablement qu'eux encore, les êtres disparus sont incapables de recueillir une succession. Mais comment savoir si cette cause d'incapacité existe vraiment dans tel cas particulier? Comment déterminer l'ordre des deux décès, celui du *de cujus*, celui du candidat à sa succession?

Le doute peut s'élever dans deux ordres de circonstances très différents.

A. **Absence.** — On ne sait pas si la personne appelée à la succession était, lors de son ouverture, morte ou vivante; elle est *absente*, au sens juridique du mot; le doute plane

sur son existence même. Cette personne ne succèdera pas et nul ne sera admis — sauf application des règles de la *représentation* (*inf.*, n° 743) — à faire valoir sa vocation successorale; car c'est un principe que quiconque réclame un droit échu à un individu doit prouver l'existence de celui-ci lors de l'ouverture de ce droit : « *jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande* » (art. 135); en conséquence, la succession sera déférée exactement comme si l'absent n'existait pas (art. 136); aucun doute sérieux ne peut exister sur ce point. (Civ., 8 mars 1904, *D. P.*, 1904, 1, 246, *S.*, 1909, 1, 242). L'attribution ainsi effectuée ne sera d'ailleurs pas nécessairement définitive : si l'absent reparaît, il sera admis à faire valoir ses droits; il agira en pétition d'hérédité, à supposer du moins que cette action ne soit pas éteinte par la prescription trentenaire (art. 137); dans tous les cas, les fruits perçus de bonne foi par les occupants ne sont pas sujets à restitution (art. 138).

Les règles que nous venons de poser s'appliquent, non seulement au cas d'absence déclarée, mais lorsqu'il y a simplement *présomption d'absence*; il suffit qu'un doute plane sur l'existence actuelle de l'héritier présomptif.

727. B. **Décès au cours d'un même événement; théorie des comourants.** — Deux personnes pourvues d'une vocation successorale réciproque, sont décédées à peu près au même moment; le doute plane alors, non pas, comme dans le cas précédent, sur la réalité de la mort de l'une d'elles, mais sur l'*ordre des décès*, lequel est essentiel pour fixer la dévolution successorale; il est clair que c'est le survivant qui aura recueilli la succession du prémourant pour la transmettre ensuite, avec sa fortune personnelle, à ses propres héritiers; mais qui donc est le survivant? C'est tout le problème.

En l'absence de textes législatifs, il fût demeuré un problème de pur fait; le tribunal l'eût abordé et résolu en prenant en considération, à son gré, les diverses circonstances de la cause dont la gravité et la pertinence eussent relevé de sa seule et libre appréciation. Mais le législateur, sous prétexte de faciliter la tâche du juge, a cru devoir établir, dans les articles 720 à 722, des *présomptions de survie* : lorsque plusieurs personnes ont trouvé la mort dans un même événement — naufrage, incendie, accident de montagne, collision de véhicules, déraillement —, il pose en principe que le plus fort a dû survivre au plus faible; et, pour déter-

miner qui était le plus fort, il prend en considération l'âge et le sexe : à âge égal, l'homme est présumé avoir survécu à la femme; d'autre part, entre deux hommes dans la force de l'âge, le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé; nous renvoyons, pour le détail de cette réglementation artificielle et byzantine, aux articles 721 et 722 qui édifient ainsi une théorie dite des *comourants* (*comorientes*); théorie qui n'a pas même le mérite de prévoir toutes les éventualités, car les textes qui l'instituent n'envisagent pas le cas où, parmi les victimes, l'une se trouvait dans la période moyenne, alors que d'autres se situaient dans les périodes extrêmes de la jeunesse ou de la vieillesse.

728. Interprétation restrictive. — Plus défectueuse est cette réglementation et plus s'impose son interprétation *restrictive*; d'ailleurs, elle se ramène à une série de présomptions; or c'est une directive très sûre que les présomptions légales sont de droit étroit. — En conséquence :

1° C'est seulement en l'absence de tout indice que les présomptions légales de survie peuvent et doivent jouer; elles ont un caractère subsidiaire que l'article 720 met nettement en lumière : « ... *la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et*, à leur défaut, *par la force de l'âge ou du sexe.* » Ce n'est donc qu'en désespoir de cause que le juge appliquera la théorie des comourants; les circonstances du fait priment les présomptions légales; et, par exemple, au cas de naufrage, le tribunal pourra considérer comme ayant péri la première celle des victimes qui ne savait pas nager et qui n'était pas munie d'une ceinture de sauvetage (Civ., 6 mars 1928, *S.*, 1928, 1, 297, note Vialleton);

2° Les articles 720 et suivants ne sont applicables qu'autant que plusieurs personnes ont trouvé la mort *dans un même événement* (art. 720); il a été jugé que cette condition n'était pas satisfaite lorsque les victimes ont péri sous les coups d'un même assassin. (Paris, 11 juin 1891, *D. P.*, 1892, 2, 533; trib. civ. Lyon, 21 mars 1877, *S.*, 1880, 2, 55; *contra*, Req., 6 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 285, *S.*, 1897, 1, 9; Lyon, 19 janv. 1893 *D. P.*, 1894, 2, 98)[1];

3° Il faut encore que ceux qui ont péri dans un même événement fussent respectivement héritiers présomptifs et *ab intestat*, l'un de l'autre (art. 720, *in limine*), tels un père

[1] L'ordre des décès, en cas d'exécution capitale collective, est réglé par un texte spécial, toujours en vigueur, la loi du 20 prairial an IV.

et son enfant, mais non pas nécessairement deux frères, car si l'un d'eux est marié et a des enfants, la réciprocité dans la vocation successorale fait défaut. (*Sic*, Paris, arrêt précité du 11 juin 1891);

4° A notre avis, la théorie des comourants cesse de jouer dans le cas, précédemment signalé, où l'une des deux victimes était d'âge moyen alors que l'autre était un enfant ou un vieillard : car cette éventualité n'est pas prévue dans les articles 720 et suivants et les présomptions légales ne sauraient être sollicitées et étendues en aucune façon. (V. cependant, *contra*, Req., 6 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 285; cette décision a admis la survie de la victime qui se trouvait dans la force de l'âge);

5° Enfin, la théorie demeure sans emploi du moment que le problème de la dévolution successorale n'est pas directement en jeu, et par exemple s'il s'agit de savoir qui recueillera le bénéfice d'une assurance sur la vie (trib. civ. Seine, 3 fév. 1937, *S.* 1937, 2, 103).

Chapitre II

Indignité successorale

Sources. — Art. 727 à 730; L. 14 juill. 1866; 9 mars 1891, art. 767, § 1, C. civ.

Bibliographie. — Thèse Amant, Paris, 1902.

729. Vue générale. — La théorie de l'*indignité* est tout autre que celle de l'*incapacité* : d'une part, l'indignité a un caractère *personnel* et *relatif* : celui qui est indigne de recueillir la succession de tel défunt, conserve l'aptitude de succéder à toute autre personne; son démérite et la peine qui le sanctionne sont essentiellement personnels; d'autre part, la théorie de l'indignité est strictement limitée aux successions *ab intestat*; il existe, pour les *libéralités*, une autre théorie, celle de l'*ingratitude* (*inf.*, n° 1622).

730. Plan. — Nous devons déterminer :
1° Les *causes* d'indignité;
2° Le *mode de réalisation* de l'indignité;
3° Les *effets* de l'indignité encourue.

731. I. Causes d'indignité successorale. — Trois causes sont énumérées dans l'article 727; une quatrième a été ajoutée par une loi du 9 mars 1891 et par celle du 14 juillet 1866.

1° Celui-là est frappé d'indignité successorale qui a été condamné pour « *avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt* » (art. 727-1°). On ne succède pas à sa victime, avec cette précision que la *tentative* est assimilée au meurtre lui-même. Elle est même une cause d'indignité plus certaine que l'homicide consommé lui-même; car ce dernier n'est pris en considération que s'il a été accompli *volontairement*; un homicide par imprudence ne fait pas perdre la succession à qui a eu le malheur de le commettre (Paris, 28 mai 1937, *S.*, 1938, 2, 109). Mais la tentative, à la différence de l'homicide, implique, par définition même, une volonté criminelle et entraîne donc l'indignité du coupable.

Il est à remarquer que la loi exige, dans l'article 727-1°, qu'une *condamnation* soit intervenue contre l'auteur du crime ou de la tentative, et à raison de l'infraction par lui commise; s'il est lui-même décédé avant d'avoir été condamné, il aura recueilli la succession de sa victime pour la transmettre à ses propres héritiers; du moins n'est-il pas indispensable que la condamnation intervenue soit une condamnation à mort, ou même à une peine criminelle : il suffit que la volonté homicide se dégage avec certitude, par exemple, d'une condamnation correctionnelle pour coups et blessures (trib. civ. Arras, 11 déc. 1935, *S.*, 1936, 2, 102, *D. P.*, 1937, 2, 27 note critique Nast; Douai, 27 juill. 1937, *S.*, 1938, 2, 109).

2° L'indignité atteint aussi celui qui a porté contre le défunt une « *accusation capitale jugée calomnieuse* » (art. 727-2°). Deux conditions sont exigées par le texte :

a) L'accusation doit être *capitale*, c'est-à-dire de nature à entraîner la peine de mort;

b) Elle a été *jugée calomnieuse* : le successible a été *condamné* comme calomniateur;

3° La loi déclare encore indigne « *l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice* » (art. 727-3°). On remarquera à ce sujet, d'abord que le successible en état de *minorité* échapperait à la sanction légale, puis que l'article 728 y soustrait certains proches parents ou alliés du meurtrier, ainsi que son conjoint, lesquels se trouvent placés entre deux devoirs également impérieux, celui d'assurer la punition du coupable et celui

de ne pas dénoncer un de leurs proches; enfin, que la loi n'exige plus, dans cette troisième éventualité, qu'un jugement de condamnation soit intervenu;

4° On verra que le conjoint survivant bénéficie d'une vocation successorale — ordinairement fixée en usufruit — par rapport au prédécédé; mais cette vocation, en usufruit ou en pleine propriété, lui échappe si un jugement de *séparation de corps*, intervenu *contre* lui, était passé en *force de chose* jugée (art. 767, §§ 1 et 2, modif. par L. 9 mars 1891 et 3 déc. 1930). C'est bien une nouvelle cause d'indignité qui a été ainsi introduite par la loi du 9 mars 1891; comme les trois causes de l'article 727, elle est fondée sur le démérite du successible et, comme elles, elle présente un caractère *personnel* et *relatif* : l'époux coupable, inapte à succéder à son conjoint, continue à pouvoir recueillir toute autre succession; il y a seulement ceci de particulier que cette cause d'indignité est spéciale à un ordre de succession déterminé, celui du conjoint survivant.

Il faut en dire autant de la disposition de la loi du 14 juillet 1866 qui prive du droit de jouissance sur *les produits des œuvres du conjoint prédécédé* le conjoint survivant contre qui est intervenu un jugement de séparation de corps (art. 1er, § 4); disposition plus spéciale encore que la précédente puisqu'elle vise un émolument régi par un statut particulier : la jouissance du monopole d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique.

731*bis*. — Aux quatre causes d'indignité qui viennent d'être examinées, on pourrait en ajouter une cinquième tirée de la filiation adultérine ou incestueuse : les enfants *adultérins* ou *incestueux* dont la filiation a été officiellement établie ne succèdent pas à leurs parents; la loi ne leur accorde que des aliments : ils sont créanciers, non point héritiers (art. 762; *inf.*, n° 747). Mais il faut observer que cette cause d'exclusion est *originelle* et *préconstituée*, au lieu que les causes traditionnelles d'indignité ont un caractère *accidentel* et *subséquent*; de plus, l'enfant adultérin ou incestueux est puni pour une faute qui n'est pas la sienne, tandis que les véritables indignes encourent le châtiment de leur propre conduite.

732. II. Mode de réalisation de l'indignité. — La plupart des auteurs estiment que l'indignité, telle qu'elle est prévue dans l'article 727, n'est jamais encourue de plein

droit par le successible, mais qu'elle doit être prononcée par le tribunal, non seulement dans le troisième cas, mais aussi dans les deux premiers; cette opinion s'appuie sur la tradition qui était établie en ce sens.

Mais l'argument perd toute son autorité si l'on sait que, dans notre ancien droit, les causes d'indignité étaient indéterminées; de là la nécessité d'une intervention judiciaire, rendue superflue de nos jours par l'énumération précise et évidemment limitative de l'article 727. D'ailleurs, ce texte est favorable, par sa rédaction, à une déchéance de plein droit : « *Sont indignes de succéder...* »; à quoi il faut ajouter que, dans les deux premiers cas visés par cette disposition, un jugement d'indignité serait surérogatoire, puisqu'une condamnation est déjà intervenue, par hypothèse, contre le coupable; enfin, nul ne songe à exiger, au cas de séparation de corps, qu'une décision vienne prononcer expressément l'exclusion de l'époux aux torts et griefs duquel la séparation est intervenue; et on ne voit pas pourquoi cette exigence serait formulée dans les cas d'exclusion de l'article 727.

Aussi comprend-on que notre jurisprudence, ignorant cette controverse, décide invariablement que l'exclusion de l'indigne dérive de la loi elle-même, en dehors d'une intervention judiciaire spéciale et expresse (Bordeaux, 1er déc. 1853, *D. P.*, 1854, 2, 157; Poitiers, 25 juin 1856, *D. P.*, 1856, 2, 195).

On conclut de là, ainsi qu'on va le voir, que l'indignité produit ses effets dès le jour où sont réunis les éléments qui la déterminent.

Qui peut se prévaloir de l'indignité d'autrui. — Il est admis que cette faculté est ouverte à *tout intéressé* : héritier, cohéritier, donataire ou légataire, même à titre particulier; on va jusqu'à permettre aux créanciers de ces personnes de se réclamer obliquement de l'indemnité, en vertu de l'article 1166 (*Sic*, Colin, Capitant et de la Morandière, I. III, n° 616); mais cette dernière solution est loin d'être sûre et l'on peut fort bien considérer que le droit de se réclamer de l'exclusion de l'indigne rentre dans la catégorie des droits strictement attachés à la personne, car sa réalisation implique l'examen d'un cas de conscience fort délicat (V. *sup.*, t. II, nos 667 et 668).

733. III. Effets de l'indignité encourue. — L'indigne est écarté de la succession à laquelle il était appelé et dont

il se trouve *exclu* (art. 727, § 1) : c'est une véritable et effective *pénalité civile* qui vient sanctionner sa faute.

Cette pénalité appelle les deux observations suivantes :

1° Comme toute peine, elle est *personnelle* à celui qu'elle vise; ses enfants n'y sont pas exposés; sans aucun doute, ils peuvent venir, *de leur propre chef*, à la succession dont leur père ou leur mère est écarté (art. 730). Seulement, comme il ne faut pas que l'indigne puisse, par un détour inattendu, bénéficier des biens qui lui sont enlevés, la loi le prive aussi du droit de jouissance légale qui, d'après les principes généraux, lui appartiendrait sur lesdits biens, comme étant ceux de ses enfants mineurs de dix-huit ans (art. 730) ; il y a là une *déchéance secondaire* qui constitue le complément et le soutien de la déchéance principale consistant dans l'exclusion de la succession;

2° Les effets de l'indignité sont reportés au jour de l'événement qui l'a déterminée; elle est encourue *rétroactivement*. Telle est la conséquence logique de ce principe, admise en jurisprudence, que l'indignité est encourue de plein droit, abstraction faite de toute demande tendant à la faire consacrer judiciairement de façon spéciale et expresse.

En conséquence :

a) L'indigne doit restituer tous les fruits et revenus perçus depuis l'ouverture de la succession (art. 729) ;

b) A l'inverse, s'il a acquitté des dettes héréditaires, il est fondé à s'en faire indemniser;

c) Les créances qu'il pouvait avoir jadis contre le défunt et qui avaient été éteintes par *confusion*, vont revivre rétroactivement, et il convient d'en dire autant des droits réels qui avaient été éteints par *consolidation* ou par *confusion*;

d) Les actes d'aliénation ou de constitution de droits réels, par lui consentis depuis l'ouverture de la succession, doivent tomber, comme émanant d'un non-héritier, donc d'un *non dominus*. La rigueur de cette conclusion logique est d'ailleurs fortement tempérée par la théorie de l'*héritier apparent* : les actes, même de disposition, consentis par l'indigne, pourront sortir leurs effets comme ayant été conclus avec des personnes de bonne foi par un individu qui avait la possession d'état d'héritier : *error communis facit jus* (*inf.*, n° 1021).

CHAPITRE III

Troisième condition : il faut être appelé par la loi à la succession

Différents ordres de successibles

734. Importance de cette condition — Plan. — Cette troisième condition requise chez l'héritier est la condition centrale et primordiale : lorsqu'elle n'est pas réalisée, il est sans intérêt de rechercher si les deux premières sont ou non réunies; par définition même, pour recueillir une succession, il faut y être appelé par la loi; l'*héritier ab intestat* est d'abord un successible.

Cette condition est aussi celle qui appelle les développements les plus abondants; elle nous conduit : 1° à rechercher et à fixer les *directives* qui président à l'établissement de la vocation successorale, à la détermination de l'héritier, au choix de l'élu;

2° A étudier les *dérogations* que comportent ces principes généraux;

3° Enfin, à faire application des règles ainsi dégagées; à fixer les conséquences auxquelles elles conduisent, à dresser un tableau de la dévolution successorale telle qu'elle se réalise entre les différents successibles ressortissant aux divers ordres d'héritiers.

SECTION I. — LES DEUX DIRECTIVES GÉNÉRALES

735. Aperçu général. — La dévolution successorale est dominée par deux directives qui en constituent l'armature : d'une part, le Code civil établit différents *ordres* de successibles; d'autre part, à l'intérieur de chacun de ces ordres, il fixe des *degrés*, occupés par chacun des candidats éventuels à la succession.

1° Le législateur répartit les successibles en différentes classes, en différents *ordres*, par exemple l'ordre des *descendants*, celui des *ascendants privilégiés* (le père et la mère), celui des *collatéraux privilégiés*, qui marche ordinairement de pair avec le précédent (les frères et sœurs du défunt et leur descendance), celui des *ascendants ordinaires*, celui des

collatéraux ordinaires; et, à chacun de ces groupements, il assigne un rang de préférence, en sorte que le successible appartenant à l'ordre n° 1 primera tous les successibles relevant de l'ordre n° 2 : c'est ainsi qu'un descendant l'emporte toujours sur un ascendant comme sur un collatéral, et cela quels que soient les degrés de parenté des concurrents; un arrière-petit-enfant, qui occupe le troisième degré par rapport au défunt, prime le frère de celui-ci qui, cependant, était au deuxième degré : entre successibles appartenant à des ordres différents, le degré n'est d'aucune importance; il ne joue pas.

Grâce à cette première règle, la dfificulté est circonscrite : on sait dans quel ordre de successibles chercher l'héritier; et, par exemple, si le défunt a laissé des descendants, on sait que c'est parmi eux que se trouve l'élu : mais comment l'identifier?

2° C'est alors qu'intervient la seconde directive : entre successibles relevant du même ordre, la préférence est donnée au plus proche en *degré*.

Nous ne revenons pas sur les explications données relativement au degré qui n'est autre chose qu'une génération et qui se compte différemment selon qu'on a affaire à la ligne *directe* ou à la ligne *collatérale* (*sup.*, t. I, n° 680); nous rappelons seulement, à titre d'exemples, qu'un père et son enfant sont parents au premier degré, tandis que deux frères le sont au deuxième, un oncle et son neveu au troisième, deux cousins germains au quatrième (art. 737 et 738).

Ainsi, dans l'ordre des descendants, un fils prime le petit-fils, comme, dans l'ordre des ascendants, un père passe avant un aïeul, de même que, dans celui des collatéraux, un cousin germain l'emporte sur un cousin au cinquième ou au sixième degré : une double sélection est ainsi réalisée, d'abord à l'aide des *ordres* de successibles, puis, au moyen des *degrés*; à la suite de cette double opération, l'héritier ou les héritiers se trouvent identifiés, car il va de soi que les successibles du même ordre et du même degré recueillent concurremment l'hérédité.

Mais les deux directives que nous venons d'énoncer ne sont pas infaillibles; elles comportent des *dérogations* qui viennent compliquer singulièrement le problème.

SECTION II. — LES DÉROGATIONS QUE COMPORTENT LES DEUX DIRECTIVES ESSENTIELLES

736. Diverses dérogations. — Il arrive que des dérogations soient apportées aux principes que nous venons de décrire, soit au premier, et on voit alors concourir des successibles appartenant à des ordres différents, soit au deuxième, et on voit en ce cas concourir des successibles du même ordre qui y occupent des degrés différents.

§ I. — *DÉROGATIONS APPORTÉES À LA PREMIÈRE DIRECTIVE:*

CONCOURS DE SUCCESSIBLES APPARTENANT À DES ORDRES DIFFÉRENTS

737. Enumération. — Le concours de successibles relevant d'ordres différents se réalise dans diverses éventualités.

1° Lorsque le défunt laisse, d'une part son père ou sa mère ou tous les deux, d'autre part des *collatéraux privilégiés* (frères et sœurs et leur descendance), ces deux ordres de successibles concourent dans des proportions que nous fixerons plus loin (art. 748 et 749; *inf.*, n° 756);

2° L'*enfant naturel* concourt avec les ascendants ainsi qu'avec les collatéraux privilégiés, et aussi avec le conjoint survivant (*inf.*, n^{os} 757, 761 et 762);

3° Le *conjoint survivant* concourt avec les héritiers du sang, quels qu'ils soient et même avec les enfants; la loi lui accorde alors une part successorale qui est fixée, ordinairement en usufruit (art. 767; *inf.*, n° 775), exceptionnellement en pleine propriété si, dans l'une des lignes, il n'existe pas de parents au degré successible (art. 767, § 2; *inf.*, n^{os} 779*bis* et suiv.);

4° Mais c'est surtout le principe de la *fente* qui vient faire échec à la hiérarchie établie par le législateur entre les différents ordres de successibles, et c'est lui qui appelle le plus d'explications.

738. Système de la fente. — L'article 733, § 1, décide que « *toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales : l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle* »; ainsi s'effectue la *fente* entre les deux *lignes*, la ligne *paternelle* qui comprend les parents *consanguins*,

se rattachant au défunt par son père, et la ligne *maternelle* qui englobe les parents *utérins*, se reliant au *de cujus* par sa mère. On recherche quel est, dans la ligne paternelle, le successible du degré le plus proche dans l'ordre le plus favorable, et on lui attribue la moitié de l'hérédité; après quoi on procède à la même recherche et à la même attribution dans la ligne maternelle. Cette manière de procéder peut avoir pour résultat d'attribuer l'hérédité à des parents situés à des degrés, voire à des ordres très différents : un cousin maternel au sixième degré, peut-être même au douzième (*inf.*, n° 774), va concourir avec le père du défunt, ce qui fait échec à la hiérarchie établie entre les ordres et les degrés, du moins si l'on considère, d'accord avec l'opinion communément reçue, que la fente n'opère pas dédoublement de l'hérédité qui conserve, malgré tout, son unité organique.

739. Raison d'être de la fente. — En fendant la succession entre les deux lignes, on veut éviter que les biens provenant de l'une d'elles ne passent dans l'autre et que l'une des familles ne s'enrichisse injustement aux dépens de l'autre. Mais le procédé employé n'est pas adéquat au but poursuivi, car on ne tient aucun compte de l'origine effective des biens : on ne dit plus, comme dans nos anciennes coutumes, *paterna paternis*, *materna maternis*, mais bien *dimidium paternis*, *dimidium maternis*; et il est très possible que la moitié successorale attribuée à la ligne paternelle se compose exclusivement de biens provenant de la branche maternelle; en sorte que la règle de la fente est susceptible de consacrer précisément l'injustice qu'elle tendait à conjurer et que son maintien dans notre législation n'est point désirable; il faut y voir une survivance malheureuse, sous une forme déviée, de la règle *paterna paternis*... qui avait au moins le mérite de la logique et avec laquelle on savait de quoi il retournait; les rédacteurs du Code civil ont voulu s'arrêter à mi-chemin entre le principe de l'unité de dévolution successorale admis par le droit romain, et le système de la multiplicité des masses héréditaires qui était celui de notre droit coutumier; la solution transactionnelle à laquelle ils se sont arrêtés, est une solution bâtarde et incohérente qui nous paraît impossible à justifier, en équité comme en droit pur, d'autant plus qu'elle aboutit à mettre sur le même plan des parents de proximité très différente, tels un père et un cousin.

740. Domaine d'application de la règle de la fente ; son développement récent. — Tout au moins le système de la fente n'est-il pas d'une application absolue, ni même générale; diverses limites en précisent la portée.

1° Il est sans application possible du moment que le défunt a laissé un ou plusieurs descendants : ceux-ci se rattachent tous également et directement au *de cujus*, et, par lui, à la ligne paternelle comme à la ligne maternelle (art. 733, § 1, arg. *a contrario*) ;

2° Même dans les ordres des ascendants et des collatéraux, la division de l'hérédité entre les deux lignes ne se réalise pas toujours : 1. en cas de concours des collatéraux privilégiés (frères, sœurs et leur descendance) avec les père et mère ou l'un d'eux, ces derniers recueillent chacun un quart de la succession, le reste (la moitié ou les trois quarts) étant attribué aux frères ou sœurs (art. 748 et 749) ; 2. ces mêmes frères ou sœurs et leur descendance excluent complètement les ascendants non privilégiés, alors même qu'ils n'appartiendraient pas à la même ligne : par exemple, un frère consanguin, exclut absolument les grands-parents maternels (art. 752 *in fine*) ; 3. les collatéraux privilégiés excluent aussi les collatéraux ordinaires; 4. la règle de la *fente* est, sinon écartée, du moins atténuée dans le cas où le père ou la mère du défunt concourt avec un collatéral non privilégié de l'autre ligne : l'ascendant privilégié recueille alors, en outre de la moitié correspondant à sa ligne, l'usufruit du tiers de l'autre moitié (art. 754) ; 5. enfin, il faut noter que notre Code civil proscrit la *refente*, laquelle était admise par certaines de nos anciennes coutumes : une fois la fente opérée, il ne doit se produire aucune division nouvelle de l'hérédité entre les diverses branches de chaque ligne (art. 734).

En revanche, la règle de la fente a reçu une nouvelle consécration et a vu son domaine s'élargir du fait de la loi du 3 déc. 1930 qui, modifiant les art. 755 et 767, décide qu'à défaut de parents au degré successible dans une ligne, le conjoint survivant recueille, en pleine propriété, la part qui fût revenue aux parents déficients et qui, d'après le régime du Code civil, eût été attribuée, par voie de dévolution, à la ligne occupée par des héritiers du sang; par cette disposition, qui sera étudiée ci-après (n^os^ 779*bis* et suiv.), la règle de la fente gagne tout le terrain enlevé à celle de la dévolution d'une ligne à l'autre.

741. Dévolution d'une ligne à l'autre. — Il faut donc supposer, pour que la règle de la fente s'applique intégralement, que l'hérédité est échue à des ascendants ou à des collatéraux ordinaires et que, de plus, les deux lignes sont représentées, soit par des parents au degré successible, soit par le conjoint survivant, sans quoi le principe de la fente serait sans application possible (sauf, au cas de concours de frères et sœurs les uns germains, les autres utérins ou consanguins, son application dans les rapports de ces héritiers entre eux; *inf.*, n° 756) et la dévolution s'opérerait d'une ligne à l'autre, faute de partie prenante dans l'une d'elles (art. 755, § 3).

§ II. — *DÉROGATION À LA DEUXIÈME DIRECTIVE:*

CONCOURS DE SUCCESSIBLES OCCUPANT DES DEGRÉS DIFFÉRENTS

La représentation successorale

(Art. 739 à 744)

742. Hypothèse, raison d'être et définition. — Un père de famille a eu deux enfants, Primus et Secundus; celui-ci prédécède, laissant à son tour plusieurs enfants, trois par exemple; ce père de famille venant lui-même à disparaître, va laisser d'une part son fils Primus, d'autre part les trois petits-enfants issus de Secundus prédécédé. Ces divers successibles relèvent tous du même ordre, celui des descendants; rigoureusement, on devrait donc décider entre eux d'après la proximité du degré, ce qui conduirait à attribuer l'hérédité tout entière à Primus, lequel occupe le premier degré, et à exclure les trois enfants de Secundus qui ne viennent qu'au deuxième degré : résultat manifestement injuste et choquant; il est inadmissible que les enfants de Secundus perdent tous droits dans la succession de leur grand-père à raison de cette circonstance que leur père est décédé avant celui-ci; équitablement, ils doivent être traités en fin de compte comme si leur auteur avait d'abord recueilli sa part — la moitié — dans la succession de son propre auteur, pour la leur transmettre ensuite avec sa fortune personnelle. C'est précisément à quoi tend la théorie de la *représentation successorale* : les petits-enfants qui, venant de leur chef, en leur nom, ne pourraient prétendre à concourir avec Primus dont la position est dominante,

vont pouvoir arriver à ce résultat en se présentant du chef d'autrui, au nom de leur auteur prédécédé; ils occuperont la place laissée vacante par son décès; ils entreront dans son degré et, se haussant d'une génération, ils le représenteront.

Après ces explications, on comprend sans peine la portée de l'article 739 d'après lequel « *la représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté* ».

743. Conséquences de l'idée de représentation. — De cette idée essentielle que, par le mécanisme de la représentation, le représentant entre dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté, dérivent les solutions suivantes :

1° Pour qu'on puisse occuper une place, encore faut-il qu'elle soit *vacante*; et, sur ce point, notre Code civil est très exigeant; il ne considère la place comme libre que si celui qui l'occupait est décédé : « *on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes...* » (art. 744, § 1). Si donc, pour reprendre, en le modifiant, l'exemple choisi, Secundus, toujours vivant, avait renoncé à la succession de son père, ses enfants ne seraient pas admis à le représenter; la place est occupée, encore que celui qui la tient n'hérite pas : c'est l'existence physique qui est prise en considération, non l'existence en tant qu'héritier du défunt.

Toutefois, un doute sur l'existence du successible suffit à motiver la représentation; on peut représenter les *absents*; car c'est une règle que, lorsqu'un individu dont l'existence est incertaine est appelé à une succession, on fait abstraction de sa personnalité et on attribue provisoirement l'hérédité comme s'il n'existait pas; or, s'il n'existait pas, ses enfants seraient admis à user de la représentation. Il serait contradictoire que l'absent fût écarté par la présomption de son prédécès et que, d'autre part, ses enfants fussent exclus à raison de sa survie possible;

2° Il ne suffit pas que la place du représenté soit vacante; il faut encore qu'elle soit *bonne*, qu'elle soit une *place de successible*. En d'autres termes, il est indispensable que le représenté eût pu lui-même recueillir la succession; le représentant ne saurait avoir plus de droits que le représenté n'en eût possédé lui-même. En conséquence, si Secundus était

frappé d'indignité, ses enfants seront inaptes à le représenter;

3° Les représentants recueilleront, à eux tous, les droits que Secundus aurait obtenus s'il eût survécu au *de cujus*. L'hérédité sera d'abord divisée en deux moitiés, l'une allant à Primus, l'autre étant attribuée, par parts égales, aux trois enfants de Secundus dont chacun obtiendra donc le sixième de la succession. C'est ce qu'on appelle le *partage par souche* : les trois petits-enfants ne représentent qu'une même souche; à eux trois ils ne comptent que pour un; tandis que, si l'on partageait, comme d'ordinaire, *par tête*, chacun d'eux aurait le quart de l'hérédité, ce qui serait manifestement injuste et excessif; si le prédécès de Secundus ne doit pas améliorer la situation de Primus, il ne doit pas non plus l'empirer. Les enfants de Secundus prédécédé obtiendront, à eux trois, exactement ce que leur père eût lui-même recueilli, s'il eût survécu, rien de moins, mais rien de plus (art. 743). A supposer que l'un des petits-enfants fût lui-même prédécédé, laissant à son tour des descendants, il y aurait lieu de rééditer le partage par souche en ce qui concerne la branche intéressée; par exemple, les deux enfants du petit-fils prédécédé recevraient, à eux deux, le tiers de la moitié auquel leur auteur eût pu prétendre (art. 743 *in fine*).

744. Conditions exigées chez le représentant. — Ne faut-il pas exiger, chez le représentant, une certaine *qualité* et une certaine *capacité*?

1° Une certaine *qualité*. Evidemment, le représentant doit être un parent du représenté; mais, ici encore, la loi est fort exigeante; elle veut qu'il soit un *descendant* du représenté : il résulte des articles 740 et 742 qu'on ne représente que ses ascendants; on n'occupe jamais le degré d'un collatéral; la représentation s'effectue toujours en ligne directe ascendante; elle se ramène à une ascension de degrés;

2° Une certaine *capacité*. On exige que le représentant ait l'aptitude à venir à la succession du défunt de son propre chef. Celui qui n'aurait pu venir à la succession du *de cujus* de son propre chef, ne saurait davantage y accéder avec le secours de la représentation. Il faut donc qu'il soit conçu lors de l'ouverture de la succession et qu'il ne soit pas frappé d'indignité; il faut, en outre, qu'il soit un *descendant légitime*, car les *enfants naturels*, on le sait, n'entrent pas dans la famille de leur auteur; ils sont donc sans qualité pour venir de leur chef à la succession de celui qui, pour

la loi, n'est pas leur grand-père, et c'est pourquoi le bénéfice de la représentation leur est également refusé; une argumentation du même genre conduit à écarter de ce même bénéfice l'enfant *adoptif* par rapport à la succession des auteurs de l'adoptant (art. 357); au contraire, les descendants de l'adopté peuvent représenter celui-ci dans la succession de l'adoptant (arg. art. 353).

745. Domaine restreint de la représentation. — Le champ d'application de la théorie de la représentation est sensiblement réduit du fait d'une règle restrictive qu'il nous reste à exposer : ce n'est pas dans toutes les successions que la représentation peut intervenir, mais seulement dans l'ordre des *descendants* et dans celui des *collatéraux privilégiés*; on suppose que la dévolution s'opère au profit de l'un ou de l'autre de ces deux ordres.

1° Au profit de *descendants du défunt*, à l'infini (art. 740) : c'est l'éventualité que nous avons toujours eu en vue jusqu'à présent. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le défunt eût la position juridique d'enfant légitime; eût-il été *enfant naturel* que ses *descendants légitimes* pourraïent user du bénéfice de la représentation (art. 761);

2° Au profit de *collatéraux privilégiés*. Par exemple, le *de cujus* laisse un frère Primus et trois neveux issus d'un autre frère prédécédé, Secundus. Ces trois neveux vont pouvoir se hausser jusqu'au degré laissé vide par le prédécès de leur père, ce qui leur permettra de concourir avec leur oncle Primus, au moyen du partage par souche (art. 742).

Mais la représentation n'a pas lieu dans l'ordre des ascendants ni dans celui des collatéraux ordinaires (art. 741 et 742). Cette vue restrictive se justifie :

1° L'affection descend en ligne directe, plutôt qu'elle ne remonte : le grand-père qui perd son fils ou sa fille, reporte sur ses petits-enfants l'affection qu'il ressentait pour le disparu; le même raisonnement ne peut pas être produit avec une égale force en ligne directe ascendante, ni surtout dans l'ordre des collatéraux ordinaires;

2° En ce qui concerne les ascendants et les collatéraux, l'absence de représentation est amendée, en quelque mesure, par la théorie de la *fente*; la succession est partagée en deux moitiés; ce n'est pas le plus proche qui recueille la totalité, mais c'est le plus proche dans chaque ligne qui a droit à la moitié. Ce qui rend la représentation particulièrement urgente en ligne directe descendante, c'est cette particu-

larité que la succession est attribuée *en masse* à l'héritier préférable; on doit faire gagner un degré aux successibles du rang subséquent, à peine de les sacrifier injustement.

SECTION III. — MISE EN ŒUVRE DES DIRECTIVES ET DES DÉROGATIONS INDIQUÉES

LA DÉVOLUTION SUCCESSORALE EN ACTION

746. Plan. — Ayant décrit les principes qui dominent la dévolution successorale, nous allons maintenant les mettre en action afin de dégager les résultats concrets auxquels ils aboutissent.

1° Nous étudierons d'abord la dévolution d'une succession laissée par un défunt qui avait l'état d'*enfant légitime*;

2° Puis celle d'une succession laissée par un *enfant naturel*;

3° Ensuite, celle d'une hérédité laissée par un *enfant adoptif*;

4° Après quoi nous nous occuperons des successions dites *anomales*;

5° Enfin, nous *apprécierons* notre système français de dévolution successorale, en lui opposant le système *allemand des parentèles*.

§ I. — *DÉVOLUTION D'UNE SUCCESSION LAISSÉE PAR UN DÉFUNT QUI AVAIT L'ÉTAT D'ENFANT LÉGITIME*

747. Généralités. — Le défunt qui avait l'état d'enfant légitime peut laisser après lui : 1° une *famille légitime* dont, par hypothèse, il faisait partie; 2° un *conjoint survivant*; 3° des *enfants naturels*.

Il est à remarquer :

1° Quant à la *famille légitime*, que, seuls, les *parents* ont l'aptitude successorale; les *alliés* en sont invariablement dépourvus; la situation qui leur est ainsi faite paraît étrange si l'on se rappelle, d'une part que notre loi établit l'obligation alimentaire entre alliés en ligne directe (art. 206 et 207, *sup.*, t. I, n° 1148), d'autre part que cette obligation n'existe pas entre collatéraux, fût-ce entre frères et sœurs (*sup.*, t. I, n° 1140); tout au contraire, ceux-ci sont investis de la vocation successorale, alors que les alliés en sont invariable-

ment privés; il y a là comme une inélégance dans notre système législatif.

Le *projet* de Code civil *italien* consacre la vocation successorale des gendres et brus, ainsi que, à un degré subséquent, des beaux-pères et belles-mères (art. 138).

2° Quant au *conjoint survivant*, depuis des lois du 9 mars 1891, du 29 avril 1925 et du 3 décembre 1930, sa situation héréditaire a été considérablement améliorée; la loi lui accorde, en présence de parents au degré successible, une part fixée en usufruit et qui peut aller jusqu'à la totalité, et, en l'absence de tels parents, toute l'hérédité en pleine propriété (art. 767); en outre, depuis la loi du 3 décembre 1930 qui a réalisé une nouvelle application de la règle de la fente, la moitié afférente à une ligne dans laquelle il n'y a pas d'héritier du sang, lui est attribuée en toute propriété. Donc, suivant les cas, le conjoint survivant ou bien concourt avec d'autres successibles, et alors ses droits sont fixés normalement en usufruit, ou bien recueille l'intégralité ou la moitié de la succession, en pleine propriété;

3° Quant aux *enfants naturels*, il faut se rappeler qu'ils ne sauraient faire valoir une filiation qu'autant qu'elle a été officiellement établie, par un acte de reconnaissance ou par un jugement, puis que, seuls, les enfants naturels *simples* possèdent une vocation successorale : les enfants *adultérins* ou *incestueux* n'ont droit qu'à des aliments (art. 762); ils sont, non pas héritiers, mais *créanciers*; ils ont des droits à faire valoir *contre* la succession et non *dans* la succession, à supposer, bien entendu, que leur filiation ait été rendue *certaine*, ce qui peut advenir dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'il y a eu désaveu (*sup.*, t. I, n^{os} 1043 et suiv.; 1286).

Aux termes de l'article 763, les aliments sont réglés « *eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes* »; il convient d'ajouter : « et eu égard aux besoins de l'enfant »; car, c'est un principe général que la dette alimentaire existe en fonction des besoins du créancier (*sup.*, t. I, n° 1154; Req., 6 juillet 1938, *D. H.*, 1938, 470).

Il est admis que les aliments peuvent être fournis par la succession soit sous forme d'une *pension*, soit, une fois pour toutes, sous celle d'un *capital* (Req., même arrêt).

D'après l'article 764, l'enfant adultérin ou incestueux ne peut élever aucune réclamation contre la succession lorsque les parents lui ont fait apprendre un art mécanique, ou

lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant; et l'on sait que les tribunaux admettent la validité de l'engagement pris par un père adultérin de subvenir aux besoins de l'enfant (*sup.*, t. I, n° 1261).

748. Enfants naturels simples et conjoint survivant. — Comme le conjoint survivant, les enfants naturels simples recueillent, suivant les cas, tout ou partie de la succession; mais leur situation est plus forte aux deux points de vue suivants :

a) Ils recueillent toute la succession du moment que le défunt n'a laissé, dans sa famille légitime, que des collatéraux ordinaires, fussent-ils à un degré proche;

b) Lorsqu'ils concourent avec des descendants, des ascendants ou des collatéraux privilégiés, ce n'est pas un simple usufruit qu'ils recueillent, mais une part en pleine propriété.

749. Divers ordres d'héritiers. — Ces remarques préliminaires présentées, nous pouvons procéder à l'énumération des différents ordres d'héritiers dans les successions légitimes; d'après l'article 731, ils seraient au nombre de trois; en réalité, il en existe bien davantage. On distingue :

1° L'ordre des *descendants*;

2° L'ordre composite des *collatéraux privilégiés* et des *ascendants privilégiés*;

3° L'ordre des *ascendants*;

4° Celui des *enfants naturels simples*;

5° Celui des *collatéraux ordinaires*;

6° Le *conjoint survivant*;

7° L'*Etat*.

Tout ceci, étant entendu que les enfants naturels et le conjoint survivant concourent avec tous les héritiers qui leur sont préférables.

Nous passerons en revue ces différents ordres d'héritiers.

N° 1

Ordre des descendants

750. Principe. — Partage égal. — Si le défunt laisse des descendants, ce sont eux qui lui succèdent, ou du moins, parmi eux, celui ou ceux qui occupent le degré le plus proche; si plusieurs occupent le même degré, ils se par-

tagent l'hérédité par parts viriles : c'est le grand principe du *partage égal*, consacré par la Constituante, sur les ruines des anciens privilèges de masculinité et de primogéniture (L. 15 mars 1790 et 8 avril 1791; C. civ., art. 745); encore qu'il ait été très attaqué par certains économistes [1], par les physiocrates notamment, et qu'on lui ait reproché de déterminer un émiettement du sol comme aussi de tuer l'esprit d'initiative et d'entreprise chez des enfants assurés de trouver dans les héritages de leurs parents un viatique pour leur existence, ce grand principe égalitaire paraît solidement ancré dans nos mœurs, comme assurant, entre les enfants d'une même famille, le règne de la justice, et, avec lui, la bonne entente; en réalité, les critiques adressées au *partage égal* se trompent d'adresse; elles devraient viser bien plutôt le *partage en nature* qui aboutit effectivement à un morcellement excessif de la propriété foncière et contre lequel, on le verra, la législation récente a d'ailleurs réagi.

751. Assimilation des différentes catégories de descendants. — On ne distingue ni entre les enfants légitimes et les enfants légitimés, ni entre ceux qui sont issus d'un même mariage ou d'un lit différent, ni même selon que leur filiation a sa source dans le mariage ou dans l'adoption : aux termes de l'article 357, l'adopté et ses descendants légitimes « *ont, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y auraient les enfants ou descendants légitimes* »; ils viennent donc à égalité avec les enfants légitimes que l'adoptant pourrait avoir postérieurement à l'adoption; en revanche, ils ne viennent pas à la succession des parents de l'adoptant, car ils ne sont pas entrés dans sa famille (art. 357).

Nous rappelons que, si un enfant du défunt était prédécédé laissant lui-même des descendants, il peut y avoir lieu d'appliquer les règles de la *représentation* (*sup.*, n^os^ 744 et 745).

752. Concours des enfants légitimes ou adoptifs avec des enfants naturels ou avec un conjoint survivant. — Les enfants légitimes, légitimés ou adoptifs, peuvent trouver en face d'eux des successibles qui ont, eux aussi, des droits à faire valoir dans l'hérédité, à savoir les

[1] V. F. Auburtin, *La Natalité*, pp. 105 et suiv., 384 et suiv.; Colmet-Daage, *La réforme du régime successoral* (*Revue catholique des institutions et du droit*, 1925).

enfants naturels ou le *conjoint survivant*; un concours s'établit alors dont il convient de fixer les termes et les résultats.

753. I. Concours des enfants légitimes ou adoptifs avec des enfants naturels [1]. — Le Code civil accordait à l'enfant naturel en concours avec des descendants légitimes, le *tiers* de la part qui lui fût revenue s'il eût été lui-même légitime; mais la loi du 25 mars 1896 a élevé cette quotité à la *moitié* (art. 758, § 2); en conséquence, l'enfant naturel en concours avec un seul enfant légitime prend le quart de la succession; en concours avec deux enfants légitimes, il recueille un sixième (la moitié du tiers qui lui fût revenu s'il eût été légitime), et ainsi de suite.

Pluralité d'enfants naturels. — S'il y a plusieurs enfants naturels, la jurisprudence résout la difficulté en supposant que tous les enfants sont légitimes, en déterminant la part qui reviendrait alors à chacun d'eux, puis en enlevant à chacun des enfants naturels la moitié de cette part. Dans ces conditions, chacun des deux enfants naturels qui se trouvent en présence d'un enfant légitime, recueillera la moitié du tiers, soit un sixième de la succession; l'enfant légitime aura donc, à lui seul, les quatre sixièmes, soit les deux tiers (*Sic*, Req., 28 juin 1831, *S.*, 1831, 1, 279, *D. P.*, 1831, 1, 217).

Ce système jurisprudentiel a le mérite de la simplicité; mais on peut contester qu'il ait celui de la justice : en supposant la légitimité de tous les enfants, on établit, comme point de départ du raisonnement, une fiction dangereuse dont les résultats sont difficiles à approuver, car elle conduit à faire bénéficier l'enfant légitime de tous les retranchements subis par ses frères et sœurs naturels, alors qu'en bonne justice, chacun des enfants naturels devrait, lui aussi, en profiter; d'ailleurs, ce système va à l'encontre de l'article 758, § 2, qui veut que l'enfant naturel, en concours avec des descendants légitimes, obtienne la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime; or, dans cette dernière éventualité, chacun d'eux aurait eu, avec l'espèce précédemment choisie, deux sixièmes et demi; étant

[1] V. Gros, *Recherches sur les droits successifs des enfants naturels*, 1882; Chénon, *Les Droits successifs des enfants naturels en concours avec des enfants légitimes*, 1898; Savatier, *Le véritable système de distribution d'une succession comptant plusieurs enfants naturels à côté d'enfants légitimes* (*Rev. crit.*, 1927, p. 484).

lui-même enfant naturel, il doit pouvoir prétendre à un sixième et quart, par application du critère posé dans l'article 758, § 1 : le système jurisprudentiel lui fait tort de ce quart de sixième pour en gratifier uniquement l'enfant légitime. Aussi la plupart des auteurs récents se prononcent-ils contre lui et en faveur du système équitable que nous venons de présenter et auquel on donne le nom de système de la *répartition* (MAURY et VIALLETON, nos 93 et suiv.).

754. Rappel. — Il est rappelé :

1° Que l'enfant naturel prédécédé peut être représenté par ses descendants légitimes (art. 761), mais qu'à l'inverse le bénéfice de la représentation est fermé aux enfants naturels (*sup.*, n° 744) ;

2° Que la *reconnaissance* faite, *pendant le mariage*, d'un enfant naturel que l'un des conjoints aurait eu antérieurement d'une tierce personne, ne doit nuire ni à l'autre conjoint, ni aux descendants issus du mariage (art. 337, § 1) ; en conséquence, cet enfant naturel ne peut émettre la prétention d'exercer une vocation successorale quelconque à l'encontre du conjoint trompé ou des enfants : pour eux, la reconnaissance dont il a été l'objet est inopérante (*sup.*, t. I, n° 1250). On sait que notre jurisprudence fait application de l'article 337 même au cas où la filiation de l'enfant a été établie, non par une reconnaissance, mais par un jugement (*sup.*, t. I, n° 1256).

755. II. Concours des descendants légitimes ou adoptifs avec le conjoint survivant. — Le Code civil n'accordait aucune vocation successorale au conjoint survivant lorsque le défunt avait laissé une descendance; mais la loi du 9 mars 1891 lui a attribué une part fixée en *usufruit* et qui est :

1° D'un *quart*, si le défunt a laissé un ou plusieurs enfants ou descendants issus du mariage (art. 767, § 4) ;

2° *D'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans pouvoir excéder le quart*, si le défunt laisse des enfants issus d'un précédent mariage (art. 676, § 5).

Les dispositions dont s'agit visent la présence d'enfants ou descendants légitimes; on verra qu'en présence d'enfants naturels, l'usufruit du conjoint survivant porterait sur la moitié et non plus seulement sur le quart de la succession.

N° 2

Ordre composite des collatéraux privilégiés et des ascendants privilégiés

756. Composition. — Cet ordre *mixte* est composé de deux éléments différents, l'un qui appartient à la ligne *collatérale* (frères et sœurs du défunt et leur descendance), l'autre qui ressortit à la ligne *ascendante* (père et mère du défunt).

Si le *de cujus* n'a pas laissé de descendants légitimes, légitimés ou adoptifs, c'est cet ordre mixte qui est appelé à recueillir la succession, et suivant les règles que voici :

1° En l'absence d'ascendants privilégiés, les collatéraux privilégiés prennent tout, réserve faite, s'il y a lieu, de la part dévolue aux enfants naturels ou au conjoint survivant; ils excluent les ascendants ordinaires (grand-père, grand-mère, bisaïeuls) comme aussi les collatéraux ordinaires, et dans les deux lignes simultanément; ils sont donc vraiment privilégiés; ceci alors même qu'ils seraient seulement consanguins ou utérins; la fente ne joue pas ici (art. 752), et c'est un nouveau privilège;

2° Du moins les collatéraux privilégiés doivent-ils, s'il y a lieu, subir le concours des ascendants privilégiés : le père et la mère ont droit chacun à *un quart* de la succession, et c'est en quoi ils sont eux-mêmes privilégiés : ils enlèvent aux collatéraux privilégiés le quart ou la moitié de l'hérédité (art. 748, 749, 751);

3° La part dévolue aux collatéraux privilégiés (quart, moitié ou totalité suivant les cas) est partagée entre eux suivant les règles exposées à propos de la fente (*sup.*, n^os^ 738 et suiv.); les *germains* prennent part dans les deux lignes, les *consanguins* et les *utérins* seulement dans la ligne à laquelle ils appartiennent.

757. Concours des héritiers du deuxième ordre avec des enfants naturels ou avec le conjoint survivant. — I. **Concours avec des enfants naturels.** — La part de ceux-ci, lorsqu'ils se trouvent en présence de successibles de l'ordre n° 2, est déterminée d'une manière invariable, quel que soit leur nombre : fixée, sous l'empire du Code civil, à la moitié de la succession, elle a été élevée, par la loi du 25 mars 1896, aux *trois quarts* (art. 759). C'est donc seulement le quart de la succession qui va à la famille

légitime; ce quart est partagé suivant les règles que nous avons décrites. Si, par exemple, le défunt laisse son père, sa mère et deux frères, et, en outre, un ou plusieurs enfants naturels, chacun des parents légitimes aura le quart du quart, soit un seizième de la succession.

758. II. Conjoint survivant. — En présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, l'*usufruit* du conjoint survivant porte sur la *moitié* de la succession (art. 767, § 6).

N° 3

Ordre des ascendants

759. Précision. — Nous prenons ici le mot « ascendants », dans son acception générale, en l'étendant même aux ascendants privilégiés, ce qui revient à dire que nous supposons qu'il n'existe pas de collatéraux privilégiés.

760. Solution. — L'hérédité se partage alors en deux moitiés, suivant la règle de la *fente*, une pour chaque ligne : s'il y a un ou des ascendants dans les deux lignes, le plus proche dans chaque ligne recueille la moitié correspondante, sans que le plus éloigné puisse se rapprocher en usant du bénéfice de la représentation qui, on l'a vu, n'est admise que dans la ligne descendante (*sup.*, n° 745); s'il n'y a d'ascendant que dans une seule ligne, une moitié va aux collatéraux de l'autre ligne (art. 746). Les ascendants au même degré succèdent par tête (art. 746, § 3).

761. Concours avec des enfants naturels ou avec le conjoint survivant. — Tout ceci, sauf les droits des enfants naturels ou du conjoint survivant.

1° Les *enfants naturels* prennent, en bloc, les trois quarts de la succession, comme lorsqu'ils sont en présence de collatéraux privilégiés (art. 759);

2° L'usufruit successoral du *conjoint survivant* porte sur la moitié de la succession (art. 767, § 6).

N° 4

Ordre des enfants naturels

762. Principe. — Si le défunt laisse des enfants naturels simples, ils recueillent, *en l'absence de tous les ordres précédents*, la totalité de la succession (art. 760, modif. par

L. 25 mars 1896), sauf à assurer au *conjoint survivant*, s'il y a lieu, l'usufruit de *moitié*, comme dans l'éventualité précédente (art. 767, § 6).

763. Difficulté. — L'enfant naturel a donc plus de droits en présence des collatéraux ordinaires que s'il trouve en face de lui des ascendants : dans le premier cas, il a droit à toute la succession, dans le deuxième aux trois quarts seulement. De là une difficulté lorsqu'il existe, dans une ligne un ascendant, dans l'autre ligne un collatéral ordinaire. Deux opérations successives sont alors indiquées : il faut déterminer la part de la famille naturelle par rapport à celle de la famille légitime, puis il est nécessaire de faire la part de chacun des parents légitimes, au moyen de la fente. Quelle est, de ces deux opérations, celle qui doit précéder l'autre? Les résultats varieront selon la solution adoptée, non pas pour le collatéral qui, de toute façon, ne recueille rien du tout, étant complètement exclu par la présence de l'enfant (art. 760), mais pour l'ascendant et pour l'enfant naturel : si l'on commence par procéder à la fente, l'enfant naturel prendra les trois quarts de la moitié attribuée à la ligne de l'ascendant et toute l'autre moitié, soit, en tout, les sept huitièmes de la succession; mais, si on suit l'ordre inverse, on attribuera à l'enfant naturel les trois quarts, soit les six huitièmes de la succession, conformément à l'article 759, et on s'en tiendra là en ce qui le concerne : l'ascendant aura un quart, soit deux huitièmes au lieu d'un seul, comme dans le calcul précédent.

Ce deuxième système doit être préféré au premier : il est difficile d'admettre que l'enfant naturel recueille davantage en présence d'un ascendant et d'un collatéral qu'en présence d'un ascendant seulement; or, dans cette dernière éventualité, il n'aurait que les trois quarts. Il faut donc commencer par faire la part de l'enfant naturel, qui aura les trois quarts; l'autre part ira à la famille légitime, soit à l'ascendant exclusivement, puisque les collatéraux ordinaires sont exclus du moment qu'il existe un enfant naturel (*Sic*, Bordeaux, 5 mai 1856, *S.*, 1856, 2, 674; Amiens, 5 déc. 1889, *S.*, 1890, 2, 126, *D. P.*, 1890, 2, 184; trib. civ. Loudéac, 13 janv. 1933 (*S.*, 1933, 2, 109, *D. P.*, 1933, 2, 73, note Nast); comp. Civ., 5 juin 1893, *D. P.*, 1893, 1, 383; — *Contra*, Amiens, 23 mars 1854, *D. P.*, 1857, 2, 5).

N° 5

Ordre des collatéraux ordinaires

764. Principes. — Dans chaque ligne — car on applique ici la règle de la fente — les collatéraux succèdent à défaut d'ascendants; le plus proche exclut les autres; à égalité de degré ils se partagent la moitié afférente à leur ligne; le partage a lieu *par tête* et non par souche, puisque la représentation ne joue pas dans l'ordre collatéral; s'il n'y a des collatéraux que dans une seule ligne, et en l'absence d'un conjoint survivant, ils prennent toute la succession, la dévolution se réalisant alors de la ligne déficiente à la ligne représentée (art. 753 et 755, § 3).

765. Privilèges des père et mère. — En vertu de règles énoncées, il peut advenir que des collatéraux éloignés concourent avec un ascendant très proche; lorsque, dans une ligne, figure le *père* ou la *mère* du défunt alors que, dans l'autre, c'est un collatéral ordinaire qui est appelé à recueillir la moitié de la succession, la loi rompt ou atténue cette égalité choquante en attribuant au père ou à la mère l'*usufruit du tiers de la moitié* dévolue aux collatéraux (art. 754). C'est un cas d'*usufruit légal* assujetti aux règles de l'usufruit ordinaire; notamment, le père ou la mère qui en bénéficie doit fournir *caution*. L'attribution de ce tiers d'usufruit constitue un avantage appréciable et justifie, une fois de plus, le qualificatif d'*ascendants privilégiés* qui est appliqué au père et à la mère.

766. Concours avec le conjoint survivant. — Jadis, le *conjoint survivant* exerçait un usufruit de moitié, comme lorsqu'il se trouvait en présence d'un ascendant ou d'un collatéral privilégié; mais une loi du 29 avril 1925 a étendu sa vocation successorale; aux termes de l'article 767, § 7, nouvelle rédaction, son usufruit porte sur *la totalité* des biens, quels que soient le nombre et la qualité des collatéraux, du moment qu'ils ne sont que des collatéraux ordinaires.

767. Difficulté. — On peut supposer que le conjoint survivant ait affaire, dans une ligne à un ascendant, dans l'autre à un collatéral. Il nous semble qu'en pareil cas, il convient d'appliquer distributivement les règles que nous venons

d'indiquer, en opérant comme une fente de la succession; le conjoint fera porter son usufruit sur toute la moitié attribuée au collatéral, et seulement sur la moitié de la moitié dévolue à l'ascendant. Sinon, et si l'on réduisait l'usufruit du conjoint à la moitié de l'hérédité, le collatéral bénéficierait de la présence de l'ascendant, ce qui serait peu justifiable; en outre, il se trouverait de recueillir une partie des biens en pleine propriété, ce qui irait à l'encontre du système institué dans l'article 767 et qui réduit la vocation collatérale à une nue propriété, du moment qu'il existe un conjoint survivant venant à la succession. C'est cependant en sens contraire que se fixe l'opinion dominante qui écarte ici les règles de la fente en alléguant qu'elle n'intervient que pour la division de la succession entre les lignes paternelle et maternelle et que le conjoint, en faveur de qui elle n'a pas été établie, ne saurait être admis à s'en prévaloir (*Sic*, trib. civ. Joigny, 15 mai 1934, *S.*, 1934, 2, 234, *D. P.*, 1935, 2, 70, note approbative de M. Nast; Savatier, *Rev. trim.*, 1934, p. 868; Le Balle, dans le *Cours de droit civil français de Ch. Beudant*, 2e édit., t. V, n° 291; Maury et Vialleton dans le *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. IV, n° 132). Une proposition de loi a été déposée qui tendait à consacrer la solution que nous considérons comme exacte, dès maintenant (Proposition Néron, du 17 nov. 1931, *J. Off.*, 22 mars 1932, *Doc. parlem.* Sénat, p. 1157).

768. Remarque. — Nous n'avons plus à prévoir ici le concours d'*enfants naturels*, car leur présence exclurait complètement les collatéraux ordinaires (*sup.*, n° 762).

769. Limitation de la vocation successorale. — Les collatéraux vont-ils être investis de la vocation successorale, indéfiniment, si affaibli que soit le lien qui les unissait au défunt, si lointain que s'affirme l'auteur commun? Ou bien la vocation cèdera-t-elle au delà d'un certain degré de parenté? C'est là le problème de *la limitation de la successibilité*; il a été résolu très différemment suivant les pays et selon les époques.

770. Droit comparé. — Théoriquement, et si l'on fonde la vocation successorale sur la communauté du sang, on ne discerne pas de raison de s'arrêter en chemin; sans doute, au delà d'une certaine limite, la preuve de la parenté devient

malaisée, mais il ne semble pas qu'une difficulté de pure forme doive retentir sur le fond, sur l'existence même du droit; c'est ce qu'a bien compris le législateur *allemand* : d'après l'article 1929 du Code civil de 1900, sont héritiers du défunt *les aïeuls les plus éloignés et leurs descendants*; entre parents, l'aptitude successorale est donc maintenue quand bien même l'auteur commun remonterait à plusieurs siècles, et la preuve d'une parenté aussi lointaine est parfois facile, notamment dans les familles aristocratiques et surtout dans les familles princières dont la généalogie est écrite dans des actes, voire dans l'histoire.

Sur ce point, le système du Code civil *suisse* fait antithèse à celui de l'Allemagne; la successibilité s'y arrête à la troisième parentèle, c'est-à-dire aux grands-parents du défunt et à leur descendance, soit, pratiquement, au septième degré (art. 460), mais avec ce correctif que les arrières-grands-parents ont droit à l'usufruit de la part qui eût été dévolue à leurs descendants si ceux-ci avaient survécu (même texte).

Quant au Code civil *soviétique*, il n'admet, comme héritiers légaux, que les descendants directs, l'époux survivant et les personnes incapables de travailler ou indigentes qui étaient à la charge complète du défunt depuis un an au moins avant son décès (art. 418) : tous les collatéraux sont donc exclus, au profit de l'Etat, et même les ascendants : c'est le régime de l'absorption de la famille par l'Etat qui, nouvel Ugolin, dévore ses enfants pour leur conserver un père.

Le *projet* de Code civil *italien* arrête la successibilité au sixième degré, comme notre droit français actuel (art. 123 du projet) et comme le Code civil du *Brésil* (art. 1612).

771. Système du Code civil. — Notre Code civil avait fixé la limite de la successibilité au *douzième degré* (art. 755, § 1, ancienne réd.). C'était faire preuve d'un grand libéralisme, car des parents au douzième degré se rattachent à un auteur commun qui vivait à une époque fort lointaine, un siècle et demi ou deux siècles auparavant; en fait, on ne voyait guère des candidats à une succession se réclamer d'une parenté aussi lointaine : au delà du huitième ou du neuvième degré, la vocation successorale était, dans la plupart des familles, plus théorique qu'effective. Elle le devint de plus en plus, malgré les efforts des généalogistes, à mesure que la famille s'affirma moins unie et moins sédentaire, plus dispersée; et l'on comprend que, depuis pas mal d'an-

nées déjà, des tentatives aient été faites, pour des raisons diverses, sociales, financières, politiques, en vue de rapprocher les limites de la successibilité; un symptôme avant-coureur de la réforme fut donné par la nouvelle échelle des droits de mutation qui assimila aux non-parents, pour le paiement des taxes, d'abord les parents au delà du sixième degré (L. 25 fév. 1901, art. 2), puis les collatéraux au delà du quatrième (L. 8 avr. 1910, art. 10); il y avait, dans ce détail d'ordre fiscal, un signe annonciateur de la réforme qui fut réalisée, d'ailleurs, par une autre loi fiscale, celle du 31 déc. 1917.

771*bis*. **Système actuel** (L. 31 déc. 1917, art. 17). — C'est, en effet, une loi de finances qui est venue limiter la successibilité au *sixième* degré, en modifiant à cette fin l'article 755, § 1, C. civ.; le législateur a pris la déplorable habitude d'insérer dans des lois de finances, établies pour un exercice et régie par la *règle de l'annalité*, des dispositions d'ordre *permanent*, et de bouleverser ainsi, à coup de textes budgétaires, les articles de notre Code civil : on ne saurait trop protester contre un tel désordre législatif, contre un confusionnisme qui dénote une absence complète de méthode dans le travail parlementaire.

Quoi qu'il en soit, l'article 755, § 1, est désormais ainsi conçu : « *Les parents collatéraux au delà du sixième degré ne succèdent pas, à l'exception, toutefois, des descendants des frères et sœurs du défunt.* »

Cette limitation de la successibilité au sixième degré entraîne des conséquences pratiques importantes :

1° Elle élargit la vocation successorale du conjoint survivant qui en devient plus effective : du moment qu'il n'existe pas de parent au sixième degré, le survivant recueille la totalité de la succession, en pleine propriété;

2° Les droits de l'Etat s'en trouvent, eux aussi, accrus; il aura plus de chances que par le passé de recueillir une succession, puisque la *déshérence* se produit même en présence de parents au septième degré;

3° Les généalogistes sont moins favorisés; leur industrie sera moins féconde qu'autrefois en résultats tangibles; les chercheurs de succession n'auront plus guère de découvertes à effectuer (V. cependant Jean-Ch. Laurent, *Le contrat de révélation de succession*, *Rev. crit.* 1931, p. 397);

4° La réforme de 1917 devait avoir pour conséquence logique une recrudescence des testaments, car on voudra

écarter l'Etat, désormais menaçant et qui n'est point un successeur désirable.

772. Portée exacte de la réforme de 1917 ; points réservés. — 1° Le législateur de 1917 n'a eu en vue que le *droit successoral*; ce qu'il a entendu supprimer, c'est uniquement la successibilité, non la parenté au delà du sixième degré; cette parenté subsiste toujours, et il y a lieu d'en tenir compte pour la composition d'un *conseil de famille* comme pour l'attribution du droit de demander l'*interdiction judiciaire* (*sup.*, t. I, n° 533) ou de provoquer la nomination d'un *conseil judiciaire* (art. 490, *sup.*, t. I, n° 567) ;

2° Aux termes de l'article 755, § 1, nouvelle rédaction, les *descendants des frères et sœurs* du défunt conservent l'aptitude à lui succéder, même au delà du sixième degré; c'est un nouvel avantage accordé aux collatéraux privilégiés; avantage purement théorique d'ailleurs, car on n'imagine pas que des descendants des frères et sœurs du défunt excèdent le sixième degré; il faudrait, pour cela, que le *de cujus* eût atteint une longévité quasi biblique : des arrière-petits-neveux occupent seulement le cinquième degré.

773. — 3° D'après l'article 755, § 2, « *les parents collatéraux succèdent jusqu'au douzième degré lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdiction légale* ».

Pour que cette disposition s'applique et pour que l'ancienne limite du douzième degré retrouve son empire, il faut donc supposer :

1° Que le défunt était *incapable de tester*;

2° Mais que, cependant, il n'était pas frappé de l'*interdiction légale* qui accompagne les peines criminelles, et, spécialement, les peines afflictives perpétuelles : un condamné aux travaux forcés à perpétuité, par exemple, bien qu'il ne puisse pas laisser de testament valable (L. 31 mai 1854, art. 3) ne saurait avoir d'héritiers *ab intestat* au delà du sixième degré.

Par la première condition, le législateur a entendu viser les *mineurs* et les *aliénés* : leur succession pourra être recueillie par des collatéraux jusqu'au douzième degré, précisément parce qu'il ne peut être question, pour eux, de régler le sort de leurs biens par testament; il aurait été dur et injuste d'attribuer leur succession au fisc, en l'absence de parents jusqu'au sixième degré et alors qu'une telle

éventualité n'a pas pu être conjurée par la rédaction d'un testament, juridiquement impossible.

774. — Mais l'application de cette mesure de sauvegarde soulève des difficultés, tant pour les mineurs que pour les aliénés.

1° Pour les *mineurs*, non pas pour ceux qui sont âgés de moins de seize ans et qui sont donc incapables de tester (art. 903) ; ceux-là rentrent exactement dans la formule de l'article 755, et leurs parents hériteront donc, comme auparavant, jusqu'au douzième degré inclus; mais pour les mineurs de seize ans accomplis, lesquels peuvent disposer par testament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904, § 1, *inf.*, n° 1396) ; cette capacité réduite fait hésiter sur le parti à prendre pour l'application de l'article 755, § 3; ce mineur de plus de seize ans doit-il être considéré comme capable ou comme incapable de tester, pour l'application de l'article 755, § 2? On pourrait songer à modeler la vocation successorale des parents du mineur sur l'incapacité dont celui-ci est atteint : pour la moitié de succession qui est indisponible, ces parents succèderont jusqu'au douzième degré; pour l'autre moitié, jusqu'au sixième seulement; on resterait ainsi dans la lettre comme dans l'esprit de l'article 755, § 2, qui institue une sorte de sauvegarde pour l'incapable à l'encontre du fisc et qui ne doit donc jouer que dans la mesure où existe, du fait de l'incapacité du mineur, le danger que l'on veut conjurer. Mais il faut convenir que cette solution par voie de ventilation est assez inattendue (*Sic*, Maury et Vialleton, n° 81) ; elle a été repoussée par la Chambre civile qui a décidé que l'incapacité de tester devait s'entendre ici d'une incapacité totale, à l'exclusion de l'incapacité partielle qui frappe les mineurs ayant accompli leur seizième année; la disposition de l'article 755, § 2, par cela même qu'elle déroge au nouveau droit commun, établi par la loi du 31 décembre 1917, comporte l'interprétation restrictive (Civ., 8 nov. 1932, *D. H.*, 1933, 5) ;

2° Pour les *aliénés*, la difficulté est plus grave encore, sinon pour les *interdits judiciairement* et pour les *internés non interdits*, lesquels étant frappés d'une incapacité permanente et continue, répondent donc à la formule de l'article 755, § 2, du moins pour les aliénés qui n'ont été l'objet d'aucune mesure particulière: à quelles conditions leurs collatéraux sont-ils admis à se réclamer de l'article 755?

Devront-ils, à cet effet, faire la preuve d'une insanité d'esprit *permanente*? Ou bien leur suffira-t-il d'établir que cette insanité existait lors du décès de leur parent? Dans le silence de la loi, nous estimons qu'il y a là matière à une appréciation de fait de la part du tribunal et que la survenance de quelques intervalles lucides ne ferait pas obstacle à l'application de la disposition de l'article 755, § 2 : le problème doit être examiné de haut, d'ensemble, et non pas en se plaçant à tel ou tel moment déterminé.

En tout cas, il n'y a pas lieu de distinguer entre les incapacités de droit et les incapacités de fait : la faiblesse d'esprit, l'imbécilité du *de cujus* suffisent à étendre jusqu'au douzième degré la vocation des collatéraux (Req., 2 déc. 1931, *S.*, 1932, 1, 44, *D. P.*, 1933, 1, 105).

N° 6

Le conjoint survivant

775. Sources. — Art. 767 modif. par L. du 9 mars 1891, du 29 avril 1925 et du 3 déc. 1930; L. 14 juill. 1866, art. 1er; L. 3 déc. 1930, art. 1 et 2.

Bibliographie. — L. Josserand, *Les successions entre époux*, thèse, Lyon, 1892; Ghesquières, thèse, Paris, 1899; Delattre, thèse, Paris, 1910; Ed. Lévy, *Commentaire de la loi du 29 avril 1925*, *Lois nouvelles*, *1925*, p. 297, et suiv.; *Commentaire de la oli du 3 déc. 1930*, *Lois nouvelles*, 1931, pp. 49 et suiv., 81 et suiv.; G. Marty, *La loi du 3 déc. 1930*, *Rev. crit.* 1931; H. Moreau, *Commentaire de la loi du 3 déc. 1930 sur les droits du conjoint survivant*, *Sem. jur.* 1931, p. 1; H. Le Breton, *Les principes de la dévolution successorale et le nouveau droit* ab intestat *du conjoint survivant*, 1932. — Pour le *droit comparé*, R. Rodière, *Evolution comparative des droits successoraux du conjoint survivant*, *Bull. soc. lég. comp.* 1937, p. 295.

776. Rappel. — Jusqu'ici, nous avons vu le conjoint survivant concourir avec des héritiers qui lui sont préférables et sur la part desquels il prélève un usufruit portant sur le *quart*, la *moitié* ou la *totalité* de la succession.

Mais, si le défunt n'a laissé ni parents légitimes jusqu'au sixième degré, ni enfants naturels ou descendants légitimes d'enfants naturels, l'époux survivant va recueillir la succession tout entière, *en pleine propriété*, ainsi que le Code civil

lui en reconnaissait déjà le droit (art. 767, § 1) en l'absence de parents au degré successible.

777. Historique. — D'après le Code civil, si le défunt laissait un parent au degré successible, le conjoint survivant était *complètement exclu de la succession*. Cette mesure d'ostracisme a reçu plusieurs explications : on l'a mise parfois sur le compte d'une erreur matérielle qui aurait été commise par Treilhard, affirmant que l'article 55 du projet accordait au survivant l'usufruit d'un tiers des biens du prédécédé, alors que ce texte ne décidait rien de tel; erreur vraiment singulière et dont il est permis de douter. Les véritables raisons de l'exclusion du conjoint doivent être bien plutôt cherchées :

1° Dans le désir d'éviter le passage d'une fortune d'une famille dans l'autre;

2° Dans cette considération que les époux peuvent facilement parer à la carence de la loi au moyen de libéralités consenties l'un à l'autre dans le contrat de mariage ou par testament, ou même tout simplement en s'en remettant au *régime légal* dont le dénouement assurera au survivant la moitié du fonds commun;

3° Dans cette vue théorique que la vocation successorale est fondée, pour une bonne part, sur la communauté du sang, laquelle n'existe pas entre époux;

4° Enfin, dans la force de la tradition : dans notre ancien droit, le conjoint survivant ne bénéficiait, au point de vue successoral, que de mesures partielles, fragmentaires, épisodiques, de ressources de fortune : quarte du conjoint pauvre, gains de survie, douaire, préciput, etc., et la législation révolutoinnaire, plus catégorique et plus scientifique, écartait tout concours de l'époux avec les héritiers du sang (L. 17 nivôse an II).

Ces considérations n'étaient point décisives : il était facile de faire sa part légitime à la première objection en accordant au conjoint survivant une vocation successorale fixée en usufruit; d'autre part, le législateur ne saurait s'en remettre à la vigilance des particuliers pour parer aux lacunes de son œuvre, et surtout il faut éviter de confondre droit matrimonial et droit successoral : nombreux sont les ménages qui vivent sous un régime non communautaire; enfin, la vocation successorale n'est pas fondée uniquement sur la communauté du sang, mais sur les usages, les mœurs, les convenances, les besoins.

778. Evolution. — Aussi comprend-on qu'un mouvement de réaction se soit produit contre le système du Code civil, si défavorable au conjoint survivant; la réforme d'ensemble fut amorcée d'abord par des lois spéciales attribuant au conjoint survivant un droit de succession dans des circonstances particulières :

1° C'est la loi du 14 juillet 1866 (art. 1er), sur la *propriété littéraire et artistique* qui attribue au survivant la jouissance des droits d'auteur du prédécédé, et cela de préférence à tous les parents : ici, au lieu d'être primé par eux, le conjoint les prime tous, compte tenu cependant des droits des héritiers réservataires;

2° C'est la loi du 25 mars 1873 qui accorde un droit de succession à la veuve d'un *déporté*, dans de certaines conditions et pour les biens acquis dans la colonie;

3° C'est encore le décret du 31 août 1878 qui appliqua un régime de ce genre aux *transportés* et qui fut suivi d'un décret du 18 janvier 1895, lui-même remplacé par un autre décret du 9 octobre 1901 (art. 45).

Par la suite, et beaucoup plus récemment, il faut citer, dans le même ordre d'idées, la législation sur les *pensions de retraite* qui rend ces pensions réversibles, du moins partiellement, sur la tête de la femme survivante (L. 14 avril 1924, art. 23 et suiv., 43 et suiv.), tandis que la loi du 9 avril 1898 sur les *accidents du travail* accorde une pension viagère au conjoint non remarié de la victime de l'accident et même au conjoint remarié s'il a un enfant (art. 3, mod. par l. 1er juill. 1938, art. 4).

779. Réforme générale consacrant une vocation en usufruit : lois du 9 mars 1891 et du 29 avril 1925. — Ainsi, depuis longtemps déjà, la vocation successorale en présence de parents du défunt avait cessé d'être une nouveauté : le terrain avait été préparé pour une réforme générale qui se fit cependant bien attendre, puisque le but fut atteint seulement par la loi du 9 mars 1891 modifiant l'article 767 C. civ. Cette loi, qui laisse subsister les dispositions antérieures — *generalia specialibus non derogant* — a amélioré sensiblement la condition du conjoint survivant tout en assurant le maintien des biens dans chaque famille : elle a résolu le problème en attribuant à l'époux survivant qui trouve des parents en face de lui, des droits, non pas perpétuels, mais *viagers*; ce n'est pas la propriété des biens du prédécédé que recueille le survivant, mais seulement un

usufruit à titre universel ou *universel*; pour la dévolution de la nue propriété, rien n'est changé au système du Code civil; elle se réalise au profit des parents, exclusivement; et le conjoint survivant recueille seulement un usufruit qui va du quart à la totalité en passant par la moitié suivant les cas (*sup.*, n^os^ 755, 757, 761, 762 et 766); à son décès, cet usufruit fera retour de plein droit à la nue propriété, donc à la famille du prédécédé; ainsi, la vocation successorale du conjoint ne profite qu'à lui seul; ses propres héritiers ne trouveront pas dans sa succession des biens provenant de celle du prédécédé : les biens ne passeront pas d'une famille dans l'autre; c'est seulement en l'absence de tous parents au degré successible que ce passage s'effectuera; pour l'usufruit, le conjoint survivant succède toujours : il concourt même avec les enfants du défunt; mais, pour la propriété, il ne succède qu'exceptionnellement, à titre subsidiaire; et le fisc seul est alors primé par lui.

On concilie ainsi des buts qui paraissaient contradictoires : d'une part, on laisse les biens dans chaque famille; d'autre part, on assure au conjoint survivant les ressources qui lui permettront de continuer à peu près le genre de vie d'autrefois; le moyen employé est exactement proportionné au but à atteindre; comme lui, il est viager; et on a pu remarquer que le coefficient de la vocation du conjoint ne varie pas avec le nombre des héritiers du sang laissés par le défunt; il est le même en présence d'un seul enfant ou de plusieurs; les nécessités de l'existence, auxquelles l'usufruit successoral tend à pourvoir, sont invariables; c'est seulement la *qualité* des héritiers, non leur nombre, qui est prise en considération par le législateur; la vocation successorale du conjoint se développe plus ou moins selon la résistance que lui oppose la qualité des parents qui ont à en faire les frais.

La vocation successorale, conférée au conjoint survivant en 1891, a été renforcée par une loi du 29 avril 1925 dans le cas où ce conjoint ne trouve en face de lui que des collatéraux ordinaires du prédécédé : son usufruit, qui ne portait antérieurement que sur la moitié des biens, s'étend désormais et en vertu de cette dernière loi, à la totalité de la succession (art. 767, § 7, nouv. réd.; v. *sup.*, n° 766).

Mais c'est une loi du 3 décembre 1930 qui a réalisé la réforme la plus importante, sinon pratiquement, du moins doctrinalement, puisqu'elle est, en réalité, une réforme de structure et non plus seulement de quotité.

779*bis*. — Réforme renforçant la vocation en pleine propriété ; loi du 3 décembre 1930. — Une loi du 3 décembre 1930, qui a amélioré sur deux plans différents la situation du conjoint survivant (V. *inf.*, n° 1827*bis*), dispose que, si le défunt n'a laissé, comme héritiers, des parents au degré successible que dans une seule ligne, paternelle ou maternelle, la part qui, d'après le Code civil, fût dévolue à la ligne occupée (art. 755 ancienne réd.; *sup.*, n° 738), sera attribuée désormais au conjoint survivant, en pleine propriété (art. 767, 2e alinéa ajouté par la loi de 1930).

Ce conjoint fait donc alors échec à la dévolution, de la ligne déficiente à la ligne occupée, dévolution subordonnée, depuis la loi de 1930, à l'absence d'époux survivant; on peut dire que celui-ci est assimilé à un parent; il tient lieu d'héritier du sang, et, à ce titre, il prévient la carence de la ligne inoccupée; il y remédie; il relève, à son profit, la vocation défaillante et devient ainsi un cohéritier, pour moitié et en pleine propriété, l'autre moitié étant attribuée aux parents de la ligne occupée.

En même temps, et par cela même que la dévolution de ligne à ligne est conjurée, la règle de la fente est maintenue; c'est en la renforçant que le législateur de 1930 a renforcé du même coup les droits du conjoint survivant; cette antique institution est ainsi utilisée, comme procédé technique, pour améliorer la situation successorale de l'époux. Le regain de vitalité et d'actualité conféré à la règle de la fente est d'autant plus inattendu qu'il aboutit à lui faire jouer un rôle diamétralement opposé à celui qui lui était attribué dans notre ancien droit : bien loin d'assurer la conservation des biens dans les familles (*sup.*, n° 739), cette règle tend, dans sa nouvelle application, à les en faire sortir, puisqu'elle les fait passer d'un conjoint à l'autre; il y a là un phénomène d'adaptation des plus curieux et qui équivaut à une véritable transposition de l'institution.

779*ter*. Conditions et étendue de la nouvelle vocation du conjoint survivant. — I. Les *conditions* requises sont au nombre de deux :

1° Il faut d'abord que, lors du décès, il n'y eût, entre les époux, ni divorce prononcé par un jugement définitif, ni séparation de corps intervenue aux torts et griefs du survivant par l'effet d'un jugement passé en force de chose jugée, (art. 767, § 2) ; cette première condition est d'ailleurs exigée, d'une façon générale, pour toute vocation successorale du conjoint survivant (*inf.*, n° 781) ;

2° Il faut ensuite — et cette condition est spéciale à la nouvelle vocation du conjoint en pleine propriété — que le défunt n'ait laissé, comme héritiers, des parents au degré successible que dans une seule ligne (art. 767, § 2), ce qui suppose qu'il n'existe ni descendants, ni collatéraux privilégiés, car ces deux ordres d'héritiers ont une vocation qui s'étend à l'occasion à l'ensemble de la succession (*sup.*, n° 740); la règle de la fente ne joue pas (sauf dans les rapports entre frères utérins, consanguins et germains, mais alors à titre purement intérieur; *sup.*, n^{os} 741 et 756), et, par conséquent, la vocation du conjoint, qui est pour ainsi dire greffée sur cette règle, ne trouve pas à s'employer : c'est seulement lorsque la succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux ordinaires que le conjoint survivant pourra prétendre à la moitié en pleine propriété, parce que c'est alors seulement que l'hérédité est fendue en deux tronçons, dont l'un se trouve sans attributaire, du moins parmi les parents (Le Breton, *op. cit.*, pp. 12 et suiv.).

Ce principe posé, il reste à se demander dans quels cas au juste l'exigence de la loi sera satisfaite, et il y a lieu de procéder aux deux précisions suivantes :

a) Lorsque la loi suppose que le défunt ne laisse pas, dans une des deux lignes, de parents héritiers, elle entend certainement ne tenir compte que des parents qui viennent effectivement à la succession; il n'est point fait état des renonçants ou des indignes; si, par exemple, dans la ligne paternelle, le seul héritier possible renonce à la succession, on considère qu'il n'y a pas d'héritier au sens de l'art. 767, § 2, et le conjoint survivant recueillera donc la moitié afférente à ladite ligne. Cette solution, qui est repoussée par la jurisprudence pour le calcul de la réserve (*inf.*, n° 1668), semble bien ne pouvoir faire ici aucun doute; les auteurs l'acceptent, jusqu'ici, unanimement : l'héritier qui renonce ou qui est indigne, laisse le champ libre à l'héritier du degré ou de l'ordre subséquent, c'est-à-dire, en l'occurrence, au conjoint;

b) La loi vise, dans l'art. 767, § 2, comme faisant obstacle à la vocation du conjoint pour moitié, les « *parents au degré successible* »; or, la loi du 31 déc. 1917 limite en principe la successibilité collatérale au sixième degré (art. 755, nouv. réd.; *sup.*, n° 771*bis*) : le conjoint recueille donc la moitié du moment que, dans une ligne, il n'y a que des collatéraux au delà du sixième degré. Toutefois, cette même loi de 1917 maintient la vocation des collatéraux jusqu'au

douzième degré lorsque le défunt était incapable de tester, sans être cependant frappé d'interdiction légale (art. 755, § 2; *sup.*, n° 773) : en ce cas, le conjoint se trouve donc écarté par tous collatéraux jusqu'au douzième degré inclus. Enfin, dans le cas intermédiaire où l'incapacité de tester du prémourant n'était que partielle — c'était un mineur de plus de seize ans, pouvant disposer par testament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904, § 1; *inf.*, n° 1396) — on pourrait être tenté d'appliquer distributivement les deux solutions précédentes : pour la moitié disponible, les collatéraux étant écartés au delà du sixième degré, le conjoint succédera du moment qu'il ne trouve en face de lui que des collatéraux d'un degré plus éloigné; mais, pour la moitié indisponible, il serait exclu par les collatéraux jusqu'au douzième degré. Toutefois, ce procédé discriminatoire semble condamné par l'interprétation étroite que la Chambre civile donne de la disposition contenue dans l'article 775, § 2 (*sup.*, n° 774) : c'est seulement au cas d'incapacité totale que le conjoint sera exclu par les collatéraux jusqu'au douzième degré, sans qu'il y ait lieu de faire état d'une incapacité partielle.

II. En ce qui concerne l'*étendue* de la vocation du conjoint, il faut dire que cette vocation porte, pour la pleine propriété, sur la moitié afférente à la ligne non occupée par des héritiers du sang.

Ce principe comporte les deux précisions suivantes :

1° Le conjoint, qui utilise la disposition de l'art. 767, § 2, n'a pas à subir l'usufruit du tiers que l'art. 754 accorde au père ou à la mère concourant avec des collatéraux ordinaires et sur la moitié dévolue auxdits collatéraux (*sup.*, n° 765) : l'art. 767, § 2 s'en explique formellement; en sorte que le conjoint, pour ainsi dire substitué aux collatéraux, se trouve mieux traité qu'eux, puisqu'il obtient, en plus de ce qu'ils auraient recueilli, l'usufruit du tiers de la moitié de la succession ; solution étrange, puisque ces collatéraux, s'ils eussent existé, auraient écarté, par leur présence, ce conjoint à qui la loi réserve cependant un sort préférable;

2° Le conjoint ne peut jamais cumuler sa nouvelle vocation, en pleine propriété, avec la vocation en usufruit qui lui était assignée par la législation antérieure à 1930. La remarque est importante à présenter, non pas lorsqu'il existe des ascendants — il est évident que le conjoint ne saurait alors émettre la prétention de superposer à la moitié en pleine propriété que lui accorde la loi nouvelle, un usu-

fruit portant sur la part des ascendants, la moitié en pleine propriété renfermant déjà en elle-même une moitié en usufruit — mais lorsque, dans la ligne occupée, il existe seulement des collatéraux ordinaires. La solution restrictive que nous donnons est commandée : 1° par les travaux préparatoires : les rapporteurs de la proposition de loi, tant au Sénat qu'à la Chambre des députés, ont affirmé que la vocation à la pleine propriété devait être exclusive de la vocation fixée en usufruit (V. le commentaire de M. Desbois, *D. P.*, 1931, 4, 68, col. 3) ; 2° par le texte de l'art. 767 : aux termes du troisième alinéa actuel, la vocation en usufruit n'appartient au conjoint survivant que s'il *« ne succède pas à la pleine propriété... »* (*Sic*, trib. civ. d'Avesnes, 13 mars 1935, *S.*, 1935, 2, 88).

L'option ne serait d'ailleurs pas plus admissible que le cumul (V. Desbois, *id.*, p. 69, col. 15; Le Breton, *op. cit.*, pp. 89 et suiv.).

779*quater*. **Etrangetés.** — Le système institué par la loi du 3 décembre 1930 présente des bizarreries qui ont été sévèrement, peut-être même trop sévèrement jugées (H. Capitant, *D. H.*, 1931, *Chron.* p. 5), car cette loi n'est pas une des plus mauvaises de ces dernières années, et d'ailleurs, elle accomplit un pas en avant dans une voie où tous les législateurs modernes se sont engagés, celle du renforcement de la vocation successorale du conjoint survivant (*inf.*, n° 782). Mais il faut bien reconnaître qu'elle ne réalise son objectif que très imparfaitement et par des procédés assez étranges.

1° Elle utilise, comme procédé technique, et elle revivifie la règle archaïque de la fente, en la faisant servir à des fins diamétralement contraires à son esprit originaire (*sup.*, n° 779*bis*) ;

2° Elle traite le conjoint mieux que ne l'eussent été des collatéraux ordinaires dont la présence eût cependant suffi à faire obstacle à sa vocation en pleine propriété : elle l'affranchit, en effet, de l'usufruit du tiers attribué par l'art. 754 aux père ou mère en concours avec des collatéraux ordinaires (*sup.*, n° 779*ter*) ;

3° Le conjoint est complètement exclu, pour la vocation en pleine propriété, du moment qu'il existe, dans une ligne, un collatéral privilégié, par exemple un petit-neveu (*sup.*, n° 779*ter*) ; il ne l'est pas par un ascendant privilégié : si l'autre ligne est déficiente, il recueillera la moitié en pleine propriété, sans avoir à subir l'usufruit du tiers de l'art. 754 :

à cet égard, les père ou mère sont mis sur le même plan qu'un cousin au sixième degré;

4° Le but poursuivi par le législateur, à savoir l'amélioration de la situation successorale faite au conjoint survivant, ne sera pas toujours et sûrement atteint : s'il est en concours avec des collatéraux ordinaires et s'il est jeune, ce conjoint regrettera sans doute la vocation de la totalité en usufruit que lui reconnaissait la législation antérieure; mieux eût valu pour lui recueillir l'intégralité des revenus que de se voir attribuer la moitié en pleine propriété;

5° Enfin, il faut observer que la règlementation de 1930 jouera assez rarement : si la succession est bonne, il se trouvera le plus souvent un collatéral au degré successible pour l'accepter et pour réduire ainsi les droits du conjoint à une vocation en usufruit.

780. Rappel. — En suite des réformes réalisées en 1891, en 1925 et en 1930, les droits successoraux du conjoint survivant sont à inclure dans le barème suivant qui résume les explications précédentes :

1° En présence d'*enfants issus d'un autre lit*, le conjoint survivant voit son usufruit limité à une *part d'enfant légitime le moins prenant* sans qu'il puisse porter sur plus du *quart* de la succession (art. 767, § 5);

2° Si le défunt a laissé un ou des *enfants communs*, l'usufruit porte invariablement sur le *quart* (art. 767, § 4);

3° Il grève la *moitié* de la succession si le conjoint n'a affaire qu'à des ascendants, des collatéraux privilégiés, des enfants naturels ou des descendants légitimes d'enfants naturels (art. 767, § 6);

4° Il porte sur la *totalité* des biens si le défunt n'a laissé que des collatéraux ordinaires; (Sur le procédé de calcul de l'usufruit successoral du conjoint survivant, V. *inf.*, n° 1101);

5° Lorsque, dans l'une des lignes, il n'existe pas de parents au degré successible, le conjoint survivant, dont la présence fait obstacle à la dévolution d'une ligne à l'autre, recueille la moitié afférente à la ligne non représentée, en pleine propriété (art. 767, § 2);

6° Enfin, en l'absence de parents au degré successible dans l'une et l'autre ligne (sixième ou douzième degré suivant les cas), le conjoint survivant prend *toute la succession en pleine propriété* (art. 767, § 1).

Suivant les éventualités, le conjoint occupe donc l'une des trois positions juridiques suivantes : 1° ou bien celle de

cohéritier pour l'usufruit seulement; 2° ou, plus rarement, celle de *cohéritier pour la pleine propriété*; 3° ou enfin, plus rarement encore, celle d'*héritier unique*, pour l'ensemble de la succession. Ces trois positions sont à distinguer soigneusement; si, en toute occurrence, le conjoint survivant n'est qu'un successeur irrégulier (*inf.*, n^os^ 828 et 829), sa vocation présente des caractères différents selon qu'elle est fixée en pleine propriété ou seulement en usufruit; dans le premier cas, elle est soumise au statut du droit commun successoral; dans le deuxième, elle est destinée à assurer sa subsistance et elle est essentiellement interprétative de la volonté présumée du prémourant, d'où les règles spéciales qui la gouvernent en matière de rapport (*inf.*, n^os^ 1088, 1101, 1114, 1119, 1144, 1145).

781. Conditions mises invariablement à la vocation successorale du conjoint survivant. — 1° Cette vocation a sa source dans la qualité de *conjoint* : elle disparaît donc si le *divorce* était intervenu du vivant des époux (art. 767, § 1);

2° Elle disparaît également, mais *d'un seul côté*, si la *séparation de corps* avait été prononcée aux torts et griefs de l'un des époux, par un jugement *passé en force de chose jugée lors du décès* : le coupable est alors frappé d'indignité successorale, tandis que son conjoint conserve son aptitude à recueillir éventuellement sa succession (art. 767, §§ 1, et 2, *sup.*, n^os^ 731 et 779*ter*); en pareil cas, la vocation cesse donc d'être réciproque; elle n'est maintenue qu'au profit de l'époux offensé. L'égalité est d'ailleurs rétablie et la vocation disparaît de part et d'autre si la séparation avait été prononcée aux torts et griefs des deux époux;

3° La vocation tombe si le mariage est déclaré *nul*; toutefois, s'il y a *mariage putatif*, cette chute n'a lieu que pour l'avenir, à compter du jour du jugement et sans rétroactivité; l'époux *de bonne foi* qui avait antérieurement recueilli la succession de son conjoint, en conserve le bénéfice encore que la nullité du mariage soit déclarée par la suite, au lieu que l'époux *de mauvaise foi* serait, en pareil cas, tenu à restitution. Ici encore, et à raison de l'application des règles qui gouvernent les mariages putatifs, la réciprocité dans la vocation successorale peut se trouver écartée (*sup.*, t. I, n^os^ 862 et 864).

782. Droit comparé. — Les progrès réalisés par les lois de 1891, de 1925 et de 1930 sont assurément très appré-

ciables et la situation faite au conjoint survivant, au point de vue successoral, est sortable. Il faut reconnaître cependant qu'elle est encore inférieure à celle que lui assurent nombre de législations et des plus importantes ou des plus modernes, lesquelles fixent en *pleine propriété* la part de l'époux ou de l'épouse, non plus seulement dans des cas exceptionnels, mais dans la normale (C. civ. *allemand*, art. 1931; C. civ. *suisse*, art. 462 et suiv.; C. civ. *italien*, art. 753 et 754, et projet de Code civil, art. 133 à 135; C. civ. de la Rép. de *Chine*, art. 1144; C. civ. du *Brésil*, art. 1611; L. *danoise* du 20 avril 1926, *Ann. lég. étrang.* 1927, p. 307; L. *suédoise* du 8 juin 1928, chap. II, art. 1[er], *Ann. lég. étr.* 1929, p. 499; lois *anglaise*, *néerlandaise*, *soviétique*); notamment, le Code civil *allemand*, dans l'article 1931, donne au conjoint survivant un quart de la succession en pleine propriété s'il concourt avec des descendants, une moitié s'il n'a en face de lui que des héritiers du deuxième ordre (père, mère du défunt et leurs descendants) ou des aïeuls; l'hérédité tout entière lui est attribuée du moment qu'il n'y a ni parents du premier ou du deuxième ordre, ni aïeul. Des dispositions du même genre figurent dans la loi *danoise* précitée; quant à la loi *suédoise*, elle attribue au survivant la totalité de la succession du moment que le prédécédé n'a pas laissé de postérité (*loc. cit.*), et le Code *brésilien*, lorsqu'il n'y a ni descendants ni ascendants.

783. — Il est vrai que la faveur avec laquelle le conjoint survivant est traité par le droit *allemand* trouve, en partie, son explication dans cette particularité que le régime matrimonial légal qui a cours en Allemagne est un régime d'isolement des fortunes : le survivant ne peut pas espérer recueillir des biens en tant qu'associé, tandis que le conjoint français, du moins sous le régime légal, prend la moitié de la communauté. Mais cette explication n'est pas vraiment une justification : car il est possible, d'abord que la communauté soit très pauvre et aussi que les époux français aient adopté un régime non communautaire. Il ne serait donc pas excessif d'accorder au conjoint survivant une part en pleine propriété, au moins en l'absence de descendants (V. la thèse de M[lle] Weiler sur *la condition de la femme à la dissolution du mariage, en droit comparé*, Bordeaux, 1924).

783*bis*. Conversion de l'usufruit en rente viagère. — L'usufruit successoral du conjoint survivant présente les

inconvénients inhérents à tout usufruit : la scission qu'il implique dans la propriété des biens héréditaires est économiquement mauvaise, surtout si l'on admet, avec l'opinion dominante, que nul n'est tenu, pendant la durée de l'usufruit, de procéder aux grosses réparations (*sup.*, t. I, n° 1890) : tandis que le propriétaire est réduit à un titre nu, l'usufruitier ne songe quà jouir du présent, sans assurer un avenir qu'il sait devoir lui échapper. C'est pourquoi le législateur, conscient des inconvénients d'une telle situation, autorise la *conversion* de l'usufruit successoral en une rente viagère; grâce à cette transposition, les biens héréditaires seront affranchis de la charge qui les grevait et pourront donc accomplir leur destinée économique (art. 767, dernier alinéa).

Il faut savoir :

1° *Qui peut demander* la conversion;

2° Quelles sont les *modalités* de cette opération;

3° Quels *effets* elle produit.

I. *Qui peut demander la conversion.* — La conversion ne peut être demandée que par les héritiers, à l'exclusion du conjoint survivant qui ne saurait émettre une telle prétention, car ce n'est pas dans son intérêt que l'institution a été créée; du moins tous les héritiers, légitimes ou naturels, purs et simples ou bénéficiaires, peuvent-ils prendre l'initiative. S'ils tombent d'accord sur le parti à prendre, la conversion est de droit, sans que le tribunal ait à intervenir; s'ils sont divisés, les partisans de la conversion la demandent au tribunal qui peut, soit l'accorder, soit la refuser.

Bien que des divergences se soient manifestées au sujet de la *capacité* requise pour demander la conversion, il est juridique d'exiger la même capacité que pour procéder à un partage, car l'acte que l'on se propose d'accomplir n'est autre qu'un incident, un épisode du partage (arg. art. 767 : « *Jusqu'au partage définitif...* »).

Pour la même raison, le tribunal compétent pour connaître de la demande en conversion n'est autre que le tribunal qualifié pour connaître du partage lui-même (*inf.*, n° 1054*bis*).

On admet généralement que la demande de conversion n'est pas un droit strictement attaché à la personne et qu'elle peut donc être intentée, en vertu de l'art. 1166, par les créanciers des héritiers, agissant indirectement du chef de leurs débiteurs.

II. *Modalités de la conversion.* — Il faut préciser : 1° A quel *moment* la conversion peut être demandée; 2° com-

ment est fixé le *montant* de la rente; 3° quelles *sûretés* doivent en garantir le service.

1° *Moment auquel la conversion peut être demandée.* — L'art. 767 permet aux héritiers de demander la conversion « *jusqu'au partage définitif* »; une fois le partage terminé, il serait trop tard; il appartient d'ailleurs au conjoint survivant de provoquer le partage et de mettre ainsi les héritiers en demeure de se prononcer pour ou contre la conversion;

2° *Montant de la rente viagère.* — Le principe, posé dans l'art. 767, est que la rente doit être *équivalente* à l'usufruit auquel elle vient se substituer. Pour réaliser cette équivalence, on prend en considération, non pas le capital des biens soumis à l'usufruit, mais uniquement leurs revenus; ce qu'il faut, c'est assurer au conjoint les ressources mêmes qu'il eût obtenues en tant qu'usufruitier; c'est donc le *revenu net* qui constitue le point de repère décisif. Et ce revenu doit être évalué, non pas au jour du décès, mais bien à celui de la conversion, car il faut tenir compte de tous les éléments de nature à modifier la productivité de l'usufruit, même dans l'avenir (*Sic*, Civ. 22 avril 1931, *S.*, 1931, 1, 372, *D. H.*, 1931, 347);

3° *Sûretés qui garantissent le service de la rente.* — L'article 767 veut que soient fournies des « *sûretés suffisantes* »; comme il ne précise pas, il faut admettre les sûretés personnelles comme les sûretés réelles; donc un cautionnement, une hypothèque, un gage, un versement à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Caisse nationale des retraites (trib. civ. Bourg, 20 fév. 1934, *Sem. Jur.* 1934, p. 354); à plus forte raison les héritiers pourraient-ils effectuer un placement en rentes françaises, inscrites sur le grand livre de la Dette publique, à leur nom pour la propriété, au nom du conjoint pour la jouissance. En cas de désaccord sur les sûretés à fournir, le tribunal statuera.

III. *Effets de la conversion.* — Ils consistent essentiellement dans la substitution de la rente viagère à l'usufruit successoral, donc dans la libération des biens successoraux.

Or, cette substitution et cette libération présentent la caractéristique d'être *rétroactives* : une fois l'opération effectuée, c'est dès le jour du décès que le conjoint est considéré comme ayant été investi du droit à la rente.

Cette conception, admise en doctrine et par la pratique, se justifie par les conséquences mêmes auxquelles elle aboutit.

1° Grâce à elle, les biens successoraux arrivent aux héritiers libérés des charges dont ils avaient pu être frappés dans le patrimoine du conjoint dont ils ne sont pas les continuateurs, les ayants cause;

2° De plus, au lieu des deux mutations et des deux droits que l'Enregistrement prétendait percevoir, d'abord pour la transmission de l'usufruit au conjoint, puis pour la constitution de la rente à son profit, il n'y a plus, dans cette conception d'une substitution rétroactive, qu'une seule mutation et qu'un seul droit à prévoir, sur la rente viagère, capitalisée au denier dix, étant d'ailleurs entendu que le capital ainsi dégagé sera déduit de l'actif héréditaire pour le calcul des droits dus par les héritiers.

Ces effets sont produits par la conversion, à titre définitif : toutefois, si les héritiers ne fournissaient pas les sûretés promises, le conjoint pourrait se prévaloir de l'article 1977 pour demander la résiliation de l'opération, en sorte que son usufruit se trouverait de renaître lui-même rétroactivement, dès le jour du décès.

N° 7

L'Etat

(Art. 768, 769 et 770)

784. Bibliographie. — Thèses Gantillon, Lyon, 1910; Georges, Paris, 1912; Cassin, Paris, 1914; Jean Chevalier, Grenoble, 1925.

785. Principe. — A défaut de parents au degré successible et d'un conjoint survivant, la succession est recueillie par l'*Etat*, représenté en l'occurrence par l'Administration des *Domaines*, actuellement réunie à l'*Enregistrement* : *fiscus post omnes*.

786. Nature juridique de la vocation de l'Etat. — Sur la réalité des droits de l'Etat aucun doute n'existe : le Code civil les proclame dans l'article 768, tandis que les articles 769 et 770 en réglementent l'exercice. Mais il reste à savoir *à quel titre* l'Etat recueille les biens qui lui sont attribués.

1° Jusqu'au début de ce siècle, on ramenait la vocation de l'Etat au grand principe posé dans l'article 539 qui lui attribue les *biens vacants et sans maître*. Telle est bien la

position juridique d'une hérédité sans ayants droit; les biens qui la composent sont sans maître; l'Etat les recueille en vertu de sa *souveraineté* et non point à titre d'héritier, même en prenant ce mot dans son acception la plus large; en s'en emparant, il exerce un droit de police générale, il ne fait pas acte de successible. Ce point de vue se réclamait des travaux préparatoires (Fenet, t. XII, p. 233), de la tradition et aussi de la terminologie : lorsqu'une succession est attribuée à l'Etat, on dit qu'elle est en *déshérence*, ce qui implique l'absence de tout héritier; or, si l'Etat était un héritier, cette terminologie deviendrait inexacte (*Sic*, Demolombe; Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, § 606*ter*; Maury et Vialleton, n° 155; et aussi, mais avec d'importantes réserves, Le Balle, dans le *Cours de droit civil français* de R. Beudant, 2e éd., t. V, nos 126 et suiv.).

2° Depuis une trentaine d'années, cette conception traditionnelle est battue en brèche, non pas seulement par certains auteurs, mais aussi et surtout par plusieurs décisions judiciaires qui se rallient à la conception de l'*Etat héritier*, au sens large du mot. Déjà cette conception pointait dans un ancien arrêt de la Cour de cassation (Civ., 13 juin 1855, *D. P.*, 1855, 1, 253); la Cour de Paris s'y est référée à plusieurs reprises (14 fév. 1890, *D. P.*, 1891, 2, 273; 13 déc. 1901, *S.*, 1902, 2, 37, *D. P.*, 1902, 2, 177, note A. Colin; 20 janv. 1923, *S.*, 1923, 2, 99) et la Cour de cassation semble bien pencher décidément en ce sens (Civ., 14 fév. 1911, *D. P.*, 1912, 1, 337, note Binet; Req., 5 déc. 1923, *S.*, 1924, 1, 297, note Simonnet, *D. P.*, 1924, 1, 39; Civ., 20 juill. 1926, *D. H.*, 1926, 435) comme, plus explicitement, la Cour de Rouen (22 mars 1918, *S.*, 1918, 2, 102, *D. P.*, 1920, 2, 70). Le courant judiciaire est donc très fort qui se dessine en faveur d'une vocation exercée par l'Etat *jure hereditario*; et il faut bien reconnaître que cette orientation trouve sa justification dans des arguments assez consistants :

a) Dans cette considération que le Code civil traite des droits du conjoint survivant et de ceux de l'Etat dans une même section (art. 767 et suiv.) et pour les soumettre à des réglementations similaires; or, le conjoint survivant est assurément un héritier au sens large du mot; il doit en aller de même de l'Etat dont la situation est appareillée à la sienne;

b) L'Etat succède à une *universalité*, ce qui est bien la caractéristique d'une vocation héréditaire; il recueille un

ensemble de biens; il est tenu du passif comme il recueille l'actif;

c) L'Etat est parfois primé pour des biens déterminés par certains établissements publics, notamment par les *hospices* (avis du C. d'Etat du 8 nov. 1809) et par la Caisse des *retraites* pour la vieillesse (L. 18 juin 1850, art. 7; l. 20 juill. 1886, art. 18). Or, il est admis que ces établissements appréhendent les biens à eux attribués, *jure hereditario* : pourquoi en irait-il autrement de l'Etat dont les établissements en cause ne sont que des émanations?

d) Enfin, on remarque que la thèse de l'Etat héritier a fait de grands progrès sur le terrain législatif; elle est admise par les Codes civils *allemand* (art. 1936), *italien* (art. 758), *espagnol* (art. 956); en *Suisse*, la même conception triomphe (art. 466) avec cette particularité que le canton est substitué à l'Etat; c'est lui qui hérite, et qui hérite véritablement (Rossel et Mentha, t. I, p. 511). Evidemment, notre droit français n'est pas sous la dépendance des législations étrangères; mais, dans le silence des textes, l'expression du droit commun législatif n'est pas à négliger; mieux vaut s'orienter dans le sens qu'à l'encontre d'un courant mondial.

787. Intérêts de la question. — 1° En *droit international privé*, l'intérêt est manifeste au cas où un étranger vient à décéder en France, sans laisser de parents connus ni de conjoint : c'est alors un Etat qui recueillera ses biens, incontestablement, mais lequel? Avec l'ancienne conception, ce sera l'Etat français qui invoquera sa souveraineté; dans la thèse nouvelle, ce sera l'Etat dont le défunt était le ressortissant;

2° En *droit civil interne*, la question offre un intérêt que nous rencontrerons en recherchant à quelles conditions peut être *rétractée* une renonciation à une succession (*inf.*, n° 879);

3° Dans le cas — assez invraisemblable — où le défunt aurait exhérédé tous ses parents, son conjoint et l'Etat lui-même, ce dernier n'en recueillerait pas moins l'hérédité dans la première conception, car son droit de déshérence, droit de souveraineté, droit de police, n'a pas pu être neutralisé; mais, dans la conception nouvelle, on ne voit pas à quel titre il pourrait se présenter, car il a été exclu en tant qu'héritier. La conséquence, inattendue, serait que le testament deviendrait inopérant, comme tendant à établir l'intransmissibilité des biens héréditaires, objectif contraire à l'ordre public : la dévolution héréditaire s'ouvrirait donc

dans les termes du droit commun, comme si le testament n'existait pas.

788. Le développement des droits de l'Etat ; les impôts sur les successions. — En reconnaissant, comme nous venons de le faire, la qualité d'héritier à l'Etat, on évite de lui assurer un domaine éminent sur les biens héréditaires et on se garde des exagérations commises par le Code civil des *Soviets* qui consacre sa mainmise partielle sur toutes les successions au delà de 10.000 roubles-or, même en ligne directe descendante (Code civil *soviétique*, art. 416 et 417). Sans doute, on a bien proposé, dans notre pays, d'accorder à l'Etat, en tant qu'héritier, une part, et une part réservataire, dans toutes les successions, en sorte qu'il fût devenu l'enfant — ou le père — de tout le monde (proposition Palmade, *Rev. trim.* 1926, p. 240) ; mais cette proposition a été disjointe du projet de loi sur le redressement financier, et les familles n'auront pas à compter avec ce cohéritier d'un nouveau genre.

789. — Au reste, l'Etat, s'il ne se présente qu'exceptionnellement en tant qu'héritier et seulement en l'absence de tous parents et de conjoint, se sert sous une autre forme en prélevant, sur l'actif successoral, des *impôts* de plus en plus élevés, dont l'histoire est une progression à peu près constante : jadis *proportionnels*, ils sont devenus *progressifs* (Lois 25 fév. 1901 et 30 mars 1902) et le taux en fut maintes fois majoré (Lois 8 avril 1910, 31 déc. 1917, 25 juin 1920, 22 mars 1924, etc.) ; dans cette marche à la confiscation de la fortune acquise, quelque lueur d'espoir est apparue avec les avantages consentis aux héritiers venant à une succession laissée par un père de famille nombreuse, avec l'immunité dont bénéficie le bien de famille, comme aussi avec les décrets récents portant dégrèvement en vue d'encourager la construction et la réparation d'immeubles (*inf.*, n° 789*bis*) ; sans insister davantage, dans un cours de droit civil, sur l'historique d'une matière qui est spécifiquement d'ordre financier, nous nous bornerons à l'exposé sommaire de notre droit positif actuel, tel qu'il ressort de la loi du 31 décembre 1936 *portant réforme fiscale*, articles 42 et suivants (C. Enreg., art. 405 et suiv.), et du décret-loi du 2 mai 1938 *relatif au budget*, article 9.

Les principes qui ont présidé à l'établissement du régime en vigueur sont les suivants :

1° *Unicité de l'impôt.* — C'est un seul impôt, dit *de mutation*, qui frappe la transmission successorale; la *taxe successorale*, qui avait été instituée, à côté et en superposition du droit de mutation, par la loi du 31 décembre 1917, a disparu avec le décret-loi du 11 juillet 1934 *portant réforme fiscale en matière de droits de succession;*

2° *Unicité du tarif de l'impôt.* — Tandis que ce décret-loi de 1934 prévoyait une série de tarifs, la loi du 31 décembre 1936, qui régit actuellement la matière, fixe un tarif unique pour toutes les transmissions par décès et abroge expressément les articles 406 et 407 du Code de l'enregistrement qui établissaient des tarifs spéciaux en faveur des parts successorales ne dépassant pas un certain chiffre;

3° *Taux progressif.* — Le taux adopté par la loi de 1936 n'est pas seulement proportionnel à l'émolument de l'héritier, mais il a un caractère progressif en fonction de l'importance de cet émolument : par exemple, il sera, pour l'enfant unique venant à la succession paternelle, de 1,50 %, jusqu'à 5.000 francs, de 2 % de 5.001 à 10.000 francs, de 4,50 % de 10.001 à 50.000 francs, etc., pour atteindre, au delà de 150.000.000 de francs, jusqu'à 60 % (C. enreg., art. 405);

4° La taxe est établie sur *la part nette* recueillie par chaque ayant droit (art. 408 C. enreg.) : on déduira donc, pour l'établir, de l'actif brut, le montant du passif;

5° *Maxima de perception.* — Des maxima sont établis par l'article 408 du Code de l'enregistrement, tel que la teneur en a été fixée par la loi du 31 décembre 1936, à savoir : *a*) en ligne directe et entre époux, 25 % du montant de l'émolument net du successible; *b*) en ligne collatérale et jusqu'au degré de cousin germain, 40 %; *c*) entre parents au delà du quatrième degré et entre personnes non parentes (ceci pour les legs), 50 %;

6° Pour le calcul de l'impôt et l'établissement de la taxe, on tient compte des *enfants laissés par le défunt*, du moins lorsque, comme il arrive ordinairement, la transmission a lieu dans la ligne descendante, dans la ligne ascendante, ou bien entre époux; on en tient même compte doublement sur deux plans différents :

a) Le *taux* adopté pour le calcul de l'impôt varie selon que le *de cujus* n'a pas laissé d'enfant ou qu'il en a laissé un seul ou enfin qu'il en laisse deux ou davantage, *vivants ou représentés*; c'est ainsi que, dans les successions entre époux, le taux minimum (de 1 à 5.000 francs), qui est de 6 % dans

le premier cas, s'abaisse à 5 % dans le second et à 4 % dans le troisième;

b) Un *abattement* est réalisé, pour la détermination de l'actif global net sur lequel est établie la taxe, du moment que le *de cujus* a laissé plus de deux enfants; cet abattement est effectué à raison de 10 % par enfant *en sus du deuxième*, et sans que la réduction puisse excéder 20.000 francs par enfant (C. enreg., art. 408, réd. formulée par l. 31 déc. 1936, art. 43). Il est à noter qu'il est fait état, pour la réalisation de cet abattement, non seulement des enfants vivants, mais aussi de certains enfants prédécédés, à savoir : ceux qui sont décédés avant d'avoir atteint l'âge de seize ans révolus et ceux qui, avant cet âge, auraient été tués par l'ennemi au cours des hostilités ou seraient décédés des suites de faits de guerre, soit durant les hostilités, soit dans l'année à compter de leur cessation. Toutefois, le bénéfice de cette disposition est limité aux successions recueillies par le conjoint, les descendants, les ascendants et les collatéraux privilégiés (L. 31 déc. 1936, art. 45 cbn., art. 421 C. enreg.); de plus, il ne concerne que l'abattement prévu par l'article 408 du Code de l'enregistrement et non plus la détermination du taux de l'impôt, lequel est établi d'après le nombre des enfants vivants ou représentés, à l'exclusion des enfants prédécédés, même morts pour la France (L. 31 déc. 1936, art. 45-2°).

7° La loi prend aussi en considération le nombre des *enfants de l'héritier* : au delà de deux enfants *vivants* lors de l'ouverture de la succession, les droits à percevoir sont diminués de 10 % pour chaque enfant en sus du second, sans que la réduction puisse dépasser 2.000 francs par enfant, ni que la réduction totale puisse excéder 50 % (C. enreg., art. 410).

Ces principes généraux exposés, voici quel est le barème des droits de mutation successoraux, tel qu'il est établi par l'article 42 de la loi du 31 décembre 1936, mais avec cette spécification que ces droits *ont tous été majorés de 8 % par l'article 9 du décret-loi du 2 mai 1938*, relatif au budget [1], étant entendu (même texte) que cette majoration restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 1939; à raison de son caractère provisoire — mais le provisoire ne devient-il pas souvent le définitif? — *il n'en est point fait état dans le tableau suivant.*

[1] Toutefois, la majoration est étrangère aux maxima de 25, 40 et 50 % : le « plafond » de la fiscalité demeure établi tel qu'il avait été fixé par l'article 408 du Code de l'enregistrement.

INDICATION du degré de parenté du nombre d'enfants laissés par le défunt	TARIF APPLICABLE A LA FRACTION DE PART NETTE COMPRISE ENTRE												
	1 et 5.000 fr.	5.001 et 10.000 fr.	10.001 et 50.000 fr.	50.001 et 100.000 fr.	100.001 et 250.000 fr.	250.001 et 500.000 fr.	500.001 et 1.000.000 fr.	1.000.001 et 2.000.000 fr.	2.000.001 et 5.000.000 fr.	5.000.001 et 10.000.000 fr.	10.000.001 fr. et 50.000.000 fr.	50.000.001 et 150.000.000 fr.	Au delà de 150.000.000 fr
	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%
ligne directe descendante au 1er degré.													
nfant vivant ou représenté	1,50	2,00	4,50	8,00	11,00	15,00	22,00	27,00	30,00	35,00	40,00	50,00	60,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	1,00	1,50	2,50	4,50	6,00	8,00	13,00	16,00	18,00	22,00	26,00	34,00	40,00
ligne directe descendante au 2e degré.													
nfant vivant ou représenté	2,50	5,00	8,00	10,00	12,00	16,00	24,00	28,00	32,00	38,00	42,00	52,00	62,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	2,00	3,50	5,00	8,00	11,00	15,00	20,00	25,00	30,00	35,00	40,00	50,00	60,00
Entre époux.													
d'enfant vivant ou représenté	5,00	9,00	15,00	19,00	23,00	28,00	32,00	35,00	40,00	44,00	48,00	55,00	62,00
nfant vivant ou représenté	3,00	6,00	9,00	12,00	15,00	20,00	25,00	28,00	32,00	36,00	42,00	52,00	60,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	2,00	3,00	4,00	5,50	8,00	12,00	16,00	20,00	24,00	28,00	36,00	48,00	55,00
ligne directe descendante au delà du 2e degré.													
nfant vivant ou représenté	5,00	6,00	9,00	12,00	15,00	20,00	25,00	28,00	32,00	40,00	44,00	55,00	65,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	3,00	4,00	6,00	8,00	10,00	12,00	16,00	20,00	24,00	28,00	36,00	48,00	60,00
ligne directe ascendante au 1er degré.													
s d'enfant vivant ou représenté	6,00	10,00	16,00	20,00	25,00	30,00	35,00	40,00	45,00	50,00	55,00	60,00	70,00
nfant vivant ou représenté	5,00	7,50	11,00	14,00	20,00	25,00	30,00	35,00	40,00	45,00	50,00	55,00	62,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	4,00	4,50	6,00	7,50	10,00	15,00	20,00	25,00	30,00	35,00	40,00	45,00	55,00
ligne directe ascendante au 2e degré et au delà.													
s d'enfant vivant ou représenté	7,00	11,00	17,00	21,00	26,00	32,00	36,00	42,00	48,00	52,00	56,00	62,00	70,00
nfant vivant ou représenté	6,00	8,00	11,50	15,00	21,00	26,00	32,00	36,00	42,00	48,00	52,00	57,00	62,00
nfants ou plus vivants ou représentés . . .	4,50	5,00	7,00	9,00	11,00	16,00	22,00	28,00	32,00	36,00	42,00	45,00	55,00
tre frères et sœurs . .	18,00	20,00	25,00	32,00	38,00	42,00	46,00	50,00	54,00	58,00	62,00	66,00	72,00
tre oncles ou tantes, neveux ou nièces . .	22,00	25,00	30,00	35,00	40,00	45,00	48,00	52,00	56,00	60,00	65,00	70,00	75,00
tre grands-oncles et grand'tantes et petits-neveux ou petites-nièces et entre cousins germains	28,00	30,00	36,00	40,00	45,00	48,00	50,00	54,00	58,00	62,00	68,00	72,00	78,00
tre parents au delà du de degré et entre personnes non parentes .	32,00	36,00	40,00	44,00	48,00	50,00	54,00	60,00	64,00	68,00	72,00	75,00	80,00

789*bis*. Bien de famille ; mesures de détente fiscale. — Il semble que le point culminant de la fiscalité ait été atteint et qu'on aspire enfin à redescendre la pente. Il faut le souhaiter, dans l'intérêt de la famille et, par conséquent, dans celui du pays : le jour où l'Etat mettrait la main, sous une forme ou sous une autre, sur la totalité ou seulement sur la plus grosse part de l'actif successoral, un des plus puissants stimulants de l'activité humaine, à savoir le désir de transmettre à ses enfants le fruit de son labeur et de son économie, serait émoussé, et l'équilibre de notre société en deviendrait gravement menacé. Le législateur *italien* l'a bien compris, qui a exonéré les successions de toutes taxes, au moins entre proches parents et, notamment, dans la ligne directe descendante : nos pouvoirs publics l'ont compris aussi lorsqu'ils ont exonéré le *bien de famille*, tel qu'il est défini par la loi du 22 février 1931, de l'acquittement des droits de mutation par décès, à condition que l'immeuble soit à usage d'exploitation agricole ou artisanale, que cette exploitation ait été assurée par le *de cujus* avec l'aide de sa famille et d'un seul domestique ou ouvrier, et que l'un au moins des héritiers ou l'époux survivant prenne l'engagement de la continuer, dans les mêmes conditions, pendant un délai de cinq années à compter de l'ouverture de la succession (C. enreg., art. 414, mod. par d.-l. 21 avril 1939) ; l'exemption fiscale est d'ailleurs limitée à la somme de 100.000 francs, encore que la valeur du bien puisse atteindre, dès sa fondation, 120.000 francs (D.-l. 14 juin 1938 *relatif au bien de famille insaisissable*, art. 2). En outre, le ou les héritiers qui continuent l'exploitation bénéficient d'une réduction de 50 % sur la fraction des droits de mutation dont ils seront personnellement débiteurs, à la condition que, compte tenu de l'exploitation agricole ou artisanale, l'actif global net de la succession ne dépasse pas 200.000 francs (C. enreg., art. 414*bis*, ajouté par d.-l. 21 avril 1939).

D'autre part, deux décrets-lois en date du 28 février 1939, rendus sur les propositions de la commission « de détente fiscale » instituée par application du décret-loi du 12 novembre 1938, ont ajouté au Code de l'enregistrement les articles 414*bis* et 414*ter* dont les dispositions, destinées à *encourager la construction et la réparation d'immeubles*, d'un côté portent exemption des droits de mutation par décès pour la valeur des immeubles bâtis dont la construction, commencée entre le 1er mars et le 1er octobre 1939, aura été

achevée avant le 1er janvier 1941, d'autre part, décident que, pour l'assiette des droits de mutation par décès, le montant des travaux d'entretien, de réparation ou d'amélioration, exécutés et payés par le défunt entre le 1er mars 1939 et le 1er janvier 1940, est à déduire de cet immeuble. Toutefois, ces immunités et ces atténuations à la fiscalité sont limitées par les deux décrets-lois aux successions entre parents jusqu'au quatrième degré inclus.

789*ter*. Succession recueillie par l'adopté. — La loi budgétaire du 16 avril 1930 a réalisé une réforme très spéciale, inscrite dans l'article 420 du Code de l'enregistrement : les droits de mutation exigibles sur les transmissions à titre gratuit entre l'*adoptant* et l'*adopté* sont liquidés et perçus *sans tenir compte du lien de parenté résultant de l'adoption*, sauf dans trois cas déterminés, lorsque la transmission a lieu en faveur : 1° d'enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant; 2° de pupilles de la Nation ou de l'Assistance publique, ou d'orphelins d'un père mort pour la France; 3° d'adoptés qui, pendant leur minorité et pendant six ans au moins, auront reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus (art. 22 de la loi). Une loi du 31 décembre 1938 a ajouté à cette liste un nouveau cas d'exemption : 4° en faveur des adoptés dont le ou les adoptants ont perdu, « morts pour la France », tous leurs descendants en ligne directe (L. 31 déc. 1938 *portant fixation du budget général de l'exercice 1939*, art. 12).

Conformément au droit commun, il appartient à l'adopté, lorsqu'il réclame qu'application lui soit faite de ces dispositions exceptionnelles, d'établir qu'il est fondé à le faire, et par exemple qu'il rentre bien dans le troisième cas prévu (Req., 29 mars 1938, *D.H.*, 1938, 308).

§ II. — *DÉVOLUTION D'UNE SUCCESSION LAISSÉE PAR UN DÉFUNT QUI AVAIT L'ÉTAT D'ENFANT NATUREL*

(Art. 765 et 766)

790. Hypothèse. — Nous supposons ici que le défunt avait la position juridique d'*enfant naturel*, mais en outre :

1° Que sa filiation avait été officiellement établie, soit au moyen d'une reconnaissance, soit par un jugement; sans quoi, véritable épave, il n'aurait d'autre famille que celle qu'il aurait pu se créer : descendants, légitimes ou naturels, conjoint (Req., 4 juin 1931, *S.*, 1931, 1, 346);

2° Que la filiation, ainsi régulièrement consacrée, n'était entachée ni d'inceste, ni d'adultérinité; sans quoi elle ne saurait servir de base à une vocation successorale, tant du côté de l'enfant qu'au profit de ses parents; comme on le sait, l'enfant adultérin ou incestueux n'a droit qu'à des aliments (art. 762, *sup.*, n° 747). Celui-là, comme l'enfant non reconnu, n'aura donc pas d'autres héritiers que ceux qu'il aura pu se créer par ses propres moyens.

Tout autre est la situation de l'enfant naturel simple dont la filiation a été officiellement établie; celui-là peut laisser, lors de son décès, une famille assez nombreuse, composée, non seulement de descendants — légitimes ou naturels — et d'un conjoint, mais aussi d'un ou de deux ascendants, voire même de certains *collatéraux* que la loi appelle à lui succéder. Seulement, ces ordres de successibles sont moins compréhensifs que si le défunt appartenait à une famille légitime et leurs droits sont soumis à des règles particulières que nous allons déterminer.

791. — I. L'ordre des *descendants* n'appelle pas d'observation particulière; il se présente dans les mêmes conditions que s'il s'agissait de recueillir la succession d'un enfant légitime.

792. II. **Ascendants.** — A défaut de descendants, l'ordre des *ascendants* est appelé à recueillir la succession laissée par l'enfant naturel; mais cet ordre est traité de tout autre façon que s'il s'agissait de la dévolution d'une hérédité laissée par un enfant légitime.

1° L'ordre des ascendants est réduit, au maximum, à deux représentants : le *père* et la *mère*. On sait, en effet, que l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de ses auteurs; juridiquement, il n'est pas le petit-fils des parents de ses parents (*sup.*, t. I, n° 1176). Il advient même souvent qu'il n'est rattaché officiellement qu'à l'un de ces deux parents, l'autre ne l'ayant pas reconnu : en pareil cas, la succession tout entière est déférée à l'auteur de la reconnaissance, tandis qu'elle est attribuée par moitié, au père et à la mère, s'ils ont tous deux reconnu leur enfant (art. 765);

2° Les père et mère naturels sont complètement exclus, non seulement par les descendants légitimes, mais aussi par les enfants naturels; c'est ce qui résulte de l'article 765 qui ne les appelle à la succession de leur enfant qu'autant que celui-ci est décédé « *sans postérité* ». Au contraire, les ascendants d'un enfant légitime recueillent le quart de la

succession lorsqu'ils se trouvent en présence d'un enfant naturel (art. 759) ;

3° A l'inverse, le père ou la mère naturels excluent complètement les frères et sœurs naturels, lesquels ne recueillent la succession qu'à leur défaut (art. 766).

793. III. Les collatéraux. — A défaut de descendants et d'ascendants, la succession de l'enfant naturel est déférée aux *frères et sœurs naturels*, ou à leurs descendants *légitimes* (art. 766 cbn., art. 761). Cette disposition est dérogatoire au droit commun, à ce principe que l'enfant naturel n'est pas relié à la famille de ses auteurs (art. 757) ; elle doit donc être interprétée restrictivement. Il y a lieu d'observer à cet égard :

1° Que les *frères et sœurs légitimes* de l'enfant naturel sont dépourvus, vis-à-vis de lui, de vocation successorale; le Code civil leur accorde seulement un droit de *succession anomale*, limité aux biens que l'enfant avait reçus de ses parents (art. 766; *inf.*, n° 804) ;

2° Que les enfants *naturels* du frère ou de la sœur naturels ne seraient pas admis à recueillir la succession de leur oncle ou de leur tante; en ce qui les concerne, le principe d'après lequel l'enfant naturel n'est pas relié à la famille de ses auteurs, n'a pas été écarté (Paris, 26 mars 1891, *S.*, 1891, 2, 204, *D. P.*, 1891, 2, 172).

Les frères et sœurs naturels se partagent la succession par *tête*; leurs enfants *légitimes* ont qualité pour venir à la succession, à leur défaut, soit de leur chef, soit par représentation (art. 766 cbn., art. 761).

§ III. — *SUCCESSION LAISSÉE PAR UN ENFANT ADOPTIF*

(Art. 358)

794. Diverses éventualités. — 1° Si le défunt laisse des *descendants*, le droit commun s'applique purement et simplement;

2° A défaut de descendants, la succession de l'adopté va, non pas à l'adoptant, comme on pourrait le penser, mais à la famille d'origine du défunt, père, mère, frère ou sœur, collatéral ordinaire : le lien du sang est plus fort ici que le lien contractuel. C'est qu'on a voulu éviter ainsi un calcul intéressé de la part de l'adoptant; il ne faut pas que l'adoption devienne pour lui une affaire; c'est pourquoi la loi lui enlève tout espoir successoral, faisant ainsi échec au grand principe de la réciprocité en matière de vocation héré-

ditaire : l'adopté est l'héritier présomptif de l'adoptant, mais la réciproque n'est pas vraie;

3° Cependant, le Code civil attribue à l'adoptant, en cas de prédécès de l'adopté, le droit de *reprendre* dans sa succession les biens qu'il lui avait donnés (art. 358, § 1) : c'est un droit de *succession anomale* à l'étude duquel nous arrivons maintenant.

§ IV. *LES SUCCESSIONS ANOMALES*

(Art. 358 et 359; 747; 766)

795. Vue générale. — En thèse générale, la loi ne prend pas en considération la nature ni l'origine des biens du *de cujus* pour en régler la dévolution (art. 732). Cependant, il peut se rencontrer, dans le patrimoine héréditaire, certains biens que la loi estime, à raison de leur provenance, devoir revenir à telle personne déterminée, quelle que soit d'ailleurs la position de cette personne vis-à-vis de l'ensemble de l'hérédité et alors même qu'elle serait dépourvue de toute vocation successorale ordinaire, le défunt ayant laissé des successibles d'un ordre ou d'un rang préférables. Ces biens, qui sont ainsi attribués à cette personne en vertu d'une vocation successorale toute spéciale, constituent comme une hérédité dans l'hérédité; la transmission s'en effectue, non par voie de succession ordinaire, mais par voie de *succession anomale*, c'est-à-dire, littéralement, *en dehors de la règle*, en marge du droit commun d'après lequel les biens héréditaires sont attribués sans qu'on s'inquiète de leur nature ni de leur origine; en vertu d'une sorte de choc en retour, ces biens-là remontent à leur source; ils reviennent à leur point de départ, phénomène qu'on exprime couramment en disant qu'il y a alors *retour légal* ou *retour successoral* : c'est, par exemple, un bien qui, jadis donné par un grand-père à un petit-fils, fait retour, lors du prédécès de ce dernier, à l'ascendant donateur.

796. Plan. — Nous étudierons :

1° Les *cas* dans lesquels il y a succession anomale;

2° La *nature* de cette institution et les *principes généraux* qui président à son fonctionnement.

N° 1

Les cas de succession anomale

797. Enumération. — Le Code civil ouvre une succession anomale au profit de trois catégories de personnes :

1° Au profit de l'*ascendant donateur* (art. 747);
2° Au profit de l'*adoptant* ou de ses *enfants* (art. 358 et 359);
3° En faveur des *frères et sœur légitimes* de l'enfant naturel (art. 766).

Il est à peu près impossible de conduire de front l'étude de ces trois cas de succession anomale qui obéissent à des statuts différents : nous les examinerons donc successivement.

798. I. Succession anomale établie au profit de l'ascendant donateur. — Art. 747. — La loi donne à l'ascendant donateur le droit de reprendre, dans la succession du descendant donataire prédécédé, les biens qu'il lui avait précédemment donnés.

Les conditions mises à l'exercice de ce droit sont au nombre de trois :

1° *La donation est émanée d'un ascendant du gratifié.* — De quel ascendant s'agit-il au juste? Peu importe qu'il soit privilégié ou non; le père, la mère, les grands-parents, les arrière-grands-parents rentrent dans la formule légale. Mais que décider pour les père et mère *naturels*? Doivent-ils être, en cette matière, assimilés aux ascendants légitimes?

La question est discutée et ne laisse pas d'être embarrassante, au point que la Cour de cassation semble éviter de se prononcer (Req., 20 nov. 1922, *D. P.*, 1923, 1, 178). D'une part, en faveur de l'assimilation, on fait valoir : 1° que l'article 747 ne distingue pas; 2° que les raisons de décider sont les mêmes; 3° que les frères et sœurs légitimes ont un droit de retour (art. 766) : comment refuser ce même droit aux ascendants de l'enfant naturel dont la vocation, pour la succession ordinaire, est plus forte que celle des frères et sœurs légitimes? (*sup.*, n° 793).

Cependant, l'opinion restrictive l'emporte : l'article 747 figure au centre de dispositions relatives aux droits successoraux de la famille légitime; et son interprétation stricte s'impose, puisqu'il institue un droit de succession anomale, en marge de la règle commune, et on s'explique que les père et mère naturels soient moins bien traités, à cet égard, que les frères et sœurs légitimes, car, à la différence de ceux-ci, ils ont un droit de succession ordinaire et peuvent donc, à la rigueur, se passer du droit de retour légal (Paris, 27 nov. 1845, *D. P.*, 1845, 2, 180).

On remarquera que la question ne présente d'intérêt pratique que dans le cas où l'enfant naturel prédécédé avait été

reconnu par ses deux auteurs; si sa filiation n'a été établie qu'à l'égard de l'un d'eux seulement, c'est celui-là qui recueille toute la succession, au titre du droit commun.

799. Remarque. — Le droit de retour de l'ascendant est doublement *personnel* : 1° si l'ascendant prédécède au descendant gratifié, la succession anomale ne s'ouvre pas au profit de ses héritiers; 2° si le gratifié prédécède laissant des héritiers, le droit de retour disparaît également; c'est seulement dans la succession du descendant gratifié qu'il peut être exercé (art. 747).

800. — 2° Il faut — et c'est la seconde condition — que le gratifié prédécède à l'ascendant donateur (art. 747).

801. — 3° La loi exige enfin que le descendant gratifié *ne laisse point de postérité* (art. 747, § 1). Le commentaire de cette formule appelle quelques explications; on n'est pas d'accord sur le sens à attribuer au mot « *postérité* ».

a) Certainement, des descendants *légitimes* ou *légitimés* font obstacle au droit de retour, sans distinction de degré;

b) Pour l'enfant *adoptif*, la question est discutée : sans doute, l'article 357 accorde à cet enfant, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y auraient des enfants ou descendants légitimés; or, de tels descendants feraient obstacle au droit de retour; il semble donc logique de décider qu'il en va de même des enfants adoptifs.

Mais, d'autre part, le mot « postérité » évoque une communauté du sang, et l'on peut douter que l'ascendant ait entendu comprendre dans sa libéralité une descendance d'origine artificielle à laquelle il n'a pas dû songer; aussi la plupart des auteurs s'en tiennent-ils à l'interprétation restrictive;

c) Pour les enfants *naturels*, la controverse est également instituée, et c'est dans le sens restrictif que s'affirme la jurisprudence (Civ., 3 juill. 1832, *D. Jur. gén. Succession*, 249; 9 août 1854, *D. P.*, 1854, 1, 265; Douai, 14 mai 1851, *D. P.*, 1852, 2, 276). On peut dire, en ce sens, que l'ascendant donateur, qui est censé avoir compris dans sa libéralité sa descendance légitime, n'a pas dû songer à gratifier les enfants naturels de son fils ou de son petit-fils; de plus — et si l'on suit l'opinion dominante qui s'est formée à l'encontre des enfants adoptifs — il serait bizarre d'accorder des droits plus forts à un enfant naturel qu'à un enfant d'adoption. Cependant, il a été jugé que l'enfant naturel fait obstacle à l'exercice du droit de retour et cette opinion a acquis un

regain de vitalité du fait de la loi du 25 mars 1896 qui a fait des enfants naturels de véritables héritiers, investis d'un droit successoral identique, en nature sinon en quotité, à celui des enfants légitimes (*inf.*, n° 828; Orléans, 14 mars 1902, *D. P.*, 1903, 2, 504, *S.*, 1904, 2, 276).

802. II. **Succession anomale établie au profit de l'adoptant ou de ses enfants.** — Ce sont, en réalité, deux droits de retour qui sont institués à cette occasion par les articles 358 et 359.

Le point de départ est toujours le même : une donation a été consentie par l'adoptant à l'enfant adoptif; puis, ce dernier décède. Deux éventualités sont à prévoir :

1° **L'enfant adoptif qui a été gratifié prédécède sans postérité.** — Ici, le législateur exclut formellement, de la postérité qu'il envisage, les enfants naturels, car il suppose que l'enfant ne laisse point de descendants *légitimes* (art. 358, § 1). La jurisprudence fait le même sort à l'enfant adoptif de l'adopté prédécédé, en alléguant que ce n'est point là un enfant légitime (Req., 14 fév. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 225; Bordeaux, 23 août 1854, *S.*, 1854, 2, 598); on peut objecter, comme précédemment, que l'enfant adoptif a les mêmes droits successoraux que l'enfant légitime; comme lui, il devrait donc logiquement faire obstacle au droit de retour.

Lorsque l'adopté est ainsi prédécédé sans postérité légitime, le droit de retour s'ouvre, soit au profit de l'*adoptant* s'il vit encore, soit, s'il est prédécédé, au profit de ses *descendants* (art. 358, § 1) : c'est une différence notable avec le droit de retour de l'ascendant donateur qui ne peut s'ouvrir qu'à son profit et qui implique donc nécessairement sa survie au gratifié.

Quant aux *descendants* de l'adoptant visés dans l'article 358, il faut les limiter aux descendants légitimes ou légitimés, à l'exclusion des enfants naturels et des autres enfants adoptifs, lesquels n'ont pas de vocation héréditaire par rapport aux parents de l'adoptant (Req., 14 fév. 1855, précité, et 20 oct. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 576, *S.*, 1904, 1, 20; Bordeaux, 23 août 1854, précité; Paris, 31 janv. 1902, *S.*, 1903, 2, 194, *D. P.*, 1902, 2, 251).

803. 2° **L'enfant adoptif décède laissant un ou plusieurs descendants dont la présence fait obstacle au droit de retour.** — Si ces descendants viennent eux-mêmes à disparaître sans postérité, le droit de retour renaîtra, et

c'est une nouvelle différence avec celui de l'ascendant donateur. Mais, pour qu'il en soit ainsi, la loi exige que l'*adoptant soit encore vivant*; seul, il peut reprendre les biens dans la succession d'un descendant de l'enfant gratifié; ses propres descendants n'en auraient pas la possibilité : c'est dans cette mesure seulement que le droit de retour de l'adoptant lui est strictement personnel (art. 359).

804. III. Succession anomale instituée au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. — Art. 766. Un individu a un ou plusieurs enfants légitimes, et un ou plusieurs enfants naturels : ceux-ci ont reçu de leur père ou de leur mère des biens qui leur ont été transmis à titre gratuit, *par un procédé quelconque* : donation entre vifs, testament, succession *ab intestat*; puis, ils décèdent, ne laissant ni postérité quelconque, ni ascendant. Leur succession ordinaire est attribuée aux frères et sœurs naturels, au conjoint ou à l'Etat; quant aux frères et sœurs légitimes, ils ne succèdent pas (*sup.*, n° 793). Dans ces conditions, il a paru équitable de distraire de l'hérédité les biens donnés ou légués par le père ou la mère naturels ou recueillis dans leur succession, pour les faire retourner à la famille légitime, dans les personnes des frères et sœurs légitimes à qui le Code civil confère à cet effet un droit de retour légal.

Il faut observer à cette occasion :

1° Que le droit de retour de l'article 766, comme celui de l'article 747, ne peut être exercé que dans la succession de l'enfant, non dans celle de ses descendants;

2° Qu'il s'exerce, non seulement sur les biens *donnés*, mais aussi sur les biens *légués* ou recueillis dans la succession *ab intestat* de l'auteur naturel : à cet égard, le droit de retour des frères et sœurs légitimes revêt une ampleur exceptionnelle;

3° Que ce droit est inhérent aux personnes des frères et sœurs légitimes et qu'il doit être refusé à leurs descendants; on en a bien douté, mais la Cour de cassation s'est prononcée pour la solution restrictive (Civ., 1er juin 1853, *D. P.*, 1853, 1, 177), et à juste titre : la succession anomale est une institution exorbitante du droit commun qui ne comporte pas l'interprétation extensive; or, l'article 766 ne vise que les frères et sœurs légitimes, non leur descendance. Il est bien vrai qu'en thèse générale, les descendants des frères et sœurs ont les mêmes droits que ceux-ci, appartenant comme eux à la catégorie des collatéraux privilégiés; mais cette règle

ne vaut que pour les successions ordinaires, et il faut bien songer qu'aucun lien de parenté n'existait juridiquement entre les descendants des frères et sœurs légitimes et l'enfant naturel prédécédé.

N° 2

Nature juridique des successions anomales et principes généraux qui président à leur fonctionnement

805. Justification des successions anomales. — Les successions anomales trouvent leurs justifications dans les conditions mêmes qui sont mises à leur exercice; elles répondent au vœu du donateur qui avait entendu gratifier telle personne et non telle autre; notamment, le grand-père qui a doté sa petite-fille, n'a eu en vue que celle-ci et sa descendance; il serait contraire à sa volonté probable, et même à peu près certaine, que, par suite du prédécès imprévu, prématuré, de la donataire, sans postérité, la libéralité remontât d'un degré et profitât au père et à la mère que le disposant n'a jamais eu l'intention de gratifier : c'est à ce résultat inique, à cette *réversion* insolite, que vient s'opposer la succession anomale instituée dans l'article 747, en conformité des exigences de la justice et des intentions du disposant; elle ne déroge au droit commun successoral que pour donner satisfaction à un droit commun supérieur, au principe de la force obligatoire des contrats, du respect de la volonté contractuelle.

Il était bon de mettre en relief ce double caractère de la succession anomale, à la fois exorbitante du droit commun successoral et cependant protectrice, interprétative de la volonté du disposant, avant d'en dégager la *nature spécifique*.

806. Nature juridique des différents droits de retour légaux. — Si l'on consulte les précédents, la détermination de cette nature juridique devient embarrassante : tandis qu'en *droit romain*, le droit de retour accordé au père de famille au cas où sa fille venait à décéder *constante matrimonio*, fonctionnait ainsi qu'une *condition résolutoire*, donc avec *rétroactivité*, tandis que, dans nos *pays de droit écrit*, cette institution fut consacrée et développée en ce sens qu'elle fonctionna au profit de l'ascendant donateur, quel qu'il fût, au contraire nos *pays de coutume* envisagèrent le droit de retour légal sous l'angle successoral : il s'y réali-

sait *jure hereditario*, donc sans rétroactivité; aux termes de l'article 213 de la coutume de Paris, « toutefois *succèdent* à choses par eux données à leurs enfants ou descendants... » : dans cette conception coutumière, l'ascendant donateur était donc l'ayant cause du descendant donataire prédécédé sans postérité.

Les rédacteurs du Code civil avaient à choisir entre ces deux conceptions : ils devaient construire le retour légal ou bien sur le type d'une condition résolutoire fonctionnant *rétroactivement* et *à titre particulier*, ou bien sur le modèle d'une succession s'ouvrant *sans rétroactivité* et *à titre universel*. On peut considérer comme acquis qu'ils ont opté pour la deuxième conception; le caractère successoral du droit de retour légal ressort : 1° de la *place* occupée par les articles 747 (dans la section IV : des *successions* déférées aux ascendants), 358 (à la suite du texte qui détermine les droits successifs de l'adopté vis-à-vis de l'adoptant) et 766 (dans un chapitre IV, intitulé : des *successions* irrégulières); 2° de la *terminologie* usitée par les rédacteurs du Code civil qui, à l'occasion du droit de retour légal, emploient les expressions *succession*, *succéder* (art. 747, 359). C'est donc bien à titre successif que les biens donnés reviennent à l'ascendant, à l'adoptant, aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel; suivant la formule très juste de la Cour de cassation, « le droit de retour légal (de l'ascendant) est essentiellement un droit successoral formant, à côté de la succession ordinaire et dans les circonstances que la loi détermine, une succession privilégiée dont la dévolution a lieu en vertu d'une vocation héréditaire spéciale et qui a pour objet une classe particulière de biens » (Ch. réun., 2 juill. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 353, avec le rapport du conseiller Roulier et les conclusions du procureur général Baudoin, *S.*, 1904, 1, 65, note Lyon-Caen).

807. — Donc, deux principes essentiels :

1° Le droit de retour légal est un droit de *succession*;

2° Les biens qui en sont l'objet correspondent à une *vocation héréditaire spéciale*, à une succession distincte de la succession ordinaire.

I. **Le droit de retour légal est un droit de succession :** c'est *jure hereditario* que l'ascendant, l'adoptant ou ses descendants, les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, reprennent les biens soumis au retour légal. Ce principe essentiel, dont nous avons établi l'exactitude, est fertile en conséquences se ramenant toutes à cette directive que les

théories successorales trouvent leur emploi dans les successions anomales.

1° Par exemple, la théorie de l'*indignité* : pour recueillir une succession anomale, il faut ne pas se trouver dans l'un des cas d'indignité qu'énumère l'article 727 (*sup.*, n° 731);

2° Par exemple, les règles relatives à l'*acceptation*, à la *renonciation*, et aussi à la *transcription* : si des immeubles par nature ou des droits immobiliers sont compris dans la succession anomale, le successeur devra faire transcrire l'*attestation notariée* prévue par l'article 1er-6°, de la loi du 23 mars 1855, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935, car ce texte ne distingue pas entre les différentes catégories d'héritiers; il vise toutes les transmissions immobilières à cause de mort qui s'effectuent au profit d'un seul héritier, ce qui est le cas ordinaire pour la succession anomale, laquelle constitue une hérédité dans l'hérédité et ne donne donc pas lieu à un partage entre le successeur anomal et les héritiers du droit commun (*inf.*, n° 1056);

3° Ou la règle prohibitive des *pactes sur succession future* : un ascendant donateur ne pourrait pas renoncer, par anticipation, au bénéfice du droit de retour (Ch. réunies, arrêt précité du 2 juill. 1903).

808. — 4° Le successeur anomal est tenu au *passif* dans la mesure où il recueille l'*actif*, la proportion étant fournie par celle des biens composant la succession anomale eu égard à l'ensemble des biens laissés par le défunt. La règle est posée, pour le droit de retour de l'ascendant, dans l'article 358, et elle est assurément valable pour les deux autres successions anomales, encore que les articles 747 et 766 gardent le silence sur ce point : *bona non sunt nisi deducto aere alieno*.

Cette solution, qui paraît d'abord aller de soi, est remarquable, si l'on réfléchit que la donation jadis consentie par l'ascendant ou par l'adoptant avait porté sur des biens isolément envisagés, ne constituant pas une universalité; il se trouve qu'après coup ces biens vont composer un tout, une universalité juridique, lorsqu'il s'agira pour le donateur ou pour ses descendants d'exercer leur droit de succession anomale : le *retour* des biens s'effectue à un titre universel, alors que leur *départ* s'était effectué jadis à titre particulier;

5° Précisément parce que le donateur se présente comme un successeur à cause de mort, il est passible des *droits de mutation* par décès;

809. — 6° Du moment que le successeur anomal est un héritier, il se présente en tant qu'ayant cause du donataire;

le voilà donc obligé de respecter, de subir les *droits réels* dont les biens donnés étaient grevés du fait ou du chef de celui-ci : un ayant cause ne saurait avoir plus de droits que son auteur; l'ascendant, par exemple, ne reprendra l'immeuble par lui jadis donné que grevé des hypothèques ou des servitudes nées du chef du descendant donataire, au lieu que, dans le système du droit romain et de nos pays de droit écrit, tous ces droits réels disparaissaient à raison de la résolution du titre du donataire.

810. Aliénations. — Supposons que le donataire, utilisant jusqu'à l'extrême limite les attributs de son droit de propriété, ait aliéné les biens qui lui avaient été remis; après quoi, il décède sans postérité; quelle sera alors la situation faite au titulaire du droit de retour? Pourra-t-il reprendre le bien aliéné? Lui permettra-t-on d'agir à cet effet contre le sous-acquéreur? Oui, dans le système des pays de droit écrit : la donation étant résolue, les sous-aliénations qui en dérivaient, qui étaient venues se greffer sur elle, sont elles-mêmes anéanties; mais non dans la conception du droit coutumier qui a passé dans le Code civil : un héritier ne recueille que les biens qui figurent dans l'hérédité, dans le patrimoine du défunt; et, par hypothèse, les biens jadis donnés n'y figurent plus; ils ont été régulièrement, valablement aliénés; ils sont hors des atteintes de l'ascendant ou de l'adoptant, puisqu'ils font partie intégrante du patrimoine d'un tiers. D'ailleurs, les textes sont formels ; article 747 : « *lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession* »; art. 358 : « ... *et qui existent en nature* »; art. 766 : « ... *s'ils se retrouvent en nature* ».

811. Subrogation réelle. — Mais alors le droit de retour légal apparaît comme singulièrement fragile; il va dépendre du gratifié de l'anéantir; il lui suffit, pour cela, d'aliéner les biens qui lui ont été donnés; le droit du disposant deviendra alors caduc, faute d'aliment, et l'injustice à laquelle il devait parer s'accomplira.

Fort heureusement, le législateur a pris des mesures pour sauvegarder le droit de retour légal; il résulte des articles 747 et 766 que le titulaire peut agir non pas seulement sur le bien même qui avait été donné, mais aussi, à l'occasion, sur *le prix qui pourrait en être dû* et sur les *actions en reprise* qui appartenaient au donataire.

1° *Le prix qui pourrait en être dû* : le donataire avait vendu les biens et n'avait pas touché le prix dont il était

donc demeuré créancier; s'il vient alors à décéder, l'ascendant est admis à exercer son droit de retour sur cette créance du prix qui est considérée par le législateur comme représentative du bien aliéné;

2° Les *actions en reprise*, c'est-à-dire les actions par lesquelles le donataire était en mesure de recouvrer le bien sorti de son patrimoine : actions en *nullité*, en *rescision* pour cause de lésion, en *résolution*, en *révocation* d'une donation que le donataire aurait lui-même consentie; *reprises* entre époux, notamment dans les régimes de communauté.

Créance du prix et actions en reprise sont ainsi juridiquement substituées au bien jadis donné; elles lui sont *subrogées* pour l'exercice du droit de retour légal; les articles 747 et 766 consacrent ainsi une application intéressante de la théorie générale de la *subrogation réelle*.

Mais, du même coup, ils font naître une question : les solutions qu'ils donnent doivent-elles être interprétées restrictivement? Ou bien acceptent-elles l'argumentation par analogie? La subrogation réelle doit-elle être limitée strictement aux deux cas prévus? Ou doit-elle être admise dans toute son ampleur, alors même qu'on ne retrouverait dans la succession du donataire ni le bien donné, ni créance du prix, ni action en reprise?

812. Jurisprudence. — Sur ce problème, la jurisprudence a pris parti depuis longtemps en faveur de l'interprétation extensive : pour elle, le droit de retour légal s'exerce, à défaut du bien qui avait été donné, sur toutes les valeurs qui en constituent la transformation, la représentation certaine; pour elle, la subrogation réelle a ici la valeur d'une loi générale; c'est un principe, en effet, que, dans les *universalités juridiques*, les biens ont l'aptitude à se remplacer les uns par les autres, en sorte que, l'un d'eux venant à sortir de l'universalité, celui qui est acquis à sa suite prend exactement sa place, sa position juridique : « *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii* ».

En partant de cette directive traditionnelle, on arrive à permettre au titulaire d'exercer son droit de retour dans la plupart des cas :

1° En cas d'*échange* : le droit de retour s'exerce sur le bien acquis en échange du bien jadis donné (Trib. civ. Fontainebleau, 25 mars 1896, *Rev. gén. du notariat*, 1896, n° 9128);

2° En cas d'*emploi* : la somme d'argent qui avait été

donnée a fait l'objet d'un placement, mobilier ou immobilier; si la filiation est certaine, le droit de retour s'exercera sur les valeurs ou sur l'immeuble ainsi acquis (Lyon, 24 avril 1871, *S.*, 1872, 2, 121);

3° En cas de *remploi* : le bien donné a été réalisé; puis, avec l'argent provenant de la vente, un nouveau bien a été acquis; si la provenance de ce dernier est certaine, il sera soumis au droit de retour (Lyon, même arrêt, *motifs*);

4° Enfin — solution extrême, cas-limite — si c'est une somme d'argent qui avait été donnée, et à supposer qu'elle n'ait pas été employée, le droit de retour peut s'exercer sur les sommes liquides qu'on trouvera dans la succession du donataire, sans qu'il soit besoin d'établir — ce qui serait malaisé — que les deniers sont bien ceux qui avaient été jadis donnés; on arrive à ce résultat en conjuguant le concept de la *subrogation réelle* avec celui de la *fongibilité* de la monnaie (trib. civ. Lyon, 22 janv. 1895, *Pand. franç.*, 1896, 2, 225, note Charmont; Civ., 30 juin 1817, *D. Jur. gén. Suppl.* 235).

813. Critiques doctrinales. — On le voit, avec ce système jurisprudentiel, la théorie de la subrogation réelle revêt son maximum d'ampleur; les formules des articles 747 et 766 ne font plus office de frontières infranchissables, mais elles servent de fondement à un édifice qui les dépasse de beaucoup.

A cette large interprétation, la majorité des auteurs, partisans d'une interprétation stricte, du système restrictif de l'*identité* (Demolombe, t. XIII, n^os^ 539 et suiv.; Maury et Vialleton, n° 179), adressent des critiques tirées principalement du caractère exceptionnel, tant du retour légal que de la subrogation réelle; ce sont là des institutions exorbitantes du droit commun — la deuxième à base de fiction — qu'il ne saurait dépendre de l'interprète d'élargir à volonté. Mais il est aisé de répondre : 1° que le retour légal procède d'une pensée de justice et du désir d'assurer le triomphe de la volonté du disposant (*sup.*, n° 805) : les principes généraux les plus certains du droit veulent que les intentions du donateur soient respectées, et il n'y a pas place, dans cette direction, pour des limites artificielles; 2° que la subrogation réelle, si elle a quelque chose d'exceptionnel et d'arbitraire et si elle ne saurait donc être admise qu'en vertu d'un texte formel lorsqu'elle intéresse un *bien particulier*, se présente au contraire comme une nécessité logique, comme une réalité juridique, lorsqu'elle fonctionne *à titre universel*, comme c'est le cas pour les successions anomales; elle trouve

alors son appui tant dans le bon sens et dans l'équité que dans la tradition « *in judiciis universalibus...* ».

Dans ce conflit entre la jurisprudence et la doctrine, c'est la première qui a raison, parce que c'est elle qui s'inspire des vues les plus larges et de l'esprit même des deux institutions qui se trouvent en cause; succession anomale et subrogation réelle.

814. II. Les biens qui sont soumis au droit de retour forment l'objet d'une vocation héréditaire spéciale, d'une succession distincte de la succession ordinaire. — Sur ce point, l'accord est unanime, tel qu'il est consacré par l'arrêt précité des Chambres réunies du 2 juillet 1903. Les applications sont nombreuses; par exemple :

1° A supposer que la même personne soit appelée à recueillir la succession ordinaire et la succession anomale, elle peut parfaitement prendre des partis différents, accepter l'une et répudier l'autre;

2° Comme on l'a vu, les passifs des deux successions sont distincts, comme sont distincts leurs éléments actifs;

3° Si le défunt laisse des héritiers réservataires, les biens soumis au retour n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de la quotité disponible (*inf.*, n° 1694);

4° S'il laisse un conjoint, ces mêmes biens n'entrent pas dans la masse sur laquelle se calcule l'usufruit successoral de ce conjoint survivant;

5° Le successeur anomal n'est pas dans l'indivision avec les héritiers ordinaires : il ne peut donc pas demander le *partage* (*inf.*, n° 1056).

§ V. — *APPRÉCIATION DU SYSTÈME FRANÇAIS DE DÉVOLUTION SUCCESSORALE; SYSTÈME DES PARENTÈLES*

815. Caractère éclectique et empirique du système français. — Notre système français de dévolution successorale est assurément très empirique et assez décousu, surtout depuis les remaniements dont il a été l'objet en faveur du conjoint survivant et des enfants naturels; il est impossible, nous en avons précédemment fait la remarque, de le ramener à une directive unique; la communauté du sang n'en constitue plus la base exclusive, puisque le conjoint survivant concourt même avec les héritiers du sang les plus proches, ni la parenté légitime depuis que les enfants naturels viennent en bon rang et excluent totalement les collatéraux ordinaires. D'autre part, on peut s'étonner que des

parents d'ordres et de degrés très différents, viennent à égalité, qu'un cousin au sixième degré soit traité exactement comme le grand-père avec lequel il partage la succession; notre système successoral est le point de rencontre de concepts archaïques, tels que celui de la fente, et de tendances modernes comme celle qui vise à l'élargissement de la vocation du conjoint survivant; il est compliqué, empirique, constitué de pièces et de morceaux dont l'assemblage donne une mosaïque assez bizarre.

816. Système des parentèles. — On doit lui opposer le système *allemand*, autrement scientifique, qui a été conçu et aménagé d'ensemble (C. civ. allemand, art. 1924 et suiv.). Il a pour base les *parentèles*, qui ne sont autre chose que des ordres d'héritiers, mais qui sont comprises comme les diverses ramifications de l'arbre généalogique de la famille.

La première parentèle, et par conséquent le premier ordre, comprend les descendants du défunt : c'est celui-ci qui joue le rôle de tête de ligne; la deuxième comprend le père, la mère du défunt et la descendance (frères et sœurs du *de cujus*, etc.); la troisième englobe les grands-parents et leur descendance (oncles, tantes du défunt, cousins germains, etc.); la quatrième, les bisaïeuls et leur descendance; la cinquième, les aïeuls plus éloignés et leur postérité. Ainsi, chaque parentèle est caractérisée par un ascendant qui est tête de ligne (sauf la première qui a pour point de départ le *de cujus* lui-même); on remonte, rameau à rameau, l'arbre généalogique, et chaque rameau, avec les branches qui s'en détachent et qui peuvent descendre très bas, constitue une parentèle, c'est-à-dire un ordre d'héritiers. A l'intérieur de chaque parentèle, le rang des successibles est fixé par la loi.

Avec ce système, à base généalogique, l'ordre des héritiers est déterminé par la proximité de l'auteur commun par rapport au défunt; les ascendants, au lieu de rentrer dans le même ordre, sont rangés dans des compartiments différents, et les résultats auxquels on arrive sont plus adéquats que ceux de notre système français, à la structure de la famille.

En *Suisse*, un système analogue à celui du Code civil allemand, mais plus restrictif, est aménagé par le Code civil fédéral, dans les articles 457 et suivants, avec cette particularité que la vocation successorale en pleine propriété s'arrête à la troisième parentèle, qui a pour tête de ligne les grands-parents; les aïeuls, plus éloignés ne bénéficient que d'un droit d'usufruit qui ne s'étend pas à leur descendance.

TITRE II

OUVERTURE ET TRANSMISSION DE LA SUCCESSION

817. Moment de l'ouverture de la succession. — La succession s'ouvre par le *décès* du *de cujus* et à l'instant même de ce décès (art. 718).

Il est donc très important de connaître cet instant : la *détermination* des héritiers peut en dépendre, comme leur *capacité*; c'est à ce moment aussi que *commencera* entre eux l'*indivision* et que tombera la prohibition des *pactes sur succession future*, puisque, désormais, la succession est *actuelle*.

Le moment du décès doit être indiqué dans l'*acte de décès* (art. 79 qui exige la mention du *jour* et de l'*heure*).

818. Lieu de l'ouverture de la succession. — Ce lieu est déterminé par le *dernier domicile du défunt* (art. 110); il en résulte une large attribution de compétence pour le tribunal de ce domicile qui connaît : 1° des *demandes entre héritiers* jusqu'au partage inclusivement, à l'exclusion des opérations qui interviendraient par la suite, telle la licitation d'un immeuble indivis (Req., 6 juill. 1936, *D. H.*, 1936, 442); 2° des *demandes des créanciers du défunt* avant le partage; 3° des demandes relatives à l'exécution des *dispositions à cause de mort*, jusqu'au jugement définitif (C. pr., art. 59, § 8).

819. Transmission de l'hérédité. — Plan. — Les règles relatives à la *transmission de l'hérédité* se groupent autour des deux ordres d'idées suivants; il sera question :

1° De la *saisine héréditaire* et de l'*envoi en possession*; à ce propos, nous rencontrerons la distinction classique entre *héritiers légitimes* et *successeurs irréguliers*;

2° Du *droit d'option* qui appartient à l'héritier appelé à une succession; à cette occasion, il sera question de la *vacance* des successions.

CHAPITRE PREMIER

La saisine héréditaire et l'envoi en possession

Héritiers légitimes et successeurs irréguliers

820. Titre d'héritier et possession de l'hérédité. — La distinction établie, pour les biens isolément envisagés, entre la propriété et la possession (t. I, n[os] 1387 et suiv.), trouve son application, *mutatis mutandis*, dans l'ordre successoral et à l'occasion de la transmission de cette universalité juridique qu'est le patrimoine d'un *de cujus*; il faut, en effet, opposer le *titre d'héritier* qui correspond, toutes proportions gardées, au titre de *propriétaire*, à la *possession de l'hérédité* qui évoque, mais sur une plus vaste échelle, la possession d'un bien isolément envisagé.

821. — I. Le *titre d'héritier* — ce qu'on pourrait appeler d'une expression incorrecte mais commode : la propriété de l'hérédité — appartient de plein droit, *de plano*, à celui ou à ceux que la loi appelle à recueillir la succession, et dès le jour de l'ouverture de celle-ci, dès le jour du décès, et en dehors de toute manifestation de volonté de la part du ou des bénéficiaires, voire *à leur insu*; et sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant l'ordre auquel ils ressortissent, qu'il s'agisse des enfants du défunt ou de cousins éloignés, ou du conjoint, ou de l'Etat.

Ce principe incontesté, dont l'ampleur est illimitée, conduit à de nombreuses conséquences, dont les suivantes :

1° Une hérédité ne sera jamais *jacente*, au sens que cette expression revêtait en droit romain, alors que l'héritier *externe* n'acquérait la succession qu'en l'acceptant; alors, elle n'allait pas à lui, mais c'est lui qui devait aller jusqu'à elle, en faisant adition d'hérédité (*ad ire*); en droit français, *c'est l'hérédité qui va à l'héritier*, d'elle-même et de plein droit;

2° Lorsqu'on recherche si telle personne a pu recueillir telle succession, c'est à l'instant du décès qu'il convient de se placer pour apprécier la situation : pourvu que le successible existe et ne soit pas indigne à ce moment-là, la succession lui a été déférée, même si son bas âge ou l'état

de ses facultés mentales ne lui permettaient pas de prendre parti, même si son propre décès n'a suivi que d'un instant celui du *de cujus*;

3° Du moment que le successible acquiert l'hérédité de plein droit à la minute du décès, il devient aussi de plein droit *propriétaire* des biens dont elle se compose : celui qui a le cadre, le contenant, a, du même coup, tout le contenu; les *fruits* lui appartiennent donc dès l'ouverture de la succession.

Transcription. Toutefois, ce principe comporte une réserve importante depuis que le décret-loi du 30 octobre 1935 a soumis à la *transcription* les mutations *mortis causa*; dans sa nouvelle rédaction, l'article 1er-6°, de la loi du 23 mars 1855, modifiée par ledit décret, déclare que doivent être transcrits : « *les attestations notariées destinées à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers... à un seul héritier* »; aux termes de l'article 13, avant-dernier alinéa, de la même loi, cette formalité doit être accomplie « *dans le délai d'un an à compter du décès* ».

Ces dispositions, destinées à mettre fin au régime de clandestinité dont bénéficiaient jusqu'alors les transmissions à cause de mort et dont pâtissaient, avec les tiers, la sûreté du commerce, la sécurité des relations juridiques et l'organisation de la propriété foncière, sont loin de présenter toute l'importance et toute l'ampleur qu'on serait tenté de leur attribuer.

a) Bien évidemment, leur application est limitée aux immeubles et aux droits immobiliers inclus dans l'hérédité; si la succession est purement mobilière, il n'est pas question d'y recourir; la transcription ne fonctionne, en principe, que pour les mutations immobilières et les constitutions de droits réels principaux immobiliers.

b) De plus, elle n'intervient, en matière successorale, qu'au cas où il n'y a qu'un seul héritier (art. 1er-6° précité); s'il existe plusieurs héritiers venant à la succession, elle est bien encore exigée, mais elle porte alors sur l'acte de partage qui interviendra pour mettre fin à l'indivision, non sur la dévolution successorale elle-même, en sorte que le régime de la clandestinité peut se prolonger pendant une longue période.

c) La transcription n'est requise que vis-à-vis des tiers qui, seuls, sont admis à se prévaloir de son non-accomplissement.

d) L'inobservation du délai d'une année imparti par l'article 13 de la loi du 23 mars 1855 ne comporte aucune sanction

particulière; la majorité des auteurs et l'administration de l'enregistrement elle-même (Inst. n° 4234, n° 3) estiment, contrairement à l'opinion que nous avions proposée (*sup.*, t. I, n° 1715), que le conservateur ne pourrait pas se refuser à tenir compte d'une attestation qui lui serait tardivement présentée (*Sic.* P. Durand, *Rev. crit.*, 1936; Voirin, *Lois nouvelles*, 1936, 1, n° 21; Savatier, *Sem. jurid.*, 1935, p. 1400; Nast, *Rép. gén. prat. not.*, 1936, p. 96).

V. pour les grandes lignes du régime de transcription et son extension aux mutations à cause de mort, *sup.*, t. I, n^{os} 1701 et suiv., notamment n^{os} 1708, 1714 et suiv.

4° Il en va de la *possession* des biens héréditaires comme de leur propriété; il faut bien qu'elle appartienne à quelqu'un; aucun texte ne mentionne le décès du possesseur parmi les causes d'interruption ou de suspension; c'est donc que la possession se continue et ce ne peut être qu'au profit de l'héritier;

5° Le *passif* héréditaire se transmet *de plano* à l'héritier, dans des proportions que nous aurons à déterminer par la suite.

822. II. Possession de l'hérédité. — Plan. — La possession de l'hérédité, envisagée dans son ensemble et en tant qu'universalité juridique, n'appartient pas *de plano* à tous les héritiers : on distingue à cet égard, traditionnellement, les *héritiers légitimes* qui sont saisis de plein droit, qui ont la *saisine légale*, et les *successeurs irréguliers*, qui doivent demander au tribunal l'*envoi en possession*, qui sont tenus de solliciter, à défaut d'investiture légale, une investiture judiciaire (art. 724).

Nous étudierons :

1° La *saisine héréditaire*;

2° L'*envoi en possession*;

3° Les *mesures fiscales* relatives à la possession de l'hérédité.

Section I. — LA SAISINE HÉRÉDITAIRE

823. Bibliographie. — Dufourmantelle, thèse, Paris, 1890; Patte, thèse, Paris, 1899; Brissaud, *Origines de la saisine héréditaire*, *Rev. gén. de droit*, 1886, p. 252; Ch. Lefebvre, *Histoire du droit civil français*, t. II, p. 283; H. Cabrillac, *Des droits des successibles éventuels devant l'inaction de l'héritier préférable*, *Rev. crit.*, 1932.

824. Plan. — Nous devons rechercher :
1° *En quoi* consiste la saisine;
2° *Quels effets* elle produit;
3° *A qui* elle appartient;
4° Quelle est sa *nature juridique*.

§ I. — *EN QUOI CONSISTE LA SAISINE*

825. Définition. — Traditionnellement, la saisine héréditaire consiste dans la possession de plein droit de l'hérédité elle-même, envisagée dans son ensemble, en tant qu'universalité juridique. Déjà, la coutume de Paris, dans son article 318, disait que « *le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à lui succéder* », formule que nos anciens auteurs traduisaient dans les termes suivants : « *Mortuus facit vivum possessorem* » (Tiraqueau), ou « le mort saisit le vif, c'est-à-dire le rend et le fait possesseur » (Charondas). Il suffit d'ailleurs de lire l'article 724 pour se convaincre que c'est bien à la possession de l'hérédité que se réfère la saisine; la conclusion se dégage nettement de l'opposition établie entre les deux alinéas du texte : les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en *possession* parce qu'ils n'ont pas la *saisine*, au lieu que les héritiers légitimes sont exempts de cette formalité parce que la possession de l'hérédité leur est dévolue de plein droit en même temps que le titre même d'héritier.

826. Précision. — Cette notion de la saisine héréditaire se précisera au moyen d'une triple élimination.

1° La saisine est sans rapport avec l'attribution du titre d'héritier, avec la dévolution successorale elle-même, laquelle s'accomplit de plein droit aussi bien au profit d'un successeur irrégulier, par exemple du conjoint survivant, que des héritiers légitimes tels que des enfants du défunt;

2° En conséquence, la saisine est sans utilisation possible pour trancher la question de *propriété* des biens héréditaires : on peut être saisi d'un bien dont on n'a pas la propriété, comme inversement on peut être propriétaire d'un bien dont on n'est pas saisi : c'est ainsi que le légataire particulier est aussitôt propriétaire du bien légué encore qu'il n'ait pas la saisine, au lieu qu'à l'inverse l'héritier est saisi de la totalité de la succession, encore que le bien légué ne lui appartienne pas;

3° La saisine ne consiste pas davantage, bien que le contraire soit soutenu, dans la transmission de *la possession*

des biens successoraux isolément envisagés; cette transmission s'effectue de plein droit, même au profit des héritiers non saisis, tel le conjoint survivant; sans quoi le décès du possesseur entraînerait une interruption ou une suspension de la possession, pour les héritiers non saisis, jusqu'au jour de l'envoi en possession; or, aucun texte ne permet de consacrer cette solution; et l'on ne doit pas admettre arbitrairement des causes d'interruption ou de suspension en dehors d'un texte les établissant.

Ces éliminations effectuées, il reste que la saisine a trait à la *réalisation des droits, plus généralement du titre de l'héritier*; sans saisine, l'héritier a bien la *jouissance* de ce titre; il n'en a pas l'*exercice*; la *mise en œuvre* lui en est refusée, à son profit comme contre lui.

§ II. — *EFFETS PRODUITS PAR LA SAISINE*

827. Rôle de la saisine. — La saisine est douée d'une efficacité considérable qui se manifeste dans diverses directions; mais, parmi les effets qui y sont attachés, les uns sont certains alors que d'autres sont contestés.

A. *Effets certains.* — 1° Ayant la possession juridique de l'hérédité elle-même, l'héritier légitime va pouvoir se mettre en *possession réelle, effective*, des biens dont elle se compose, et cela de sa propre autorité, sans avoir à remplir aucune formalité. Il va administrer la succession et percevoir les fruits et revenus, sauf une gêne temporaire dont il souffrira peut-être à raison de l'*apposition des scellés*, obligatoire dans certains cas;

2° L'héritier saisi a qualité pour exercer aussitôt toutes les *actions* qui appartenaient au défunt, y compris les *actions possessoires* et quand bien même il n'aurait pas encore appréhendé les biens qui en sont l'objet. L'article 724 l'investit *ipso jure* des « *droits et actions du défunt* »;

3° A l'inverse, il est exposé aussitôt à toutes les actions dont était passible le défunt et auxquelles il a désormais qualité pour défendre;

4° Comme on le verra, la seule présence de successeurs irréguliers, donc d'héritiers non saisis, ne fait pas obstacle à la *vacance* de la succession; c'est seulement leur acceptation qui mettrait fin à cette situation particulière; mais la seule présence d'un héritier saisi est inconciliable avec la vacance : la place est occupée (*inf.*, n° 897);

5° Le Code civil accorde au successible qui a renoncé à la succession la faculté de *rétracter sa renonciation* (art.

790; *inf.*, n° 878) : ce droit de rétractation prend fin du moment que le successible du degré subséquent a accepté, lorsque ce successible a la qualité d'héritier légitime; mais, s'il n'est pas saisi, c'est seulement l'envoi en possession (ou du moins l'introduction de la demande tendant à cet envoi), qui éteindra le *jus pœnitendi* du renonçant.

B. *Effets contestés.* — 1° La saisine entraîne, pour l'héritier légitime, l'obligation d'acquitter les dettes et les charges de la succession, indéfiniment, même *ultra vires hereditatis*, tandis que le successeur irrégulier n'est tenu que dans la limite des forces de la succession, *intra vires* (art. 724; *inf.*, n°s 913 et s.);

2° La jurisprudence rattache à la saisine le formalisme auquel est soumise la renonciation à succession, par l'article 784 aux termes duquel elle ne peut être faite que par déclaration au greffe du tribunal (*inf.*, n° 875), et elle en conclut que le successeur non saisi — c'est-à-dire le conjoint survivant — peut renoncer librement, sous une forme quelconque. Nous verrons que ce point de vue est erroné, car il exagère le rôle de la saisine en même temps qu'il minimise celui de la renonciation (*inf.*, n° 875);

3° On a voulu expliquer la formule obscure de l'article 800 en admettant qu'après trente années d'inaction et de silence l'héritier légitime est réputé acceptant, au lieu qu'après ce même délai le successeur irrégulier qui ne s'est pas prononcé, serait considéré, parce que non saisi, comme renonçant (*inf.*, n° 887).

§ III. — *À QUI APPARTIENT LA SAISINE*

828. Héritiers légitimes. — La saisine appartient, dans l'ordre des successions *ab intestat* — nous négligerons pour le moment la dévolution testamentaire — aux héritiers dits *légitimes*, et à l'exclusion de ceux qui sont dénommés *successeurs irréguliers*.

Les termes de cette classification ont été gravement modifiés par la loi du 25 mars 1896 qui a fait passer les *enfants naturels* de la catégorie des successeurs irréguliers dans celle des héritiers légitimes (art. 756, nouvelle réd.), et qui a réalisé la même innovation pour les *père et mère naturels*, car l'article 765, qui consacre leur vocation, est situé désormais dans le même chapitre — chapitre III — que les textes relatifs aux droits successoraux des enfants naturels. D'ailleurs, la rédaction nouvelle de l'article 724, § 2, est suffisamment explicite : seuls, le *conjoint survivant* et l'*Etat*

doivent se faire envoyer en possession; c'est donc que seuls ils ont la situation inférieure de successeurs irréguliers.

829. — Cependant, un doute subsiste pour les *frères et sœurs naturels*, à raison de la place occupée par l'article 766 qui consacre leur vocation successorale : ce texte figure, en effet, dans un chapitre IV qui est intitulé « *Des successions irrégulières* »; on pourrait donc être tenté de ranger ces collatéraux dans la catégorie des successeurs irréguliers. Mais l'opinion inverse est préférable : 1° parce que l'article 724 § 1 confère la saisine aux *héritiers naturels*, sans distinction; 2° parce que le deuxième alinéa du même texte n'impose la formalité de l'envoi en possession qu'au conjoint survivant et à l'Etat; 3° parce qu'une différence de traitement entre les frères et sœurs naturels d'une part et les autres parents naturels d'autre part, serait rationnellement injustifiable.

Il faut donc conclure que la saisine appartient à tous les héritiers, sauf au *conjoint survivant* et à l'*Etat*, lesquels composent à eux seuls la catégorie des successeurs irréguliers.

Le conjoint survivant rentre dans cette catégorie quelle que soit l'étendue et la nature de sa vocation, *sans distinguer selon qu'elle est fixée en usufruit ou en propriété*; il est certain que la loi du 3 déc. 1930, qui lui attribue, en pleine propriété, la moitié de la ligne déficiente, n'a rien changé, à cet égard, au régime antérieur : l'article 767, qui a servi de cadre à la réforme, figure toujours, à côté des textes consacrant les droits de l'Etat, dans une section ressortissant au chapitre IV, intitulé « *Des successions irrégulières* »; et d'ailleurs, successeur irrégulier lorsqu'il recueille, à défaut de tous parents au degré successible, la totalité de la succession, le conjoint ne saurait se prévaloir d'une autre qualité lorsqu'il se voit attribuer seulement la moitié de l'hérédité; les travaux préparatoires à la loi de 1930 ne laissent aucun doute à ce sujet.

§ IV. — *NATURE JURIDIQUE DE LA SAISINE*

830. Enumération. — Nous ne revenons pas sur la notion, la signification même de la saisine qui se réfère à la possession juridique de l'hérédité, universalité juridique. — Ce point admis, et il l'est unanimement, il faut noter que la saisine est : 1° *individuelle*; 2° *successive*; 3° *indivisible*; 4° *d'ordre public*.

1° *La saisine est individuelle*. — Elle appartient exclusivement à celui ou à ceux qui sont appelés par la loi à la

succession dont il s'agit. Une thèse différente, celle de la *saisine collective*, a bien été soutenue, notamment par Zachariae, d'après laquelle la saisine appartiendrait concurremment à tous les héritiers légitimes possibles et non pas seulement à ceux qui viennent en rang utile; mais cette doctrine, qui a sa base dans l'idée germanique de copropriété familiale, est dépourvue de tout appui dans un pays de propriété individuelle; elle a d'ailleurs contre elle la tradition coutumière : la coutume de Paris reconnaissait la saisine à « l'hoir le plus proche » (V. cependant un arrêt de la Cour de Paris, 16 janv. 1913, *D. P.*, 1913, 2, 353, note critique de M. PLANIOL);

2° Mais, en même temps qu'individuelle, la saisine est *successive* : à supposer que le successible appelé à recueillir l'hérédité y renonce, les héritiers appelés à son défaut sont instantanément et automatiquement saisis : la dévolution successorale s'accompagne *de plano* d'une dévolution parallèle de la saisine. S'il en était autrement, si l'héritier du degré subséquent ne se trouvait pas saisi du fait de la renonciation de l'héritier primitif, il faudrait en conclure qu'il doit demander l'envoi en possession; or, l'article 724 § 2 n'impose cette formalité qu'au conjoint survivant et à l'Etat;

3° *La saisine est indivisible.* — Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la saisine leur appartient indivisément, pour le tout, jusqu'au partage; cette indivisibilité dérive logiquement de celle du patrimoine, une hérédité n'étant autre chose que le patrimoine d'une personne défunte. Il en résulte le droit, pour chacun des cohéritiers, de revendiquer la succession tout entière contre un possesseur *pro herede*, du moins aussi longtemps que persiste l'indivision, et aussi celui d'appréhender tous les biens successoraux en cas d'inaction des autres ayants droit (V. Civ., 14 fév. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 313, note PLANIOL);

4° *La saisine est d'ordre public.* — Il est admis qu'il ne dépendrait pas du futur *de cujus* de priver ses héritiers présomptifs de la saisine, ni d'en modifier l'attribution et les effets; ou, du moins, il ne saurait atteindre ce résultat qu'indirectement en modifiant la dévolution successorale elle-même. Il faut cependant noter, pour les exécuteurs testamentaires — mais ceci nous fait sortir des successions légales — la disposition de l'article 1026 (*inf.*, n° 1568).

SECTION II. — L'ENVOI EN POSSESSION

(Art. 724; 769 à 772)

831. Rappel; précision. — On a vu que l'envoi en possession n'est exigé que du *conjoint survivant* et de l'Etat; encore, pour le premier, faut-il distinguer : s'il ne succède qu'en usufruit, c'est-à-dire dans l'immense majorité des cas, on admet couramment qu'il n'a pas à se faire envoyer en possession, mais qu'il lui suffit de demander la délivrance aux héritiers du sang; à l'inverse, l'envoi en possession est exigé, conformément aux articles 769 et suivants, lorsque le conjoint, étant seul héritier, recueille la succession tout entière; et il n'y a de difficulté que pour l'hypothèse intermédiaire, instituée par la loi du 3 déc. 1930, où le survivant reçoit la moitié, en toute propriété, afférente à une ligne non représentée par des parents (art. 767, § 2; *sup.*, n^os^ 779*bis* et suiv.); des auteurs traitent cette éventualité ainsi que la première et se contentent donc d'une demande en délivrance, en faisant observer que les parents qui représentent la ligne occupée sont qualifiés pour prendre en main les intérêts de l'hérédité et qu'ils refuseront sans doute la délivrance si les droits du requérant leur paraissent contestables. Mais cette appréciation n'est pas pleinement justifiée; dans la réalité, les parents de la ligne occupée se préoccupent de leurs intérêts propres, non de ceux de parents ressortissant à l'autre ligne; et il nous paraît préférable d'exiger l'envoi en possession : 1° parce qu'il a été dit, au cours de l'élaboration de la loi de 1930 et parce qu'il est certain que le conjoint survivant, lorsqu'il recueille la moitié de la succession par application de l'art. 767, § 2, est un successeur irrégulier (*sup.*, n° 829), ce qui implique normalement le recours aux formalités des art. 769 et suivants; 2° parce que, comme nous l'exposons par la suite (*inf.*, n° 832), ces formalités ne tendent pas seulement à vérifier les droits du requérant, mais qu'elles présentent d'autres utilités, lesquelles se retrouvent en l'occurrence; 3° parce que la situation est tout autre lorsque la vocation du conjoint est fixée en propriété que si elle est limitée à l'usufruit, puisqu'un usufruitier, n'ayant pas qualité pour disposer des biens compris dans son émolument, ne pourra pas compromettre, aussi aisément et aussi gravement qu'un propriétaire, les intérêts des parents qui ont à prétendre à une partie de l'hérédité (*Sic*, LE BALLE, *op. cit.*, *Cours de droit civil français* de CH. BEUDANT, 2^e^ éd., t. V, n° 315).

Pour l'Etat, il y a lieu de préciser que les administrations qui lui sont parfois substituées, sont traitées, elles aussi, comme des successeurs irréguliers et sont donc assujetties à l'envoi en possession, par exemple le *département* pour les successions des pupilles de l'*Assistance publique* et la *Caisse des Invalides de la Marine* pour les effets des *marins* et autres personnes décédées à la mer.

832. Utilité de l'envoi en possession. — Cette procédure poursuit un *triple objectif*; il s'agit : 1° de vérifier la qualité et les droits du requérant; 2° de renseigner, par une certaine publicité, les successeurs préférables et de susciter ainsi leurs réclamations; 3° de donner à ces successeurs, au cas où ils ne se feraient pas connaître aussitôt mais où ils se révèleraient par la suite, des garanties de restitution des biens héréditaires.

833. Plan. — Il sera question :
1° Des *formalités* de l'envoi en possession;
2° Des *effets* qui y sont attachés.

§ I. — *FORMALITÉS DE L'ENVOI EN POSSESSION*

834. Enumération. — Les formalités de l'envoi en possession varient selon que la demande émane du conjoint survivant ou de l'Etat, lequel bénéficie de différents avantages ou immunités; elles consistent : 1° dans l'*apposition des scellés*; 2° dans l'*inventaire* de la succession; 3° dans une *demande* d'envoi en possession; 4° pour le conjoint, dans l'*emploi du mobilier* s'il ne préfère donner *caution*; 5° dans le *jugement* d'envoi en possession.

1° et 2°. L'*apposition des scellés* et l'*inventaire* sont des mesures de précaution et de conservation; grâce à elles, les détournements seront malaisés; si des héritiers du sang se présentent plus tard, on saura quelle est l'étendue de l'obligation de restitution qui incombera alors à l'envoyé en possession; enfin, ces formalités permettent de déterminer la mesure dans laquelle le successeur irrégulier devra acquitter le passif héréditaire; car il est tenu exactement dans les limites des forces de l'hérédité, *intra vires hereditatis*.

L'inventaire doit être dressé dans les *formes* prescrites pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire (art. 769);

3° Le successeur irrégulier, candidat à l'hérédité, doit adresser une *demande d'envoi en possession* au tribunal du

lieu d'ouverture de la succession (art. 770); il agit par voie de *requête*, conformément aux articles 859 et 860 C. pr. qu'on applique par analogie. Cette demande, pour l'introduction de laquelle aucun délai n'est imparti, est rendue publique par voie d'affiches et de publications qui doivent être reproduites à trois reprises successives (art. 770; circul. Garde des Sceaux du 23 janv. 1806 et du 1er juillet 1893), au moins lorsque le requérant est le conjoint survivant; car le décret-loi du 30 octobre 1935 *tendant à simplifier la procédure d'envoi en possession des biens en déshérence*, se contente, lorsque c'est l'Etat qui demande l'envoi en possession, d' « *une seule publication et affiche* » (art. 2, § 1, du d.-l.).

Le ministère d'un avoué est obligatoire pour le conjoint survivant; en ce qui concerne l'Etat, son intervention a été supprimée par l'article 1er du décret-loi du 30 octobre 1935 précité;

4° La loi exige du *conjoint survivant* une autre condition supplémentaire : il doit, à son choix, ou bien *faire emploi* du mobilier héréditaire, sinon donner *caution* (art. 771). Dans la première éventualité, les meubles sont vendus, selon des formes que le tribunal détermine librement et le prix de vente est employé sous le même contrôle. Si le conjoint prend le deuxième parti, la caution qu'il doit fournir est une caution *légale*, assujettie aux conditions des articles 2018 et 2019; s'il ne trouve pas de caution, il est reçu à donner une garantie réelle, gage ou hypothèque (art. 2041). La caution ou la sûreté réelle répondent uniquement de la restitution du mobilier héréditaire aux héritiers qui viendraient à se présenter.

L'*Etat* est dispensé de l'emploi du mobilier et de la caution; il est présumé toujours solvable.

Au contraire, le conjoint survivant doit toujours fournir caution, alors même que, sa vocation étant fixée en usufruit, il n'aurait pas à se faire envoyer en possession : c'est un principe général, en effet, que, sauf dispense légale ou conventionnelle, l'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille (art. 601);

5° Le tribunal rend son jugement (dans les *trois mois et quarante jours* si c'est de l'Etat qu'émane la demande : d.-l. 30 oct. 1935, art. 2, § 1), *le ministère public entendu*. Il peut refuser ou accorder l'envoi en possession qui lui était demandé.

Les formalités qui précèdent sont imposées au conjoint et à l'Administration des Domaines, à peine de dommages-

intérêts envers les héritiers, s'il vient à s'en présenter (art. 772).

Comme on le voit par ce bref exposé, la procédure de l'envoi en possession est soumise à des règles de plus en plus divergentes selon qu'elle est engagée par le conjoint survivant ou par l'Etat; c'est seulement au profit de ce dernier qu'elle a été simplifiée : *fiscus supra omnes*.

§ II. — *EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION*

835. Changement de situation. — *Avant* l'envoi en possession, le successeur irrégulier était pratiquement en dehors de la succession; il ne pouvait ni appréhender les biens, ni exercer les actions; seuls, les actes *conservatoires* lui étaient permis.

Après l'envoi en possession, prononcé par le tribunal, il va pouvoir réaliser son titre d'héritier qui cesse désormais d'être un titre nu; du domaine de l'éventualité, sa vocation passe dans celle de l'actualité; à défaut de la saisine légale qui lui fut refusée, le voilà pourvu de l'investiture judiciaire, et celle-ci produit, en principe, tous les effets de celle-là.

1° L'envoyé en possession peut donc entrer en possession matérielle des biens héréditaires;

2° Il a qualité pour exercer les actions qui appartenaient au défunt;

3° Il est exposé à toutes les actions dont ce dernier était passible;

4° Il ne peut plus être question de *vacance* de la succession;

5° Ni de *rétractation* de la renonciation du successible de première ligne.

Mais, à notre avis et *sauf controverse* du moins pour le conjoint survivant, le successeur irrégulier n'est tenu du passif héréditaire, même après l'envoi en possession, que dans la limite de l'actif, *intra vires hereditatis* : l'obligation indéfinie aux dettes est un effet qui est attribué à la saisine légale, non à la saisine judiciaire résultant de l'envoi en possession (*inf.*, n° 912). De plus, la *solidarité* n'est établie au profit du fisc, et pour le paiement des droits de mutation et de la taxe successorale, qu'entre cohéritiers légitimes, non à l'encontre des successeurs irréguliers (L. 22 frimaire an VII, art. 32, § 2).

836. — En revanche, l'envoi en possession entraîne un effet qui n'appartient pas à la saisine légale : il vaut *acceptation tacite* de la part du successeur irrégulier, à moins de supposer, ce qui serait bien surprenant, que ce successeur n'eût réservé, dans sa demande d'envoi, la faculté de renoncer.

837. Réroactivité. — L'envoi en possession remonte *au jour de l'ouverture de la succession*; il faut en conclure qu'au cas de revendication ultérieure d'un héritier, le successeur irrégulier a droit aux fruits et les conserve, comme possesseur de bonne foi, dès le jour du décès et aussi longtemps que ledit héritier ne s'est pas fait connaître (Civ., 20 juill. 1926, *D. H.*, 1926, 435).

Section III. — MESURES FISCALES RELATIVES À LA POSSESSION DE L'HÉRÉDITÉ

838. Irruption de la législation fiscale dans le droit civil. — Jusqu'au début de ce siècle, l'évolution législative se dessinait, en matière de saisine, dans un sens libéral, puisque la catégorie des héritiers légitimes s'était enrichie aux dépens de celle des successeurs irréguliers : mais il est arrivé que ce mouvement a été arrêté et qu'une régression même s'est produite du fait de la loi fiscale qui a fait irruption dans le domaine du droit civil; comme il n'arrive que trop souvent, l'économie du Code civil a été modifiée, dénaturée par des dispositions figurant dans les lois de finances; des préoccupations d'ordre fiscal ont déterminé le législateur à apporter des entraves à l'exercice des droits des héritiers saisis, soit légalement, soit à la suite d'une investiture judiciaire.

839. I. Biens situés à l'étranger; envoi en possession spécial. — La plus caractéristique de ces mesures d'ordre fiscal est certainement celle qui a été prise par l'article 52 de la loi de finances du 13 juillet 1925 (C. d'enreg., art. 273); elle vise *les biens mobiliers ou immobiliers, de quelque nature que ce soit, déposés ou existant à l'étranger*, ressortissant à une succession régie par la loi française et ouverte en France : les héritiers, quels qu'ils soient, — comme d'ailleurs les légataires et les donataires — ne peuvent s'emparer de ces avoirs qu'après avoir obtenu un *envoi en possession spécial* qu'ils doivent demander au *président* du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession; l'ordon-

nance rendue à cet effet par ce magistrat contient l'énumération de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, sis à l'étrangers; elle est visée pour timbre et enregistrée gratis. De plus, le serment (*serment fiscal*) est déféré aux ayants droit sur la sincérité de leur énumération.

Cette formalité est imposée à tous les héritiers, même en ligne directe, même aux enfants du défunt, et aux successeurs irréguliers comme aux héritiers légitimes : cependant, en ce qui concerne le conjoint survivant, l'ordonnance n'est pas nécessaire si le jugement d'envoi en possession rendu en vertu de l'article 770 du Code civil contient l'énumération requise par les textes fiscaux (C. enreg., art. 273, § 5).

Sanctions. — On a voulu, par ces mesures exceptionnelles, conjurer les dissimulations de capitaux : aussi des sanctions multiples et sévères sont-elles édictées à l'encontre des contrevenants, sanctions *fiscales* et sanctions *pénales*; notamment, l'article 53 de la loi du 13 juillet 1925 a institué un nouveau délit, maintenu par l'article 274 du Code de l'enregistrement : les héritiers, donataires ou légataires qui, *sciemment*, n'auront pas déclaré les biens déposés ou existant à l'étranger *et qui en auront pris possession* sans s'être conformés aux prescriptions de l'article 273 de ce code, encourent, outre les peines édictées par l'article 366 C. pén. (peine d'emprisonnement sanctionnant le faux serment), une amende égale à la moitié de l'avoir dissimulé, sans préjudice de l'affichage de leur noms et des motifs de la contravention à la porte de la mairie du lieu de l'imposition.

Il est évident que ces mesures draconniennes ont pour résultat de paralyser la saisine qui n'est plus douée de son efficacité habituelle : l'héritier saisi ne peut plus, de sa seule autorité, appréhender les biens successoraux situés à l'étranger.

840. II. Biens situés en France. — Dès le début de ce siècle, des mesures avaient été prises, pour certains éléments successoraux situés en France, qui étaient restrictives de la saisine.

1° Une loi du 25 février 1901, modifiée par une loi du 30 décembre 1903, a pris plusieurs dispositions dans l'intérêt du fisc;

a) En ce qui concerne les *inscriptions de rentes sur l'Etat, titres nominatifs* des sociétés, départements, communes et établissements publics. le transfert, la mutation au grand-livre de la dette publique ou la conversion ne peuvent être

effectués que sur la présentation d'un certificat délivré sans frais par le receveur de l'enregistrement, constatant l'acquittement du droit de mutation par décès (L. 25 fév. 1901, art. 15, § 1; C. enreg., art. 264, §§ 1 et 2);

b) Le même système est étendu, moyennant certaines variantes, aux *sommes, rentes ou émoluments quelconques*, dus à raison du décès par des compagnies françaises d'assurances sur la vie et par les succursales, établies en France, de compagnies étrangères; ces compagnies ne peuvent se libérer des sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par elle à raison du décès de l'assuré, *à des bénéficiaires autres que le conjoint ou les successeurs en ligne directe*, que sur présentation d'un certificat du receveur de l'enregistrement constatant l'acquittement des droits ou leur non-exigibilité (C. enreg., art. 270). La même défense est d'ailleurs faite par l'article 271 du même Code, aux administrations publiques, sociétés, compagnies, agents de change, changeurs, banquiers, escompteurs, officiers publics ou ministériels ou agents d'affaires, qui seraient dépositaires, détenteurs ou débiteurs de titres, sommes ou valeurs dépendant d'une succession qu'ils sauraient ouverte.

841. — 2° Une loi du 18 avril 1918 *relative aux mesures contre les fraudes fiscales* est venue réglementer *l'ouverture après décès des coffres-forts loués dans des établissements de crédit* et établir un régime ensuite modifié par la loi du 31 décembre 1936 *portant réforme fiscale*; d'après l'article 258 du Code de l'enregistrement, « *aucun coffre-fort ou compartiment de coffre-fort tenu en location ne pourra être ouvert par qui que ce soit après le décès, soit du locataire ou de l'un des locataires, soit de son conjoint, s'il n'y a pas entre eux séparation de corps, qu'en présence d'un notaire...* ». De plus, en vertu du même texte, « *avis des lieu, jour et heure de l'ouverture sera... donné par le notaire trois jours francs à l'avance, par lettre recommandée, avec accusé de réception, au directeur départemental de l'enregistrement, pour qu'un de ses agents puisse y être présent...* »

Enfin, aux termes d'un article 272*bis*, ajouté au Code de l'enregistrement par l'article 49 de la loi du 31 décembre 1936, *portant réforme fiscale*, les locateurs de coffres sont tenus d'adresser au directeur de l'enregistrement du département de leur résidence, avis de toute location de coffres-forts (V. C. enreg., art. 258, et suiv.). Grâce à cet ensemble de précautions, rendues effectives par l'application, aux

contrevenants, d'amendes très élevées (parfois jusqu'à 10.000 francs) et de lourdes pénalités, les héritiers ne pourront pas soustraire à l'action du fisc des valeurs ou des espèces contenues dans les coffres-forts; mais c'est une nouvelle restriction que subit la saisine qui ne confère plus à l'héritier la liberté d'action dont le Code civil avait voulu l'investir : de plus en plus, le droit civil cède du terrain au droit fiscal.

CHAPITRE II

Droit d'option qui appartient à l'héritier Vacance de la succession

842. Position du sujet. — On a vu que l'héritier est investi, dans tous les cas et dès le jour du décès, de ce qu'on peut appeler la propriété de la succession, et en outre, s'il est héritier légitime, de sa possession. Ces résultats ne sont pas pour lui définitifs et obligatoires; il dépend de lui, par un acte de volonté, soit de les rendre tels, en confirmant la transmission qui s'est effectuée d'elle-même, ou bien de les écarter en repoussant la succession qui lui était offerte.

Droit d'option. — L'option qui appartient à cet effet à l'héritier est à trois branches :

1° L'appelé peut *accepter* la succession *purement et simplement* : il consolide ainsi les résultats de la dévolution qui deviennent définitifs;

2° Il peut *accepter sous bénéfice d'inventaire*; ainsi fera-t-il s'il a des doutes sur la valeur de la succession, sur sa solvabilité; il met alors ses biens personnels à l'abri de l'action des créanciers héréditaires; le passif successoral sera soldé avec l'actif successoral, en tout et pour tout. Dans cette seconde version, les effets produits par la dévolution héréditaire ne sont plus complètement consolidés; ils se trouvent limités, neutralisés pour partie; l'héritier ne continue pas la personne du défunt; il n'est qu'un successeur aux biens;

3° Enfin, la loi lui permet de *répudier* la succession, d'y *renoncer* : il rejette alors le titre d'héritier qui lui avait été dévolu de plein droit; il devient étranger à l'hérédité.

843. Plan. — 1° Nous étudierons d'abord ces trois partis ouverts à l'héritier, dont le premier et le troisième sont extrêmes, alors que le deuxième est intermédiaire;

2° Après quoi, nous étudierons le droit d'option en lui-même, envisagé abstraitement, isolément des termes qu'il comporte, ce qui nous donnera l'occasion de parler de la *vacance* des successions.

Section I. — LES DIVERS PARTIS ENTRE LESQUELS PEUT CHOISIR L'HÉRITIER

844. Observations préliminaires. — Avant d'examiner de plus près chacun des trois partis ouverts à l'héritier, il faut observer :

1° Que le parti auquel se range le successible s'étend invariablement à l'hérédité tout entière : la loi ne connaît pas d'acceptation ou de répudiation partielles; le principe de l'*indivisibilité du patrimoine* s'y oppose absolument;

2° Que la décision de l'héritier, quelle qu'elle soit, *rétroagit* au jour de l'ouverture de la succession (art. 777 pour l'*acceptation*; art. 785 pour la *renonciation*) ; en toute éventualité, elle a donc un caractère *déclaratif* sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. Il n'y a pas place pour plusieurs héritiers successifs, ayants cause les uns des autres; c'est du défunt même que l'héritier tient ses droits, directement;

3° Que le droit d'option est un droit absolu, insusceptible d'abus; le successible n'a pas à rendre compte des raisons qui l'ont incité à prendre tel parti plutôt que tel autre; et, par exemple, il ne saurait être déchu du bénéfice d'inventaire sous le prétexte qu'il n'a accepté dans ces termes que pour éluder une clause pénale insérée au testament (Paris, 22 fév. 1930, *S.*, 1930, 2, 102).

Ces observations présentées, nous examinerons successivement les trois partis qui s'offrent à l'héritier : 1° l'*acceptation pure et simple* ; 2° l'*acceptation sous bénéfice d'inventaire*; 3° la *renonciation*.

§ I. — *ACCEPTATION PURE ET SIMPLE*

845. Plan. — L'acceptation pure et simple doit être étudiée : dans sa *forme*, dans ses *effets*, dans sa nature *juridique*.

Mais les *effets* en sont déjà connus et seront précisés ulté-

rieurement (*inf.*, n° 899) ; par elle, l'héritier consolide son titre; il ratifie, en quelque sorte, la dévolution légale accomplie à son profit, et, du même coup, il se ferme la porte de la renonciation.

Il nous reste donc à préciser :

1° La *forme* de l'acceptation pure et simple;

2° Sa *nature juridique*.

N° 1

Forme de l'acceptation pure et simple

846. Distinction. — On oppose l'acceptation *volontaire*, qui est la règle, à l'acceptation *forcée*, qui est l'exception.

I

Acceptation volontaire

847. Autre distinction. — L'acceptation volontaire est celle qui est le résultat de la *volonté consciente* du successible; or, cette volonté peut se manifester soit *expressément*, formellement, soit *tacitement*, par des actes, par une attitude d'où on l'induit; l'acceptation volontaire se subdivise ainsi en acceptation *expresse* et en acceptation *tacite* (art. 778).

848. I. Acceptation expresse. — Cette forme d'acceptation ne soulève guère de difficultés, car elle est réglementée par la loi dans des termes précis; il y a acceptation expresse « *quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé...* » (art. 778). Le mot acte est pris ici dans le sens d'*instrumentum*; l'acceptation verbale serait inopérante.

L'écrit, dans lequel l'acceptation est formulée, peut être d'un ordre quelconque, authentique ou privé : ce pourrait être une lettre *missive*, mais à condition qu'il s'agît d'une lettre d'affaires, ayant un caractère et une valeur juridiques, adressée par exemple à un cohéritier ou à un créancier héréditaire, à l'exclusion des lettres purement privées, adressées à un ami, à un parent; ce pourrait être encore, à notre avis et sauf controverse, la présentation d'une *attestation notariée* aux fins de transcription, en conformité de la règle inscrite dans l'article 1er-6°, nouvelle rédaction, de la loi du 23 mars 1855 (*sup.*, n° 821) ; comme on l'a dit justement,

l'attestation notariée est l'acceptation elle-même envisagée sous l'angle de la transcription (VOIRIN, *Lois nouvelles*, 1936, 1, 178). Aussi considérons-nous qu'il y a alors acceptation, non pas même tacite, mais expresse : en somme, toute la question est de savoir si le successeur a entendu faire œuvre juridique, et, de cette question, les juges du fait seront appréciateurs souverains.

849. II. **Acceptation tacite.** — La situation est alors plus délicate, puisqu'il s'agit d'interpréter un fait, une initiative, une attitude. L'article 778, en vue de limiter l'arbitraire du juge qui avait donné lieu à des abus au cours de notre ancien droit, précise que l'acceptation tacite a lieu « *quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier* ».

Ce texte semble exiger deux conditions distinctes qui, dans la réalité, se ramènent à une seule : le dernier membre de phrase n'a que la valeur d'un commentaire du premier; ce qu'on exige, c'est un acte impliquant nécessairement l'intention d'accepter, et tel est précisément le cas des actes que le successible n'a le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier; du moment que l'acte peut comporter une autre interprétation que celle-ci, il n'entraîne pas acceptation tacite; c'est seulement la gestion *pro herede* qui est décisive.

Pour l'application de ce critère, le juge a encore un large pouvoir d'appréciation; en général, l'interprétation est aisée; mais elle exige parfois une recherche des nuances assez délicate.

850. Applications. — 1° Les actes *conservatoires*, accomplis par le successible, ne sauraient être considérés comme entraînant une acceptation tacite de sa part; on comprend qu'il les accomplisse en toute éventualité, à tout hasard, à un moment où sa détermination n'est pas encore prise. L'article 779 s'en explique formellement; et ce texte assimile à de tels actes, ceux de *surveillance* et d'*administration provisoire*. On peut citer, à titre d'exemples, l'inscription d'une hypothèque, l'interruption d'une prescription, l'apposition des scellés, la rédaction d'un inventaire, le règlement d'une dette urgente, frais funéraires, droits de mutation (Civ., 18 août 1869, *D. P.*, 1869, 1, 461; Comp. Req., 8 nov. 1887, *S.*, 1890, 1, 503); le congé donné à un locataire ou à un fermier; l'initiative de réparations urgentes; la vente de récoltes (Req., 7 août 1900, *S.*, 1901, 1, 6);

2° Au contraire, impliqueront la volonté d'accepter, les actes de *disposition* et aussi les actes d'administration qui engagent l'avenir sans nécessité véritable : vente de biens héréditaires non sujets à dépérissement; introduction d'une action en partage (Req., 14 avril 1899, *S.*, 1899, 1, 439, *D. P.*, 1899, 1, 402, rapport ALPHANDERY; Riom., 6 mars 1903, *S.*, 1904, 2, 310, *D. P.*, 1905, 2, 118) ; demande en délivrance d'un legs soumis au rapport (Req., 19 déc. 1888, *D. P.*, 1890, 1, 341); demande d'envoi en possession, de la part d'un successeur irrégulier;

851. — 3° Il est à remarquer que certains actes entraînent ou non, suivant les cas, acceptation tacite et, d'autre part, que les apparences sont parfois trompeuses : *la cession de droits successifs* et la *renonciation* viennent illustrer ces deux propositions.

a) La *cession de droits successifs* consentie à une ou plusieurs personnes déterminées, vaut acceptation de la part du cédant, soit qu'elle intervienne à titre onéreux, soit qu'elle ait lieu à titre gratuit (art. 780) : le législateur a considéré qu'on ne peut céder que ce que l'on a, et qu'en cédant ses droits, le successible les consolidait par cela même implicitement et d'abord sur sa tête : conception d'ailleurs discutable; on en comprendrait fort bien une autre d'après laquelle la cession serait considérée comme portant sur les droits qui appartiennent au successible à l'instant du décès, antérieurement à toute décision prise par lui, comme ayant pour objet son titre d'héritier avec la faculté d'option qu'il comporte;

b) La *renonciation* semble bien, à la différence de la cession de droits successifs, entraîner, par définition même, non pas acceptation tacite de la part de celui dont elle émane, mais répudiation. Cependant, il importe de ne pas se laisser influencer par le nom dont l'opération a été affublée, mais il faut dissiper l'apparence pour pénétrer jusqu'à la réalité juridique; or, au fond des choses, il est des renonciations qui se ramènent à des cessions de droits successifs.

1° La renonciation est faite, non pas impersonnellement, mais au profit d'un ou de plusieurs cohéritiers déterminés, *in personam*, *in favorem*. Alors, elle se ramène à un acte de *disposition* qui suppose que le renonçant était d'abord maître de sa part dont il règle les destinées; sa renonciation implique une acceptation tacite, sans distinguer selon

qu'elle est consentie à titre gratuit ou à titre onéreux (art. 780, § 2);

2° La renonciation intervient au profit de tous les cohéritiers, mais à titre onéreux; elle est *impersonnelle*, mais elle est *payée*. L'opération se ramène à une vente des droits successifs; or, on ne vend que ce que l'on possède; le renonçant est traité comme acceptant; c'est du moins le système, d'ailleurs contestable, de notre Code civil (art. 780-2°).

Si bien qu'en définitive constitue seule une véritable répudiation la *renonciation impersonnelle non rétribuée*. Toute autre renonciation est traitée, dans notre système français, comme une cession de droits successifs et implique à ce titre acceptation tacite de la part du renonçant.

II

Acceptation forcée
Détournement d'effets héréditaires

(Article 792)

852. Idée générale. — Il peut advenir qu'un successible soit acceptant malgré lui, à son corps défendant et par la volonté de la loi : il subit alors la peine d'une faute qu'il a commise en *divertissant* ou en *recélant* des effets de la succession. Le mot *divertissement* semble viser de préférence un fait actif : l'héritier s'empare d'un bien héréditaire à l'insu de ses cohéritiers et afin de se l'approprier exclusivement; tandis que le mot *recel* convient plutôt à une abstention, à une inertie coupables : l'héritier dissimule, retient par devers lui un bien dont il était précédemment nanti et qui devrait être compris dans la masse successorale, en vue du partage. Ces deux expressions, divertissement et recel, peuvent être englobées dans un terme plus large, celui de *détournement* d'effets héréditaires.

853 Effets, sanctions du détournement d'effets héréditaires. — L'article 792 inflige à l'auteur du divertissement ou du recel, une double pénalité :

1° Le coupable est déchu de la faculté de renoncer; il *demeure héritier pur et simple*, nonobstant sa renonciation; il y a alors *acceptation forcée*;

2° L'auteur du détournement est privé de sa part dans les objets divertis ou recélés (art. 792) : c'est la peine du talion

qui lui est appliquée; il voulait tout pour lui, il ne gardera rien.

854. Raison d'être de ces dispositions; rapprochement avec le partage de la communauté conjugale. — Le but du législateur, en édictant les sanctions inscrites dans l'article 792, est d'assurer *l'égalité dans le partage*; il ne faut pas que cette égalité soit frauduleusement rompue au profit d'un héritier de mauvaise foi et au détriment de ses cohéritiers. La disposition de l'article 792 est conçue dans le même esprit que celles des articles 1460 et 1477, relatives au partage de la communauté conjugale : il faut que chacun des cohéritiers, il faut que chacun des époux réalise entièrement sa vocation héréditaire ou sociale.

855. Eléments constitutifs du détournement d'effets héréditaires. — On distingue : 1° un élément *intentionnel*; 2° un élément *matériel*; 3° il faut encore déterminer le *moment* auquel le détournement doit s'être produit.

1° **Elément intentionnel.** — Le divertissement comme le recel impliquent, chez leur auteur, non pas nécessairement une infraction à la loi pénale (Req., 24 oct. 1932, *D. H.*, 1932, 537), mais du moins une *intention frauduleuse*; ils sont, l'un comme l'autre, exclus par la bonne foi; ils constituent des *délits civils* et non point de simples quasi-délits. La jurisprudence comme la doctrine sont unanimes en ce sens, conformément à la tradition (Civ., 11 juill. 1893, *D. P.*, 1893, 1, 561; 21 mars 1894, *D. P.*, 1894, 1, 345, *S.*, 1896, 1, 233, note Wahl; Req., 15 nov. 1911, *S.*, 1912, 1, 111; 28 juill. 1920, *S.*, 1921, 1, 174).

En conséquence :

a) Les sanctions de l'article 792 cessent d'être applicables du moment que l'héritier a pu croire que les effets litigieux lui appartenaient en propre, par exemple à titre de donataire ou de légataire (V., pour le partage de la communauté, Req., 12 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 215); ou si la dissimulation s'explique autrement que par le désir de soustraire les biens au partage, par exemple par la préoccupation d'éviter l'apposition des scellés (Req., 11 mai 1868, *D. P.*, 1869, 1, 368);

b) La double sanction de l'article 792 peut atteindre même un héritier incapable, du moins s'il est pourvu de la capacité délictuelle : un mineur doué de discernement par

exemple (*Sic*, Lyon, 20 déc. 1907, *S.*, 1908, 2, 173, *D. P.*, 1908, 2, 143).

856. 2° Elément matériel. — *a*) Le détournement doit porter sur un *effet* de la succession (art. 792) ; mais ce terme doit être compris largement; il s'applique aux *immeubles* comme aux *meubles* (Paris, 28 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 2, 481, note Bartin), et aux *intérêts* des biens détournés comme à ces biens eux-mêmes (Civ., 14 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 287) ;

b) Le détournement peut affecter les formes les plus variées, la jurisprudence admettant une très large interprétation de l'article 792, soit qu'un héritier dissimule un *don rapportable* qui lui avait été consenti par le défunt — don ostensible, ou déguisé, ou manuel, peu importe (Civ., 11 juill. 1893, *D. P.*, 1893, 1, 561; 14 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 287; Req., 22 mai 1901, *D. P.*, 1901, 1, 351; 28 oct. 1925, *S.*, 1925, 1, 303) ; soit qu'il dissimule une *dette* dont il est tenu envers la succession (Req., 9 nov., 1887, *D. P.*, 1888, 1, 167) ; ou qu'il fasse usage d'un *faux testament* (Civ., 15 avril 1890, *D. P.*, 1890, 1, 437; Req., 5 fév. 1895, *D. P.*, 1895, 1, 200) ; ou qu'il cherche à cacher des donations sujettes à *réduction* (Civ., 30 mars 1898, *D. P.*, 1899, 1, 22; 16 juill. 1913, *S.*, 1914, 1, 437, *D. P.*, 1914, 1, 246; Douai, 8 juill. 1897, *D. P.*, 1899 2, 73, note A. Colin; *contra*, Aix, 21 janv. 1880, *D. P.*, 1880, 2, 253) ; soit encore qu'une vente simulée eût été consentie par le *de cujus* à un tiers, avec rétrocession clandestine au profit de l'un des héritiers présomptifs (Paris, arrêt précité du 28 nov. 1898; Civ., 9 juill. 1929, *Gaz. Pal.*, 20 oct.) ; ou bien qu'une *vente fictive* eût été faite par un père à certains de ses enfants s'appropriant indûment les biens aliénés : l'article 792 ne cesse donc pas d'être applicable lorsque la fraude émane du défunt (Req., 22 oct. 1928, *D. P.*, 1929, 1, 101, note H. Desbois). La formule la plus générale figure dans l'arrêt précité du 15 avril 1890; la Chambre civile y déclare que tombent sous le coup de l'article 792, « toute manœuvre dolosive, toute fraude commise sciemment et qui a pour but de rompre l'égalité du partage... *quels que soient les moyens employés pour y parvenir* ».

857. 3° Du moment auquel le détournement doit avoir été commis. — L'article 792 vient frapper toutes les fraudes commises, sans distinguer entre celles qui sont pos-

térieures à l'ouverture de la succession et celles qui auraient été commises auparavant; car ce texte sanctionne, non pas seulement l'égalité du partage, comme le dit trop strictement la Chambre civile dans l'arrêté précité du 15 avril 1890, mais bien, plus généralement, l'égalité entre les cohéritiers. La jurisprudence, qui avait eu parfois une tendance à considérer que l'article 792 n'intéressait que les opérations du partage (Civ., 6 nov., 1855, *D. P.*, 1855, 1, 433), a fini par se rallier à l'interprétation plus large que nous indiquons, et fort logiquement, car l'acte qui rompt l'égalité en ce qui concerne la composition de la masse héréditaire, la rompt du même coup dans le partage lui-même (Req., 9 mai 1905, *D. P.*, 1905, 1, 429; 15 nov. 1911, *D. P.*, 1912, 1, 485, *S.*, 1912, 1, 111; 24 oct. 1932, *D. H.*, 1932, 537; Paris, arrêt précité du 28 nov. 1898).

858. — Aucune autre condition supplémentaire n'est requise pour l'application de l'article 792; notamment, on ne distingue pas d'après le titre de l'auteur du détournement : le *successeur irrégulier* est frappé comme l'héritier légitime (C., 8 fév. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 153, note Sarrut).

859. Solidarité. — Les coauteurs d'un même délit civil de divertissement ou de recel sont solidairement responsables de la faute qu'ils ont commise (Req., 24 avril 1865, *D. P.*, 1865, 1, 291; Lyon, 20 déc. 1907, *S.*, 1908, 2, 173); il n'y a là que l'application, à un délit spécial, d'une règle qui domine toute la responsabilité délictuelle (*sup.*, t. II, n° 785).

N° 2

Nature juridique de l'acceptation pure et simple

860. Acceptation volontaire et acceptation forcée; différence de nature. — Volontaire ou forcée, l'acceptation s'étend à toute la succession — ou à toute la part héréditaire — elle est *définitive* et *irrévocable* (Req., 29 oct. 1929, *D. P.*, 1930, 1, 19), et elle *rétroagit* au jour du décès (art. 777; *sup.*, n° 844).

Mais une différence capitale, déjà signalée, sépare les deux formes d'acceptation, dont l'une, la volontaire, est par définition même, un produit de la volonté et présente la nature d'un *acte juridique*, dont l'autre, la forcée, est imposée par la loi à titre de sanction d'une faute commise, *d'un délit civil*; d'où une série de différences secondaires, encore qu'importantes, dont les deux suivantes :

1° Tandis que l'acceptation volontaire implique chez qui la donne une certaine *capacité* fixée, dans les termes du droit commun, par l'article 776, modifié par l'article 1er de la loi du 18 février 1938, l'acceptation forcée est imposée à qui est investi de la capacité *délictuelle* (*sup.*, n° 855) ; nous avons montré quelle opposition résultait de ces deux critères différents, pour les *mineurs* doués de discernement. Quant au prodigue ou au faible d'esprit pourvus d'un *conseil judiciaire*, il semble que les règles des deux formes d'acceptation coïncident; car d'une part, ces personnes ont la capacité délictuelle, et, d'autre part, l'acceptation d'une succession ne figure pas dans la liste limitative des actes pour lesquels les articles 499 et 513 exigent l'assistance du conseil;

Depuis la réforme réalisée par la loi du 18 février 1938, la *femme mariée*, qui a obtenu le plein exercice de sa capacité civile, est à même d'accepter librement une succession, expressément ou tacitement : ladite loi a supprimé en conséquence le premier alinéa de l'article 776 qui exigeait, pour cette acceptation, l'autorisation du mari ou de justice. Désormais, en ce qui concerne la femme, il n'existe donc plus de différence entre l'acceptation volontaire et l'acceptation forcée : l'uniformité a été réalisée dans le sens de la pleine capacité;

2° Si, en principe, l'acceptation volontaire et l'acceptation forcée sont également *définitives* et *irrévocables*, cette règle n'est pas comprise de la même façon et avec la même rigueur pour ces deux formes d'acceptation.

a) En ce qui concerne l'acceptation *forcée*, on ne conçoit pas qu'elle puisse être mise en question en vertu de la théorie des *vices du consentement*, puisqu'elle est indépendante de tout consentement de la part du successible à qui elle est imposée; et on ne concevrait pas davantage sa révocation pour cause de fraude, puisqu'elle fonctionne précisément comme sanction d'une fraude particulière commise par l'héritier.

En revanche, il est une circonstance qui efface le délit de détournement, avec les deux sanctions qu'il comporte : c'est la *restitution*, par le coupable, des valeurs successorales qu'il avait détournées, du moins si cette réparation est purement *spontanée* de sa part, s'il prend l'initiative de faire ainsi amende honorable; lorsqu'il restitue sur les injonctions de ses cohéritiers, il demeure exposé aux sanctions de l'article 792 (Besançon, 10 juill. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 320) ;

b) Au contraire, l'acceptation *volontaire*, expresse ou tacite, étant à base de libre consentement, ayant la valeur d'un *acte juridique*, ressortit à la théorie des vices du consentement et à celle de l'action paulienne.

861. Des causes qui vicient une acceptation volontaire. — L'article 783 prévoit qu'une acceptation de ce genre soit attaquée pour cause de *dol* ou pour cause de *lésion*. Mais ce texte est évidemment incomplet; en réalité, l'acceptation peut être : 1° *annulée*, pour cause de dol, de violence ou d'incapacité; 2° *rescindée* pour cause de lésion; 3° *révoquée* pour cause de fraude, au moyen de l'action paulienne.

1° **Annulation** *de l'acceptation.* — Nous ne revenons pas sur l'*incapacité* au sujet de laquelle nous nous sommes déjà expliqué; d'autre part, l'*erreur* est difficile à imaginer en tant que cause spéciale de nullité, car ou bien elle porte sur l'*identité* même de la succession, et elle comporte alors pour sanction l'*inexistence* même de l'acceptation; ou bien elle a trait à l'importance, à la valeur de la succession, et elle se ramène alors au vice de la lésion. Il reste donc seulement le *dol* et la *violence*.

a) Dol. — Le *dol* est une cause d'annulation de l'acceptation volontaire lorsqu'il a été *déterminant* (art. 783); peu importe d'ailleurs son origine; on n'exige plus ici, comme en matière contractuelle, qu'il ait été pratiqué par l'une des parties contre l'autre : l'acceptation est un acte *unilatéral*, qui ne comporte donc pas d'*autre partie*. Cette différence logique et nécessaire est consacrée par la différence de rédaction qu'accusent les articles 1116 et 783. En fait, le dol émanera, soit d'un *cohéritier*, soit d'un *créancier héréditaire* : ce sont ces personnes qui sont intéressées à l'acceptation de l'héritier et qui peuvent, afin de l'y décider, user de pratiques dolosives;

b) Bien que l'article 783 soit muet sur la *violence*, il est admis sans difficulté qu'elle vicie également et *a fortiori* l'acceptation; elle n'est, en effet, qu'un dol aggravé.

862. 2° Rescision de l'acceptation pour cause de lésion. — On sait que la *lésion* ne vicie pas en principe les actes juridiques, du moins lorsqu'elle a été subie par un *majeur* (*sup.*, t. II, n° 105); il est fait exception à cette directive pour quelques actes parmi lesquels figure la vente d'immeubles, rescindable pour cause de lésion de plus des

sept douzièmes éprouvée par le vendeur. Nous rencontrons, avec l'acceptation successorale, un autre acte juridique, de formation unilatérale celui-là, qui rentre dans cette catégorie exceptionnelle : aux termes de l'article 783, l'héritier est admis à demander la rescision de l'acceptation lorsque « *la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation* ».

863. Difficultés d'interprétation. — Ce texte a soulevé une grosse difficulté d'interprétation; son sens demeure obscur, malgré les efforts tentés pour le pénétrer, pour faire l'hypothèse à laquelle il se réfère.

L'explication la plus simple, à laquelle on pense aussitôt, est celle de la découverte d'un testament, inconnu lors de l'acceptation, qui consent des libéralités jusqu'à concurrence d'une valeur excédant la moitié de l'*actif net* de la succession, par exemple jusqu'à concurrence de 60.000 francs, alors que l'émolument héréditaire, dans sa totalité, est de 100.000; l'héritier se trouve alors désagréablement surpris par ce fait nouveau qui motiverait de sa part une demande en rescision de l'acceptation pour cause de lésion.

La conjoncture est simple, mais on s'aperçoit aisément qu'elle ne comporte pas de lésion véritable pour l'héritier : au lieu de recueillir 100.000 francs, il n'en touche que 40.000, mais c'est là un simple *manque à gagner*, non une perte réelle; aussi, pratiquement, l'héritier sujet à cette mésaventure se gardera-t-il de faire rescinder l'acceptation; ayant à choisir entre 40.000 francs et zéro, il n'hésitera pas à prendre le premier parti. Si c'est une telle éventualité que le législateur a prévue dans l'article 783, il a parlé pour ne rien dire; la lésion dont il s'agit, si lésion il y a, ne déterminera jamais pratiquement la rescision de l'acceptation.

864. — Aussi les interprètes, désireux de trouver un sens à l'article 783, ont-ils échafaudé des hypothèses compliquées, dont le moindre tort est d'être exceptionnelles et spéciales, donc de ne plus cadrer du tout avec la formule générale du texte, par exemple les deux suivantes :

a) On a proposé une explication tirée des surprises possibles du *rapport*. Il y a, par exemple, deux héritiers, et 60.000 francs de biens existant dans la succession; de plus, l'un des héritiers avait reçu du défunt une donation de 40.000 francs, sujette à rapport. Cet héritier accepte, effectue

le rapport qui porte l'émolument héréditaire à 100.000 fr., ce qui laisse 50.000 francs pour chacun des successeurs; l'héritier gratifié y gagne donc encore 10.000 francs. Mais voilà qu'on découvre un testament par lequel le défunt a légué 30.000 francs à un tiers; il n'y a donc plus que 70.000 francs à se partager entre les deux héritiers, soit 35.000 francs pour chacun; l'enfant gratifié, au lieu de retirer 10.000 francs, en perd en définitive 5.000; il est lésé; il pourra demander la rescision de l'acceptation, après quoi il renoncera à la succession pour s'en tenir à sa donation de 40.000 francs; car l'héritier renonçant échappe au rapport.

Cette explication met en jeu des conditions auxquelles il n'est pas fait-la moindre allusion dans l'article 783, notamment la *pluralité* des héritiers, car c'est alors seulement qu'il peut être question de rapport. A lire le texte, on demeure convaincu que son application est indépendante de cette conjoncture;

b) On a cherché aussi la clef de l'énigme dans l'obligation qui incomberait à l'héritier de servir les legs, même *ultra vires hereditatis*; l'héritier accepte une succession de 100.000 francs puis découvre un testament qui lègue 150.000 francs à un tiers; le voilà obligé de faire face à cette libéralité avec sa fortune personnelle; il se trouve lésé; s'il avait connu la réalité, il aurait répudié au lieu d'accepter; il demandera la rescision de son acceptation.

Mais l'hypothèse prévue est bien invraisemblable; en tout cas, bien exceptionnelle; et elle ne cadre pas du tout avec les termes de l'article 783 qui permet de demander la rescision du moment que la succession est diminuée de plus de moitié, et sans exiger que l'héritier acceptant en soit de sa poche.

865. En résumé, il faut reconnaître à la charge du législateur plus qu'une obscurité : une véritable bévue. A notre sentiment, de toutes les explications proposées, c'est la première qui est la plus plausible, parce que la plus générale et la mieux en harmonie avec le libellé de l'article 783; les rédacteurs du Code civil ont prévu une hypothèse, théoriquement possible, mais pratiquement sans intérêt, l'héritier acceptant préférant recueillir un émolument diminué plutôt que rien du tout.

866. 3° Révocation de l'acceptation au moyen de l'action paulienne. — Bien qu'aucun texte ne fasse appli-

cation de l'action paulienne à l'acceptation des successions, la solution ne fait pas doute : les créanciers *personnels* de l'héritier peuvent utiliser l'article 1167 pour faire prononcer la révocation de l'acceptation d'une succession insolvable faite par leur débiteur, pourvu qu'ils démontrent, dans les termes du droit commun, le *préjudice* subi et la *fraude* dont ils sont les victimes, mais sans qu'il soit besoin pour eux d'établir la complicité des créanciers héréditaires, suffisamment protégés par la séparation des patrimoines; au reste, il est difficile de ranger l'acceptation d'une succession dans la catégorie des actes à titre onéreux, et c'est bien plutôt des actes à titre gratuit qu'elle doit être rapprochée, actes contre lesquels l'action paulienne réussit indépendamment de la complicité du tiers (*sup.*, t. II, n° 691).

867. Prescription des actions en nullité, en rescision ou en révocation. — L'action *paulienne* se prescrit par *trente années*, conformément au droit commun (*sup.*, t. II, n° 705); bien que la question soit douteuse, nous traiterions de même les actions en *nullité* et en *rescision*; la prescription décennale, instituée par l'article 1304, ne concerne que les actions dirigées contre une *convention*; étant dérogatoire au droit commun, elle ne doit pas être étendue aux actions intéressant des actes à formation unilatérale, comme l'acceptation d'une succession, pour lesquels il faut en revenir à la prescription trentenaire.

§ II. — *ACCEPTATION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE*

(Art. 793 à 810)

868. Idée générale. — *L'acceptation sous bénéfice d'inventaire* ou *acceptation bénéficiaire* est une solution moyenne, intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et la renonciation, mais plus voisine de la première; c'est une acceptation avec une clause de sauvegarde qui conjure toute confusion entre l'hérédité et le patrimoine de l'héritier, lesquels demeurent séparés dans leurs éléments passifs comme dans leurs éléments actifs, en sorte que les dettes de la succession se règlent avec ses biens, sans risques et sans dommage pour l'héritier.

Pour qu'un tel isolement soit réalisable, il est nécessaire que la composition, la consistance de l'hérédité soit établie de façon sûre; les frontières qui séparent les deux patrimoines doivent être exactement tracées; d'où la nécessité

d'un *inventaire* qui transparaît dans la terminologie usitée : l'acceptation a lieu *sous bénéfice d'inventaire*.

869. Origine. — Ce mode d'acceptation remonte au droit romain de Justinien; il fut accueilli tel quel dans nos pays de droit écrit, mais non sans réserve et sans défiance dans les pays de coutume : l'héritier qui voulait accepter sous bénéfice d'inventaire devait obtenir à cet effet des *lettres de bénéfice d'inventaire* qui n'étaient délivrées par les chancelleries des Parlements que moyennant finance, et qui d'ailleurs, pour cette raison même, n'étaient guère refusées. D'autre part, et il y a là un signe manifeste de la répugnance avec laquelle le bénéfice était vu en pays coutumier, l'héritier sous bénéfice d'inventaire pouvait se voir supplanté par un parent plus éloigné — au moins dans l'ordre des collatéraux — qui consentait à accepter purement et simplement.

De nos jours, ces diverses entraves ont disparu, et le bénéfice d'inventaire fonctionne librement, comme jadis dans nos pays de droit écrit.

870. Généralité du bénéfice; causes de déchéance. — Le bénéfice d'inventaire est ouvert à tous les héritiers, légitimes ou non; il en est même qui ne sauraient accepter que moyennant l'emploi de cette modalité : on sait, en effet, que l'acceptation pure et simple *volontaire* est fermée aux *mineurs* et aux *interdits* (art. 461; *sup.*, t. I, n° 413; *inf.*, n° 883).

La faculté d'accepter bénéficiairement se perd :

1° Par l'*acceptation pure et simple*, soit volontaire, soit forcée (art. 800); le successible qui veut n'accepter que sous bénéfice d'inventaire fera donc sagement en se mettant en règle avec la loi avant même que de requérir la transcription de l'*attestation notariée* rédigée à l'occasion de la mutation *mortis causa*, car cette réquisition vaut, à notre sentiment, acceptation pure et simple (*sup.*, n° 848);

2° Par la *prescription* de trente années : après ce délai, le droit d'option lui-même a pris fin et le successible est en dehors de l'hérédité (*inf.*, n° 887);

3° Pour un *jugement* passé en force de chose jugée, condamnant l'héritier en qualité d'héritier pur et simple (art. 800, *inf.*, n° 895).

871. Formes et conditions de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Le successible a deux formalités

à remplir : une *déclaration au greffe*, la rédaction d'un *inventaire*. Quant à l'*apposition des scellés*, elle n'est pas obligatoire (arg. art. 810, « *s'il en a été apposé* »), sauf, bien entendu, dans les cas où elle serait commandée par l'état de minorité ou l'éloignement de l'un des héritiers.

1° *Déclaration au greffe.* — L'art. 793 exige une déclaration expresse au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession, sur un registre spécial qui est utilisé également pour les renonciations à succession.

Cette formalité est strictement indispensable; cependant, si l'héritier était un *mineur* ou un *interdit*, il faudrait décider, à raison de la disposition impérative de l'art. 461, que l'acceptation, même faite par le représentant du mineur ou de l'interdit, sans déclaration au greffe, ne pourrait valoir que comme acceptation sous bénéfice d'inventaire (Req., 11 déc. 1854, *D. P.*, 1855, 1, 49; Pau, 22 mai 1912, *S.*, 1912, 2, 179); mais sous cette réserve importante que le mineur, devenu majeur, ne peut se prévaloir des effets du bénéfice d'inventaire qu'à la condition d'avoir fait la déclaration prescrite par l'art. 793 dans les délais légaux, ou, du moins, dans de nouveaux délais accordés par le juge, sans quoi il serait traité comme un héritier pur et simple (Civ., 27 mars 1888, *D. P.*, 1888, 1, 345) : l'effet ne doit pas survivre à la cause qui était, en l'occurrence, la minorité de l'héritier; celui-ci, devenu majeur, pourrait d'ailleurs prendre un troisième parti en renonçant à une succession dont l'acceptation, par le tuteur, sans déclaration au greffe, se trouvait entachée d'irrégularité (*Sic*, Pau, arrêt précité); ce retour de volonté est alors susceptible de causer un grave préjudice aux tiers qui s'étaient rendus acquéreurs des immeubles de la succession et qui se trouvent, rétroactivement, d'avoir traité avec un *non dominus*; du moins un recours leur est-il ouvert contre le tuteur négligent qui, par une acceptation irrégulière, non déclarée au greffe, a rendu possible leur éviction;

2° *Inventaire.* — La déclaration au greffe n'est efficace qu'à la condition d'être précédée ou suivie de la confection d'un *inventaire* fidèle et exact des biens héréditaires, « *dans les formes réglées par les lois sur la procédure* », dit l'art. 794, c'est-à-dire par acte *notarié* (C. pr., art. 942 et 943). Cet inventaire porte sur le *mobilier héréditaire*; en l'absence de tout mobilier, il est remplacé par un *procès-verbal de carence* (C. pr., art. 924).

L'art. 794 semble exiger que le document soit rédigé dans

le délai de délibération, soit trois mois et quarante jours. Mais l'art. 800 dément cette conclusion, formellement; l'inventaire peut être dressé aussi longtemps que l'héritier n'est pas déchu de la faculté d'accepter bénéficiairement (*sup.*, n° 870).

872. Effets du bénéfice d'inventaire. — L'acceptation sous bénéfice d'inventaire produit l'effet essentiel de l'acceptation pure et simple : elle consolide le titre de l'héritier; comme elle, elle a un caractère *indivisible* et elle *rétroagit* au jour de l'inventaire de la succession; comme elle enfin, elle peut être *annulée*, *rescindée* ou *révoquée* pour les causes ci-dessus étudiées (*sup.*, n° 861).

Les différences résident : 1° dans les conditions de forme, et nous les avons exposées; 2° dans cette idée fondamentale que l'acceptation pure et simple entraîne une *confusion des patrimoines* que le bénéfice d'inventaire tend précisément à conjurer, et c'est un point sur lequel nous reviendrons en détail (*inf.*, n° 941).

§ III. — *RENONCIATION*

(Art. 784 à 792)

873. Utilité. — La *renonciation* ou *répudiation*, solution radicale par laquelle le successeur se retire de l'hérédité et repousse ce titre d'héritier dont il avait été investi par la loi, constitue le parti le plus avantageux :

1° Si la succession est certainement mauvaise, si le passif en excède l'actif;

2° Si l'héritier avait reçu du *de cujus* une importante libéralité sujette à *rapport*. A supposer que le défunt laisse deux frères, que les biens extants vaillent 50.000 francs, et que l'un des frères eût reçu du défunt une donation de 100.000 francs, son avantage sera de répudier la succession pour s'en tenir à son don; il gardera ainsi 100.000 francs, au lieu que, s'il acceptait, il devrait remettre les biens donnés dans la succession pour prendre ensuite la moitié du total, soit 75.0000 francs.

874. Dans quels cas la faculté de répudiation disparaît. — Tous les successibles peuvent répudier, même ceux qui ne pourraient pas accepter purement et simplement (successions échues à un mineur ou à un interdit); il n'y a plus, dans notre droit, d'héritier nécessaire (v.

cependant, *inf.*, n° 886) ; il existe toujours un moment où la renonciation est possible : seulement, des événements peuvent surgir qui la rendent impraticable.

1° L'*acceptation* de l'hérédité, pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire, volontaire et forcée; le droit d'option est alors épuisé par son exercice même, à condition, bien entendu, que cet exercice ait été accompli régulièrement, en conformité des exigences de la loi (Pour le cas d'acceptation bénéficiaire sans déclaration au greffe, *sup.*, n° 871) ;

2° Un *jugement* condamnant le successible en qualité d'héritier pur et simple (art. 800) ; mais, en ce cas, la déchéance n'est que relative, le jugement intervenu n'ayant d'autorité qu'entre les parties à l'instance (*inf.*, n° 895) ;

3° La *prescription trentenaire* du droit d'option (*inf.*, n° 887).

875. Formes de la répudiation. — La renonciation ne peut être faite qu'au moyen d'une *déclaration* au greffe du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, déclaration mentionnée sur un registre tenu à cet effet, celui-là même qui est utilisé pour le *bénéfice d'inventaire* (art. 784).

Conjoint survivant. — L'observation de cette formalité s'impose à tout héritier, au sens large du mot, car la teneur de l'article 784 est conçue dans les termes les plus généraux et ne laisse place à aucune distinction. Il y a donc lieu de considérer comme erronée l'opinion, cependant dominante en doctrine et consacrée par la Chambre des requêtes (Req., 19 janv. 1938, *S.*, 1938, 1, 149), qui limite l'application de notre texte aux héritiers légitimes, à l'exclusion du conjoint survivant lequel, n'ayant point la saisine et n'étant donc point investi de plein droit de la possession légale de la succession (*sup.*, n° 828), pourrait renoncer à celle-ci par un procédé quelconque et en dehors de toute formalité spéciale. C'est là exagérer la portée de la saisine et, du même coup, minimiser la signification de la renonciation à succession, laquelle intéresse, non pas seulement la possession des biens, mais la transmission héréditaire elle-même. En réalité, cette jurisprudence critiquable s'inspire avant tout de cette considération que le conjoint survivant, *simple usufruitier*, n'est pas obligé directement envers les créanciers héréditaires et ne peut être poursuivi par eux (*Sic*, arrêt précité) ; mais alors, il faudrait distinguer selon que l'émolument de ce conjoint est fixé en usufruit ou bien en pleine propriété, et cette

seconde éventualité n'est plus purement théorique depuis que la loi du 3 décembre 1930 a décidé qu'en l'absence de parents au degré successible dans une ligne, la part de la ligne déficiente serait attribuée au survivant (art. 767, al. 2; *sup.*, n^os^ 779*bis* et suiv.) : ce qui serait décisif, ce ne serait plus la saisine, mais la nature de l'émolument successoral; or, rien, dans la loi, n'autorise une telle opposition; même ainsi transposée, la distinction jurisprudentielle demeure purement arbitraire et doit être repoussée; le système du Code civil sur la renonciation doit d'autant mieux être accueilli dans sa généralité formelle, qu'il est pratiquement satisfaisant, la formalité légale prévenant toute contestation au sujet de la volonté de l'héritier et du parti qu'il a voulu prendre.

Renonciation conventionnelle. — Malgré la formule impérative de l'article 784, il est admis assez couramment qu'une renonciation *conventionnelle* est valable encore que non publiée et il a même été jugé qu'elle pouvait être *tacite* et s'induire de l'attitude du successible, ce qui est fort contestable (Req., 28 juill. 1938, *D. H.*, 1938, 517); seulement, elle n'a d'effets qu'entre les parties, le successible s'engageant seulement « par des accords particuliers envers ses cohéritiers à ne pas faire valoir ses droits à l'hérédité » (même arrêt); elle n'est point opposable aux tiers, y compris le fisc. On considère ainsi volontiers que la formalité de l'art. 784 a la signification d'une simple *mesure de publicité* (Dijon, 15 avril 1907, *S.*, 1908, 2, 129, *D. P.*, 1909, 2, 210).

Mais il est certain qu'une renonciation *unilatérale* serait sans aucune efficacité et aussi que la loi n'admet pas la répudiation *tacite* au moins en tant que renonciation parfaite, opposable à tous et pouvant être invoquée par tous : aux termes de l'art. 784, « *la renonciation à une succession ne se présume pas...* ».

Transcription. — La renonciation à succession n'est pas sujette à transcription : d'une part, aucun texte n'impose au renonçant cette formalité, car les *attestations notariées*, instituées par l'article 1^er^-6^o^ de la loi du 23 mars 1855, nouvelle rédaction, ne concernent que « *les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers...* »; en outre, on ne voit pas quelle serait ici l'utilité d'une transcription alors que la publicité résultera suffisamment ou de l'attestation notariée établie pour faire valoir les droits de l'héritier subséquent, par hypothèse acceptant, ou de l'acte de

partage intervenu entre les cohéritiers du renonçant et lui-même sujet à transcription (*Sic*, VOIRIN, *Lois nouvelles*, 1936, 1, pp. 179 et suiv.).

876. Effets de la renonciation. — La directive générale est contenue dans l'article 785 : « *L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier* » : la transmission héréditaire, la saisine, la vocation successorale disparaissent *rétroactivement*; tout se passe comme si le renonçant n'existait pas, sauf cependant que sa place ne devient pas vacante et ne peut pas être utilisée pour la succession par représentation (*sup.*, n° 743).

La règle de la *rétroactivité* de la renonciation conduit à de multiples et importantes conséquences dont voici les principales :

1° Le renonçant échappe à l'obligation du *rapport*, laquelle n'incombe qu'aux seuls héritiers (art. 845);

2° Les droits éteints par l'effet de la *confusion*, ou de la *consolidation*, vont revivre : *créances* que l'héritier renonçant avait contre le défunt; *usufruit* qui lui appartenait sur un bien de la succession, etc.;

3° Aucun droit réel ne peut frapper la succession du chef du renonçant; par exemple, les hypothèques générales dont ses biens sont grevés ne s'étendent pas aux immeubles héréditaires. Mais les actes *conservatoires* ou d'*administration* provisoires par lui accomplis subsistent, conformément à un principe général (*sup.*, t. I, n° 1819);

4° Le renonçant n'a à acquitter aucun droit de mutation;

5° Il ne doit rien garder de la succession : sa *part héréditaire* lui est retirée *rétroactivement* : que va-t-elle devenir?

Elle est attribuée comme s'il n'existait pas, sauf la réserve faite pour la succession par représentation (*sup.*, n° 743). En conséquence :

a) Si le renonçant était appelé à recueillir toute la succession, celle-ci va passer au successible de second rang (art. 785); et, pour découvrir celui-ci, ce n'est pas au jour de la renonciation qu'il convient de se placer, *mais à celui du décès*; ainsi le commande la règle de la rétroactivité de la renonciation. Il peut donc advenir que celle-ci profite à un successible lui-même décédé au jour où elle est intervenue : il aura recueilli l'hérédité à son insu pour la transmettre, dans la sienne, à ses propres héritiers;

b) Si le renonçant était appelé à la succession concurremment avec d'autres héritiers, sa part *accroît* à ses cohéritiers (art. 786), mais toujours en tenant compte de l'effet

rétroactif de la renonciation, donc en se plaçant au jour du décès, non à celui de la renonciation.

En principe, l'accroissement se réalise *également* au profit de chacun des cohéritiers; si, de trois enfants l'un renonce, sa part est répartie également entre les deux autres qui recueillent donc, en définitive, chacun la moitié de l'hérédité. Mais cette égalité dans l'accroissement est parfois écartée.

1° D'abord, lorsque le partage a lieu par *souche* : la part du renonçant n'accroît alors qu'aux cohéritiers appartenant à la souche du renonçant : si le défunt a laissé un enfant et deux petits-enfants issus d'un autre enfant prédécédé et si l'un de ces petits-enfants renonce, sa part accroît uniquement à l'autre : le fils survivant n'y gagne rien; il ne recueille toujours que la moitié de la succession;

2° De même, si l'hérédité est partagée entre deux lignes, conformément à la règle de la *fente*, la renonciation ne profite qu'aux successibles de la ligne à laquelle appartenait le renonçant; pour qu'il en fût autrement, il faudrait que cette ligne n'eût plus de représentant; alors, la *dévolution* s'opérerait, par la force des choses, d'une ligne à l'autre.

877. Nature juridique de la renonciation — Cette nature se confond, en principe, avec celle de l'acceptation : la renonciation est *rétroactive*, on l'a vu, et elle est *indivisible*, en ce sens qu'elle ne peut pas être partielle.

De plus, elle est soumise aux mêmes causes de destruction que l'acceptation : elle peut être *annulée* pour cause d'*incapacité* (les règles de *capacité* sont les mêmes que pour l'acceptation, notamment la femme mariée peut renoncer sans avoir à se munir d'une autorisation quelconque : l. 18 fév. 1938 conférant aux femmes mariées le plein exercice de leur capacité civile), de *dol* ou de *violence*, mais non pas d'erreur sur la substance, du moins lorsque la décision prise par l'héritier présente un caractère unilatéral : elle répugne, par cela même, à l'application de l'article 1110 qui vise uniquement l'erreur dans les conventions (Paris, 15 juin 1933, *Gaz. trib.*, 9-11 juill.); il n'en irait autrement que si la renonciation était consentie à prix d'argent; il y aurait alors une *cession de droits successifs* qui, de nature contractuelle, comporterait l'application de l'article 1110, pour erreur sur la substance, le cédant s'étant, par hypothèse, mépris sur la nature, sur la portée de sa vocation (Civ., 17 nov. 1930, *D. P.*, 1932, 1, 161, note J.-Ch. Laurent).

La renonciation est susceptible d'être *révoquée*, comme frauduleuse, au moyen de l'action *paulienne*, comme le décide expressément l'art. 788 : les créanciers de l'héritier qui a renoncé à une succession avantageuse afin de soustraire à leur action les biens qui la composent, vont pouvoir faire annuler la renonciation pour accepter ensuite la succession du chef de leur débiteur (V. Req., 28 déc. 1938, *D. H.*, 1939, 132). L'action paulienne est gouvernée, dans cette application, par le statut général qui a été précédemment décrit (*sup.*, t. II, n° 680) ; notamment, et encore que l'art. 788 soit muet à cet égard, il appartient au demandeur d'établir le caractère *frauduleux* de la renonciation (*sup.*, t. II, n° 689) ; d'autre part, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers demandeurs, jusqu'à concurrence du montant de leurs droits; elle ne l'est pas au regard de l'héritier qui demeure renonçant (art. 788, § 2).

878. — Jusqu'à présent, la symétrie se poursuit, quant à leur nature juridique, entre l'acceptation et la répudiation; mais elle se trouve rompue à un double point de vue.

1° A la différence de l'acceptation, la renonciation ne peut donner lieu à la *rescision pour cause de lésion* : l'art. 783 ne vise que l'acceptation; or, ce texte, d'ailleurs fort obscur et presque inintelligible (*sup.*, n° 863), déroge au droit commun d'après lequel les actes juridiques ne sont pas rescindables pour cause de lésion; son interprétation restrictive s'impose donc doublement;

2° Tandis que l'acceptation est définitive et irrévocable, réserve faite des causes de nullité, de rescision ou de révocation, la renonciation est susceptible d'être *rétractée*, dans de certaines conditions (art. 790). Le renonçant peut se repentir, pourvu que :

a) Le droit d'accpter ne soit pas *prescrit*, ce qui est de toute évidence;

b) La succession n'ait pas été acceptée par d'autres héritiers. C'est qu'en effet, si le successible de seconde ligne a donné son acceptation, la *vacance* de la succession n'est plus à craindre; or, c'est pour conjurer cette éventualité que l'art. 790 permet au renonçant de se repentir; du moment qu'il y a un héritier, le danger a disparu et la renonciation devient irrévocable; il n'y a plus de bonne raison pour *exproprier* le successible de seconde ligne au profit du renonçant repenti.

879. — Il semble donc que l'*acceptation* du successible de seconde ligne doive invariablement dépouiller le renonçant de son droit de rétractation; la lettre de l'art. 790 paraît, comme son esprit, commander cette solution : cependant, on ne l'applique ordinairement, dans toute sa vigueur, que si le successible acceptant est un héritier *légitime*; alors, du moment que son acceptation est intervenue, le droit de rétractation du renonçant est éteint; mais si ce successible subséquent n'est qu'un successeur irrégulier ou un légataire universel non saisi, on admet encore le renonçant à se rétracter aussi longtemps que l'acceptant n'a pas obtenu *l'envoi en possession*, ou, tout au moins, tant qu'il ne l'a pas demandé (Bordeaux, 10 nov. 1886, *D. P.*, 1888, 2, 68; comp. Paris, 6 fév. 1925, *D. H.*, 1925, 246, et, pour le légataire universel non saisi, Civ. 16 nov. 1927, *S.*, 1929, 1, 361, note Vialleton, *D. H.*, 1928, 103). A ce point de vue, comme à tant d'autres, les droits du successeur irrégulier sont moins forts que ceux de l'héritier légitime; ce dernier, parce qu'il a la saisine, met fin, par sa seule acceptation, au droit de rétractation du renonçant; mais le successeur irrégulier doit, pour obtenir ce résultat, obtenir ou du moins demander l'envoi en possession.

On a même proposé de traiter plus défavorablement encore l'*Etat* : n'étant pas héritier, pas même successeur irrégulier, il serait toujours exposé à se voir évincer — même une fois envoyé en possession — par un renonçant repentant qui lui reprendrait la succession. Pour nous, qui avons admis que l'Etat est vraiment un successeur irrégulier, qu'il vient à la succession *jure hereditario*, nous le traiterons comme le conjoint survivant : il sera à l'abri de la rétractation de la renonciation, du moment qu'il aura été envoyé en possession des biens héréditaires (*sup.*, n° 786).

880. Effets de la rétractation. — Lorsque le renonçant se rétracte, pour accepter la succesion, son acceptation est *rétroactive* comme si elle était intervenue initialement : elle remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777).

A cette règle de la rétroactivité, l'art. 790 apporte cependant un tempérament : « *sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur des biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante* ».

1° *Droits acquis par la prescription* : une prescription *extinctive* s'est accomplie au profit d'un débiteur du défunt;

une prescription *acquisitive* s'est poursuivie au profit du possesseur d'un bien héréditaire; ces prescriptions vont demeurer acquises; c'est autant de moins que comprendra la succession (Civ., 18 juin 1895, *D. P.*, 1895, 1, 471);

2° *Actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante.* — A la suite de la renonciation, un curateur avait été donné à la succession : les actes par lui régulièrement accomplis subsisteront; l'héritier qui revient sur sa renonciation est tenu de les respecter.

Tels sont, à lire l'article 790, les seuls droits acquis qui s'imposeraient à l'auteur de la rétractation. Mais la jurisprudence a une tendance, à notre avis heureuse, à interpréter largement la formule finale de ce texte et à assurer le respect de toutes les situations que la renonciation de l'héritier pouvait avoir créées au profit des tiers; c'est ainsi qu'elle décide que le réservataire qui se rétracte n'a plus qualité pour demander la réduction des libéralités excédant la quotité disponible. *Exemple* : un individu a un enfant légitime; cet enfant a droit à une réserve de moitié dont son père ne saurait le dépouiller par des libéralités consenties à d'autres personnes; or, il a disposé des trois quarts de ses biens au profit d'étrangers; puis il décède. Les libéralités par lui consenties sont réductibles dans la mesure où elles excèdent le disponible, soit la moitié dans l'espèce. Mais voilà que l'enfant renonce à la succession paternelle, en sorte que celle-ci est dévolue à un collatéral, lequel n'a pas droit à une réserve; les libéralités deviennent donc inattaquables. Si, dans ces conditions, l'enfant revient sur sa renonciation, il ne pourra plus se réclamer de sa réserve pour poursuivre la réduction des libéralités consenties par son père : les gratifiés ont un droit acquis à ce que les libéralités s'exécutent et soient maintenues intégralement (Civ., 5 juin 1878, *S.*, 1878, 1, 457, *D. P.*, 1878, 1, 344).

881. — A un autre point de vue, la Cour de cassation interprète plus littéralement la disposition de l'article 790 : ce texte réserve les droits des *tiers*; or, un *légataire universel*, par cela même qu'il est appelé à recueillir l'intégralité de la succession, ne mérite pas cette épithète; mais il figure parmi les « autres héritiers » et ne se trouve donc pas à l'abri, aussi longtemps qu'il n'a pas accepté, des retours de volonté de l'héritier renonçant (Civ., 16 nov. 1927, *S.*, 1929, 1, 361, note Vialleton, *D. H.*, 1928, 103).

SECTION II. — LE DROIT D'OPTION ENVISAGÉ EN LUI-MÊME, ABSTRAITEMENT DES PARTIS QU'IL COMPORTE

882. Principe ; point de départ. — Le droit d'option successorale — c'est-à-dire la faculté de choisir entre les partis énoncés : acceptation pure et simple, acceptation bénéficiaire, répudiation — appartient à tout successible; il ne persiste pas indéfiniment, mais il prend toujours naissance; sous le bénéfice d'une seule réserve (*inf.*, n° 886), il n'existe pas, dans notre législation, d'héritier nécessaire : « *nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est dévolue* (art. 775) ; « *une succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire* » (art. 774). Dans son article 316, la Coutume de Paris proclamait déjà : « Il ne se porte héritier qui ne veut » (V. Req., 26 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 201, et l'article de M. E. PILON, *D. H.*, 1934, *Chron.*, p. 33).

883. Dérogation ; droit d'option à deux branches. — Exceptionnellement, lorsqu'une succession est déférée à un *mineur* (même émancipé) ou à un *interdit*, l'option ne comporte plus que deux termes : il faut accepter bénéficiairement ou répudier; l'acceptation pure et simple est proscrite (art. 461). On ne veut pas que l'incapable soit exposé à payer de sa poche les dettes héréditaires; on le met à l'abri des surprises provenant de la révélation d'un passif insoupçonné; on lui impose cette modalité de sauvegarde qu'est le bénéfice d'inventaire.

Le mérite de cette mesure de protection est d'ailleurs contesté.

1° La liquidation d'une succession acceptée bénéficiairement est assez compliquée; elle risque d'engager la responsabilité du successible vis-à-vis des créanciers héréditaires (*inf.*, n° 971) ;

2° Il est une éventualité dans laquelle l'acceptation bénéficiaire entraîne, pour l'incapable, des frais qu'une acceptation pure et simple lui eût épargnés : c'est celle où, un immeuble successoral étant vendu aux enchères, le mineur s'en porte adjudicataire. L'adjudication, qui échapperait à la formalité de la transcription si elle intervenait au profit d'un héritier pur et simple (L. 23 mars 1855, art. 1er-4°), s'y trouve soumise, d'après notre jurisprudence, si elle est prononcée au profit d'un héritier bénéficiaire (*inf.*, n° 948) ; d'où la nécessité, pour ce dernier, d'acquitter, sinon le droit

de transcription, lequel a été incorporé dans le droit de mutation (*inf.*, n° 948) du moins la taxe hypothécaire et les honoraires du conservateur (*sup.*, t. I, n° 1726). Il y a là un inconvénient que les rédacteurs du Code civil n'avaient pu prévoir puisque, dans leur système, l'adjudication n'était point sujette à transcription, qui a été fortement atténué par la modification de la nature du droit de transcription, désormais intégré dans le droit de mutation, mais qui est encore réel.

Il est donc permis d'estimer qu'on aurait pu laisser le droit d'option sous l'empire du droit commun, dans le cas même d'une succession échue à un mineur ou à un interdit; d'autant mieux que le tuteur ne peut jamais prendre parti de sa seule initiative : il lui faut, d'après ce même article 461, l'autorisation préalable du conseil de famille.

884. A quel moment existe le droit d'option. — Il n'existe pas à toute époque; il y a un moment avant lequel il n'existe pas encore, ou, du moins, il ne peut pas être utilisé; et il y a un moment après lequel il ne peut plus être exercé.

885. I. Moment avant lequel le droit d'option n'existe pas, ou, du moins, ne peut pas être utilisé. — Ce moment est celui de l'*ouverture de la succession*; on ne peut, ni accepter, ni répudier une *succession future*; l'article 791 s'en explique pour la renonciation, et nul doute qu'il ne faille décider de même pour l'acceptation, car la solution se rattache à la règle générale qui prohibe les *pactes sur succession future* (art. 1130). C'est donc vainement qu'un héritier présomptif accepterait ou répudierait par anticipation une succession non encore ouverte; sa décision serait radicalement nulle, sans ratification possible; le jour venu, sa liberté de détermination demeurerait entière (Req., 19 fév. 1929, *S.*, 1929, 1. 270; *D. P.*, 1929, 1, 100). Toutefois, il faut, en pareille matière, se garder d'une exagération : 1° si l'option ne peut être valablement exercée avant l'ouverture de la succession, elle peut l'être avant le moment où cette succession est déférée à qui prend parti. Si, par exemple, le *de cujus* a laissé un enfant et un frère, ce dernier peut accepter la succession alors que l'enfant ne s'est pas encore prononcé; il y trouvera de multiples avantages, entre autres celui de se mettre en possession et d'exercer les actions successorales, voire la pétition d'hérédité et l'action en partage,

et si, plus tard, l'enfant renonce, il n'aura pas besoin de renouveler une acceptation donnée avant la lettre, valablement et une fois pour toutes (V., sur ces différents points, Civ. 20 juin 1898, *D. P.*, 1892, 1, 441, note H. CAPITANT, et *S.*, 1899, 1, 513, note WAHL; 15 déc. 1913, *S.*, 1918-1919, 1, 195; 8 mai 1923, *D. P.*, 1926, 1, 119; Paris, 16 janv. 1913, *D. P.*, 1913, 2, 353, note PLANIOL, *S.*, 1914, 2, 241; CABRILLAC, *op., cit. sup.*, n° 823); 2° même avant l'ouverture de la succession, l'héritier présomptif peut conférer à une autre personne le *mandat* de prendre parti en son nom, solution qui s'explique soit, comme l'estime la Cour de cassation, par cette considération qu'un tel mandat ne limite pas la liberté de l'héritier dans le choix qu'il aura à faire, une fois la succession ouverte, par l'organe du mandataire (Civ., 9 mars 1937, *S.*, 1937, 1, 291), soit bien plutôt par la révocabilité du mandat grâce à laquelle le mandant conserve la liberté d'opter à sa guise après l'ouverture de la succession (V. note BATIFFOL, *cod. loc.*).

886. II. Moment à partir duquel le droit d'option ne peut plus être exercé. — Le droit d'option peut être entamé ou éteint par diverses éventualités :

1° Par le *décès* du successible laissant lui-même plusieurs héritiers;

2° Par la *prescription*;

3° Par l'*exercice* même de la faculté d'option.

1° Décès du successible laissant lui-même plusieurs héritiers. — Le successible décède avant d'avoir pris parti : son droit d'option passe à ses propres héritiers; il y a alors *succession par transmission*; les héritiers du non-optant trouvent le droit d'option dans sa succession; c'est donc à eux qu'il appartient de prendre parti sur l'hérédité qui lui était déférée. Or, ils ne sont pas d'accord à ce sujet : par exemple, l'un veut accepter purement et simplement alors que l'autre entend renoncer. Comment dénouer ce conflit? Normalement, le droit d'option se divisant entre les héritiers du successible originaire, chacun d'eux devrait pouvoir prendre parti à son gré, dans la mesure de sa propre vocation, pour la moitié, le tiers, le quart, suivant leur nombre; et c'est bien ce que décide l'article 1475 dans une éventualité voisine, celle où une femme commune en biens décède avant d'avoir pris parti sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté (*sup.*, n° 256). Mais l'article 782

donne une solution différente pour le droit d'option en matière successorale; il lui confère un caractère *indivisible*; la solution consacrée sera *une*, la même pour tous, et ce sera, s'ils n'arrivent pas à s'entendre, *l'acceptation sous bénéfice d'inventaire*. C'est là une décision exorbitante du droit commun; non seulement elle fait échec au grand principe de la division des droits entre les héritiers, mais aussi à la règle que nul ne peut être contraint à accepter une succession malgré lui; le successible qui était partisan de la renonciation se trouvera acceptant malgré lui; et c'est là l'unique dérogation que nous avions annoncée à cette règle qu'il n'existe plus, dans notre droit, d'héritier nécessaire (*sup.*, n° 882). Sans doute, l'inconvénient de ce moyen de fortune est atténué par le caractère bénéficiaire de l'acceptation forcée; le successible malgré lui ne sera pas exposé à solder de sa poche les dettes héréditaires; mais du moins sera-t-il assujetti, le cas échéant, au *rapport* des libéralités qu'il avait reçues du défunt et cette obligation peut avoir pour lui de très graves conséquences.

La disposition de l'article 782 est donc à tous égards critiquable; on aurait pu, tout en laissant au droit d'option son caractère d'indivisibilité, ce qui n'était d'ailleurs pas nécessaire, confier au juge, comme dans notre ancien droit, le soin de décider du parti à prendre, ce qui eût prévenu des collusions entre certains héritiers à l'encontre d'un autre qu'ils peuvent, dans le système de l'article 782, menacer du rapport et contraindre, par cette sorte de chantage, à des concessions injustifiées.

Puisque le mérite de la règle est contestable, l'interprétation restrictive du texte s'impose : l'article 782 devient sans application possible du moment que les héritiers par transmission se sont mis d'accord sur le parti à prendre (*Sic* Req., 26 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 201 et l'article de M. E. Pilon, *D. H.*, 1934, *Chron.*, p. 33).

887. 2° La prescription. — Jadis, le droit d'option était imprescriptible; le Code civil l'a soumis à la loi commune de l'article 2262 en décidant que « *la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers* », soit par *trente* ans (art. 789).

Ce texte est énigmatique; tout ce qui en ressort avec évidence c'est qu'après trente années, un droit est prescrit; mais de quoi s'agit-il au juste? Sans doute, le successible

n'a plus d'option à exercer, sa situation est fixée une fois pour toutes; mais, cette situation, quelle est-elle?

L'imagination des commentateurs s'est donné libre champ sur ce point; pour les uns, le successible qui n'a pas pris qualité serait réputé *acceptant*; mais, en ce cas, le texte aurait dû parler de la prescription de la faculté de renoncer, exclusivement; pour d'autres, l'héritier inerte serait considéré comme *renonçant*; mais alors, l'article 789 aurait dû décréter uniquement la prescription de la faculté d'accepter. Ces opinions écartées, on a proposé de résoudre le problème en faisant appel à la distinction entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers : après trente années de silence, les premiers, qui sont saisis, demeureraient acceptants, tandis que les seconds, qui sont restés en dehors de la succession, auraient la situation de renonçants (*Sic* SAVATIER, *Rev. trim.*, 1937, p. 867). Mais c'est là exagérer la signification de la saisine qui intéresse, non la dévolution de la succession, mais seulement sa possession, non le titre d'héritier mais sa mise en œuvre (*sup.* n° 826). Même le successeur irrégulier est héritier, dès avant son acceptation; on ne voit pas que la prescription puisse changer cet état de choses; le fait prolongé peut bien devenir le droit, mais, s'il était déjà conforme au droit, on ne voit pas ce qu'il pourrait, en s'éternisant, ajouter à celui-ci : un propriétaire qui a possédé pendant trente ans n'est pas plus propriétaire qu'au premier jour (sauf la facilité de preuve que lui confère l'usucapion); de même, un successible qui a eu la saisine pendant trente ans, ne doit pas en être plus avancé qu'au jour de l'ouverture de la succession.

Toutes ces opinions, et d'autres encore, n'auraient pas vu le jour, si on avait réfléchi que la faculté d'accepter ou de répudier que la loi déclare prescrite après trente ans, n'est autre que le droit d'option, lequel n'est autre que le droit à la succession lui-même, la *vocation successorale*; après trente années d'inaction, c'est cette vocation qui est éteinte; le successible inerte est exclu de la succession de même qu'un créancier négligent est évincé, après le même laps de temps, de sa créance; il n'est donc pas plus renonçant qu'acceptant; il n'est plus rien du tout; il est étranger à la succession. C'est ainsi que, depuis longtemps, la jurisprudence comprend la disposition de l'article 789 (Civ. 28 fév. 1881, *S.*, 1881, 1, 343, *D. P.*, 1881, 1, 195; 13 fév. 1911, *S.*, 1911, 1, 248, *D. P.*, 1911, 1, 391; Req., 15 janv. 1929, *Semaine jurid.*, 1929, p. 544).

888. Nature de la prescription. — Il ressort suffisamment des explications précédentes que la prescription de l'article 789 est d'ordre purement *extinctif* : elle n'a rien à voir avec l'usucapion; elle est indépendante de l'idée de possession. En conséquence : 1° le successible deviendra étranger à l'hérédité alors même que les biens héréditaires n'auraient pas été possédés par un tiers; l'extinction de sa vocation n'intervient pas en conséquence de l'acquisition de l'hérédité ou des biens héréditaires par une autre personne; elle se produit principalement et directement (Civ., 13 fév. 1911, précité; Douai, 5 avril 1912, *S.*, 1912, 2, 301, *D. P.*, 1914, 2, 51). — 2° On doit appliquer à la prescription de l'article 789 les règles relatives à l'*interruption* et à la *suspension* de la prescription extinctive.

889. Point de départ de la prescription. — 1° Pour les successibles appelés en première ligne, le délai de trente années court du jour de l'ouverture de la succession;

2° Pour les héritiers subséquents, on peut hésiter entre deux formules, l'une qui traiterait isolément diverses prescriptions successives ayant pour point de départ le jour de la renonciation de l'héritier du degré précédent; l'autre qui n'admettrait, pour tous les ayants droit, qu'une prescription unique courant du jour de l'ouverture de la succession.

C'est en faveur de ce second système que se prononce la jurisprudence (Civ., 20 juin 1898, *S.*, 1899, 1, 513, note Wahl, *D. P.*, 1899, 1, 441, note H. Capitant; Paris, 16 janv. 1913, *D. P.*, 1913, 2, 353, note Planiol). Il a ce double avantage d'être le plus simple et de ne pas éterniser les délais de la prescription; de plus, il cadre parfaitement bien avec une autre jurisprudence qui admet le successible de seconde ligne à accepter l'hérédité par anticipation et à faire aussitôt œuvre d'héritier (*sup.*, n° 885). Seulement, cette solution veut être tempérée en faveur de l'héritier qui ignore l'existence de la dévolution successorale à son profit, au moins dans la jurisprudence si favorable à la suspension de la prescription et qui consacre, d'ailleurs contre la volonté du législateur, la maxime « *contra non valentem agere non currit prœscriptio* » (*sup.*, t. I^er^, n° 1593).

890. 3° Exercice du droit d'option. — Le droit d'option s'éteint par son propre exercice; il se consomme par le premier usage qui en est fait.

Ce principe est absolument vrai pour l'*acceptation*, pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire, sauf que, au cas d'acceptation forcée, le coupable peut échapper aux peines du détournement en restituant spontanément les valeurs diverties ou recélées, après quoi il aura toute liberté pour renoncer à la succession (*sup.*, n° 860).

Quant à la *renonciation*, on a vu qu'elle ne consomme pas nécessairement le droit d'option, puisqu'elle est susceptible d'être rétractée dans les termes de l'article 790 (*sup.*, n° 878).

891. Délais de délibération. — Sous le bénéfice de ces réserves, la décision à laquelle se range le successible est définitive et irrévocable; il importe donc qu'elle soit prise à bon escient, en connaissance de cause. Il semble qu'à cet égard, la loi se montre particulièrement libérale puisque le droit d'option subsiste pendant trente années (art. 789) : est-il donc vrai que le successible ait le loisir de réfléchir pendant ce long délai avant de prendre parti?

Théoriquement, oui; mais *pratiquement* non; car il peut être contraint à se prononcer bien avant l'expiration de ces trente années qui représentent un délai trop long au gré des cohéritiers, des héritiers subséquents, des créanciers héréditaires, des légataires : il ne faut pas que les intérêts personnifiés par ces divers ayants droit demeurent pendant trop longtemps en souffrance; c'est pourquoi, à côté du délai trentenaire, qui est celui de la prescription du droit d'option, donc de la vocation héréditaire elle-même, le Code civil a institué un délai beaucoup plus bref, qui est donné au successible pour réfléchir en toute quiétude, sans que personne puisse l'inquiéter : c'est le *délai de délibération* qui, en réalité, est *double*; il comprend :

1° Un délai imparti au successible pour faire *inventaire* et qui est de *trois mois* (art. 795, § 1);

2° Un délai pour *délibérer*, qui est fixé à *quarante jours* (art. 795, § 2).

892. — Il semble donc que le délai total soit toujours et nécessairement de *trois mois et quarante jours*; mais il n'en est point ainsi, parce que :

1° Si l'inventaire est rédigé avant l'expiration des trois mois, le délai de quarante jours pour délibérer court aussitôt (art. 795 *in fine*);

2° Les délais légaux sont susceptibles d'être *prorogés* par le juge (art. 798), une ou plusieurs fois.

893. — Quant au *point de départ* des délais, ce n'est pas nécessairement le jour de l'ouverture de la succession, comme l'affirme l'article 795, § 1; ce critère n'est valable que pour le successible de première ligne; si celui-ci refuse, l'héritier subséquent a un nouveau délai qui court seulement à compter de la répudiation, sans quoi il risquerait d'être démuni de toute latitude, trois mois et quarante jours s'étant peut-être déjà écoulés depuis le jour du décès.

894. — Grâce aux délais de l'article 795, le successible va pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, après avoir apprécié les forces de la succession.

Il importe de déterminer la situation qui lui est faite : 1° *pendant les délais*; 2° *après leur expiration*.

I. **Situation pendant les délais.** — Le successible est à l'abri de toute question indiscrète; nul ne saurait lui demander ce qu'il compte faire : il « *ne peut être contraint à prendre qualité* » (art. 797); aussi la loi lui accorde-t-elle un moyen défensif, une exception qu'il pourra opposer à toutes demandes dirigées prématurément contre lui, à savoir l'*exception dilatoire* de l'article 174 C. pr. Il faut d'ailleurs se garder d'exagérer le sens et l'efficacité de ce moyen de droit; en l'utilisant, le successible ne prétend nullement que l'action introduite contre lui ne soit pas fondée, mais seulement qu'il a droit à un moratoire; l'instance n'en aura pas moins été valablement engagée et la *prescription* aura été interrompue. C'est donc un droit, pour les intéressés — créanciers, légataires, etc. — que d'agir aussitôt contre le successible, de même que c'est un droit pour celui-ci que d'opposer l'exception dilatoire de l'article 174 C. pr.

895. II. Situation après l'expiration des délais. — Si les intéressés ne disent rien, le successible peut continuer à demeurer sur l'expectative; dans le cas contraire, et si on le met en demeure de se prononcer, il doit prendre parti, *prendre qualité*. S'il se refuse à le faire, le tribunal décidera pour lui en le condamnant *en qualité d'héritier pur et simple* (art. 800).

Désormais, le voilà donc privé de la faculté de renoncer comme de celle d'accepter sous bénéfice d'inventaire; mais il reste à savoir si ce résultat a une portée générale, s'il est acquis pour tous ou s'il est limité aux parties à l'instance, conformément au grand principe de la *relativité de la chose*

jugée (art. 1351). Malgré les efforts qui ont été jadis tentés pour écarter en notre matière l'application du droit commun, pour traiter l'acceptation imposée par voie de jugement ainsi que l'acceptation forcée de l'article 792, laquelle constitue la vérité pour tous, il est acquis depuis longtemps que le jugement condamnant un successible en qualité d'héritier pur et simple n'a qu'une valeur *relative* : vainement objectait-on l'*indivisibilité* de la qualité d'héritier, laquelle s'oppose à ce que la décision prise par l'héritier ne s'applique qu'à une partie de la succession, mais non pas à ce qu'il soit réputé acceptant au regard de telles personnes et renonçant vis-à-vis de telles autres; en conséquence, le successible condamné en qualité d'héritier pur et simple est encore à même d'effectuer une répudiation qui sera opposable à tous, sauf à ceux qui l'ont fait condamner dans les termes de l'article 800 (Civ., 19 avril 1865, *D. P.*, 1865, 1, 433; Req., 30 avril 1884, *D. P.*, 1885, 1, 283, *S.*, 1886, 1, 173); on comprendra maintenant pourquoi il n'a pas été question de l'article 800 à propos de l'acceptation des successions : le jugement rendu en vertu de ce texte *ne vaut pas acceptation forcée*; il enlève seulement, par avance, à la décision que pourra prendre l'héritier, une partie de son efficacité.

896. VACANCE DE LA SUCCESSION. — Art. 811 à 814. — En permettant aux intéressés d'agir contre le successible, lorsque trois mois et quarante jours se sont écoulés depuis que la succession lui a été déférée, la loi leur a fourni un moyen assez efficace de faire valoir leurs droits, mais non pas toujours suffisant, car il peut advenir que nul ne se présente pour réclamer l'hérédité et qu'il n'existe pas de successible connu : on dit alors que la succession est *vacante*, situation qu'il faut soigneusement éviter de confondre avec celle de la *déshérence* : la succession en déshérence est celle qui est attribuée à l'Etat, faute d'héritiers du sang et de conjoint survivant; *mais la succession vacante n'est attribuée à personne*; nul ne la réclame, pas même l'Etat, en sorte que la déshérence est un aboutissement, un dénouement juridique, au lieu que la vacance est surtout un état de fait, d'ailleurs soumis à des règles de droit que nous allons dégager.

Il faut savoir : 1° *dans quels cas* au juste une succession est vacante; 2° quel est le *régime* auquel une telle succession est soumise.

897. I. Conditions de la vacance. — L'article 811 en indique trois :

1° Les *délais pour faire inventaire et délibérer doivent être expirés*;

2° *Nul ne se présente pour recueillir la succession*; du moment qu'une candidature se produit, fût-ce celle de l'Etat, la succession n'est pas vacante (Douai, 9 mars 1904, *D. P.*, 1904, 5, 653);

3° *Il n'y a pas d'héritiers connus ou les héritiers connus ont renoncé.* — Cette troisième condition est interprétée par la pratique avec une largeur de vues remarquable; c'est facilement qu'elle est satisfaite.

a) D'une part, on admet que, par héritiers connus, il faut entendre uniquement les *héritiers légitimes* : la *présence* d'un successeur irrégulier connu ne fait pas obstacle, par elle-même, à la vacance de la succession; c'est seulement son *acceptation* qui y mettrait fin. Ainsi s'affirme un nouvel intérêt que présente la saisine légale;

b) D'autre part, on ne fait pas état de la présence des héritiers légitimes eux-mêmes lorsqu'ils ne sont appelés à la succession qu'en deuxième ligne, par suite de la renonciation de l'héritier de première ligne, et qu'ils ne font pas valoir leurs droits. Il est bien vrai que le caractère successif de la saisine (*sup.*, n° 830), commanderait, en rigoureuse logique, une autre solution; mais ce serait faire une situation intolérable aux ayants droit qui se trouveraient alors dans l'obligation d'actionner successivement tous les héritiers possibles; il faut en finir. En fait, lorsqu'une succession a été répudiée par l'héritier ou par les héritiers de première ligne et que, d'autre part, elle n'est pas réclamée par les héritiers subséquents qui paraissent donc s'en désintéresser, sa dévolution devient incertaine et problématique; elle apparaît comme étant sans titulaire, sans maître, et il est équitable de fournir aux ayants droit le moyen de sauvegarder efficacement leurs intérêts, résultat qu'on obtient en considérant qu'il y a alors vacance (Req., 6 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 233, *S.*, 1898, 1, 33, note Appert; Civ., 17 oct. 1933, *D. H.*, 1933, 553, *S.*, 1935, 1, 121, note Vialleton). Comme le dit ce dernier auteur, pour la Cour de cassation, « la nécessité pressante d'assurer l'administration et la sauvegarde d'une succession que personne ne prend en main prime toute considération théorique et impose l'organisation de la curatelle ». Cette jurisprudence, *qui consacre un recul de la saisine* et une interprétation très souple de l'article 811, s'explique par des considérations pratiques qui ont raison du droit abstrait et de l'interprétation littérale; à cet

égard, elle est à rapprocher d'autres jurisprudences qui permettent aux successibles éventuels, *alors que l'héritier de première ligne n'a pas pris parti*, d'accepter la succession, de prendre des mesures conservatoires et même d'agir en pétition d'hérédité et en partage (Civ., 15 déc. 1913, *S.*, 1918-1919, 1, 195; 20 juin 1898, *D. P.*, 1899, 1, 441, note H. Capitant; V. Cabrillac, *Des droits des successibles éventuels devant l'inaction de l'héritier préférable*, *Rev. crit.*, 1932, et *sup.*, n^os^ 885 et 889).

Grâce à cette large interprétation de l'article 811, la troisième condition requise pour la vacance de la succession peut donc être formulée ainsi : *il n'y a pas d'héritier légitime de première ligne qui soit connu et les héritiers subséquents ne se font pas connaître.*

898. II. Régime de la succession vacante. — En l'absence d'héritier, c'est un *curateur* qui représentera la succession délaissée; il est nommé par le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, sur la demande des intéressés — créanciers, légataires — ou du ministère public (art. 812).

Ce curateur est à la fois un *administrateur* et un *liquidateur* de la succession; son premier devoir est de procéder à *l'inventaire* de celle-ci (art. 813 et 814); après quoi il en assure l'administration et il en poursuit la liquidation comme le ferait, nous dit l'article 814, un *héritier bénéficiaire*.

Toutefois, l'assimilation ne doit pas être poussée jusqu'au bout; le curateur, administrateur pour le compte d'autrui, ne saurait être traité absolument comme l'héritier bénéficiaire qui administre sa propre chose (v. *inf.*, n° 1005).

TITRE III

LES CONSÉQUENCES ET LA RÉALISATION DE LA DÉVOLUTION SUCCESSORALE

SITUATION FAITE À L'HÉRITIER DÉFINITIF

LIQUIDATION DE LA SUCCESSION

---

899. Bibliographie. — Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français, Rev. trim.*, 1905, p. 535; Ed. Lambert, *Le droit de succession en France, son fondement, sa nature*, 1895; thèses Verdié, Bordeaux, 1899; Jallu, Paris, 1902; Cazelles, Paris, 1905; Gardey, Bordeaux, 1906; Siesse, Paris, 1922, Jean Vincent, Paris, 1931. — Pour le *droit comparé*, Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, Rev. trim.*, 1905, p. 811; Saleilles, *La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse, Bull. Soc. d'ét. législ.*, 1911, p. 476; Fildermann, *Les successions en droit comparé*; Roguin, *Traité de droit civil comparé*, t. III et IV.

900. Précision du sujet. — Plan. — On suppose désormais que la transmission héréditaire est devenue définitive par l'acceptation, expresse ou tacite, volontaire ou forcée, du successible, et l'on recherche quelle situation est faite à celui-ci par la dévolution qui s'est accomplie, sans régression possible, à son profit, quels *droits* et quelles *obligations* en résultent pour lui, à son actif et à son passif.

Cette situation n'est pas toujours identique à elle-même; diverses circonstances peuvent l'influencer : *qualité* et aussi *nombre* des héritiers. Bien des problèmes ne surgissent que dans le cas où plusieurs héritiers viennent en concours, et, au premier rang, celui du *partage*; la situation est autrement complexe lorsque plusieurs ayants droit se trouvent en présence que si la succession est déférée à un unique héritier.

De là le *plan* auquel nous nous conformerons :

1° On supposera d'abord qu'un seul héritier est appelé à recueillir la suite du défunt; on étudiera, dans le premier chapitre, la situation faite à l'*héritier unique*;

2° Après quoi, passant du simple au composé, on envisagera les problèmes soulevés par la *pluralité des héritiers*.

CHAPITRE PREMIER

Situation faite à l'héritier unique

901. Plan. — Nous étudierons dans ce premier chapitre :

1° Le principe de *la continuation de la personne* du défunt par l'héritier;

2° Les *charges* — par opposition aux *dettes laissées par le défunt*;

3° Les institutions qui sont destinées à faire plus ou moins échec au principe de la continuation de la personne (*bénéfice d'inventaire*; *séparation des patrimoines*);

4° Les actions qui sanctionnent les droits et les obligations de l'héritier, et, au premier rang, la *pétition d'hérédité*.

902. Terminologie. — Au cours de ce chapitre, nous aurons à déterminer la mesure dans laquelle l'héritier est tenu du *passif héréditaire*, au sens le plus compréhensif du mot.

Ce passif comprend ou peut comprendre :

1° Les *dettes qui incombaient au défunt*;

2° Les *legs* mis à la charge de l'héritier, dont le défunt n'était pas tenu mais qui existent par sa volonté;

3° Certaines dettes qui prennent naissance *après le décès et en dehors de la volonté du défunt* : frais funéraires, impôts, frais de scellés et d'inventaire, etc.

Parfois, on emploie le mot *charges* pour englober ce triple élément du passif héréditaire, tandis que, plus volontiers, on en limite l'usage aux deux dernières catégories, ou même à la troisième.

Pour éviter toute ambiguïté, nous nous conformerons en général à la terminologie tripartite suivante : *dettes du défunt*; *legs*; *charges stricto sensu*, au sens le plus étroit du mot.

Section I. — LE PRINCIPE DE LA CONTINUATION DE LA PERSONNE DU DÉFUNT PAR SON HÉRITIER

903. Plan. — Ce principe sera examiné :
1° En *droit positif français*;
2° A un point de vue *critique*, *historique* et *comparatif*.

§ I. — *LE PRINCIPE DE LA CONTINUATION DE LA PERSONNE DU DÉFUNT PAR SON HÉRITIER EN DROIT POSITIF FRANÇAIS*

904. I. Le principe en lui-même. — Le principe de la continuation de la personne du défunt par son héritier, dont l'origine *romaine* est incontestée, est à la base de notre régime successoral français; amalgamé avec le concept de la saisine héréditaire, on en retrouve des traces dans de nombreuses dispositions du Code civil, notamment dans l'article 724 et dans l'article 1220; il signifie que l'héritier prend la suite du défunt dont le patrimoine vient s'absorber, se fondre dans le sien, en sorte que le successible est aux droits et aux obligations du *de cujus*; il est *loco defuncti*.

905. II. Applications. — Cette continuation de la personne du défunt par son héritier comporte de multiples aboutissants; elle se réalise dans les éléments *actifs* comme dans les éléments *passifs* de l'hérédité : c'est un déversement intégral du patrimoine du défunt qui s'effectue dans celui de l'héritier.

Ce déversement, cette absorption de la personnalité du défunt par celle de l'héritier, entraînent cette conséquence que les relations juridiques qui pouvaient exister entre ces deux personnes, de leur vivant, s'éteignent automatiquement à l'instant du décès, par *confusion* ou *consolidation* dans la personne de l'héritier qui ne saurait être son propre créancier ou son propre débiteur (*sup.*, t. II, n° 945) ni exercer une servitude (*sup.*, t. I, n° 2020), un usufruit (*sup.*, t. I, n° 1945) ou avoir hypothèque sur sa propre chose; il résulte du même concept juridique que l'héritier devient passible des exceptions, des moyens de défense nés du chef du défunt, par exemple de *l'exception* de garantie à laquelle ce dernier était exposé en tant que vendeur; et aussi que le procès, qui se trouvait pendant entre le *de cujus* et son actuel successeur, prend fin faute de combattants : on ne plaide pas contre soi-même.

Ceci dit, il importe d'envisager les conséquences du déversement du patrimoine du défunt dans celui de l'héritier, d'abord quant aux éléments actifs, puis en ce qui concerne les dettes dudit patrimoine.

906. A. **Eléments actifs.** — Tous les biens qui appartenaient au *de cujus* s'intègrent dans le patrimoine de son héritier qui devient propriétaire, possesseur, créancier, titulaire de droits réels, à la suite de son prédécesseur et dans les mêmes termes que lui; tous les *droits* de l'auteur se fixent instantanément, au jour du décès, sur la tête de son ayant cause, et, du même coup, les *actions* qui en constituent la sanction.

907. Dérogations. — Tous, exception faite cependant des droits *intransmissibles*, à savoir :

1° Ceux dont la durée est strictement limitée à la vie du titulaire : *rente viagère* (art. 1980 et suiv.), *usufruit* (art. 617); *usage* et *habitation* (art. 625);

2° Les droits qui, sans avoir un caractère vraiment viager, sont strictement personnels : droit de *retour successoral* (sous le bénéfice de certaines distinctions; *sup.*, n^{os} 795 et suiv.); action en *réclamation d'état*; droit à une *pension alimentaire* (*sup.*, t. I, n° 1168); *lettres missives d'ordre confidentiel* : sauf controverse, le *droit au secret* vient alors faire échec à la règle de la *transmissibilité* (Req., 9 fév. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 73, *S.*, 1881, 1, 193, note Labbé; Orléans, 29 juill. 1896, *D. P.*, 1897, 2, 209; *contra*, Gény, *Des lettres missives*, t. II, p. 265).

908. Remarques. — 1° Avec les biens intransmissibles, il faut se garder de confondre ceux dont la dévolution successorale est dominée par des règles dérogatoires au droit commun : tels le *droit d'auteur* dont l'usufruit est attribué au conjoint survivant par la loi du 14 juillet 1866; le droit *moral* de l'auteur qui obéit à des règles particulières (*sup.*, t. I, n° 1528); ou le *bien de famille* (L. 12 juill. 1909, art. 18 et 19; *sup.*, t. I, n^{os} 1539 et suiv.; 1793), ou les *tombeaux*, sur lesquels les parents, *héritiers ou non*, ont un droit de jouissance de nature spéciale qui revient essentiellement au droit d'être inhumés, eux, leurs conjoints et leurs descendants, légitimes ou naturels, à l'exclusion des alliés et des collatéraux (*sup.*, t. I, n° 1957).

2° Diverses dispositions du Code de l'enregistrement décident, d'autorité, que certains biens sont à considérer comme

faisant partie intégrante de la succession, alors que, cependant, pour le droit civil, ces biens n'appartenaient pas au défunt; il en va ainsi des « sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par l'assureur à raison du décès de l'assuré » (C. enreg., art. 65) et des « titres et valeurs dont le défunt a perçu les revenus » ou à raison desquels il a effectué des opérations quelconques moins d'un an avant son décès (C. enreg., art. 67, mod. par art. 46, l. 31 déc. 1936). Ces dispositions, qui figurent sous la rubrique « *dispositions spéciales* » et qui sont motivées par le désir de prévenir certaines fraudes fiscales, ne sont établies, comme s'en expliquent les textes précités, que pour la perception des droits de mutation; elles sont sans autorité auprès du droit civil, la fiscalité ayant des raisons que la raison écrite ignore et doit ignorer.

909. B. **Eléments passifs.** — L'héritier succède aux dettes du défunt; le passif héréditaire devient son propre passif; l'article 724 lui impose l'acquittement de *toutes les charges de la succession*, sans distinguer d'après leur origine, qu'elles procèdent d'un contrat, d'un délit ou de la loi; on verra même qu'aux dettes du défunt viennent s'ajouter, à la charge de son héritier, des obligations qui ont pris naissance postérieurement au décès et du fait de ce décès (*inf.*, n^os^ 924 et suiv.).

910. Dérogations. — Elles sont symétriques, au point de vue passif, à celles qui ont été signalées quant à l'actif : notamment, l'héritier ne prend pas la suite du défunt en ce qui concerne les obligations qui dérivaient de contrats conclus *intuitu personae : louage de services ou d'ouvrage* (art. 1795), *société* (art. 1865), *mandat* (art. 2003). Mais encore faut-il bien préciser la portée exacte de la dérogation au principe de l'intransmissibilité : ce qui disparaît, c'est le contrat, parce qu'il avait été conclu *intuitu personae*, mais ce ne sont pas les obligations nées antérieurement au décès : le maître, le patron, venant à décéder, leurs héritiers doivent servir au domestique, à l'ouvrier, à l'employé, les gages, le salaire, les appointements qui pouvaient être dus à ce jour; la convention ne produit plus d'effets, puisqu'elle est dissoute par le décès; mais les effets antérieurement produits subsistent, à la charge comme au profit, s'il y a lieu, de l'héritier; elle laisse derrière elle un sillage.

911. Double problème. — La transmission du passif du défunt à l'héritier soulève, entre de multiples difficultés, un double problème; il faut se demander :

1° Si l'obligation de l'héritier a *la même étendue* que jadis celle de son auteur;

2° Si la *preuve* peut en être faite et si l'*exécution* peut en être poursuivie contre lui, exactement comme elles auraient pu l'être du vivant du débiteur originaire et contre lui.

I

L'obligation de l'héritier a-t-elle la même étendue que jadis celle de son auteur?

912. Sens de la question. — Pour que la question revête un intérêt pratique, il faut supposer que le passif laissé par le défunt excède l'actif successoral : par exemple, il y a, dans l'hérédité, 50.000 francs de biens et 80.000 francs de dettes : si on applique exactement le principe d'après lequel l'héritier, continuateur de la personne, est *loco defuncti*, on aboutit à cette conséquence qu'il devra faire appel à sa fortune personnelle pour acquitter le passif de son auteur, jusqu'à concurrence de 30.000 francs : les créanciers du défunt sont-ils fondés à émettre une telle prétention, à agir, pour obtenir satisfaction intégrale, sur les biens personnels de l'héritier qui en serait alors de sa poche? En d'autres termes, et pour employer le langage traditionnel, l'héritier est-il tenu du passif du défunt seulement dans les limites de l'actif successoral, *intra vires hereditatis*? Ou bien peut-il être recherché pour la totalité, dans tous les cas, donc même *ultra vires hereditatis*, au delà des forces de la succession et sur sa fortune personnelle?

913. Héritier légitime et successeur irrégulier. — En ce qui concerne l'*héritier légitime*, la réponse ne saurait faire doute : son obligation indéfinie aux dettes, *ultra vires hereditatis*, résulte d'une tradition constante, du principe de la continuation de la personne du défunt et de l'article 724 qui n'attribue la saisine à ce successeur que « *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* » : il est donc strictement exact de dire que, pour l'héritier légitime, la question n'existe pas; il prend vraiment les lieu et place du défunt pour l'acquittement du passif qui incombait à celui-ci.

En revanche, la controverse a surgi et persiste pour le

successeur irrégulier dont on se demande si son obligation au passif laissé par le défunt n'est pas limitée aux forces de la succession, ou si, au contraire, il convient de l'assimiler, à cet égard, à l'héritier légitime en lui imposant l'acquittement intégral, et même *ultra vires*, du passif inclus dans l'hérédité.

914. Intérêt de la question. — Cet intérêt est pratiquement beaucoup plus mince qu'on ne serait tenté de le penser au prime abord; pour qu'il se manifeste, une série de circonstances doivent se trouver réunies et se conjuguer :

1° On suppose que le successeur irrégulier a accepté purement et simplement, car, s'il a eu recours au *bénéfice d'inventaire*, ce sont uniquement les biens successoraux qui constituent le gage des créanciers du défunt; la fortune personnelle du successeur irrégulier est alors mise à l'abri, comme le serait, dans la même éventualité, celle-là même d'un héritier légitime;

2° Mais, en outre, on suppose que, malgré l'absence du bénéfice d'inventaire, un *inventaire* a cependant été dressé; car autrement, une confusion de fait s'établirait entre les biens héréditaires et les biens du successeur — au moins en ce qui concerne les meubles — en sorte que les créanciers du défunt seraient admis à saisir les meubles de l'héritier qu'on n'arriverait plus à différencier du mobilier héréditaire;

3° Enfin, il faut se rappeler que la catégorie des successeurs irréguliers est fort peu nombreuse depuis 1896 : à notre avis — et sauf la controverse qui subsiste pour les frères et sœurs naturels — elle se réduit au *conjoint survivant* et à l'*Etat* (*sup.*, n^{os} 828 et 829). Mais, en ce qui concerne l'Etat, il est admis que son obligation est, de toute façon et en toute occurrence, limitée à l'actif successoral; cette opinion est difficile à concilier avec la thèse moderne qui voit dans l'Etat un héritier véritable (*sup.*, n° 786); mais elle est admise comme un dogme nécessaire dans l'intérêt des finances publiques que l'on veut mettre à l'abri de toutes surprises désagréables; si bien que le problème de l'étendue de l'obligation du successeur irrégulier n'intéresse pratiquement, dans le domaine des successions *ab intestat*, que le conjoint survivant et seulement dans le cas où il succède en propriété, soit pour la totalité (art. 767, § 1), soit pour la moitié de la succession (art. 767, § 2); car s'il ne recueille qu'un usufruit, ce qui est la règle pratique, il ne saurait évidemment être tenu que dans la mesure de son émolument et conformément aux règles de

l'usufruit universel ou à titre universel, c'est-à-dire pour les intérêts (art. 612).

915. Controverse. — C'est dans ces limites resserrées que se déroule la controverse, surtout doctrinale, dont nous avons posé les termes :

1° Plusieurs civilistes se sont prononcés en faveur de l'assimilation des successeurs irréguliers aux héritiers légitimes : du moment qu'on succède à l'universalité ou à une part d'universalité, on doit être tenu au passif patrimonial de la même façon, sans distinguer selon qu'on puise sa vocation dans un texte de loi ou dans un testament, ni suivant qu'on est ou non pourvu de la saisine. Héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel, tous ces ayants droit continuent la personne du défunt dans la mesure de leur vocation, et, dans cette mesure, indéfiniment; peu importe que le successeur irrégulier ne soit pas saisi légalement; une fois envoyé en possession, il est investi de la saisine judiciaire, laquelle produit tous les effets de la saisine légale (*sup.*, n° 835). On ne voit pas pourquoi le défunt aurait ou non un continuateur de sa personne selon qu'il laisse après lui un héritier du sang ou bien un conjoint survivant; il n'existe plus, dans notre droit moderne, de successeurs aux biens; le concept de la continuation de la personne a tout envahi.

Cette thèse, qui a été soutenue par Demolombe (t. XIII, n^{os} 80, 132*bis*, 155 et suiv.; t. XIV, n^{os} 45, 258; t. XV, n^{os} 115 et suiv.; t. XVII, n° 35; t. XXI, n^{os} 568 et suiv.), et, de nos jours, par MM. Maury et Vialleton dans le *Traité pratique de droit civil* de MM. Planiol et Ripert (n^{os} 184 et suiv., notamment, pour le conjoint survivant, n° 189) a été consacrée, anciennement, par différents arrêts qui ont admis l'existence de l'obligation *ultra vires*, tant à la charge du conjoint survivant qu'à celle des successeurs testamentaires (Civ. 13 août 1851, *D. P.*, 1851, 1, 281; 9 mars 1863, *D. P.*, 1863, 1, 190).

916. — 2° Mais elle perd de plus en plus du terrain, et le courant se dessine nettement dans le sens d'une opposition non d'une assimilation, entre héritiers légitimes et successeurs non saisis.

a) La thèse de l'assimilation constitue un contre-sens puisqu'elle tend à développer l'idée de continuation de la personne à une époque où cette fiction juridique, soumise

à une critique serrée, est de plus en plus contestée (*inf.*, n° 922);

b) Historiquement et rationnellement, l'idée de continuation de la personne et, par conséquent, d'obligation indéfinie au passif héréditaire, trouve son fondement dans la communauté du sang; si, décidément, l'Etat est considéré comme un héritier, va-t-on en faire un continuateur de la personne du défunt? Une telle vue serait choquante : il ne convient pas de placer sur la même ligne la descendance du défunt et, d'autre part, l'Etat ou même le conjoint survivant;

c) L'article 724 établit un lien étroit entre la saisine légale et l'obligation d'acquitter indéfiniment les dettes du défunt : cette obligation est présentée, dans le premier alinéa de ce texte, comme la conséquence et la rançon de la saisine;

d) La même liaison est établie par l'article 1220 entre les deux concepts de la saisine et de la représentation du défunt par l'héritier : l'obligation *ultra vires* incombe aux seuls successeurs qui, en leur qualité de continuateurs de la personne du défunt, bénéficient de la saisine;

e) Au cours des travaux préparatoires de la loi du 9 mars 1891, il fut dit, à maintes reprises, qu'on devait s'abstenir de conférer la saisine au conjoint survivant, parce que ce serait, du même coup, lui imposer l'obligation aux dettes *ultra vires* (*J. off.*, 4 mars 1877, pp. 1665 et suiv.; 27 fév. 1891, p. 448).

Ces raisons ont déterminé de nombreux auteurs à limiter l'obligation des *successeurs* irréguliers — et des successeurs testamentaires non saisis — aux forces de la succession (*Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. IX, 583; Percerou, *op. cit.*, pp. 565 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, t. I, nos 155 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations entre vifs et testaments*, t. II, nos 2278, 2327, 2376, 2415; Le Balle, *Les successions « ab intestat »*, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., t. V*bis*, n° 462; Gardey, thèse, pp. 140 et suiv.; — Comp. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. I, § 67; *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pp. 403 et suiv.); elles expliquent l'évolution de la jurisprudence qui incline de plus en plus nettement à se conformer à la tradition coutumière en limitant aux biens de la succession l'obligation aux dettes des successeurs non saisis, légataires universels ou successeurs irréguliers (Civ. 12 mai 1897, *S.*, 1898, 1, 193, note Wahl, *D. P.*, 1898, 1, 164; 1er août 1904, *D. P.*, 1904, 1, 513, note Guillouard, *S.*, 1905, 1, 13; 28 fév. 1927, *D. H.*, 1927, p. 240; trib. civ. Seine,

16 mai 1902, *D. P.*, 1903, 5, 314; 24 mars 1905, *D. P.*, 1905, 2, 232).

II

Preuve et mode d'exécution des dettes laissées par le défunt

917. I. **Preuve.** — La preuve des dettes du défunt sera administrée contre son héritier ainsi qu'elle l'aurait été contre lui-même :

1° Sans doute, si l'obligation est constatée par un acte privé, l'héritier peut déclarer qu'il ne connaît point l'écriture ou la signature de son auteur (art. 1323, § 2) ; et alors, la procédure de vérification d'écriture s'engagera. Mais la situation eût été presque la même du vivant du débiteur primitif qui aurait été admis à désavouer purement et simplement son écriture, ce qui eût entraîné également l'emploi de la procédure en vérification (*sup.* t. II, n° 183) ;

2° Quant à la *date*, l'acte privé en fait foi à l'encontre des héritiers comme à l'égard du débiteur originaire : c'est seulement par rapport aux *tiers* que la date certaine est exigée par l'article 1328 (*sup.* t. II, n° 186).

918. II. **Exécution.** — L'exécution de la dette sera-t-elle poursuivie à l'encontre de l'héritier comme elle l'eût été vis-à-vis du débiteur primitif? Le créancier aura-t-il les mêmes facilités ?

En principe, oui, mais sous le bénéfice de certaines mises au point.

1° La *contrainte par corps* encourue par le *de cujus* ne saurait être employée contre son héritier : accessoire d'une condamnation pénale dont elle est destinée à assurer l'exécution, elle présente un caractère personnel et intransmissible (art. 2017) ;

2° Si le créancier était pourvu d'un *titre exécutoire*, il ne peut l'utiliser contre l'héritier — héritier légitime ou successeur irrégulier — qu'à la condition de le lui *signifier* et de laisser s'écouler un délai de *huitaine* à dater de cette signification faite à la personne ou au domicile (art. 877). Grâce à cette modalité d'exécution, on évite à l'héritier une exécution inattendue et brusquée, sans pour cela compromettre les intérêts légitimes du créancier, d'autant que la disposition de l'article 877 doit être comprise en fonction de son esprit :

a) Elle ne vise que les mesures d'exécution proprement

dites; le créancier pourrait d'emblée procéder à tous actes qui n'auraient pas le caractère exécutoire, notamment, et sauf controverse, au commandement à fin de saisie immobilière de l'article 673 C. pr. qui précède ladite saisie sans en faire partie intégrante (Agen, 28 oct. 1891, *D. P.*, 1893, 2, 540);

b) La disposition de l'article 877 ne joue que si le créancier avait obtenu au préalable un titre exécutoire contre le *de cujus*. Elle cesse de s'appliquer s'il était muni d'un acte sous seing privé, tel un bail ordinaire (Civ., 7 fév. 1934, *S.*, 1934, 1, 142, *D. H.*, 1934, 204);

c) La signification devient inutile s'il est établi que l'héritier a eu connaissance, par une autre voie, de l'existence de la dette et du titre exécutoire (Limoges, 29 avril 1869, *D. P.* 1869, 2, 214; Douai, 7 déc. 1893, *D. P.* 1894, 2, 321, note Poncet).

919. — Il est à noter que la disposition de l'article 877 constitue une innovation : dans notre *ancien droit*, le titre perdait sa force exécutoire du fait du décès du débiteur, et le créancier devait obtenir un *jugement* lui rendant l'autorité dont il avait été démuni (Déclaration du 4 mars 1549) : on voulait ainsi conjurer les manœuvres frauduleuses que suggère parfois à des individus peu scrupuleux le décès d'une personne et tendant à susciter des créances imaginaires dont les héritiers sont souvent gênés pour discuter la légitimité, ignorants qu'ils étaient des affaires de leur auteur. Mais ce régime avait l'inconvénient de sacrifier les véritables créanciers et il y a lieu d'approuver la solution transactionnelle contenue dans l'article 877.

§ II. — *LE PRINCIPE DE LA CONTINUATION DE LA PERSONNE ENVISAGÉ AU POINT DE VUE CRITIQUE, HISTORIQUE ET COMPARATIF*

920. Concept romain et concept germanique. — Les explications contenues dans le paragraphe précédent, expression de notre droit positif français, se réfèrent à une idée maîtresse : le concept *romain* de la *continuation de la personne* : le défunt se continue dans la personne de son héritier; il s'opère, lors du décès, comme une transfusion de la personnalité; c'est l'adaptation juridique de la fameuse image de Lucrèce qui représente les hommes se transmettant, de génération en génération, dans une course ininter-

rompue, le flambeau de la vie. L'idée est essentiellement religieuse et patriarcale; elle exprime la continuité de la race et du culte, chaque génération n'étant qu'un anneau d'une chaîne sans fin.

A ce concept historique s'oppose le concept *germanique*, d'ordre économique et réaliste, de la *succession aux biens*. Une hérédité se ramène à un ensemble de biens et de dettes; elle constitue une universalité autonome, distincte, indépendante de la personne de l'héritier et qui se suffit à elle-même, sans avoir besoin de soutien; c'est une *masse à liquider* par ses propres moyens, conformément à l'adage : *bona non sunt nisi deducto aere alieno* : les créanciers seront payés avec les biens laissés par leur débiteur, sans pouvoir s'en prendre à ceux de son héritier, mais aussi sans avoir à redouter le concours des créanciers de celui-ci; *ils seront traités comme si leur débiteur vivait encore*. Et alors, de deux choses l'une : ou bien, une fois le passif acquitté, il restera un excédent, et alors le solde ira à l'héritier; ou bien l'actif successoral sera complètement absorbé, et en ce cas l'héritier ne touchera rien, mais du moins il n'en sera pas de sa poche; il n'est pas, en tant que débiteur, substitué au défunt; ce n'est pas lui qui doit, mais bien la succession. A chaque décès correspond une réalisation, une liquidation du patrimoine désormais sans support, désormais cristallisé, liquidation analogue à celle des biens d'un failli ou à celle d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, — sauf des différences secondaires. L'héritier n'est donc pas tenu *ultra vires*; les dettes du défunt sont acquittées *cum viribus*, avec les forces, avec les biens héréditaires.

921. Code civil allemand. — Les rédacteurs du Code civil *allemand* se sont trouvés en présence de ces deux traditions antithétiques, la romaine et la germanique; un moment, on put croire que la première l'emporterait; elle s'était infiltrée depuis longtemps, en partie sous le truchement de notre Code civil français, dans le Grand-Duché de Bade, dans les pays rhénans, en Alsace et en Lorraine, et le premier projet du Code civil allemend la consacrait. Mais une réaction se produisit qui amena la défaite de l'idée romaine de la continuation de la personne et le triomphe du concept germanique de la succession aux biens. En principe, le passif héréditaire se solde avec l'actif successoral, et avec lui seul; l'héritier n'est pas tenu personnellement; il n'en va autrement que s'il a commis une *faute*, par exemple

en négligeant de faire inventaire en temps utile (C. civ. *allemand*, art. 1994) ou en rédigeant un inventaire inexact (art. 2005) ; il répond alors indéfiniment des dettes du défunt, mais ce n'est pas à titre de continuateur de ce dernier, c'est à raison de sa faute personnelle.

922. Appréciation critique. — Les concepts romain et germanique correspondent à deux civilisations différentes, à des états sociaux qui s'opposent l'un à l'autre; le point de vue romain a eu son utilité, et même sa nécessité, mais on peut prédire qu'il est appelé à disparaître; il se réfute, *de nos jours*, par les conséquences mêmes auxquelles il aboutit.

1° D'abord par l'obligation qu'il impose à l'héritier d'acquitter, même *ultra vires*, les dettes du défunt. Cette solution était logique dans la Rome ancienne, alors que l'individu s'absorbait dans la famille, alors que le *filius familias* n'avait point de personnalité et qu'il pouvait être mancipé : héritier *nécessaire*, il était aussi, et tout naturellement, héritier *sien*; il était considéré comme se succédant à lui-même, comme continuant la personnalité de son père. Il en va autrement de nos jours, alors qu'il a une personnalité distincte qui s'affirme à tous égards dans une famille devenue moins compacte. On comprend moins bien — et bientôt on ne comprendra plus — qu'un parent soit tenu personnellement et indéfiniment des obligations assumées par un autre; les engagements apparaîtront comme *personnels*, ainsi que les responsabilités et que les peines. Les créanciers du défunt ne sauraient s'en plaindre, puisqu'on les placera alors dans la situation où ils seraient si le débiteur, dont ils avaient suivi la foi, était encore vivant; il est étrange que son décès élargisse leur gage en y faisant pénétrer les biens d'héritiers avec qui il n'a point traité, comme il est injuste qu'il soit susceptible d'empirer leur situation en leur donnant pour concurrents les créanciers personnels de ces mêmes héritiers : seules, une cristallisation du patrimoine du débiteur lors du décès et une liquidation sur les bases alors existantes, donnent satisfaction à l'équité.

2° Le concept romain, devenu le système français, présente cet autre inconvénient d'entraîner, s'il y a plusieurs héritiers, la *division du passif*, et de contraindre par là le créancier du défunt à *diviser ses poursuites*, à réclamer par exemple le quart de son dû à chacun des quatre enfants du débiteur originaire; si l'un d'eux est insolvable, la perte

sera pour lui, aucune solidarité n'existant entre les héritiers. Avec le système allemand, ces complications et ces dangers sont conjurés puisqu'il n'y a qu'un débiteur unique, la succession. Nous verrons d'ailleurs que les inconvénients du système français sont palliés par une jurisprudence qui permet aux créanciers héréditaires de saisir en bloc les biens successoraux jusqu'à l'achèvement du partage : c'est seulement une fois le partage effectué qu'ils en sont réduits à agir contre les héritiers individuellement et dans la mesure de la vocation héréditaire de chacun (*inf.* n° 1037);

3° Du moment que l'héritier continue la personne du défunt, il n'y a pas lieu à une *liquidation collective et obligatoire* du passif successoral, car l'hérédité ne constitue pas une masse distincte et autonome; les divers éléments, actifs ou passifs, viennent se fondre dans le patrimoine de l'héritier qui recueille donc, non l'actif net, mais l'actif *brut*, avec les charges dont il est grevé;

4° Le système romain a pour conséquence la persistance, chez l'héritier, des *caractères de la possession*, tels qu'ils s'affirmaient chez son auteur. Si le défunt était de mauvaise foi, l'usucapion abrégée de dix à vingt ans est fermée à l'héritier de bonne foi, et inversement : or, il semble bien que la bonne foi et la mauvaise foi soient à traiter comme des notions purement personnelles;

5° Enfin, le concept romain s'oppose à la réalisation d'une *fondation* testamentaire par voie directe, puisque, dans ce système, toute masse de biens doit avoir un titulaire, puisque tout patrimoine est l'émanation d'une personnalité; comme on le verra, le concept allemand du patrimoine voué à un but est un instrument technique à grand rendement pour la création des fondations qui s'en trouve simplifiée, accélérée et fortifiée (*inf.* n° 1913).

923. — En résumé, si l'on veut mettre l'obligation aux dettes héréditaires en harmonie avec notre état social actuel, avec notre idéal de justice individuelle; si l'on veut réaliser le principe de la personnalité des dettes comme de celle de la bonne foi ou de la mauvaise foi du possesseur; si l'on se propose d'instituer une liquidation collective et obligatoire de chaque patrimoine après décès; si l'on veut donner ouvertement, pratiquement, droit de cité aux fondations, il faut renoncer au concept romain de la continuation de la personne pour en venir à l'idée germanique de succession aux biens. Le point de vue romain a rendu des services émi-

nents, notamment *en assurant la transmission des obligations* qui, dans la conception première, étaient des rapports personnels et directement intransmissibles; il fut indispensable à une époque où l'héritier était d'abord le continuateur du culte et le représentant de la famille; il tend à devenir de nos jours un anachronisme et presque un nonsens; sa disparition ne semble pas devoir faire doute : le concept individuel et économique de la succession aux biens aura raison de cet idéal collectif et religieux que représente le concept romain de la continuation de la personne (V. l'étude précitée de M. Percerou, *Rev. trim.* 1905, p. 535; Gény, *op. cit.*, *loc. cit.*, et dans un sens tout différent, la thèse de M. Cazelles, *L'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, Paris, 1905).

Section II. — LES CHARGES DE LA SUCCESSION
(par opposition aux dettes du défunt)

924. Idée générale. — Les *charges*, telles que le Code civil les entend ordinairement, s'opposent aux dettes du défunt, en ce que celui-ci n'en a jamais été tenu : c'est à l'encontre de l'héritier ou de la succession qu'elles naissent pour la première fois; elles ont un caractère *posthume*; en conséquence, elles ne sont aucunement sous l'influence du principe de la continuation de la personne. Il y est fait allusion dans de nombreux textes où il est question des « *dettes et charges de la succession* » (art. 870, 873), le premier mot visant le passif transmis du *de cujus* à l'héritier, le deuxième les obligations qui prennent naissance lors du décès ou par la suite.

925. Sous-distinction. —Mais les charges ainsi comprises se subdivisent elles-mêmes en deux catégories suivant qu'elles ont été imposées à l'héritier *par la volonté du défunt* ou bien qu'elles prennent naissance *en dehors de cette volonté*, du fait du décès et de la dévolution successorale qui s'est accomplie à cette occasion : la première catégorie est représentée exclusivement par les *legs*; la deuxième, qui correspond aux charges *stricto sensu*, englobe des dettes de nature assez variée, tels les *frais funéraires* et les *impôts* dus au fisc à l'occasion de la transmission héréditaire.

Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces catégories de charges.

§ I. — *L'OBLIGATION D'ACQUITTER LES LEGS*

926. Position de la question. — Dans son testament, le *de cujus* a consenti certaines libéralités au profit de tel ou tel *légataire*; l'acquittement de ces *legs* incombe à l'héritier; mais dans quelle mesure?

Assurément, les légataires ne sont payés qu'après les créanciers du défunt, donc sur l'actif *net*, non sur l'actif brut; le testateur n'a pas pu faire de cadeau avec l'argent de ses créanciers : *nemo liberalis nisi liberatus*. On commencera donc par désintéresser les créanciers; mais, ce point acquis, il reste à rechercher si l'héritier doit acquitter les legs indéfiniment, même si leur montant excède son émolument, même *ultra vires hereditatis*, ou bien s'il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de l'actif net, en sorte qu'il ne puisse être constitué en perte par son acceptation.

Cette question évoque le souvenir de celle que nous avons précédemment étudiée pour les dettes du défunt; mais elle ne se pose pas dans les mêmes termes.

Sans doute, on suppose toujours que l'héritier a accepté la succession purement et simplement et que cependant un inventaire a été dressé, qui a prévenu toute confusion de fait entre les deux patrimoines; mais on ne limite plus les termes du problème au successeur irrégulier; on en étend les données à l'héritier légitime lui-même; c'est d'abord et surtout pour lui que la question se pose; il s'agit de préciser, en ce qui le concerne, la portée, l'efficacité de la saisine légale.

En revanche, le problème se rétrécit en ce sens qu'on envisage exclusivement *les legs particuliers ne portant pas sur des corps certains*. Car, d'une part, le légataire universel ou à titre universel est une sorte d'héritier et non pas de créancier (*inf.*, n° 1463); d'autre part, le legs d'un corps certain ne saurait évidemment excéder les forces de la succession, puisqu'il porte sur un bien inclus dans cette succession. On se place donc dans l'hypothèse du *legs d'une somme d'argent*: le légataire a alors, vis-à-vis de l'héritier, la qualité de *créancier*, et c'est pourquoi la question se pose de savoir si le débiteur est tenu *intra* ou *ultra vires*. Par exemple, le défunt a légué à un tiers une somme de 100.000 francs; or, il n'y a dans l'hérédité, une fois les dettes réglées, que 80.000 francs : l'héritier légitime, qui a accepté purement et simplement, doit-il parfaire la différence avec ses deniers personnels?

927. Examen du problème. — Cette question est particulièrement épineuse : l'interprète ne trouve de guide sûr, pour la résoudre, ni dans la *tradition*, ni dans les *principes généraux* du droit successoral, ni même, semble-t-il, dans les *textes*.

1° *La tradition*. Elle est *double* : dans notre ancien droit *coutumier*, l'héritier, même saisi, n'était tenu des legs qu'*intra vires*; nous avons sur ce point le témoignage de Pothier (*Successions*, chap. V, art. 3, § 1) et celui de Furgole (*Les testaments*, livre VI, chap. X, sect. 3, § 20); mais les *pays de droit écrit* avaient suivi les principes du droit romain, non pas de l'époque classique, mais de Justinien, et admettaient l'obligation indéfinie aux legs (Novelle I, titre I, chap. 2, § 2; Furgole, *op. cit.*, chap. X, section 3, § 1);

2° *Les principes généraux du droit successoral*. — Il est un principe qui semble imposer la solution de l'obligation limitée : les legs ne sont qu'une part de l'émolument successoral; suivant la définition des jurisconsultes romains de la bonne époque, ils sont « *delibatio hereditatis* ». Par le testament, le défunt dispose de ses biens (art. 1021), et non pas des biens de son héritier; or, il disposerait de la fortune de son successeur si les biens personnels de celui-ci répondaient de l'acquittement des legs qui deviendraient alors *des libéralités faites avec l'argent d'autrui*. Jamais, en acceptant la succession, l'héritier n'a entendu s'engager aussi lourdement; il n'a pas voulu devenir lui-même un disposant, un donateur. On comprend qu'il doive acquitter intégralement les dettes dont son auteur était lui-même tenu, puisqu'il prend sa place, étant *loco defuncti*; mais il en va autrement des legs dont il se trouve le redevable initial; en se refusant à les acquitter, il ne manque pas à un engagement d'honneur, en même temps qu'à ses devoirs d'ayant cause; il prétend simplement mettre sa fortune personnelle à l'abri des libéralités du défunt.

Mais, en sens contraire, et en faveur de l'obligation *ultra vires*, on fait jouer l'idée fondamentale de la confusion des deux patrimoines du *de cujus* et de l'héritier : du moment que celui-ci n'a pas usé du bénéfice d'inventaire, les deux masses n'en forment qu'une seule; la personnalité du défunt s'absorbe dans celle du successeur; il n'y a plus qu'un seul débiteur. L'héritier serait mal venu à se plaindre du traitement qui lui est infligé; il dépendait de lui de s'y soustraire en recourant au bénéfice d'inventaire; en acceptant pure-

ment et simplement, il s'est résigné à la confusion des patrimoins, avec toutes ses conséquences; il a pris l'engagement de s'acquitter intégralement envers tous les ayants droit, créanciers ou légataires.

D'ailleurs, on verra que l'obligation *ultra vires* est admise pour les *frais funéraires*, qui sont cependant dette de la succession, née après l'ouverture de celle-ci, et non pas une charge venant du chef du défunt (*inf.*, n° 931) : pourquoi en irait-il différemment de cette autre catégorie de charges que sont les legs particuliers? De toute façon, il faut reconnaître qu'il peut y avoir obligation *ultra vires* abstraction faite de l'idée de continuation de la personne et pour des dettes *d'origine posthume*;

3° Quant aux *textes*, il faut bien convenir qu'ils donnent l'avantage à la thèse de la responsabilité indéfinie, et c'est ce qui nous fait incliner à en admettre la justesse.

C'est d'abord l'article 724 qui impose à l'héritier saisi l'obligation d'acquitter *toutes les charges de la succession*, ce qui englobe évidemment les legs, plutôt encore que les dettes du défunt elles-mêmes.

C'est aussi l'article 873, d'après lequel « *les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile...* »; *personnellement*, donc sans limitation de somme.

C'est encore l'article 1017, aux termes duquel « *les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter* » : lorsqu'on est *débiteur personnel*, on est tenu *sur tous ses biens* (art. 2092), et non pas seulement sur certains biens.

Enfin, — mais nous ne produisons cet argument que pour mémoire — la disposition obscure de l'article 783 qui institue la rescision de l'acceptation pour cause de lésion, acquiert un sens, si l'on admet que l'héritier est tenu des legs particuliers même sur ses biens personnels (*sup.*, n° 862).

928. Etat de la doctrine et de la jurisprudence. — Sur la question dont nous venons de fournir les éléments principaux de discussion, la *doctrine* est fort divisée et la *jurisprudence* s'est montrée pendant longtemps flottante.

Tandis que des civilistes éminents adoptent la thèse de l'obligation limitée (Planiol et Ripert, t. III, n° 2791; Flurer, note *D. P.*, 1891, 2, 313), des auteurs également réputés ont défendu celle de l'obligation *ultra vires* (Demo-

LOMBE, t. XIV, n° 522; AUBRY et RAU, 4e éd., t. VI, § 617; GUILLOUARD, note *D. P.*, 1904, 1, 513).

Quant à la *jurisprudence*, jusqu'au début de ce siècle, elle était fort incertaine : le système de l'obligation limitée se réclamait de diverses décisions (Civ., 13 août, *D. P.*, 1851, 1, 281; Orléans, 14 mai 1891, *D. P.*, 1891, 2, 313; Caen, 31 janv. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 321), tandis que la thèse de l'obligation *ultra vires* avait été consacrée, plus rarement, par certaines cours d'appel (Poitiers, 16 mars 1864, *D. P.*, 1864, 2, 117; Caen, 22 janv. 1866; *Rec. Caen*, 1866, p. 41; Angers, 1er mai 1867, *D. P.*, 1867, 2, 85).

Mais il semble que la pratique doive se fixer dans ce dernier sens, grâce à un arrêt de la Chambre civile qui, en s'appuyant sur les articles 724, 873 et 1017, considère qu' « à défaut d'acceptation bénéficiaire, l'héritier est obligé personnellement d'acquitter, non seulement les dettes, mais les legs; que, comme conséquence de cette obligation personnelle, il est tenu, sur ses propres biens, même au delà des forces de la succession » (Civ. 1er août 1904, *D. P.*, 1904, 1, 513, note GUILLOUARD, *S.*, 1905, 1, 13).

§ II. — *LES CHARGES* STRICTO SENSU

929. Définition ; exemples. — On entend par charges *stricto sensu* des dettes qui ne prennent naissance qu'après le décès du *de cujus* et qui incombent à la succession, à la masse plutôt qu'aux héritiers : pour cette raison, on les qualifie volontiers de *dettes successorales*, en les opposant, sous ce vocable, soit aux legs, soit aux dettes du défunt, soit enfin aux dettes personnelles de l'héritier.

Rentrent dans cette catégorie : 1° les *frais funéraires*; 2° les frais de *scellés*, d'*inventaire* et de *compte* (art. 810); 3° tous les frais de *partage*, y compris les *honoraires* des notaires; 4° les *frais de deuil* de la veuve (art. 1481, § 1; 1570, § 2); 5° enfin, pour certains auteurs, mais sauf controverse, les *droits de mutation* (V. trib. civ., Brive, 27 janv. 1938, *D. P.*, 1939, 2, 53, note NAST).

930. Régime juridique auquel sont soumises ces charges. — 1° Comparées aux *legs*, elles prennent naissance, comme eux, au décès du testateur, lequel n'en était aucunement tenu; mais, *a*) à la différence des legs, elles existent en dehors de la volonté du défunt; *b*) elles consti-

tuent de véritables *dettes* et doivent donc être acquittées avant les legs;

2° Comparées aux *dettes du défunt*, les charges *stricto sensu* ne naissent qu'après le décès du *de cujus*, en sorte qu'au point de vue *fiscal* il n'y a pas à en tenir compte; car, ce sont seulement les dettes « à *la charge du défunt* » qui sont déduites de l'actif brut pour le calcul des droits de mutation (L. 25 fév. 1901, art. 3; C. enreg., art. 56);

3° Si maintenant on établit un parallèle entre ces charges et les *dettes personnelles à l'héritier*, les différences abondent, les unes *défavorables*, les autres *favorables* aux créanciers successoraux.

a) Différences *défavorables* :

1° Les créanciers successoraux ne peuvent certainement pas profiter des *rapports* effectués par les héritiers, du moins au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire;

2° Ils ne peuvent pas davantage, dans le même cas, demander le *partage* des biens successoraux;

3° Ni *intervenir* à ce partage.

A ces différents points de vue, la situation des créanciers successoraux est inférieure à celle des créanciers personnels des héritiers;

b) Différences *favorables* aux créanciers successoraux :

1. Ils peuvent demander la *séparation des patrimoines*;

2. Ils ont la faculté de poursuivre les biens héréditaires *avant le partage*;

3. Les sommes dues aux créanciers successoraux peuvent être prélevées sur la masse, antérieurement à tout partage (jugement et arrêt précités du trib. et de la Cour de Rouen; Req., 29 juill. 1861, *D. P.*, 1862, 1, 288).

931. Poursuite et contribution. — On serait tenté de dire que de telles dettes, par cela même qu'elles sont charges de la succession, ne sont aucunement dettes des héritiers; mais ce serait là commettre une erreur. En réalité, les droits des créanciers varient suivant les cas : il est certain que l'héritier est tenu des *frais funéraires*, *in infinitum*; certain également que les héritiers sont tenus *personnellement* et *solidairement* des *droits de mutation* (C. enreg., art. 133); la succession, qui n'a pas la personnalité morale, ne peut pas assumer des dettes qui ne seraient pas aussi des dettes des héritiers. Mais ceux-ci, lorsqu'ils ont payé les créanciers, ont un recours contre la masse de la succession bénéficiaire qui doit, en dernière analyse, faire les frais de l'opération (V.

pour les *droits de mutation*, au cas d'acceptation bénéficiaire, Civ., 24 juin 1857, *D. P.*, 1857, 1, 242; Nancy, 28 juin 1889, *D. P.*, 1895, 1, 178; trib civ. Seine 21 fév. 1899, *D. P.*, 1889, 2, 284). La question de *contribution* se règle donc autrement que la question de *poursuite*.

Section III. — LES INSTITUTIONS QUI FONT ÉCHEC AU PRINCIPE DE LA CONTINUATION DE LA PERSONNE

Bénéfice d'inventaire et séparation des patrimoines

Généralités

932. Rôle du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines. — Le principe de la continuation de la personne, avec la confusion des patrimoines et l'obligation *ultra vires* qu'il implique, n'est pas inéluctable et intangible; deux institutions existent qui sont destinées à le pallier et qui l'entament profondément : le *bénéfice d'inventaire* et la *séparation des patrimoines*.

Pour en saisir le rôle et le mécanisme, il faut rechercher *quels intérêts sont menacés* par la confusion des patrimoines, corollaire de la continuation de la personne du défunt par celle de l'héritier.

1° Ce sont d'abord les intérêts de l'*héritier* lui-même dont les biens personnels vont être exposés à l'action des créanciers du défunt, devenus ses propres créanciers. Le remède consiste dans le *bénéfice d'inventaire* grâce auquel l'héritier mettra sa fortune personnelle à l'abri des atteintes des créanciers du défunt dont l'action sera cantonnée sur les biens successoraux : c'est pour lui que ce bénéfice a été créé sous l'empereur Justinien et en vue de conjurer la confusion des patrimoines, postulée elle-même par le principe de la continuation de la personne;

2° Ce principe menace aussi les intérêts des *créanciers du défunt* et des *légataires* qui vont avoir à compter avec les créanciers personnels de l'héritier : si ce dernier est insolvable, la confusion des patrimoines aurait pour résultat de les réduire à un dividende, et même, pour ce qui est des légataires, à zéro, puisque les libéralités testamentaires ne s'exécutent que sur l'actif net, conformément à l'adage : *nemo liberalis nisi liberatus*. Le résultat est choquant, sur-

tout pour les créanciers du défunt qui avaient suivi sa foi et qui n'avaient pu escompter la substitution d'un insolvable à un débiteur initial leur offrant toutes garanties. Le remède consistera, pour eux, ainsi que pour les légataires, dans la *séparation des patrimoines* qui leur permettra d'écarter de l'actif successoral les créanciers de l'héritier; en conjurant ainsi la confusion des patrimoines, ils seront payés sur cet actif sans avoir à subir le concours des créanciers de l'héritier; ils bénéficient alors d'une sorte de bénéfice d'inventaire à rebours qui tend à les prémunir, non contre l'insolvabilité de la succession, mais contre celle de l'héritier : ils seront traités *à peu près* comme si le *de cujus* était encore vivant.

933. Large rayonnement du bénéfice d'inventaire. — Le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines poursuivent ainsi deux objectifs différents, tout en les réalisant par le même procédé technique, en prévenant la confusion des deux patrimoines. Mais il importe de comprendre que, de ces deux institutions, la première a un bien plus large rayonnement que la deuxième, et qu'en réalité elle est à double action. Sans doute, le bénéfice d'inventaire a été créé *dans l'intérêt de l'héritier*; mais il réalise en outre, et par surcroît, la protection des créanciers du défunt et des légataires contre l'insolvabilité de l'héritier; car, par cela même qu'il isole les deux patrimoines, il cantonne, sur deux masses distinctes, les droits des deux catégories d'ayants cause : si les créanciers de l'héritier évitent le concours des créanciers du défunt, à l'inverse ces derniers et les légataires échappent à celui des créanciers de l'héritier; en ce qui les concerne, l'acceptation bénéficiaire entraîne de plein droit un isolement des patrimoines (Lyon, 13 mars 1867, *D. P.*, 1867, 2, 213; Nîmes, 6 nov. 1869, *D. P.*, 1871, 2, 37), et c'est seulement si l'héritier accepte purement et simplement qu'ils devront absolument, pour la sauvegarde de leurs intérêts, demander expressément la séparation des patrimoines proprement dite, à titre direct et principal. Le bénéfice d'inventaire est donc une *institution de plus grand rendement* que la séparation des patrimoines : tandis que celle-ci ne sert jamais que les intérêts des créanciers du défunt et ceux des légataires, il vient au secours, d'abord et surtout de l'héritier dans l'intérêt duquel il a été créé, mais aussi, par contre-coup et à l'occasion, des créanciers, aussi bien ceux du défunt que ceux de l'héritier. On peut donc considérer

que la séparation des patrimoines est virtuellement contenue dans le bénéfice d'inventaire, mais étant entendu qu'il s'agit là d'une séparation indirecte et dérivée qui n'est pas complètement assimilable à la séparation des patrimoines proprement dite et qu'il serait plus correct de qualifier d'*isolement des patrimoines*;

934. — 3° La confusion des patrimoines est de nature à compromettre les intérêts des *créanciers de l'héritier* qui vont avoir à subir le concours des créanciers du défunt et qui, jadis sûrs d'être payés intégralement, ne toucheront peut-être, à raison du déversement du passif héréditaire dans le patrimoine de leur débiteur, qu'un dividende plus ou moins réduit, 50 % par exemple, au lieu de 100 %. Vont-ils pouvoir conjurer un tel résultat? Ont-ils la ressource, *alors que le débiteur a accepté la succession purement et simplement*, de demander la séparation des patrimoines, comme pourraient le faire, en pareille éventualité, les créanciers du défunt et les légataires? Non, l'article 881 leur dénie cette ressource; il ne leur est pas loisible de demander la séparation contre les créanciers de la succession. C'est la solution traditionnelle, qui s'explique très bien logiquement : le dommage que fait subir aux créanciers du débiteur originaire l'acceptation de sa succession par un insolvable est autrement injuste et inattendu que le préjudice inverse, celui que cause aux créanciers l'acceptation, par leur débiteur, d'une succession insolvable; en agissant ainsi, ce dernier débiteur se contente d'assumer de nouvelles dettes, et c'est une éventualité qui a dû entrer dans les prévisions de ses créanciers, *réserve faite de la fraude* : mais précisément, si l'acceptation de l'hérédité est frauduleuse, les créanciers de l'acceptant peuvent la faire tomber au moyen de l'*action paulienne* (*sup.*, n° 866); hors de là, la loi ne vient pas à leur secours, directement tout au moins et réserve faite des effets attachés à l'acceptation bénéficiaire (*inf.*, n° 943), au lieu qu'elle vient en aide aux créanciers du défunt; elle ne veut pas que ceux-ci pâtissent d'un *changement de débiteur*, de la substitution d'un débiteur insolvable à un débiteur solvable dont ils avaient suivi la foi.

935. — *En résumé*, l'acceptation bénéficiaire entraîne fatalement une séparation des patrimoines dérivée et implicite; cette séparation, qu'il faut se garder de confondre avec la séparation des patrimoines directe et principale,

intervient dans l'intérêt de l'héritier; mais, comme celui-ci est le pivot, le centre de tous les intérêts en présence, elle profite aussi, à l'occasion et suivant les cas, aux créanciers du défunt et aux légataires, ou aux créanciers de l'héritier, chaque catégorie conservant, à un titre exclusif, son gage antérieur. Si l'héritier a accepté purement et simplement, alors les créanciers du défunt et les légataires ne sont pas, par cela même, sacrifiés; en demandant la séparation des patrimoines proprement dite, ils peuvent se payer sur les biens héréditaires à l'exclusion des créanciers personnels de l'héritier. Quant aux créanciers de ce dernier, ils sont, au cas d'acceptation pure et simple de sa part, tout à fait désarmés, sauf, si l'acceptation est frauduleuse, le droit qui leur appartient, de la faire tomber au moyen de l'action paulienne; alors, s'ils réussissent, la dévolution successorale disparaît, et, avec elle, la confusion des patrimoines qui en constituait le corollaire.

936. Réglementation défectueuse. — Avant de passer à l'étude du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines que nous venons de situer dans le cadre de l'organisation successorale, il convient de signaler combien défectueuse est la réglementation qui les concerne. L'imperfection du Code civil à cet égard tient à deux raisons :

1° Le législateur français ne s'est pas complètement abstrait du concept de la continuation de la personne; il a manqué de hardiesse, et même, tout simplement, de logique. Du moment que les deux institutions tendent à réagir contre la confusion des deux patrimoines, il eût fallu élever entre ceux-ci une barrière infranchissable, et considérer la succession comme une masse autonome à liquider; or, le Code civil n'est pas demeuré toujours fidèle à cet objectif; l'héritier bénéficiaire est encore un héritier, propriétaire de biens successoraux; on s'est contenté de soumettre ces biens, *dans son patrimoine*, à un statut particulier; au lieu de creuser un fossé, on s'est contenté d'un *compartimentage*. De là un système incohérent et boiteux; de là des insuffisances, des contradictions qui, en dépit des efforts des interprètes, demeurent irréductibles; un compromis entre la confusion et l'isolement des patrimoines est d'une réalisation difficile, sinon impossible;

2° Il eût fallu organiser une procédure *collective* de liquidation de l'hérédité; car, par hypothèse, la liquidation est indispensable, puisque l'hérédité ne vient pas se perdre aussi-

tôt dans le patrimoine de l'héritier; elle ne peut pas rester indéfiniment suspendue dans le vide. Or, cette procédure de liquidation a été très mal organisée pour le bénéfice d'inventaire, tandis que, pour la séparation des patrimoines, elle demeure à peu près inexistante. Le droit *allemand* présente sur le nôtre, à cet égard, une supériorité éclatante : on y trouve une procédure collective de liquidation qui a été organisée et qui fonctionne de façon satisfaisante.

937. Plan. — Il sera question :
1° Du *bénéfice d'inventaire*;
2° De la *séparation des patrimoines*.

§ I. — *LE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE ÉTUDIÉ DANS SES EFFETS ET DANS SA CESSATION*

938. Sources. — Art. 793 à 810; C. pr. art. 986 à 996.

Bibliographie. — Thèses Georges, Rennes, 1910; Bastide, Paris, 1911; Becqué, Montpellier, 1911; — Voir aussi Percerou, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1905, pp. 535 et 810.

939. Délimitation du sujet; plan. — Nous ne reviendrons pas sur la *définition* de l'acceptation bénéficiaire ni sur les *formalités* qu'elle comporte, consistant dans une *déclaration* au greffe du tribunal et dans la rédaction d'un *inventaire* (*sup.*, n° 871); à cette place, ce sont uniquement les *effets* du bénéfice d'inventaire qui doivent nous occuper, ainsi que sa *cessation*.

N° 1

Effets de l'acceptation bénéficiaire

940. Plan. — Ces effets se groupent autour de deux idées centrales :
1° L'acceptation bénéficiaire détermine implicitement un *isolement* des biens de l'héritier d'avec la succession; elle prévient la confusion des deux patrimoines;
2° Elle nécessite l'*administration* et la *liquidation* de la succession.

I

Isolement des deux patrimoines

941. Terminologie. — Afin d'éviter une confusion fâcheuse, il est préférable de ne pas qualifier cet isolement de séparation des patrimoines, ou du moins de préciser cette séparation en la taxant de *dérivée* ou de *secondaire*, ou de *virtuelle*, afin de la distinguer de la séparation des patrimoines proprement dite, que la loi met à la disposition des créanciers du défunt et des légataires et qui a un caractère *principal*.

Cet isolement des deux patrimoines que le Code civil a le tort de placer sur la même ligne que la limitation de l'obligation aux dettes (art. 802), est en réalité l'effet immédiat et la raison d'être du bénéfice d'inventaire qui tend, par définition et par essence même, à prévenir la confusion qu'eût entraînée une acceptation pure et simple : les biens successoraux et les biens personnels de l'héritier, *quoi qu'ayant le même propriétaire*, sont inclus dans deux patrimoines différents, en sorte que, *en principe et provisoirement*, l'héritier bénéficiaire n'est pas traité comme l'ayant cause du défunt.

942. Conséquences attachées au principe de l'isolement des deux patrimoines. — **I. Paiement des dettes du défunt *cum viribus*.** — L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu de payer les dettes du défunt *in infinitum*, mais seulement *intra vires hereditatis*; on pourrait même dire qu'il n'est pas tenu du tout, personnellement du moins, mais seulement *propter rem*, puisque le passif héréditaire se règle uniquement avec les biens de la succession. Les créanciers du défunt n'ont même pas le droit de saisir les biens de l'héritier dans la limite de l'actif successoral, tel qu'il ressort de l'inventaire; l'héritier bénéficiaire est tenu, non pas *pro viribus*, mais exclusivement *cum viribus*; ses biens personnels échappent absolument à l'action des créanciers du défunt dont le gage est strictement cantonné sur les biens successoraux. En laissant entendre le contraire, l'article 802-1° exprime, de l'avis unanime, une contre-vérité : complète est la sauvegarde dont bénéficie le patrimoine personnel de l'héritier par rapport aux dettes du défunt, ainsi qu'il ressort de l'article 802-2° et de l'article 803, § 2, *a contrario*.

La différence est classique, à cet égard, entre le bénéfice d'inventaire et le *bénéfice d'émolument* qui limite l'étendue

de l'obligation de la femme commune en biens, mais sans mettre ses biens propres à l'abri de l'action des créanciers (*sup.*, n° 362) : l'héritier bénéficiaire n'est tenu que *cum viribus*, alors que la femme qui invoque le bénéfice d'émolument, demeure tenue *pro viribus*.

943. Applications. — A raison de la barrière ainsi élevée entre les deux catégories de biens, les créanciers du défunt et ceux de l'héritier n'ont pas à redouter leurs concours respectifs.

1° Les créanciers de l'héritier ne trouveront pas en face d'eux les créanciers du défunt; les dettes héréditaires ne tomberont pas dans le patrimoine de leur débiteur; elles demeurent dettes de l'hérédité, exclusivement; elles sont payées *intra vires* et *cum viribus*;

2° A l'inverse, les créanciers du défunt auront un droit d'exclusivité sur les biens successoraux; c'est seulement l'excédent, une fois qu'ils seront désintéressés, qui, tombant dans le patrimoine de l'héritier, deviendra le gage de ses créanciers personnels : c'est ce qu'on constate sous une autre forme en disant que l'acceptation bénéficiaire entraîne une séparation des patrimoines secondaire et implicite.

944. Etendue du principe; dettes qui échappent à son application. — Le principe de l'obligation limitée aux forces de la succession n'est valable que pour les dettes de ladite succession (art. 802), c'est-à-dire pour *les dettes du défunt* ainsi que pour les *legs*; il est sans application possible aux dettes qui sont nées dans la personne de l'héritier sans la volonté du *de cujus* et dont il répond donc, conformément au droit commun, même sur ses biens personnels, indéfiniment.

Il en va ainsi :

1° Des dettes se rattachant à une *faute* commise par l'héritier bénéficiaire qui, par exemple, néglige de présenter son compte (art. 803, § 2; *inf.*, n° 973);

2° Du *solde débiteur* qui ressort, à sa charge, du compte par lui présenté : pour le paiement du *reliquat*, il peut être recherché, par les créanciers du défunt, sur ses biens personnels (art. 803, § 3; *inf.*, n° 977);

3° Des *droits de mutation*; sans doute, dans ses rapports avec la succession, l'héritier bénéficiaire est fondé à traiter la dette envers le fisc ainsi qu'une *charge héréditaire* : s'il l'a acquittée avec les deniers successoraux, il en fera figurer le montant parmi les dépenses de son compte d'administra-

tion; s'il en a fait l'avance sur sa fortune personnelle, il a droit au remboursement qui lui est assuré par la *subrogation* aux garanties dont jouissait l'Etat. Mais, vis-à-vis du fisc, il sera tenu *personnellement*, en dépit du bénéfice d'inventaire (V. MAURY et VIALLETON, n^os^ 358 et 422).

945. II. Obstacle à l'extinction des droits par confusion ou par consolidation. — Les droits qui pouvaient appartenir jadis au successible contre le défunt ou, à l'inverse, à celui-ci contre celui-là, échappent à l'extinction par *confusion* ou par *consolidation*; en effet, les deux qualités opposées et inconciliables de sujet actif et de sujet passif d'un même rapport juridique ne reposent pas sur une même tête; l'une reste attachée à la succession, l'autre à l'héritier. Rien ne s'oppose donc, ni à la *survie* du droit, ni à son *exécution*.

A. A sa *survie*, et sans distinguer entre les droits réels et les droits de créance.

1° Les droits *réels*, tels un *usufruit* ou une *servitude* : l'héritier est propriétaire d'un fonds qui bénéficie d'une servitude grevant un immeuble du *de cujus* : s'il avait accepté la succession purement et simplement, cette servitude serait éteinte : *nemini res sua servit* (art. 705) ; mais, grâce à l'isolement des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire, les deux héritages ne sont pas dans la même main; le rapport de droit subsiste;

2° Les *droits de créance* : si l'héritier était créancier du défunt, ou inversement, l'obligation subsiste, car le créancier et le débiteur demeurent distincts (art. 802-2°).

B. Non seulement les droits subsistent, mais ils peuvent être exercés, réalisés. L'article 802-2° s'en explique formellement pour les créances de l'héritier dont il sera admis à poursuivre le recouvrement, non pas contre lui-même, mais contre la succession, représentée, s'il en est besoin, par un *curateur au bénéfice d'inventaire* (C. pr., art. 996).

946. Prescription. — Etant donné que les rapports de droit subsistent comme ci-devant, et que la réalisation en est toujours possible, il semble que les *prescriptions* en cours, lors du décès, devraient se développer : pourquoi les *suspendre* alors que la situation est inchangée? Et telle est bien la solution pour les droits qui appartenaient au défunt contre l'héritier; la prescription continue son œuvre au profit de celui-ci, sauf d'ailleurs sa responsabilité éventuelle à l'égard des intéressés envers qui il sera comptable, à l'oc-

casion, du préjudice résultant pour eux de l'extinction de la créance par l'effet d'une prescription qu'il avait le devoir, en tant qu'administrateur, de conjurer. Le Code civil traite autrement les créances qui appartenaient à l'héritier contre le défunt; en ce qui les concerne, la prescription est suspendue au profit de l'héritier (art. 2258, § 1) : on a considéré, dans doute, que les circonstances actuelles expliquent l'inaction de l'héritier qu'on n'a pas voulu placer dans l'obligation d'agir contre la succession alors qu'il est en possession des biens successoraux dont la liquidation lui est confiée : on n'a pas voulu pousser jusque là le dédoublement de sa personnalité.

947. III. **Acquisition de nouveaux droits.** — Non seulement l'héritier bénéficiaire conserve les droits qui lui appartenaient contre le défunt, mais il peut encore en acquérir de nouveaux contre la succession, ce qui met particulièrement en évidence l'isolement des deux patrimoines :

1° En ce qui concerne les *créances*, l'article 1251-4° en suppose expressément l'acquisition par cela même qu'il accorde le secours de la *subrogation légale* à l'héritier bénéficiaire qui aurait acquitté de ses deniers personnels — ce à quoi il n'était nullement tenu en droit — les dettes du défunt;

2° Quant aux *droits réels*, il est certain que l'héritier peut se porter *adjudicataire* dans la vente publique des immeubles successoraux; on ne saurait lui objecter ni l'article 1596 qui interdit au mandataire d'acheter les biens qu'il est chargé de vendre, ni l'article 711 C. pr. qui écarte le saisi de l'adjudication de son propre immeuble; car ce n'est pas comme représentant de la succession qu'il prend part aux enchères, mais en son nom personnel, comme représentant de son propre patrimoine, donc en qualité de *tiers*; l'immeuble est mis aux enchères, non comme l'élément de sa fortune personnelle, mais comme valeur successorale (Alger, 16 déc. 1889, *D. P.*, 1890, 2, 106, *S.*, 1892, 2, 13).

948. — Mais alors ne devra-t-il pas acquitter, à l'occasion de l'adjudication réalisée à son profit, et les droits de *mutation* et le droit de *transcription*? Pour les droits de *mutation*, certainement non, du moins s'il est unique héritier, ce que nous supposons ici; ayant été soumis aux droits de mutation à ce titre, il ne saurait y être assujetti à nouveau en qualité d'adjudicataire; c'est seulement au cas de pluralité d'héritiers, qu'il devrait acquitter les droits de mutation

à concurrence des parts dont il n'était pas précédemment investi en tant qu'héritier.

Pour ce qui est du droit de *transcription*, la jurisprudence admet que l'héritier bénéficiaire, pouvant purger, doit donc transcrire; en conséquence, il était passible du droit de transcription, exigé d'autorité pour tout acte comportant éventuellement la purge des hypothèques; on considère que l'adjudication opère comme une novation du titre de l'héritier bénéficiaire (Ch. réunies, 12 janv. 1876, *D. P.*, 1876, 1, 52, *S.*, 1876, 1, 81; Req., 5 mars 1894, *D. P.*, 1894, 1, 49, *S.*, 1895, 1, 149, note Wahl). Mais la situation a été modifiée par l'article 41 de la loi budgétaire du 13 juillet 1925 qui a eu pour résultat d'intégrer le droit de transcription dans le droit de mutation; désormais, et depuis cette réforme, qui a modifié jusqu'à la nature même du droit de transcription en le faisant absorber par le droit de mutation, l'héritier unique qui se rend adjudicataire d'un immeuble successoral n'a plus à acquitter que la *taxe hypothécaire* (actuellement 0,60 %), impôt perçu par le conservateur et qui vient compenser le droit de timbre auquel ses registres étaient assujettis jusqu'à la loi du 27 juillet 1900 (*sup.*, t. I, n° 1726).

949. IV. Inopposabilité des exceptions. — Lorsque l'héritier bénéficiaire exerce des droits, des actions contre des tiers, il n'est pas passible des *exceptions*, des moyens de défense nés du chef du défunt, car son patrimoine demeure isolé de la succession.

1° En matière de *garantie*, si le défunt avait vendu indûment un immeuble qui ne lui appartenait pas mais dont l'héritier était précisément propriétaire, celui-ci peut agir en *revendication* sans s'exposer à l'*exception de garantie*; vainement le défendeur lui objecterait-il que qui doit la garantie ne saurait évincer; il répondrait qu'il n'a jamais été garant, que l'obligation de garantie incombe à la succession et que, dans l'espèce, il agit, non en tant que représentant l'hérédité, mais en son nom personnel;

2° En matière de *compensation*, à supposer que l'héritier soit créancier d'un créancier du défunt, il peut réclamer le paiement de son dû sans craindre de se voir objecter l'extinction des deux rapports de droit; car la compensation implique la coexistence de deux obligations en sens inverse, *entre les deux mêmes personnes* (*sup.*, t. II, n° 939); or, en l'occurrence, l'héritier bénéficiaire, créancier du défendeur, n'est nullement son débiteur; la dette du défunt n'est pas devenue la sienne.

Inversement, l'héritier bénéficiaire, poursuivi par son créancier, n'est pas fondé à se retrancher derrière une dette incombant à ce dernier vis-à-vis du défunt.

950. V. **Date certaine.** — D'après l'article 1328, les actes privés ne font foi de leur *date* vis-à-vis des tiers, que le jour où elle est devenue *certaine*; or, l'héritier bénéficiaire est un tiers par rapport à la succession, *du moins lorsqu'il agit en son nom personnel* et non pas comme administrateur; en conséquence, les actes privés émanant du défunt ne lui deviennent opposables que s'ils ont été *enregistrés*, ou, à défaut d'enregistrement, du jour du *décès* du signataire ou de leur *relation* dans un acte authentique (art. 1328; Req., 22 juin 1818, *D., Jur. gén., Obligations*, 3932).

951. VI. **Faculté d'abandon.** — L'héritier bénéficiaire a la faculté de se décharger de l'administration et de la liquidation de l'hérédité en faisant *abandon* de tous les biens successoraux aux créanciers et aux légataires. Nous décrirons plus loin le mécanisme de cette institution (*inf.*, n° 974); mais nous notons, dès maintenant, qu'elle ne s'explique que par l'isolement des deux patrimoines; c'est parce que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que *propter rem* qu'il est admis, comme le *tiers détenteur* d'un immeuble hypothéqué, à s'affranchir des charges qui pèsent sur lui; s'il était tenu personnellement, cette échappatoire lui serait évidemment refusée.

952. VII. — Enfin, c'est encore par l'isolement des deux patrimoines que l'on peut expliquer *l'arrêt du cours des inscriptions* que la loi attache à l'acceptation bénéficiaire : les privilèges et hypothèques nés du chef du défunt ne peuvent plus être vivifiés au moyen d'une inscription, laquelle ne saurait être prise sur l'héritier bénéficiaire, c'est-à-dire sur un tiers (art. 2146, § 2; *sup.*, t. II, n° 1829).

953. En résumé, grâce à la ligne de démarcation établie entre l'hérédité et le patrimoine de l'héritier, celui-ci peut, à toute occasion ou presque, se retrancher derrière la qualité de *tiers*; il ne continue pas la personne du défunt. Cependant, l'économie du système est troublée, comme nous l'avions annoncé, par cette raison que, dans le système français, l'héritier bénéficiaire est tout de même un héritier, donc un propriétaire des biens de la succession; c'est à ce titre qu'il est tenu personnellement, envers le fisc, des droits

de mutation, qu'on suspend à son profit la prescription des créances dont il est investi envers la succession et qu'on le dispense, s'il se porte adjudicataire d'un immeuble héréditaire, donc de sa propre chose, des droits de mutation. Ainsi se heurtent les deux idées opposées d'isolement des patrimoines et de dévolution au profit de l'héritier bénéficiaire; elles réclament chacune sa part et impriment à notre régime français un caractère empirique et même quelque peu incohérent que nous avons précédemment dénoncé.

II

Administration et liquidation de la succession bénéficiaire

954. Objectif à atteindre. — La succession bénéficiaire n'est, somme toute, dans la majorité des cas, qu'*un patrimoine à liquider* : il s'agit, au moyen de l'actif, de régler le passif, ce qui implique ou ce qui peut impliquer la réalisation, la conversion en argent des biens héréditaires en vue de payer les créanciers et de servir les légataires. Or, ce programme de *liquidation* ne saurait être accompli en un jour; jusqu'à son achèvement, il faut bien que l'hérédité soit administrée : le *liquidateur* sera aussi un *administrateur*.

955. Plan :

1° *Vue générale* : à qui incombe la double tâche d'*administration* et de *liquidation*;

2° *Réalisation* de l'actif successoral et *maniement des deniers*;

3° *Utilisation* des deniers;

4° *Pouvoirs et responsabilité* de l'héritier bénéficiaire ou de l'administrateur judiciaire.

956. I. Vue générale : à qui incombe la double tâche d'*administration* et de *liquidation*. — 1° L'*héritier bénéficiaire* est tout désigné pour assurer l'*administration* d'une hérédité qui est la sienne et dont le reliquat net, à supposer qu'il en existe un, doit tomber définitivement dans son patrimoine; aussi la loi le charge-t-elle de cette mission (art. 803, § 1); ce n'est pas seulement une faculté qu'elle lui confère, mais c'est une *obligation* qu'elle lui impose et qui, on le verra, comporte des *sanctions* effectives;

2° Mais aucun texte ne charge l'héritier de la *liquidation*, et on serait tenté d'en conclure que cette opération est entiè-

rement *facultative* pour lui, qu'il lui est loisible de se confiner dans une expectative insurmontable en laissant les ayants droit saisir, s'il y a lieu, les biens successoraux, en observant une attitude passive.

Mais cette solution présenterait de très graves inconvénients : elle entraînerait des retards dans le paiement des créanciers et dans le règlement des legs; elle nécessiterait, de la part des ayants droit, l'engagement de procédures multiples, chacun d'eux agissant isolément, pour son propre compte. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que, faute par l'héritier bénéficiaire de procéder à la réalisation des biens successoraux devenue nécessaire, il y a lieu de le dessaisir et de provoquer la nomination d'un autre administrateur-liquidateur, d'un *administrateur judiciaire*, d'un séquestre, désigné parfois sous le nom de *curateur à succession bénéficiaire* (C. pr., art. 996), à pouvoirs plus ou moins étendus (Req., 17 déc. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 467; 26 fév. 1901, *D. P.*, 1906, 1, 333; Paris, 9 fév. 1892, *D. P.*, 1892, 2, 229, *S.*, 1893, 2, 113; 25 janv. 1917, *D. P.*, 1917, 2, 113, note Lelois). En créant ainsi la *sanction*, la jurisprudence a créé du même coup l'*obligation* : si l'on peut dessaisir l'héritier bénéficiaire parce qu'il ne procède pas activement et correctement à la liquidation de l'hérédité, c'est évidemment qu'il était tenu de le faire.

Cette jurisprudence audacieuse est critiquée par la plupart des auteurs qui lui reprochent son caractère prétorien, aucun texte n'imposant à l'héritier bénéficiaire l'obligation de réaliser les biens successoraux dans un délai quelconque. Nous pensons que ce reproche est peu justifié et nous n'hésitons pas à approuver une mesure qui, s'inspirant des nécessités de la situation, tend à la liquidation collective de l'hérédité : en l'occurrence, et étant donné le but poursuivi, à savoir le paiement des créanciers et des légataires, l'administration implique la liquidation; qui veut la fin veut les moyens; l'obligation de liquider est virtuellement contenue dans celle d'administrer, laquelle existe surtout dans l'intérêt des créanciers et des légataires (art. 803, § 1), *et ne saurait trouver en elle-même sa propre raison d'être*. Ceci, bien entendu, à supposer que la succession soit grevée d'un passif assez considérable pour que la vente des biens devienne une nécessité; dans le cas contraire, et si, par exemple, elle n'a été acceptée bénéficiairement qu'à raison de la minorité de l'héritier, il n'est question, ni de la vente des biens, ni, par conséquent, de la nomination d'un liquidateur judiciaire (arrêt précité du 25 janv. 1917, *motifs*).

957. Situation de l'héritier. — C'est donc, en principe, l'héritier bénéficiaire lui-même qui remplit la double fonction d'administrateur et de liquidateur; or, sa situation juridique est complexe, et nous allons retrouver ici cette dualité de points de vue, cette contrariété de directives, déjà signalées et qui caractérisent notre système français.

A. D'une part, l'héritier bénéficiaire est héritier, et, s'il y a lieu, héritier *saisi;* il a la propriété et la possession de la succession; les biens qu'il s'agit d'administrer et, peut-être, de réaliser, ce sont les siens; il est un administrateur-propriétaire, *un administrateur de sa propre chose.* De là les conséquences suivantes :

1° Il a des *pouvoirs* plus étendus que ceux d'un administrateur de la chose d'autrui; pour lui, le pouvoir est la *règle,* l'incapacité, l'exception; il peut faire tout ce qui ne lui est pas défendu;

2° S'il n'observe pas les formalités instituées par la loi, par exemple pour la vente d'un immeuble, la sanction ne consiste pas dans la nullité de l'acte, puisque celui-ci émane du propriétaire, mais dans la déchéance du bénéfice d'inventaire (C. pr., art. 988 et 989; *inf.*, n° 978);

3° La *responsabilité* de l'héritier bénéficiaire est moins lourde que celle d'un administrateur ordinaire, car c'est sa propre chose qu'il gère; il ne répond que de sa faute *grave* (art. 804; *inf.*, n° 971);

4° Son administration est *gratuite;* on ne concevrait pas qu'il fût rétribué pour administrer sa propre fortune.

958. B. — Mais, d'autre part, l'héritier bénéficiaire a entre les mains le sort des créanciers et des légataires, intéressés au premier chef à la bonne gestion, à une exacte liquidation de la succession; il administre, non pas seulement pour son compte personnel, mais pour celui des ayants droit : « *administrat hereditatem tanquam suam, sed in utilitatem quoque creditorum* ». Sa situation d'héritier et de propriétaire est diminuée par cette considération qui explique que certaines limites soient apportées à ses pouvoirs; il est un propriétaire, administrateur et liquidateur à la fois pour son propre compte et pour le compte d'autrui; il est soumis à un statut dont nous allons maintenant préciser les dispositions.

959. II. **Réalisation de l'actif successoral.** — Des formes sont tracées par la loi pour l'accomplissement de certains actes de réalisation; la *vente* des biens successoraux,

considérée par la jurisprudence comme obligatoire pour l'héritier bénéficiaire lorsqu'elle répond aux légitimes intérêts des créanciers et des légataires, ne peut avoir lieu que suivant des règles déterminées.

1° Les *immeubles* ne peuvent être vendus que « *dans les formes prescrites par les lois sur la procédure* » (art. 806); c'est-à-dire qu'il faudra suivre les règles instituées pour la *vente des biens des mineurs* (C. pr., art. 987 et 988); en conséquence : 1. l'*autorisation* du tribunal est requise; 2. la vente doit avoir lieu aux *enchères publiques*, dans les termes des articles 953 et suiv. C. pr.;

2° Pour les *meubles corporels*, l'autorisation de justice n'est pas exigée; la vente a lieu *aux enchères*, par le ministère d'un *officier public* (art. 805; C. pr., art. 945 et suiv.).

Il est admis que ces dispositions ne sont pas applicables à la vente des *récoltes* et des *denrées périssables*, laquelle peut avoir lieu librement, de gré à gré, car elle constitue un acte *conservatoire* auquel le successible peut procéder avant même d'avoir pris parti et qui n'implique aucune acceptation de sa part (*sup.*, n° 850; Req., 7 août 1900, *D. P.*, 1900, 1, 460).

960. — 3° Quant aux *meubles incorporels*, ils ne sont certainement pas visés dans l'article 805; mais l'article 989 C. pr. assimile une catégorie d'entre eux, à savoir les *rentes*, aux meubles corporels. Seulement, il est unanimement admis que cette disposition ne vise que les rentes *privées*, constituées par particuliers, à l'exclusion des rentes sur l'Etat. La question reste donc entière pour tous les autres meubles incorporels, y compris les fonds publics : elle doit être résolue, à notre avis, à l'aide de cette idée, déjà énoncée, que, pour l'héritier bénéficiaire, qui administre sa propre chose, le pouvoir constitue le principe et que tout ce qui ne lui est pas défendu par un texte de loi lui demeure permis.

La doctrine, et aussi la jurisprudence, appliquent, en général, cette directive, soit aux *valeurs de bourse*, soit aux *créances*, soit aux *fonds de commerce* ou aux *offices ministériels*, ainsi qu'aux *droits d'auteur*; on n'exige donc ni autorisation de justice, ni formalité spéciale (V. pour la cession d'un *cabinet d'affaires*, Req., 6 juill. 1903, *S.*, 1904, 1, 170, *D. P.*, 1905, 1, 506).

Mais, à ce principe, la Cour de cassation apporte une dérogation en ce qui concerne les *rentes sur l'Etat* pour l'aliénation desquelles elle exige l'autorisation du tribunal, en toute

éventualité et si minime que soit l'intérêt en jeu (Civ., 4 avril 1881, *S.*, 1881, 1, 206, *D. P.*, 1881, 1, 241). Cette opinion singulière, qui s'étaye sur un texte *abrogé* (L. 24 mars 1806, abrogé par l. 27 fév. 1880, art. 12) et sur un avis du Conseil d'Etat qui semble bien avoir suivi la même destinée par voie de conséquence (Avis du 11 janv. 1808), est rationnellement injustifiable; pratiquement, elle ne présente que des inconvénients; enfin, elle se heurte au principe que, pour l'héritier bénéficiaire, c'est le pouvoir qui constitue le principe; elle est critiquée par la très grande majorité des auteurs.

961. Actes qui ne sont pas des aliénations. — Toujours en vertu de cette idée que l'héritier bénéficiaire peut faire tout ce qui ne lui est pas défendu, on doit décider qu'il peut, sans restriction, grever les biens héréditaires de *droits réels*, du moins *dans l'intérêt de la succession* (cette réserve explique une décision qui pourrait paraître en contradiction avec la solution que nous donnons : Req., 26 fév. 1912, *D. P.*, 1913, 1, 364), ou *transiger* (Paris, 30 juill. 1850, *D. P.*, 1851, 2, 116), ou encore, à supposer qu'il y ait plusieurs héritiers, procéder au *partage amiable* de la succession (Civ., 12 fév. 1900, *D. P.*, 1902, 1, 177).

962. Maniement des deniers. — Caution. — L'héritier bénéficiaire a le libre maniement des deniers héréditaires, soit qu'il les ait trouvés dans l'hérédité, soit qu'il les ait reçus en paiement de créances héréditaires. Ce pouvoir ne va pas sans péril pour les ayants droit à qui l'article 807 permet d'exiger de l'héritier une *caution bonne et solvable*, caution *légale*, puisque c'est la loi qui la rend obligatoire au gré des *créanciers* ou *autres personnes intéressées* (art. 807, § 1); et caution dont la *responsabilité* est limitée; elle répond, en effet, de « *la valeur du mobilier compris dans l'inventaire et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires* » (même texte), mais non des fautes de gestion commises par l'héritier.

Si l'héritier ne fournit pas caution, on lui enlève le maniement des fonds ainsi que la garde des objets mobiliers; les meubles sont vendus, pour le prix en être versé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, à la Caisse des dépôts et consignations (art. 807, § 2).

963. III. Utilisation des deniers. — Les deniers qui figuraient dans l'hérédité et ceux qui proviennent tant du recouvrement des créances héréditaires que de la vente des

biens successoraux, doivent servir à payer les créanciers et les légataires : dans quel ordre, suivant quelle méthode leur seront-ils remis?

Sur ce point encore, la réglementation incluse dans le Code civil est manifestement défectueuse et insuffisante; tout au moins donne-t-elle certains points de repère : 1° un traitement spécial est réservé aux *créanciers hypothécaires*; 2° quant aux *créanciers chirographaires* et aux *légataires*, on distingue selon qu'il y a ou non parmi eux des *opposants*.

A. Lorsqu'un immeuble successoral est vendu, la loi fait une obligation à l'héritier bénéficiaire *d'en déléguer le prix aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître* (art. 806), c'est-à-dire dont les droits sont devenus opposables aux tiers avant le décès du *de cujus*; car ce décès, ayant été suivi de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, arrête le cours des inscriptions (art. 2146; *sup.*, t. II, n° 1829). La délégation a lieu dans l'ordre des rangs hypothécaires.

Grâce à ce procédé de règlement, le prix d'adjudication va *directement aux créanciers hypothécaires*, sans passer par les mains de l'héritier et sans subir l'épreuve d'un ordre judiciaire qui deviendrait cependant nécessaire si des contestations se produisaient au sujet du rang des hypothèques et, par suite, de la hiérarchie des délégations.

964. — B. Pour les sommes qui ne sont pas la représentation d'un gage hypothécaire — deniers qui figuraient dans l'hérédité; sommes provenant du recouvrement des créances héréditaires; prix de vente de meubles, ou d'immeubles non hypothéqués, ou même d'immeubles hypothéqués, mais dans la mesure où le prix d'adjudication a dépassé le montant des charges hypothécaires — la loi distingue selon qu'il y a ou non des *opposants* parmi les créanciers et les légataires. Dans le premier cas, la distribution de l'actif s'effectue avec une certaine méthode, en vue d'un résultat équitable; mais, dans la deuxième éventualité, on se trouve en pleine anarchie. C'est pourquoi la jurisprudence a compris l'*opposition* aussi largement que possible afin de faire reculer le désordre et l'arbitraire devant une organisation relative.

965. Dans quels cas il y a opposition. — L'*opposition*, visée dans les articles 808 et 809, n'a rien de commun avec l'opposition du Code de procédure, ou *saisie-arrêt*; elle

consiste, rationnellement, dans une affirmation des droits du créancier ou du légataire et de sa volonté de recevoir son dû; mais, dans l'état actuel de la jurisprudence, désireuse de multiplier les oppositions et d'assurer par ce moyen un règlement équitable, on peut dire qu'il y a opposition du moment que l'héritier a connaissance de l'existence d'une créance héréditaire ou d'un legs, et de la volonté probable de l'ayant droit d'obtenir satisfaction; telle est à peu près la formule qu'on relève dans les arrêts qui, par une transposition hardie, recherchent les éléments constitutifs de l'opposition, non plus dans la personne de l'opposant, mais dans celle du destinataire de l'opposition, l'héritier bénéficiaire, qui devient ainsi le centre du problème (Req., 4 juill. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 481, *S.*, 1896, 1, 502); un créancier ou un légataire est considéré comme opposant, non seulement s'il a pris une *initiative* pour se faire connaître de l'héritier, et sous une forme quelconque (mesure d'exécution, acte extrajudiciaire, demande en délivrance d'un legs, demande de nomination d'un administrateur judiciaire, ou *simple lettre*), mais encore si l'initiative provient de l'héritier qui a versé des acomptes à l'ayant droit (arrêt précité du 4 juill. 1892), ou si, dans l'*inventaire* de la succession, il a été fait mention de telle ou telle créance, ou si l'héritier a eu connaissance du testament dans lequel le legs est inscrit (Civ., 26 nov. 1890, *S.*, 1891, 1, 204, *D. P.*, 1891, 1, 345; Req., 17 déc. 1894, *D. P.*, 1895, 1, 193, note Boistel). Dans son désir d'assurer un règlement ordonné du passif successoral, la jurisprudence voit ainsi des opposants à peu près partout; et, si elle ne reste pas, en ce faisant, dans la signification étymologique et juridique du mot, si elle en arrive à considérer comme opposants des créanciers qui se sont confinés dans une attitude passive,voire même des créanciers ou des légataires qui s'ignorent, elle demeure du moins dans la logique du système et elle assure, autant que possible, le triomphe de l'ordre et de l'équité; elle ne tue pas l'esprit de la loi au moyen de sa lettre.

966. — Ayant ainsi donné la définition jurisprudentielle de l'opposition, nous distinguerons suivant qu'il y a ou non des opposants.

1° *Il existe des opposants.* — En ce cas, l'héritier bénéficiaire « *ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge* » (art. 808, § 1) : sous une autre forme, il y aura lieu de recourir à la procédure de la *distribution par contribution*, comme s'il s'agissait de répartir, entre

créanciers chirographaires, des sommes provenant d'une vente sur saisie; c'est-à-dire que les *créanciers* seront payés au marc-le-franc, chacun d'eux *contribuant*, s'il y a lieu, à la perte à subir (d'où le nom de *distribution par contribution*); quant aux *légataires*, ils ne seront payés qu'après les créanciers, une fois ceux-ci complètement désintéressés et s'il reste un excédent : *nemo liberalis nisi liberatus*.

967. Sanctions; recours de l'opposant. — Si les règles de la distribution par contribution n'ont pas été suivies, la sanction est double.

a) D'une part, la responsabilité personnelle de l'héritier est engagée envers les ayants droit lésés par la faute grave qu'il a commise et dont ils sont fondés à lui demander raison;

b) De plus, l'opposant a un recours direct contre celui ou contre ceux qui ont été servis à son détriment; cette ressource appartient aux *créanciers opposants*, soit à l'encontre des légataires (*nemo liberalis...*), soit aussi à l'égard d'autres créanciers auxquels un traitement de faveur aurait été irrégulièrement assuré. Cette solution se déduit *a contrario* de l'article 809, § 1, aux termes duquel les créanciers *non opposants* n'ont de recours que contre les légataires; il suit de là que les créanciers *opposants* peuvent se retourner même contre d'autres créanciers, injustement payés avant eux. Quant aux *légataires opposants*, il est évident qu'ils n'ont de recours que contre d'autres légataires, car, de toute façon, les créanciers doivent passer avant eux.

968. Effets relatifs de l'opposition. — Il est essentiel de comprendre que l'opposition ne produit d'effets qu'à l'égard de l'opposant, à l'exclusion des autres créanciers ou légataires; elle a une valeur personnelle et relative; pour les autres ayants droit, elle est *res inter alios acta*; chacun agit pour soi, sans représenter aucunement les autres; du moment que les *opposants* ont obtenu satisfaction, qu'ils ont touché les sommes que leur a procurées la procédure de distribution, les *non opposants* ne peuvent pas se plaindre, alors même qu'ils ne toucheraient rien du tout, l'héritier ayant fait la bonne mesure au profit des opposants qui s'en trouvent ainsi définitivement favorisés.

969. — 2° *Il n'y a pas d'opposition.* — En ce cas, le désordre et l'arbitraire sont de rigueur : l'héritier peut et *doit* payer créanciers et légataires dans l'ordre où ils se pré-

sentent, sans pouvoir opposer une fin de non-recevoir aux exigences des ayants droit, sans même pouvoir objecter à un légataire la règle *nemo liberalis...*; les plus diligents sont payés; *vigilantibus jura succurunt*; les autres risquent fort d'être sacrifiés : *tarde venientibus ossa*. En se comportant ainsi, en cédant purement et simplement à la pression exercée sur lui, l'héritier n'engage nullement sa responsabilité; c'est même, pour lui, le seul moyen de la dégager.

Il reste cependant à se demander si les retardataires qui trouvent la caisse fermée, ne sont pas fondés à exercer un recours contre ceux qui ont été servis, ou contre certains d'entre eux. A cet égard, on distingue entre les *légataires* et les *créanciers*.

a) Les *légataires non opposants* sont dépourvus de tout recours, soit contre les créanciers, ce qui est de toute évidence, mais aussi contre les autres légataires : l'article 809, § 1, n'accorde d'action qu'aux seuls créanciers. Il ne peut être question de réduire proportionnellement les différents legs (Req., 17 déc. 1894, sol. impl., *D. P.*, 1895, 1, 193, note Boistel);

b) Quant aux *créanciers non opposants*, il faut sous-distinguer : 1° le recours leur est accordé par l'article 809, § 1, dans les termes les plus larges, *contre les légataires* qui auraient été payés avant eux, et cela quand bien même leur réclamation ne se produirait qu'*après l'apurement du compte et le paiement du reliquat*; cette solution est postulée par la règle *nemo liberalis nisi liberatus*, et par cette considération que les créanciers *certant de damno vitando*, au lieu que les légataires luttent pour réaliser un bénéfice gratuit, de *lucro captando*. Mais il faut observer que, malgré tout, les créanciers non opposants sont moins bien traités, même à l'égard des légataires, que s'ils avaient fait opposition : non seulement ils sont privés de toute action contre l'héritier, mais leur recours se *prescrit par trois ans* (au lieu de *trente ans*), à dater de l'apurement du compte et du paiement du reliquat (art. 809, § 2); 2° vis-à-vis des *créanciers antérieurement payés*, il faut décider que les créanciers non opposants sont dépourvus de tout recours : le texte s'en explique pour ceux qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat (art. 809, § 1), et il n'existe aucune raison plausible de traiter plus favorablement ceux qui produisent leur réclamation avant cette époque; l'argument *a contrario* qu'on avait songé à tirer, dans le sens d'une telle distinction, de la teneur de l'article 809, § 1, ne vaut rien parce qu'il s'écarte de ce prin-

cipe traditionnel qu'en l'absence d'opposition, le règlement de la succession demeure inorganisé; on ne voit pas où serait le fondement d'un recours accordé aux créanciers sacrifiés contre les créanciers intéressés qui n'ont fait que recevoir leur dû (Civ., 4 avril 1832, *S.*, 1832 1, 309; Rouen, 17 déc. 1877, *motifs*, *D. P.*, 1878, 2, 47).

Cette solution est d'ailleurs déplorable, surtout lorsqu'on en fait application soit à un créancier ayant un *privilège mobilier*, et qui se trouvera peut-être primé, en fait, par les créanciers chirographaires, soit à l'*héritier bénéficiaire* qui, créancier du défunt, ne manquera pas de profiter de la situation pour se payer avant tous autres ayants droit.

970. Jurisprudence; liquidation judiciaire. — Ces applications extrêmes montrent combien désirable serait l'organisation d'une procédure collective de liquidation; la jurisprudence a bien essayé de combler la lacune de notre législation en admettant l'intervention d'un *liquidateur-séquestre* ou *administrateur judiciaire* nommé par le tribunal ou par le président du tribunal statuant en référé, sur la demande d'un intéressé; dans son ordonnance, le président décide que les poursuites individuelles seront suspendues et charge le séquestre de procéder à tous recouvrements, paiements, etc. De plus, des avis insérés dans les journaux invitent les ayants droit à produire dans un certain délai, à peine de forclusion; les deniers héréditaires sont répartis entre eux suivant la procédure de la distribution pour contribution.

Il y a là un essai fort intéressant d'organisation d'une procédure de liquidation collective modelée sur celle de la *faillite*; mais cette jusrisprudence, parfaitement légitime dans le cas où l'héritier bénéficiaire néglige de liquider la succession (*sup.*, n° 956), soulève de fortes objections lorsqu'elle fonctionne en dehors de cette éventualité; il est très grave de dessaisir ainsi un héritier, propriétaire des biens successoraux, et, d'autre part, on ne voit pas comment on pourrait empêcher un créancier d'exercer des *poursuites individuelles* en dépit de la nomination du séquestre; en réalité, la procédure de liquidation collective instaurée par le tribunal ou par le président est essentiellement facultative pour les intéressés; il dépend d'un seul d'entre eux d'en rendre le fonctionnement impossible; il lui suffira, pour cela, d'agir pour son compte personnel, en vertu des droits que lui confère la loi et dont il ne saurait être privé par décision judiciaire. Malgré les efforts méritoires de la jurisprudence, une réforme

législative est donc nécessaire pour mettre fin à la situation anarchique actuelle.

971. IV. Pouvoirs et responsabilité de l'héritier bénéficiaire ou de l'administrateur judiciaire. — Les *pouvoirs* de l'héritier bénéficiaire ont été précédemment étudiés à l'occasion des divers actes que comportent l'administration et la liquidation de la succession; comme on l'a vu, tout ce qui ne lui est pas défendu par un texte de loi lui demeure permis, puisqu'il a le titre d'héritier, et, presque toujours, d'héritier saisi.

Pour la même raison, sa *responsabilité* n'est engagée que par ses fautes *graves* (art. 804); c'est sa propre chose qu'il gère; on ne peut donc le traiter ainsi que l'administrateur de la chose d'autrui; on lui demande seulement de se conformer aux prescriptions qui lui sont adressées par la loi ou par le tribunal; la faute grave consiste dans le *manquement à une obligation précise* (Civ., 26 nov. 1890, *S.*, 1891, 1, 204, *D. P.*, 1891, 1, 345; Angers, 16 nov. 1892, *D. P.*, 1894, 2, 374).

972. — Les *sanctions* sont diverses, plus ou moins sévères suivant les cas : elles s'échelonnent depuis la *responsabilité personnelle* envers ceux à qui la faute commise a causé un préjudice (créanciers opposants lésés par des paiements effectués au mépris des oppositions), jusqu'à la *déchéance du bénéfice d'inventaire* (*inf.*, n° 978), en passant par le *dessaisissement*, la privation de l'administration de la succession (*inf.*, n° 977), ou le retour au principe de l'obligation *ultra vires* (art. 803, § 2, *inf.*, n° 973), ou le retrait du maniement des fonds et de la garde des objets mobiliers (art. 807, § 2).

973. Compte de l'héritier bénéficiaire. — On n'est fixé sur la manière dont l'héritier s'est acquitté de sa mission que par l'établissement d'un *compte* dont la loi lui impose la reddition et qui peut être exigé par les créanciers et par les légataires (art. 803, § 1) pendant *trente ans*, conformément au droit commun de la prescription; il est rendu *à l'amiable* si tous les intéressés sont capables et consentants, sans quoi il doit être présenté *en justice* (C. pr., art. 995), dans les formes déterminées par les articles 527 et suiv. C. pr.

Ce compte comprend deux postes :

1° A l'*actif*, au chapitre des *recettes*, figurent toutes les sommes, toutes les valeurs dont l'héritier est comptable

envers les ayants droit : biens qui existaient dans le patrimoine du défunt lors du décès (*biens extants*) ; fruits et intérêts que ces biens ont donnés depuis cette époque; somme recouvrées sur les débiteurs de la succession; montant des indemnités dues par l'héritier à raison des fautes graves qu'il aurait commises;

2° Au *passif*, au chapitre des *dépenses*, sont mentionnés les paiements effectués aux créanciers et aux légataires, ainsi que les *frais* qui incombent à la succession : frais de *scellés*, d'*inventaire*, *de compte* (art. 810) ; *droits de mutation* et *taxe successorale*.

Il suffit de comparer les deux postes, pour contrôler l'administration de l'héritier et pour savoir si l'actif héréditaire est véritablement épuisé.

Sanction. — L'héritier qui refuse de rendre compte devient *contraignable sur ses biens personnels* : il perd ainsi le principal avantage que comportait pour lui l'acceptation bénéficiaire, à savoir la mise à l'abri de sa fortune personnelle (art. 803, § 2) ; mais il n'encourt cette sanction qu'après une *mise en demeure* qui doit revêtir la forme d'un jugement de condamnation (art. 803, § 2, cbn. art. 995 et 527 et suiv. C. Pr.).

974. Abandon des biens de la succession. — La loi permet à l'héritier bénéficiaire de se décharger des soucis et de la responsabilité de l'administration et de la liquidation de l'hérédité en faisant *abandon* de tous les biens qu'elle comprend aux créanciers et aux légataires (art. 802-1°).

L'abandon doit porter sur *tous les biens* de la succession (même texte) et être consenti au profit de *tous les ayants droit*.

Il se réalise soit au moyen de *notifications individuelles* adressées aux intéressés, soit, plus aisément et plus sûrement, à l'aide d'une *déclaration* au greffe du tribunal du lieu d'ouverture de la succession.

Cet abandon a des effets très limités; il laisse à son auteur la qualité d'héritier qui, une fois acquise, est indélébile : *semel heres, semper heres*; plus précisément, il lui laisse sa qualité d'*héritier bénéficiaire* ainsi que celle de *propriétaire* des biens de la succession; il porte uniquement sur l'*administration* de l'hérédité et évoque le souvenir du *délaissement*, par le tiers détenteur, de l'immeuble hypothéqué; dans un cas comme dans l'autre, on voit une personne, qui est tenue, non pas personnellement, mais seulement *propter*

rem, se décharger de l'embarras d'une procédure longue et compliquée, en abandonnant la détention et l'administration des biens à l'occasion desquels sa responsabilité est en jeu.

En conséquence, et puisque l'héritier bénéficiaire demeure tel malgré l'abandon consenti :

1° Il peut exiger le *rapport* de ses cohéritiers ou poursuivre la *réduction* des libéralités qui entameraient sa réserve, de même qu'il demeure lui-même soumis éventuellement au rapport et à la réduction;

2° Il ne se produit ni *accroissement* au profit des cohéritiers, ni *dévolution* en faveur du successible subséquent;

3° L'héritier peut toujours revenir sur l'abandon consenti et reprendre en main l'administration de l'hérédité; il est même douteux que, comme l'exigent certains auteurs, ce repentir soit subordonné, de sa part, à l'acquittement intégral des dettes et des legs;

4° Si, la liquidation une fois effectuée, il reste un *reliquat*, c'est l'héritier bénéficiaire qui y a droit;

5° Du moment que l'abandon laisse à son auteur son titre d'héritier et sa qualité de propriétaire, il n'est assujetti à aucun *droit de mutation*.

975. — Les biens abandonnés par l'héritier sont administrés par les ayants droit, créanciers et légataires, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un administrateur, d'un *curateur*, qu'ils désigneront amiablement, ou qui, en cas de désaccord, sera nommé par le tribunal. En tout cas, les règles tracées par la loi pour la réalisation des biens successoraux devront être observées, la sanction consistant dans la *nullité* de l'acte irrégulier, par exemple de la vente immobilière consentie de gré à gré, contrairement à l'article 806.

976. Pouvoirs et responsabilité de l'administrateur judiciaire. — Lorsqu'un liquidateur-séquestre est nommé par le tribunal, soit parce que l'héritier bénéficiaire ne s'acquitte pas de ses devoirs, soit parce qu'il a fait abandon de l'hérédité, ses pouvoirs sont fixés, en l'absence de toute disposition légale, par le tribunal dans son jugement ou par le président dans son ordonnance; *ils ne peuvent dépasser, en aucun cas, ceux qui appartenaient à l'héritier lui-même*; les formalités instituées pour la réalisation des biens successoraux devront donc être observées; mais la *sanction* consistera, en cas d'irrégularité, dans la *nullité* de l'acte; il ne saurait évidemment être question, comme dans

le cas où c'est l'héritier lui-même qui a dépassé ses pouvoirs, de déchéance du bénéfice d'inventaire.

N° 2

Cessation du bénéfice d'inventaire

977. Précision du sujet. — 1° Il peut advenir — et nous nous en sommes expliqué — que l'héritier soit dessaisi, qu'il perde l'administration de la succession, soit à titre de *sanction* (il ne s'acquittait pas exactement de sa tâche); soit *de son plein gré* et spontanément lorsqu'il consent aux intéressés l'*abandon* prévu dans l'article 802-1° (*sup.*, n° 974). Dans de telles conjonctures, il n'en demeure pas moins héritier bénéficiaire; le bénéfice d'inventaire lui reste acquis, et nous en avons déduit les conséquences (*sup.*, n° 974);

2° Lorsque l'héritier a dressé le compte d'administration auquel il était tenu et que ce compte est apuré, les effets du bénéfice d'inventaire se trouvent bien encore maintenus, mais *pour le passé seulement*; pour l'avenir, ils n'ont plus de raison d'être; les biens successoraux, s'il en subsiste encore après l'acquittement du passif, se mêlent avec ceux de l'héritier; et, si le compte fait ressortir un reliquat dû aux créanciers ou aux légataires, l'héritier en répond sur ses biens personnels qui, désormais, ne se distinguent plus des biens du défunt (art. 803, § 3). Le bénéfice d'inventaire n'a donc mis obstacle à la confusion des patrimoines *que d'une façon temporaire et jusqu'à la liquidation de la succession*; une fois ce résultat pleinement obtenu, l'actif net et le montant du reliquat se perdent dans le patrimoine de l'héritier, mais on ne peut pas dire qu'il y ait cessation du bénéfice d'inventaire; ce bénéfice a accompli normalement ses destinées; il a rempli toute sa mission.

978. Cessation prématurée et rétroactive du bénéfice d'inventaire. — Il peut arriver que le bénéfice d'inventaire disparaisse *prématurément* et *rétroactivement*, soit par la volonté de l'héritier, qui y *renonce*, soit à titre de *déchéance*, de pénalité.

1° *Renonciation.* — L'héritier, capable et maître de ses droits, peut certainement renoncer, bien que la loi ne s'en explique pas, à un bénéfice créé dans son intérêt.

La renonciation est *expresse* ou *tacite*; elle s'induit de tous actes qui impliquent chez le bénéficiaire la volonté de se comporter comme un héritier pur et simple, et non pas

comme un héritier comptable de sa gestion envers les intéressés : il dispose à titre gratuit d'un bien héréditaire; ou il grève un immeuble successoral d'une hypothèque, en garantie d'une dette qui lui est personnelle (Req., 26 fév. 1912, *D. P.*, 1913, 1, 364).

Il appartient au juge du fond d'apprécier si les circonstances de la cause impliquent, de la part des héritiers, renonciation au bénéfice d'inventaire, et, par exemple, d'estimer qu'en sollicitant et en obtenant du juge des référés une allocation alimentaire à prendre sur les revenus de la succession, dans l'attente de sa liquidation, les héritiers ont entendu par là même abdiquer leur qualité de bénéficiaires (Civ., 7 janv. 1936, *D. P.*, 1936, 1, 129, note Fréjaville); la même conclusion peut ressortir de cette circonstance que le bénéficiaire a engagé une procédure tendant à faire payer un débiteur, non à la succession mais à lui-même, alors surtout que, sur la demande reconventionnelle dudit débiteur, il n'a pas opposé sa qualité de bénéficiaire et a été condamné en qualité d'héritier pur et simple (Req., 16 janv. 1939, *D. H.*, 1939, 148).

2° *Déchéance.* — L'héritier est *déchu* du bénéfice d'inventaire dans trois éventualités.

a) Mineur lors de l'ouverture de la succession, puis parvenu à la majorité, il néglige d'accomplir les formalités du bénéfice d'inventaire dans les délais qui lui ont été impartis par le juge (*sup.*, n° 871);

b) Il se rend coupable de *divertissement* ou de *recel*; s'il n'avait pas pris parti, il ne pourrait plus accepter sous bénéfice d'inventaire; ayant déjà accepté bénéficiairement, il est déchu du bénéfice qu'il s'était assuré (art. 801, *sup.*, n° 870);

c) Il vend un bien successoral sans observer les formalités réglementaires, telles qu'elles résultent des articles 805 et 806, ainsi que du Code de procédure, articles 988 et 989; par exemple, c'est un immeuble qu'il vend de gré à gré; la *sanction* de cette irrégularité consiste, non pas dans la nullité de la vente qui, par hypothèse, émane du propriétaire lui-même, mais dans la déchéance du bénéfice d'inventaire qui est prononcée par les articles 988, § 3, et 989 C. pr. Ces textes comportent, sans aucun doute, l'*interprétation restrictive*, puisqu'ils édictent une pénalité : les irrégularités commises par l'héritier dans l'accomplissement de simples *actes d'administration* n'entraîneraient pas contre lui la déchéance du bénéfice d'inventaire.

979. Effets de la cessation du bénéfice d'inventaire. — La *renonciation* et la *déchéance* obéissent à des règles, en partie *communes* et en partie *divergentes*.

1° *Différences.* — *a*) La renonciation ne peut émaner que d'un héritier *pleinement capable*, au lieu que la déchéance est encourue par qui a la *capacité délictuelle* : c'est ainsi qu'un mineur ne saurait être privé, par la volonté abdicative de son tuteur ou de l'administrateur légal, du bénéfice d'inventaire dont il est cependant déchu s'il détourne des valeurs héréditaires (*sup.*, n° 855) ;

b) La renonciation opère *de plein droit*, au lieu que la déchéance doit être prononcée par un *jugement* ou intervient à la suite d'un jugement qu'il appartient aux intéressés de provoquer et qui ne peut être invoqué que par ceux qui l'auront obtenu; vis-à-vis de toutes autres personnes, l'héritier sera à considérer comme toujours bénéficiaire; ainsi l'exige la *relativité* de la chose jugée (art. 1351).

980. — 2° *Effets communs.* — Qu'il y ait renonciation ou déchéance, l'héritier devient héritier pur et simple; l'obstacle qui s'opposait à la confusion des patrimoines a disparu, et *rétroactivement* : tout se passe comme si, dès l'origine, l'acceptation avait eu lieu purement et simplement.

Toutefois, cette rétroactivité est surtout *théorique*; si on la faisait jouer exactement, on causerait un tort injuste aux créanciers et aux légataires qui s'étaient abstenus de demander la séparation des patrimoines, confiants qu'ils étaient dans l'efficacité du bénéfice d'inventaire, lequel a la vertu d'isoler les biens du défunt des biens de l'héritier; il ne faut pas que leurs légitimes espérances soient déçues et qu'ils se trouvent tardivement en face d'une confusion des patrimoines inattendue, à un moment où il serait trop tard pour demander efficacement la séparation proprement dite; ils avaient, du fait de l'acceptation bénéficiaire, *un droit acquis à l'isolement des deux patrimoines*; à leurs yeux, cet isolement persiste, malgré la renonciation ou la déchéance intervenues; ils seront payés sur les biens successoraux avant les créanciers personnels de l'héritier avec lesquels ils n'auront pas à concourir; et les inscriptions hypothécaires, prises tardivement, après le décès suivi de l'acceptation bénéficiaire de l'héritier, ne seront point validées par la cessation du bénéfice (Civ., 8 juin 1863, *D. P.*, 1863, 1, 273; 11 janv. 1882, *D. P.*, 1882, 1, 364; Grenoble, 26 déc. 1891, *D. P.*, 1892, 2, 279, *S.*, 1893, 2, 33, note Wahl). Cette jurisprudence,

inspirée par des considérations d'équité, est la meilleure illustration de ce principe que le bénéfice d'inventaire, encore que créé dans l'intérêt de l'héritier, fonctionne aussi à l'occasion dans celui des créanciers du défunt et des légataires; au cas de renonciation ou de déchéance, ce bénéfice n'existe plus au regard de l'héritier, et cependant il continue à produire effet en faveur des autres ayants droit.

§ II. — *LA SÉPARATION DES PATRIMOINES*

(Art. 878 à 881; 2111)

981. Bibliographie. — Traités de DUFRESNE, 1842; de BLONDEAU, 1849; de BARAFORT, 1867; V. aussi LABBÉ, *Rev. crit.*, 1885, p. 340.

982. Définition; plan. — La *séparation des patrimoines* est un bénéfice légal conféré aux ayants droit du défunt — créanciers et légataires — en vue de conjurer les conséquences préjudiciables qu'entraînerait pour eux la confusion de l'hérédité avec le patrimoine personnel de l'héritier; en fait, son intérêt se manifeste surtout au cas où la succession a été acceptée purement et simplement; cependant, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit demandée au cas d'acceptation bénéficiaire, et, même dans cette conjoncture, elle peut présenter une certaine utilité (*inf.*, n° 999).

Les origines de ce bénéfice remontent jusqu'au droit romain, mais la nature et la portée en ont été gravement altérées; de *collective* qu'elle était à Rome, la mesure est devenue *individuelle* à tous égards.

Nous déterminerons :

1° *A quelles conditions* le bénéfice de la séparation des patrimoines peut fonctionner;

2° Quels en sont la *nature*, les *effets* et la *portée*.

N° 1

Conditions mises au fonctionnement du bénéfice

983. Plan. — Il faut savoir :

1° *Qui* peut invoquer le bénéfice;
2° *Contre qui* il peut l'être;
3° A l'occasion de *quels biens*;
4° Moyennant quelles *formalités*;
5° A quel *moment*.

984. I. Qui peut invoquer le bénéfice. — La séparation des patrimoines peut être utilisée par les ayants droit du défunt :

1° Par les *créanciers du défunt*, à qui la loi confère ce droit *dans tous les cas* (art. 878), sans distinguer entre les créanciers pourvus de sûretés particulières et les créanciers chirographaires; aux créanciers à terme ou conditionnels comme à ceux dont le droit est exigible : il s'agit, en effet, d'une mesure surtout *conservatoire*, d'une mesure de *sauvegarde*, destinée à maintenir la situation antérieure;

2° Par les *légataires*; si l'article 878 omet de les mentionner, cette lacune est réparée par l'article 2111. Mais il faut exclure : *a*) les légataires universels et à titre universel qui, en leur qualité d'ayant cause à titre universel, succèdent aux dettes du défunt et jouent, à l'occasion, le rôle de défendeurs, non de demandeurs en séparation; *b*) les légataires de *corps certains* qui, devenus propriétaires dès le jour du décès, n'ont pas à redouter le concours des créanciers de l'héritier. Si bien qu'en fin de compte, c'est au profit des *légataires de sommes d'argent* que le bénéfice fonctionne pratiquement.

Quant aux *créanciers personnels de l'héritier*, ils ne sont jamais à même d'invoquer la séparation, laquelle fonctionne *contre* eux, non *pour* eux (art. 881).

985. Remarque. — Le bénéfice est invoqué par chacun des ayants droit, par chacun des *séparatistes*, à titre strictement *individuel*; ceux-là seuls en profitent qui s'en réclament; la vigilance des uns ne profite pas aux autres (V. cependant *inf.*, n° 1001).

986. II. Contre qui le bénéfice fonctionne. — En principe, la séparation est demandée *contre les créanciers de l'héritier*; c'est à eux que les séparatistes en veulent; ils prétentent écarter tout concours de leur part sur les biens successoraux (art. 878). Cependant, il est admis en jurisprudence qu'ils sont fondés à arguer du bénéfice contre l'héritier lui-même, à supposer que ses créanciers ne leur soient pas connus (Paris, 2 nov. 1889, *S.*, 1890, 2, 215, *D. P.*, 1890, 2, 285; Bruxelles, 4 juin 1892, et Lyon 6 juill. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 96).

Dirigée contre les créanciers de l'héritier ou contre l'héritier lui-même, l'action s'affirme individuelle à cet égard encore, en ce sens que, s'il y a plusieurs héritiers, elle peut fort bien être limitée à un seul d'entre eux — et à ses créan-

ciers — sans produire effet à l'encontre des autres qui, à la différence du premier, peuvent être solvables : le caractère *individuel* du bénéfice s'accuse au point de vue passif aussi bien qu'activement.

987. III. **A l'occasion de quels biens le bénéfice peut être invoqué.** — A cet égard encore, le bénéfice apparaît comme une mesure individuelle; sans doute, il peut être utilisé en ce qui concerne *tous les biens successoraux*, meubles ou immeubles, y compris les *fruits* qu'ils ont donnés depuis le décès; mais cette universalité est purement théorique, en fait, les séparatistes font valoir leurs droits à l'occasion de la vente de tels ou tels biens déterminés et de la distribution du prix en provenant.

Cette triple manifestation du *caractère individuel et fragmentaire* de la séparation — dans ses sujets actifs, dans ses sujets passifs et dans son assiette — met en relief l'évolution dont cette institution a été l'objet depuis le droit romain où elle affectait l'aspect d'un incident, d'un épisode de la *venditio bonorum* sur laquelle elle venait se greffer, revêtant ainsi l'aspect d'une mesure *collective*.

988. IV. **Formalités.** — On a soutenu, et quelques auteurs décident encore que la séparation doit être *demandée en justice* : ils argumentent, en ce sens, tant de la tradition romaine — la *separatio bonorum* devait être demandée au préteur, qui examinait si les conditions mises à son obtention étaient remplies — que du langage des articles 878 et 880, § 2, où il est fait allusion à une demande, à une action. Mais l'autorité du droit romain est nulle en la matière à raison de la transformation dont la séparation a été l'objet dans le droit moderne : elle n'est plus une mesure collective venant se greffer sur une procédure plus ample, mais une mesure individuelle, et elle n'a plus les mêmes effets qu'à Rome, où elle opérait la rescision de l'adition d'hérédité. Quant au langage du Code civil, il n'a pas toute la portée qu'on veut lui attribuer : « *demande* » n'est pas toujours synonyme de *demande en justice*, ni « *action* » d'*action judiciaire*; les rédacteurs ont employé le langage le plus commode pour désigner l'intervention des séparatistes et l'on ne voit pas bien quelle autre terminologie ils auraient pu adopter. D'ailleurs, si une demande en justice était nécessaire, la forme en serait réglée par la loi : or, on ne trouve aucune disposition à ce sujet, ni dans le Code civil, ni dans le Code

de procédure. Il faut donc admettre que, pas plus que dans notre ancien droit, les séparatistes ne sont astreints à se munir d'un jugement pour réaliser une mesure d'ordre purement conservatoire, au moins à son origine, destinée à leur assurer le paiement de ce qui leur est dû; on ne comprendrait pas l'exigence d'un formalisme auquel échappe le bénéfice d'inventaire dont le rayonnement est cependant plus étendu que celui du bénéfice de la séparation (*sup.*, n° 933).

En réalité, ce dernier bénéfice est invoqué tout simplement par les séparatistes à l'occasion de la séparation des sommes provenant de l'hérédité; il est *objecté* plutôt que *demandé*; les ayants droit font observer au juge chargé de la répartition des deniers qu'ils n'ont pas à subir le concours des créanciers de l'héritier; et il doit leur être donné satisfaction sans que le tribunal ait à leur conférer une investiture quelconque (Comp. Req., 30 mars 1897, *S.*, 1898, 1, 181, en note; Bruxelles, 4 juin 1892, *D. P.*, 1893, 2, 96).

989. Réserves. — Il faut seulement admettre :

1° Que si une contestation s'élève, elle devra être soumise au tribunal, comme en toute matière et à toute occasion;

2° Que les séparatistes sont parfois amenés, en vue de sauvegarder l'exercice et l'efficacité de leurs droits, à provoquer des mesures d'ordre purement conservatoire, elles-mêmes préjudicielles à cette autre mesure conservatoire, mais orientée vers la liquidation, qu'est le bénéfice de la séparation : apposition des *scellés*, rédaction d'un inventaire, mise des meubles sous *séquestre*; or, ces mesures supposent l'intervention du juge;

3° A l'inverse, il est des cas où la séparation sera *de droit* et où les séparatistes n'auront pas même à formuler une demande au sens que nous avons adopté, où ils seront dispensés, même d'objecter la séparation, donc *de toute initiative* : 1. c'est d'abord lorsque l'héritier n'a accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire : on sait que l'acceptation bénéficiaire contient virtuellement une séparation implicite qui n'est d'ailleurs pas tout à fait l'équivalent d'une séparation des patrimoines proprement dite (*sup.*, n° 933; *inf.*, n° 999); 2. c'est ensuite lorsque la succession est *vacante*; alors, il n'y a pas d'héritier du tout; la confusion n'est pas à craindre avec un autre patrimoine; si un héritier se présente ultérieurement, les ayants droit du défunt seront munis invariablement et de plein droit à son encontre du bénéfice de la séparation; 3. enfin, il est généralement admis que la

déclaration de faillite du *de cujus*, survenue après son décès, entraîne de plein droit séparation des patrimoines (Douai, 24 déc. 1877, *D. P.*, 1878, 2, 149).

Dans ces trois cas, l'état de séparation existe *ipso jure* en dehors de toute initiative de la part des intéressés.

990. Nécessité d'une inscription pour les immeubles. — L'article 2111 exige, en principe, qu'une *inscription* soit prise sur les *immeubles* successoraux, dans les *six mois* de l'ouverture de la succession, sans quoi le *privilège*, inhérent au bénéfice de la séparation, dégénère en une hypothèque ordinaire et ne devient donc opposable aux tiers qu'à la date de son inscription (art. 2113; *sup.*, t. II, n° 1879); mais cette formalité est considérée comme superflue et sans intérêt pratique lorsque la séparation est acquise *ipso jure* (acceptation bénéficiaire, succession vacante), car alors aucune confusion n'est à prévoir entre deux patrimoines nettement, décidément différenciés par les formalités de l'acceptation bénéficiaire ou par la déclaration de vacance, et les séparatistes n'ont pas à redouter la constitution de droits réels, sur les mêmes immeubles héréditaires, par un héritier et dans son intérêt personnel : tout concours est imprévisible, pour eux, avec les créanciers, même hypothécaires ou privilégiés, d'un autre patrimoine, puisque l'héritier bénéficiaire ne peut pas hypothéquer les biens héréditaires en sûreté de ses propres dettes, tandis que l'aliénation de ces mêmes biens est soumise, entre ses mains, à des formalités étroites; puisque, d'autre part, la vacance de la succession implique qu'il n'existe point d'héritier connu.

991. V. A quel moment la séparation des patrimoines peut être invoquée; fins de non-recevoir. — A. La séparation peut être demandée, par les ayants droit, dès le jour de l'ouverture de la succession; en fait, elle ne l'est qu'à l'occasion de la réalisation de l'actif héréditaire et de la répartition des deniers en provenant.

B. Aucun terme n'est assigné aux séparatistes pour invoquer leur bénéfice qui subsiste aussi longtemps qu'ils n'y ont pas *renoncé en acceptant l'héritier pour débiteur*, et en se résignant, par là même, à subir la confusion des patrimoines avec toutes les conséquences qu'elle implique. Il se produit alors, non pas une *novation* véritable, comme le dit à tort l'article 879, car il n'y a pas, à vrai dire, changement de débiteur, et il faut donc décider que les sûretés attachées

à la créance subsistent Civ., 8 déc. 1924, *D. P.*, 1925, 1, 64, *S.*, 1927, 1, 5, note HUBERT), — mais simplement renonciation au bénéfice de la séparation des patrimoines. Or, cette renonciation est, soit *expresse*, soit *tacite*; la jurisprudence se montre assez exigeante dans l'appréciation des actes des séparatistes auxquels ce n'est pas volontiers qu'elle attache une signification abdicative; c'est seulement s'ils impliquent nécessairement la volonté d'accepter l'héritier comme débiteur personnel, de lui faire confiance, qu'ils sont interprétés dans le sens d'une renonciation au bénéfice de la séparation : la réception d'un acompte, la signification d'un titre en vue de le rendre exécutoire contre l'héritier, ne font pas perdre aux séparatistes leur situation privilégiée; mais il en irait autrement de la concession d'un terme ou de l'obtention de sûretés nouvelles sur les biens de l'héritier, et encore à moins que ces actes ne soient accompagnés de réserves expresses en vue de maintenir le bénéfice de la séparation : la renonciation à ce moyen de sauvegarde ne peut résulter que d'un acte exempt d'ambiguïté, insusceptible de plusieurs interprétations (V. Civ., 12 juill. 1900, *S.*, 1901, 1, 441, note NAQUET, *D. P.*, 1905, 1, 453; 20 juin 1908, *S.*, 1912, 1, 499; Grenoble, 9 janv. 1891, *D. P.*, 1891, 1, 193, note PLANIOL, *S.*, 1892, 2, 81, note WAHL; Aix, 4 déc. 1893, *D. P.*, 1895, 2, 273, note de LOYNES, *S.*, 1896, 2, 17, note TISSIER).

992. — C. le bénéfice de la séparation des patrimoines peut, tout en subsistant dans son principe, perdre de son *efficacité* : les séparatistes ne sont plus à même de l'utiliser pour tel ou tel bien; son assiette est resserrée.

Ce resserrement est plus fréquent, plus à craindre pour les *meubles* que pour les *immeubles*.

1° Les immeubles ont une origine certaine; on sait s'ils font partie de la succession ou s'ils appartiennent personnellement à l'héritier; mais les meubles ne comportent pas un cantonnement aussi net; une confusion *de fait* s'établit facilement entre le mobilier successoral et celui de l'héritier, confusion qui paralysera la séparation *de droit* inhérente au bénéfice. C'est pour éviter cet accident que les ayants droit penseront à faire rédiger un *inventaire* qui mettra les choses au point.

2° Les meubles successoraux peuvent être *aliénés* librement par l'héritier — qui est, par hypothèse, un héritier pur et simple; ils échappent alors à l'emprise du bénéfice puisqu'ils ne figurent désormais ni dans la succession, ni

dans le patrimoine de l'héritier; il faut cependant observer que, si le prix est encore dû par l'acquéreur, la *subrogation réelle* fait son office : le droit des séparatistes est alors reporté sur la créance du prix (Req., 7 août 1860, *D. P.*, 1860, 1, 506; Lyon, 13 mars 1867, *D. P.*, 1867, 2, 213).

Les immeubles successoraux, eux aussi, peuvent être aliénés librement par l'héritier; mais leur aliénation ne ruine pas les droits des séparatistes qui, d'après la jurisprudence, sont armés d'un droit de *suite* (*inf.*, n° 999).

993. — 3° Enfin, à l'égard des *meubles* le droit à la séparation des patrimoines se *prescrit par trois ans* à dater de l'ouverture de la succession (art. 880, § 1), au lieu que, pour les *immeubles*, il peut être exercé *sans limitation de temps* (art. 880, § 2). Cette différence de traitement se justifie : après trois années, le souvenir de l'origine, de la provenance des meubles sera effacé; la confusion de fait aura accompli son œuvre; les tiers ne seront plus à même de distinguer le mobilier successoral du mobilier de l'héritier. Cette considération n'est valable que pour les meubles corporels; cependant, et parce que l'article 880, § 1, ne distingue pas, on applique la prescription triennale aux meubles incorporels également.

Au cas d'aliénation d'un immeuble successoral, il faut décider que la créance du prix est *subrogée* au bien vendu et que le bénéfice de la séparation peut donc être invoqué, comme avant l'aliénation, sans limitation de durée; d'ailleurs, si l'on décidait autrement, si la prescription triennale était applicable en l'espèce, il en résulterait, à supposer que l'aliénation eût lieu plus de trois années après l'ouverture de la succession, que le bénéfice se trouverait prescrit soudainement, rétroactivement, en ce qui concerne la créance du prix : conséquence inadmissible qui met en pleine lumière la nécessité de recourir, pour la conjurer, à la notion de la *subrogation réelle*.

N° 2

Nature, effets et portée du bénéfice de la séparation des patrimoines

994. Nature conservatoire. — Nous rappelons que le bénéfice de la séparation des patrimoines constitue une mesure d'ordre surtout *conservatoire*, qui est donc à la dis-

position des créanciers, même simplement *conditionnels* (*sup.*, n° 984).

995. Isolement des deux patrimoines. — Cet isolement constitue l'objectif, la raison d'être du bénéfice qui tend donc à réagir contre l'idée de continuation de la personne, à conjurer le déversement de l'hérédité dans le patrimoine de l'héritier, ou, du moins, à rendre ce déversement inoffensif pour les créanciers du défunt et pour les légataires.

Car — et c'est une nuance déjà signalée entre les deux institutions (*sup.*, n° 933) — la séparation des patrimoines, à la différence du bénéfice d'inventaire, ne profite qu'à ceux dans l'intérêt desquels elle a été imaginée; elle ne présente pas le *caractère central* qui est l'apanage de l'acceptation bénéficiaire : l'héritier et ses créanciers personnels n'en retirent aucun avantage.

996. Effets et portée du bénéfice ; directives essentielles. — Les effets et la portée du bénéfice de la séparation des patrimoines sont dominés par les trois directives suivantes autour desquelles nous les grouperons :

1° L'*héritier* n'est pas dessaisi; il demeure héritier, purement et simplement, avec tous les pouvoirs que comporte ce titre;

2° Les *séparatistes* sont payés comme si le *de cujus* était encore vivant;

3° La séparation n'existe et ne produit d'effets qu'en faveur des séparatistes et contre les créanciers personnels de l'héritier.

997. I. Première directive : l'héritier n'est pas dessaisi ; il demeure héritier, purement et simplement, avec tous les pouvoirs que comporte ce titre. — Nous avons signalé déjà l'évolution dont cette première règle constitue l'aboutissement : tandis qu'à Rome, l'adition d'hérédité se trouvait rescindée par la *separatio bonorum*, dans notre droit, la dévolution successorale demeure un fait acquis au profit de l'héritier qui n'est nullement dessaisi. En conséquence :

1° Cet héritier administre librement l'hérédité et procède même aux actes d'aliénation sans avoir à observer des formalités particulières; sa situation est donc tout autre que celle de l'héritier bénéficiaire qui, à sa différence, administre l'hérédité *in utilitatem creditorum* et doit suivre des règles déter-

minées pour la réalisation de l'actif successoral. Cette opposition est rationnelle : à l'héritier bénéficiaire, qui profite de la limitation du passif et des charges *intra vires*, on peut légitimement imposer en échange quelque gêne et quelque sacrifice, mais non à l'héritier pur et simple qui ne retire aucun profit d'une séparation qu'il n'a pas demandée et qui ne fonctionne que dans l'intérêt des séparatistes;

2° Il n'existe aucune procédure collective de liquidation des biens ressortissant à une succession acceptée purement et simplement et à l'occasion de laquelle fonctionne la séparation des patrimoines; l'héritier est maître chez lui. A cet égard encore, les deux institutions s'opposent l'une à l'autre, car il existe, pour les successions bénéficiaires, au moins un embryon de liquidation collective.

998. II. **Deuxième directive. — Les séparatistes sont payés comme si le « de cujus » était encore vivant.** — En effet, les biens successoraux leur sont affectés par préférence aux créanciers de l'héritier, plus exactement *à leur exclusion*; grâce à la séparation, leur gage se trouve comme cristallisé à l'instant du décès, en sorte qu'ils n'ont pas à redouter le concours des ayants droit de l'héritier, si privilégiés qu'ils soient; les droits des deux classes de créanciers s'exercent sur deux masses distinctes, isolée l'une de l'autre par des cloisons étanches.

Nous rappelons que, cependant, les séparatistes, s'ils veulent avoir toute sécurité, doivent procéder à l'*inscription* de leur bénéfice, sur les registres du conservateur et dans les termes de l'article 2111, soit dans les *six mois* du décès. A vrai dire, cette formalité n'est pas requise pour les *meubles*; pour les immeubles eux-mêmes, elle n'offre d'intérêt qu'à l'encontre des créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'héritier; si celui-ci n'a que des créanciers chirographaires, les séparatistes les primeront, même non inscrits; au contraire, ils ne priment sûrement les créanciers hypothécaires de l'héritier qu'à la condition d'avoir publié leur bénéfice dans les six mois : s'ils laissent passer ce délai, le privilège dégénère en hypothèque ordinaire, l'inscription ne produit effet qu'à sa date; elle devient *attributive de rang*, et le séparatiste risque donc d'être primé par une hypothèque née du chef de l'héritier et ayant un rang préférable (art. 2111 et 2113).

999. Dérogations au principe que les séparatistes sont payés comme si le « de cujus » était encore vivant. — La directive que nous décrivons ici comporte des dérogations, l'une défavorable, les autres favorables aux séparatistes.

1° *Division des dettes.* — Du vivant de leur débiteur, ses créanciers n'avaient qu'une seule poursuite à engager; mais, après son décès, ils doivent diviser leurs poursuites entre tous les héritiers, et cela en dépit de la séparation des deux patrimoines qui cède le pas, à cet égard, au principe de la continuation de la personne;

2° *Droit de suite sur les immeubles.* — Du vivant de leur débiteur, ses créanciers chirographaires étaient privés de tout droit de *suite* sur ses biens, meubles ou immeubles; le bien qui sortait de son patrimoine sortait du même coup de leur gage. Après le décès, la situation se trouve modifiée pour les séparatistes, non pas à l'égard des meubles, mais en ce qui concerne les *immeubles* : la jurisprudence considère qu'ils sont investis d'un *privilège immobilier* comportant droit de préférence et droit de suite, aussi bien que le privilège du vendeur d'immeuble ou du copartageant; pourvu que l'inscription ait été prise en temps utile, soit avant le moment où l'aliénation effectuée par l'héritier est elle-même devenue opposable aux tiers (l'inscription de l'article 2111 n'a de vertu rétroactive que pour le droit de préférence, non pour le droit de suite), les créanciers du défunt ou les légataires peuvent réaliser leur bénéfice à l'encontre du tiers acquéreur. Malgré des résistances dans la doctrine et aussi dans la jurisprudence, la Cour de cassation admet cette solution rendue nécessaire par les larges pouvoirs de l'héritier qui, contrairement à la tradition romaine, peut aliéner librement les biens successoraux (V. *sup.*, t. II, n° 1767; Civ., 5 déc. 1924, *D. P.*, 1925, 1, 64, *S.*, 1927, 1, 5, note Hubert). Il en résulte, dans l'opinion qui l'emporte dans la pratique, que la séparation des patrimoines améliore la condition des créanciers, lesquels se trouvent mieux traités que du vivant de leur débiteur; en conséquence, ils ont intérêt à invoquer la séparation, même si l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire; ils y gagneront d'acquérir un droit de suite sur les immeubles de la succession, et l'on ne voit pas que cette satisfaction puisse leur être refusée.

1000. — 3° *Etendue du gage.* — Si le débiteur était vivant, ses créanciers ne pourraient saisir que ses biens; après son

décès et sa succession ayant été acceptée purement et simplement, la question se pose de savoir s'ils ne peuvent pas, en outre, s'en prendre aux biens personnels de l'héritier.

a) A *Rome*, du moins dans l'opinion dominante et réserve faite de la dissidence marquée par Papinien — les séparatistes n'avaient aucune action sur les biens personnels de l'héritier; on considérait qu'en demandant la séparation, ils avaient abdiqué toute prétention de ce genre : « *recesserunt a persona heredis* »; solution qui cadrait parfaitement avec cette idée que la *separatio bonorum* opérait la rescision de l'adition d'hérédité et que l'héritier n'était donc pas tenu personnellement;

b) Dans notre *ancien droit français*, on permettait bien aux séparatistes de poursuivre l'héritier, mais seulement après que ses créanciers personnels avaient été complètement désintéressés : de même que les premiers primaient les seconds sur les biens successoraux, de même et à l'inverse ceux-ci étaient préférés à ceux-là sur la fortune de l'héritier (POTHIER, *Successions*, chap. V, art. IV);

c) De nos jours, on va plus loin encore et l'on prend le contre-pied de la solution romaine : non seulement les séparatistes peuvent poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, mais encore ils y concourent avec ses propres créanciers, à égalité. Cette opinion, admise par la quasi-unanimité de la doctrine, procède de cette idée fondamentale que la séparation n'existe et ne peut fonctionner que dans l'intérêt des séparatistes; en aucun cas, elle ne saurait se retourner contre eux, même indirectement, même par répercussion; la formule de l'article 881 qui refuse le bénéfice aux créanciers de l'héritier contre les créanciers de la succession exprime une vérité absolue; les premiers seraient mal venus à se plaindre : leur débiteur, demeuré à la tête de ses affaires, a pu assumer de nouvelles dettes; ainsi a-t-il fait en acceptant purement et simplement une succession obérée. Seulement, il est évident que la thèse moderne constitue un succès pour le concept de la continuation de la personne qui fait reculer, plus encore que dans l'opinion de Pothier, le concept de la séparation, de l'isolement des deux patrimoines.

Il va sans dire que, si la succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire, il ne dépendrait pas des créanciers du défunt d'étendre leur gage jusqu'aux biens de l'héritier en invoquant la séparation des patrimoines; par l'acceptation bénéficiaire, l'héritier a mis définitivement son patrimoine

à l'abri de leurs atteintes; quoi qu'il advienne par la suite, il n'est désormais tenu que *cum viribus*.

1001. III. Troisième directive : la séparation n'existe et ne produit d'effets qu'en faveur des séparatistes et contre les créanciers personnels de l'héritier. — Ce principe, dont l'exactitude ressort des développements qui précèdent et de l'esprit même de l'institution, comporte de multiples applications.

1° Une première, qui vient d'être indiquée : les séparatistes peuvent saisir les biens de l'héritier et concourir, sur ce gage complémentaire, avec les créanciers personnels, à égalité;

2° *Dans les rapports entre séparatistes*, la séparation des patrimoines ne peut pas être invoquée; elle ne change rien à la situation respective des ayants droit du défunt qui ne peuvent pas s'opposer entre eux un bénéfice dont ils sont investis seulement à l'encontre des créanciers de l'héritier. En conséquence :

a) Les créanciers du défunt qui avaient jadis à faire valoir des causes de préférence — privilèges, hypothèques, gage — priment les créanciers chirographaires; leur situation est restée la même, dans ce domaine, que du vivant de leur débiteur, *du chef duquel les garanties étaient nées*;

b) Les créanciers héréditaires doivent être payés avant les légataires, conformément à la règle *nemo liberalis nisi liberatus*;

c) Les séparatistes qui ont pris inscription sur un immeuble successoral n'ont aucune cause de préférence à l'encontre de ceux qui n'ont pris inscription qu'après eux ou même qui n'ont pas pris d'inscription du tout;

d) Enfin, dans l'éventualité, compliquée et sujette à controverse, où le conflit s'élève entre des séparatistes inscrits sur un immeuble, des créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits sur le même bien et des créanciers héréditaires non séparatistes ou inscrits tardivement, il faut décider, à notre sentiment, que les sommes sauvegardées par l'inscription du séparatiste diligent sont à répartir au marc-le-franc entre tous les séparatistes, le surplus allant au créancier hypothécaire de l'héritier (Comp. Civ., 15 juill. 1891, *S.*, 1891, 1, 409, *D. P.*, 1893, 1, 465, note DE LOYNES; Req., 10 avril 1906, *D. P.*, 1909, 1, 113, *S.*, 1910, 1, 93; 25 janv. 1910, *D. P.*, 1910, 1, 177, note DE LOYNES, *S.*, 1910, 1, 449, note WAHL).

1002. La séparation des patrimoines et l'idée de continuation de la personne. — On a pu constater que l'idée de continuation de la personne procède à maints retours offensifs et fausse gravement le fonctionnement du bénéfice de la séparation des patrimoines.

1° Elle se manifeste dans les *pouvoirs* reconnus à l'héritier qui aliène librement les biens héréditaires;

2° Dans le droit reconnu aux séparatistes de *concourir*, en cas d'insuffisance des biens successoraux, avec les créanciers de l'héritier et sur les biens de celui-ci;

3° Dans la *division des dettes* du défunt qui s'effectue entre les héritiers;

4° Enfin, dans l'absence de toute procédure collective de réalisation des biens héréditaires. Nous sommes, à ce point de vue, en retard, non seulement sur les législations récentes, mais sur le droit romain qui avait envisagé la *separatio bonorum* comme un épisode de la *venditio bonorum* et qui lui avait imprimé, du même coup, le caractère d'une mesure collective de liquidation successorale.

Appendice à la Section III

Les successions vacantes

(C. civ., art. 811 à 814; C. pr., art. 998 à 1002)

1003. Elimination de l'idée de continuation de la personne. — Lorsqu'une succession est *vacante*, au sens juridique du mot (*sup.*, n° 896), le principe de la continuation de la personne devient sans signification et sans objet, puisqu'il n'y a alors personne pour continuer le défunt : l'hérédité apparaît comme une masse isolée de tout autre patrimoine, sans support et sans but, sans lendemain; comme une masse, non pas même d'affectation, mais de liquidation : le problème qui se pose est de la liquider par ses propres moyens en réglant les dettes à l'aide de l'actif.

Le soin de cette opération est confié à un *curateur* que nomme le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (art. 812). Ce curateur, qui n'est pas obligé d'accepter une pareille mission et qui n'a pas à fournir de caution, a droit à un salaire et répond donc de ses fautes, à l'instar de tout mandataire salarié (art. 1992; *sup.*, t. II, n° 1411).

1004. Liquidation. — Les règles qui président à la liquidation sont les suivantes :

1° Le droit de poursuite des créanciers de la succession est suspendu; ils ne peuvent donc pas saisir les biens héréditaires, pas même saisir-arrêter les sommes qui seraient dues à la succession (Paris, 6 fév. 1889, *D. P.*, 1890, 2, 48) : le régime auquel est soumise une succession vacante est un régime *collectif* et non individuel;

2° Le curateur à succession vacante est chargé de la liquidation, et, en attendant, de l'administration de l'hérédité dont il est le *représentant* : il doit faire *inventaire* (art. 813), et, d'une façon générale, il doit se conformer aux règles applicables à l'héritier sous bénéfice d'inventaire (art. 814). Comme lui, il doit donc administrer et il doit réaliser; comme lui, il doit rendre des comptes (même texte). Les formes à suivre pour la réalisation de l'actif sont, en principe, les mêmes que pour la succession bénéficiaire.

1005. Différences avec la liquidation d'une succession bénéficiaire. — Toutefois, d'importantes différences existent entre la mission de l'héritier bénéficiaire et celle du curateur à succession vacante; elles se rattachent ordinairement à cette idée que le premier administre ses propres biens, au lieu que le second est un simple administrateur de la chose d'autrui. On s'explique ainsi diverses particularités.

a) Le curateur ne peut pas conserver par devers lui l'argent liquide et le maniement des deniers lui est interdit : c'est un devoir pour lui d'en faire le versement à la Caisse des dépôts et consignations (art. 813);

b) S'il reste un reliquat d'actif net, tandis que l'héritier bénéficiaire l'encaisse, le curateur est tenu de le verser à la Caisse des dépôts;

c) En revanche, et à la différence de l'héritier bénéficiaire, il a droit à un salaire;

d) C'est pourquoi il répond de toute faute, commise dans son administration et non pas seulement, comme l'héritier bénéficiaire, de ses fautes graves (art. 804);

e) S'il n'observe pas les formalités requises pour la vente des biens, la sanction consiste dans la nullité de l'opération, au lieu qu'elle réside, au cas d'acceptation bénéficiaire, dans la déchéance du bénéfice (art. 805 et 806; *sup.*, n° 978);

f) La faculté d'*abandon* ne saurait appartenir au curateur; elle n'aurait pas de sens.

1006. Paiement des créanciers de la succession. — Il semble que le curateur, et ce serait une nouvelle différence

importante, ne puisse pas payer directement et personnellement les créanciers de la succession : il en serait bien empêché, puisqu'il ne doit pas manier ni conserver l'argent liquide. Cependant, il y a des réserves à faire :

1° Le curateur peut certainement procéder au règlement direct des dépenses urgentes et indispensables (frais funéraires, scellés, inventaire, etc.) ;

2° Il a la faculté de réaliser les paiements qui n'impliquent pas un maniement de fonds de sa part : il délèguera aux créanciers privilégiés ou hypothécaires les sommes qui leur sont dues, ainsi que le ferait un héritier bénéficiaire (*sup.*, n° 963) ;

3° Enfin, la Cour de cassation est allée jusqu'à permettre au curateur de payer les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent, du moins en l'absence d'opposition et s'il y a de l'argent liquide (Civ., 4 mai 1892, *D. P.*, 1894, 1, 84; 12 fév. 1913, *S.*, 1914, 1, 313, *D. P.*, 1917, 1, 153). La solution est pratiquement excellente; mais elle n'est pas aisée à concilier avec l'obligation qui est faite au curateur de verser tous les fonds à la Caisse des dépôts (art. 813) ; tout au plus pourrait-on soutenir que cette obligation ne concerne que les sommes provenant de la vente des biens héréditaires, à l'exclusion des deniers trouvés dans la succession (*Sic*, arrêt du 12 fév. 1913) ; mais la Cour de cassation étend sa solution même aux sommes provenant de la vente de meubles ou d'immeubles successoraux (arrêt du 4 mai 1892), et applique ainsi au curateur le traitement institué pour l'héritier bénéficiaire, du moins si aucune opposition n'est émanée des créanciers.

Section IV. — LES ACTIONS QUI SANCTIONNENT LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER

La pétition d'hérédité

1007. Bibliographie. — Sérésia, *De la pétition d'hérédité*, Bruxelles, 1873; Pillet, *Essai sur la nature de la pétition d'hérédité*, *Rev. crit.*, 1884, p. 210; Siesse, thèse, Paris, 1922.

1008. Généralités. — L'héritier, succédant au défunt, prenant ses lieu et place, étant investi de ses droits et assujetti à ses obligations, peut exercer toutes les actions qui lui appartenaient, de même qu'il est exposé à toutes les actions

dont son auteur était menacé : ceci, pour l'héritier légitime dès le jour du décès, pour le successeur irrégulier à compter de l'envoi en possession (*sup.*, n^os^ 827, 835). En effet, les actions font corps avec les droits dont elles constituent la sanction et qu'elles suivent dans toutes leurs destinées.

1009. Insuffisance des actions du défunt. — Les actions qui appartenaient au défunt ne sauraient permettre à l'héritier de faire face à toutes les situations, à toutes les nécessités. Supposons, par exemple, qu'un immeuble successoral soit détenu par un tiers; si le débat ne porte que sur la question de *propriété*, la *revendication* suffira à l'encadrer; mais il est possible qu'il s'élargisse, qu'il s'amplifie jusqu'à porter sur l'hérédité elle-même. Les deux adversaires sont d'accord pour admettre que l'immenble faisait partie de l'hérédité, si bien que la question revient à savoir qui d'eux est héritier; ce n'est plus seulement la qualité de propriétaire qu'on se dispute, mais c'est *le titre d'héritier*; l'instance qui se déroule à cette occasion est une *instance en pétition d'hérédité*. *La pétition d'hérédité* est, en effet, l'action qui est donnée par la loi à l'héritier pour faire reconnaître son titre, avec toutes les prérogatives qu'il implique, à l'égard de ceux qui le lui contesteraient; elle constitue la sanction de toute vocation héréditaire de même que la revendication représente la sanction de la propriété ou l'action confessoire celle de l'usufruit.

On ne trouve, dans le Code civil, aucune réglementation de la pétition d'hérédité à laquelle une brève allusion est seulement faite dans l'article 137 : la jurisprudence a dû parer à cette carence en faisant appel à la tradition et aux principes généraux; le droit dont nous abordons l'étude est un droit de *formation coutumière*.

1010. Plan. — 1° *Caractères* de la pétition d'hérédité;
2° *Preuve* de la qualité d'héritier;
3° *Contenu* et *résultats* de l'action.

§ I. — *CARACTÈRES DE LA PÉTITION D'HÉRIDITÉ*

1011. Enumération. — 1° La pétition d'hérédité est une action *générale*, comme la vocation dont elle constitue la sanction;
2° Elle est une action *réelle*;
3° Sujette à *prescription*;
4° *Divisible*.

1012. — I. La pétition d'hérédité est une action *générale*, comme la vocation dont elle constitue la sanction. — Elle suppose que c'est le titre d'héritier qui est l'enjeu de la lutte judiciaire, donc que chacun des adversaires prétend tenir les biens litigieux en vertu d'une dévolution héréditaire effectuée à son profit. Il suffirait que l'un d'entre eux n'eût pas une telle prétention et qu'il se présentât comme un ayant cause à titre particulier — acheteur, donataire, etc. — pour que l'instance se réduisît aux proportions d'une instance en revendication.

Cette condition satisfaite, peu importe :

1° Que les adversaires revendiquent la situation d'héritier légitime ou celle de successeur irrégulier;

2° Ou que l'objet occasionnel du litige soit un bien déterminé, un corps certain, une créance par exemple; la *généralité* n'est requise que dans le *titre*, dans la *vocation* dont se réclament les plaideurs.

1013. — II. La pétition d'hérédité est une action *réelle*. — En effet, les droits qu'elle sanctionne sont opposables à tous; la vocation héréditaire a une valeur absolue et ne se réduit pas à un rapport entre des personnes déterminées; *lato sensu*, l'héritier est comme un propriétaire de la succession; son émolument se ramène, le plus souvent, à un certain nombre de biens corporels dont la propriété lui est transmise de par la dévolution opérée à son profit; d'ailleurs, l'hérédité comporte une *possession* dont l'héritier légitime est investi par la saisine légale, le successeur irrégulier par l'envoi en possession judiciaire; il est donc naturel qu'elle comporte une sorte de propriété incorporelle, sanctionnée par une action réelle.

De toute façon, la *compétence* échoit au tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession, soit en vertu de l'article 59, § 8, C. pr., soit en suite de ce principe qu'en matière réelle la compétence est déterminée par le lieu de la situation (C. pr., art. 59, § 5).

1014. — III. La pétition d'hérédité est sujette à *prescription*. — Conformément au droit commun, la pétition d'hérédité se prescrit par *trente années* (art. 2262).

Il s'agit là d'une prescription *extinctive*, car il ne saurait être question d'usucapion en pareille matière; on n'acquiert pas le titre d'héritier en se comportant comme tel pendant un long temps; les universalités juridiques répugnent à l'usucapion.

On serait tenté de déduire du caractère extinctif de la prescription qu'elle court dès le jour de l'ouverture de la succession et alors même que nul ne serait entré en possession des biens héréditaires; mais cette solution est inacceptable, car la pétition d'hérédité suppose l'existence d'un adversaire, d'un contradicteur; jusque-là, elle ne trouve pas d'aliment et son sommeil est sans conséquence juridique puisque son exercice serait inconcevable; *actioni non natæ non præscribitur*; c'est seulement le jour où surgit un contradicteur, où un tiers se comporte, se gère ainsi qu'un successeur universel du défunt, que la prescription commencera à courir, parce que, à compter de ce moment, la pétition d'hérédité trouve une prise; elle prend corps véritablement.

Mais, dès avant ce jour, une autre prescription aura pu courir, celle du *droit d'option* (art. 789; *sup.*, n° 887); et il est évident qu'une fois ce droit prescrit, la pétition d'hérédité ne peut plus être exercée puisque la vocation héréditaire, dont elle constituait la sanction, a disparu. Si, au contraire, le successible a pris qualité en temps utile, dans les trente années qui ont suivi l'ouverture de la succession à son profit, il est intéressant de constater que la pétition d'hérédité peut être atteinte par une prescription qui lui est propre et qui court du jour où s'est manifesté le tiers successeur, l'héritier apparent.

1015. — IV. La pétition d'hérédité est une action *divisible*. — S'il y a plusieurs héritiers, chacun d'eux n'agit que pour son propre compte, sans représenter les autres, et la décision intervenue n'a d'effet que pour lui ou que contre lui (Civ., 4 avril 1870, *D. P.*, 1871, 1, 95; 14 fév. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 313, note Planiol); de même que, s'il y a plusieurs tiers qui se gèrent comme successeurs universels, plusieurs héritiers apparents, l'action doit être exercée contre chacun d'eux individuellement.

§ II. — *PREUVE DE LA QUALITÉ D'HÉRITIER*

1016. Système français. — Dans l'instance en pétition d'hérédité, celui-là triomphe qui administre la preuve de sa vocation successorale, donc de sa *parenté* avec le *de cujus*.

Lorsque le degré est proche, la démonstration est aisée à faire au moyen des *actes de l'état civil*; mais si la parenté dont on se réclame est éloignée, le maniement de ce mode de preuve devient plus délicat, car il peut devenir difficile de découvrir le lieu d'une naissance ou de la célébration d'un

mariage. Aussi, jurisprudence et doctrine se montrent-elles libérales : du moment que la question de *filiation* ne fait pas l'objet d'un débat direct, on admet que la preuve de la parenté est susceptible d'être administrée, dans les termes de l'article 46, par tous documents, publics ou privés, et aussi par témoignages (Req., 9 avril 1894, *S.*, 1894, 1, 288, *D. P.*, 1894, 1, 401; Civ., 8 mars 1904, *D. P.*, 1904, 1, 246; Req., 24 fév. 1908, *D. P.*, 1908, 1, 254; Civ., 9 mars 1926, *S.*, 1926, 1, 337, note Vialleton, *D. P.*, 1926, 1, 225, note Rouast). On tend ainsi à distinguer selon que la question est une question de filiation ou un problème de généalogie; dans le premier cas, la preuve *légale* par actes de l'état civil est seule admise; dans la deuxième éventualité, la preuve est *libre*; seulement, il faut bien reconnaître que cette distinction, d'ailleurs *traditionnelle*, est bien artificielle et qu'elle repose sur des bases bien fragiles; sa valeur est purement empirique.

Il est d'ailleurs à noter que les difficultés à vaincre sont devenues moins ardues depuis que la loi du 31 décembre 1917 a limité, en principe, la successibilité au sixième degré.

1017. Système allemand ; Alsace et Lorraine. — Le système *allemand* est, sur cette question de la preuve de la qualité d'héritier, bien supérieur au nôtre; il se résume essentiellement dans l'institution d'un *certificat d'héritier* délivré, sur requête des intéressés, par le tribunal du lieu d'ouverture de la succession (art. 2353 à 2368 C. civ. *allemand*), et qui fait preuve de la qualité d'héritier, mais sous le bénéfice des deux réserves suivantes :

1° Il n'est pas obligatoire; son emploi est *facultatif*; on peut faire la preuve de la qualité d'héritier par d'autres moyens;

2° La preuve qui en résulte n'est pas absolue; il s'en dégage une présomption de vocation héréditaire (art. 2365), mais cette présomption, qui peut être invoquée par et contre tous intéressés, n'est pas irréfragable; elle comporte la *preuve contraire*. Le tribunal peut même, *d'office*, procéder à une information et rendre une sentence d'*annulation*.

A raison de la supériorité du système allemand, la loi du 1er juin 1924, introduisant la législation civile française dans les départements recouvrés, a maintenu, en *Alsace* et en *Lorraine* (art. 74), pour un délai de dix ans qui a été prorogé, par la loi du 23 décembre 1934, jusqu'au 1er janvier 1945 (*sup.*, t. Ier, n° 47), les dispositions des articles 2353 à 2368 du Code civil local : le certificat d'héritier est délivré

par le *juge cantonal* du lieu de l'ouverture de la succession (L. 1924, art. 75).

§ III. — *CONTENU ET RÉSULTATS DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ*

L'héritier apparent

1018. Problème. — Le demandeur à l'instance en pétition d'hérédité triomphe; son adversaire, qui était en possession des biens héréditaires ou de certains d'entre eux, doit procéder à diverses *restitutions* : quelle en est, au juste, l'étendue? Comment déterminer le *contenu* de la pétition d'hérédité?

Distinguons les rapports des plaideurs entre eux — demandeur triomphant et héritier apparent évincé — et les rapports de l'héritier véritable avec les tiers, ayants cause de l'héritier apparent.

1019. I. Rapports de l'héritier véritable avec l'héritier apparent. — Des restitutions peuvent être dues de part et d'autre.

A. **Restitutions dues à l'héritier véritable par l'héritier apparent.** — Le règlement en est dominé, traditionnellement, par une distinction entre l'héritier apparent *de bonne foi* et l'héritier apparent *de mauvaise foi*; c'est la moralité du possesseur de l'hérédité qui est au centre du sujet.

1° De *bonne foi*, c'est-à-dire s'il croyait à la réalité de sa vocation héréditaire, le possesseur de l'hérédité est traité avec une grande douceur :

a) Il garde les *fruits* qu'il a perçus, conformément aux articles 549 et 550; son assimilation avec le possesseur d'une chose isolée est consacrée, pour la succession d'un *absent*, par l'article 138, et on n'hésite pas à appliquer ce texte à la succession d'une personne dont le décès est certain. A cet égard, la pétition d'hérédité obéit donc au même statut que la revendication (*sup.*, t. I[er], n° 1610); c'est une innovation de notre droit, car à *Rome*, et d'après le sénatus-consulte Juventien, le possesseur de bonne foi d'une hérédité ne conservait que les fruits consommés à l'exclusion de ceux dont il s'était enrichi. Le législateur moderne a été bien inspiré en faisant disparaître cette distinction, source de difficultés et de procès;

b) Le possesseur de bonne foi ne répond pas des *détériorations*, même survenues par son fait, sauf s'il en a retiré profit et seulement dans la mesure de son enrichissement;

c) S'il a *aliéné* des biens héréditaires, il ne doit compte également que du profit qu'il a retiré de l'opération, donc de zéro, s'il a consenti l'aliénation à titre gratuit;

2° De *mauvaise foi*, le possesseur de l'hérédité est traité sévèrement :

a) Il doit restituer tous les *fruits*, ceux qu'il a perçus et ceux qu'il a négligé de percevoir;

b) Il répond de toutes les *détériorations* imputables à son fait, et même de celles qui sont dues à un cas de force majeure, à une cause étrangère, du moins s'il ne justifie pas qu'elles se seraient également produites entre les mains de l'héritier véritable (arg., art. 1302, § 2, et 1379);

c) S'il a *aliéné* des biens héréditaires, il est comptable de l'*entière valeur* des choses aliénées, alors même qu'il les aurait vendues à bas prix ou qu'il les aurait données.

1020. B. **Restitutions dues à l'héritier apparent par l'héritier véritable.** — Elles procèdent des dépenses que l'héritier apparent, aujourd'hui évincé, a pu faire sur les biens successoraux. On applique exactement ici la *théorie des impenses* (*sup.*, t. I[er], n° 1612), c'est-à-dire qu'on distingue, non plus entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi qui bénéficient à cet égard du même traitement (*sup.*, t. I[er], n° 1613), mais *d'après la nature des frais* qui ont été exposés, les impenses *nécessaires* étant remboursées intégralement, les impenses *utiles* jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée, tandis que les impenses *voluptuaires* ne sont pas prises en considération.

A notre avis, l'héritier apparent jouit, pour le recouvrement de ses impenses, du droit de *rétention*; il y a bien, en effet, *debitum cum re junctum*; la créance du rétenteur est bien née à l'occasion des choses sujettes à restitution (*sup.*, t. II, n° 1473). Mais on se rappelle que, en matière de *revendication*, notre jurisprudence distingue entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, pour accorder le droit de rétention au premier en le refusant au second (*sup.*, t. II, n° 1475); sans doute serait-elle tentée de reproduire la même distinction pour la pétition d'hérédité.

1021. II. **Rapports de l'héritier véritable avec les tiers, ayants cause de l'héritier apparent; sort des**

actes accomplis par l'héritier apparent. — Les actes accomplis dans l'intervalle par l'héritier apparent ne motivent pas seulement un règlement de compte dans ses rapports avec l'héritier véritable; ils font aussi se poser un grave problème dans les rapports de ce dernier avec les tiers, ayants cause de l'héritier apparent : l'héritier triomphant devra-t-il les respecter? Ou bien n'est-il pas fondé à les considérer comme nuls et non avenus, puisqu'ils émanent d'un simple possesseur, dépourvu en réalité du titre d'héritier, donc de la qualité de propriétaire? Cette question, fameuse entre toutes, est celle de *la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*.

1022. Points certains. — 1° Les *actes d'administration* subsistent en toute occurrence, du moins s'ils ont été consentis au profit de tiers *de bonne foi*. C'est un principe général, en effet, que de tels actes survivent à la destruction de la situation juridique sur l'apparence de laquelle ils avaient été passés; ainsi décide-t-on pour ceux qui sont émanés d'un propriétaire sous condition résolutoire (*sup.*, t. I[er], n° 1817); et, spécialement, dans la vente à réméré (*sup.*, t. II, n° 1163). D'ailleurs, l'article 1240 fait application de cette directive incontestée au *paiement* effectué de bonne foi entre les mains du *possesseur de la créance*, c'est-à-dire *du créancier apparent*, et, par exemple, d'un héritier apparent (*sup.*, t. II, n° 1163). Il est vrai que le paiement est un acte *nécessaire*; mais on traite de même tous actes d'administration, même s'ils ne présentent pas ce caractère d'urgence. C'est donc seulement pour les actes de *disposition*, notamment pour les *aliénations*, que la controverse surgit véritablement;

2° Pour la trancher, on ne saurait prendre en considération la bonne foi ou la mauvaise foi de l'héritier apparent qui se trouve placé hors du débat; c'est entre l'héritier véritable et l'acquéreur, par exemple l'acheteur, que le différend s'élève; il s'agit de savoir qui des deux l'emportera; la personnalité de l'héritier apparent, les conditions dans lesquelles il s'était emparé de la succession pour en être ensuite évincé, son état d'âme sont parfaitement indifférents (Civ., 16 janv. 1843, 2e arrêt, *D. P.*, 1843, 1, 49, *S.*, 1843, 1, 98; 26 janv. 1897 (deux arrêts) *D. P.*, 1900, 1, 33, note critique Sarrut; Req., 20 mai 1935, *D. P.*, 1935, 1, 97, rapport E. Pilon, note H. Capitant);

3° En revanche, la personnalité, la moralité du tiers sont décisives : s'il était de mauvaise foi, s'il a su traiter avec un

usurpateur, avec un faux héritier, il ne mérite pas d'égards; entre le véritable titulaire de l'hérédité, le légitime propriétaire du bien aliéné et un acquéreur de mauvaise foi, le doute n'est pas permis; d'ailleurs, il résulte de l'article 1240 que même les actes d'administration tombent s'ils sont intervenus avec un tiers de mauvaise foi; *a fortiori* doit-on décider de même pour les actes de disposition dont la gravité est supérieure.

1023. Domaine de la controverse. — La difficulté n'existe donc véritablement que pour les actes de disposition consentis par l'héritier apparent au profit d'ayants cause de bonne foi; et encore faut-il réserver les aliénations de *meubles corporels*, car l'acquéreur de bonne foi se trouve alors protégé par la règle de l'article 2279, et l'héritier véritable se voit objecter avec succès la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*. Si bien que, d'éliminations en éliminations, on est amené à supposer un acte de disposition passé avec un ayant cause de bonne foi et portant sur un bien — meuble incorporel ou immeuble — qui échappe à l'emprise de l'article 2279.

1024. Solution rigoureusement logique. — Une logique implacable conduirait, en cette éventualité, à sacrifier le tiers acquéreur : en effet, il a traité avec un non héritier, donc avec un *non dominus*; il n'a pas pu acquérir des droits dont son auteur n'était point investi : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; conformément à l'article 1599, la vente est nulle comme émanant d'un *non dominus* et l'héritier effectif devrait donc pouvoir revendiquer son bien contre qui le détient indûment, sans titre valable. On déciderait ainsi si la vente fût émanée d'un pseudo-propriétaire; pourquoi en irait-il autrement lorsqu'elle a été consentie par un pseudo-héritier?

1025. Critique. — Si le droit était une science *exacte*, cette solution s'imposerait par sa rigueur mathématique; mais il est une science *sociale* et il ne doit pas servir de truchement à l'injustice. Or, il serait injuste de dépouiller un acquéreur qui a traité dans les conditions que nous venons de supposer, avec un auteur qui avait les *apparences* d'un héritier, donc d'un propriétaire de la chose vendue. Quoi qu'on prétende, la situation du faux héritier n'est point assimilable à celle du possesseur d'une chose isolée; elle se présente sous un aspect différent; elle a une tout autre ampleur;

elle revêt un caractère de *généralité* et de *publicité* dont il est impossible de ne pas tenir compte, et, comme le remarque la Cour de cassation, « la vente de biens d'une succession faite par l'héritier apparent à des tiers qui ont traité avec lui de bonne foi, et sous l'influence de l'erreur commune, ne peut être assimilée à la vente de la chose d'autrui, faite par un usurpateur sans titre ou qualité ». Celui qui est en possession des biens héréditaires « couvre l'hérédité » (trib. cass., 11 frim. an IX, D. *Jur. gén.* V° *Succession*, n° 544) ; il a comme une *possession d'état d'héritier*; il est juste et il est juridique que cette possession d'état ait la vertu de soutenir, de vivifier les actes consentis par celui qui en est investi; les personnes qui ont traité avec lui ont été sous le coup d'une erreur commune et invincible, donc parfaitement excusable, individuellement comme socialement; elles n'ont rien à se reprocher; au lieu que l'héritier aurait pu, peut-être, faire preuve de plus de diligence en faisant valoir ses droits plus rapidement : entre un héritier inerte et négligent et un acquéreur irréprochable, victime d'une erreur commune et invincible, c'est à celui-ci qu'il faut donner la préférence : l'acte auquel il a participé doit rester debout malgré l'éviction de celui dont il émane.

Mais ce ne sont pas seulement ces raisons d'équité et de justice qui ont inspiré la jurisprudence dans la construction juridique qu'elle a édifiée; ce sont aussi et surtout des « motifs d'ordre et d'intérêt public », des « raisons d'intérêt général », et il faut entendre par là « un argument de crédit et de crédit foncier, de stabilité des mutations immobilières » (E. Pilon, rapport précité, *D. P.*, 1935, 1, 99) ; il ne faut pas qu'une propriété acquise dans des conditions *publiques* régulières, soit menacée par une cause juridique *secrète*; il ne faut pas que la « confiance légitime » (E. Lévy, *Rev. crit.*, 1899; *la vision socialiste du droit*, p. 43) de l'acquéreur soit trompée, sans quoi la confiance universelle mise dans la loi serait elle-même ruinée.

En outre, il y a lieu d'évoquer ici la solution que donne le Code civil dans un cas particulier, celui où le véritable héritier se trouvait en état d'*absence* : la succession est alors provisoirement dévolue à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut (art. 136) ; et, si l'absent, donc l'héritier véritable, reparaît ensuite, l'hérédité lui est bien restituée, mais sous la réserve des actes consentis par le héritiers provisoires, par les héritiers apparents; il recouvre les biens « *dans l'état où ils se trouveront* » (art. 132). La généralisation s'impose : tout héritier apparent à qui l'opinion publique prête la qualité de

successeur, doit pouvoir accomplir, sur les biens héréditaires, des actes *définitifs*, opposables à l'héritier véritable; il n'y a pas de raison pour distinguer suivant que celui-ci était absent au sens juridique du mot ou selon que, non absent, il a négligé de faire valoir ses droits et de prendre possession de l'hérédité. L'erreur commune et invincible crée le droit : *error communis facit jus*; ce vieux brocard, qui fait partie intégrante des vérités juridiques éternelles, de la *superlégalité*, vient refouler la maxime trop strictement logique : « *nemo plus juris in alium transferre potest...* »; l'erreur individuelle, donc la bonne foi, est créatrice du droit lorsqu'elle vient s'appuyer sur l'erreur commune en s'intégrant dans la possession d'état d'héritier; l'apparence a alors raison de la réalité juridique, ou, si l'on veut, elle devient elle-même cette réalité (V. H. Mazeaud, *La maxime* error communis facit jus, *Rev. trim.*, 1924, p. 929; Crémieu, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, *Rev. trim.*, 1910, p. 39; Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899; E. Pilon, rapport, *D. P.*, 1935, 1, 97).

1026. La jurisprudence. — C'est en ce sens que la jurisprudence, approuvée, sinon par l'unanimité, du moins par la majorité des auteurs, se prononce depuis toujours (trib. cass., 11 frim. an IX, précité; Civ. 16 janv. 1843, 3 arrêts, D. *Jur. gén.* V° *Succession*, n° 548; Req., 4 août 1875, *D. P.*, 1876, 1, 123; 3 juill. 1877, *D. P.*, 1877, 1, 429; Civ., 13 mai 1879, *D. P.*, 1879, 1, 417, *S.*, 1880, 1, 26; Req., 4 août 1885, *D. P.*, 1886, 1, 310, *S.*, 1886, 1, 120; 10 avril 1888, *D. P.*, 1889 1, 278; Civ., 26 janv. 1897, deux arrêts, *S.*, 1897, 1, 313, *D. P.*, 1900, 1, 33, note Sarrut; Req., 6 janv. 1930, *S.*, 1930, 1, 325; *D. P.*, 1931, 1, 43, note Jean-Ch. Laurent; 20 mai 1935, *S.*, 1935, 1, 261, *D. P.*, 1935, 1, 97). L'opinion contraire, qui s'en tient à l'application stricte de la règle « *nemo plus juris in alium transferre potest...* », qui avait été consacrée jadis par de nombreux arrêts de cours d'appel, qui fut défendue, sans succès, par l'avocat général Sarrut devant la Chambre civile (note précitée, *D. P.*, 1900, 1, 33) et qui est acceptée par la jurisprudence belge (Cass. *belge*, 11 juill. 1878, *D. P.*, 1879, 2, 35), est de plus en plus délaissée : on ne fait pas du droit à coup d'axiomes et de syllogismes.

1027. Précisions. — L'avantage n'est assuré au tiers que si un certain nombre de conditions sont réunies en sa faveur :

1° Il faut que ce tiers soit de bonne foi : mais ici, comme

en toute matière, *la bonne foi se présume*, et l'erreur de droit est relevante aussi bien que l'erreur de fait (arrêts précités du 6 janv. 1930 et du 20 mai 1935) ;

2° On exige que la bonne foi individuelle du tiers s'appuie sur l'*erreur commune*; c'est celle-ci qui crée le droit, en l'espèce; et, à la différence de l'erreur individuelle, *elle ne se présume pas*; c'est à qui l'invoque qu'il appartient de l'établir (V. les arrêts précités, notamment ceux du 6 janv. 1930 et du 20 mai 1935, ainsi que le rapport de M. E. Pilon) ;

3° Aussi faut-il que l'héritier apparent possède un titre de quelque valeur, susceptible d'étayer et l'erreur commune et l'erreur individuelle du tiers; non pas que ce titre doive être nécessairement légal : une fausse vocation *testamentaire* peut être prise en considération comme une fausse vocation *ab intestat* (Civ., 16 janv. 1843, 28 janv. 1897) ; mais on veut un titre capable d'expliquer cette *possession d'état d'héritier* hors de laquelle l'erreur perdrait ce caractère *invincible*, nécessaire à sa puissance créatrice (Req., 4 août 1875, 26 janv. 1897 et 4 août 1885, précités; Pau, 24 mars 1884, *D. P.*, 1885, 2, 201; Poitiers, 22 fév. 1897, sous Civ., 14 déc. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 137) ;

4° Enfin, l'ayant cause de l'héritier apparent n'est protégé que s'il est *à titre particulier* : le *cessionnaire de droits successifs*, qui se défend, *non plus contre la revendication, mais contre la pétition d'hérédité* intentée contre lui par l'héritier véritable, ne saurait prétendre conserver la succession en arguant de sa bonne foi et de l'erreur invincible dans laquelle il était tombé; successeur à titre universel, il se trouve exactement aux droits de son auteur; il n'a pas plus de droits que lui et doit d'autant mieux succomber dans cette lutte inégale que les raisons, tirées des nécessités du crédit foncier, de la stabilité de la propriété immobilière, qui militent en faveur de l'acquéreur à titre particulier, lui demeurent étrangères ou sont singulièrement affaiblies en ce qui le concerne; elles n'exigent nullement, et tout au contraire, que le véritable héritier soit évincé et, en quelque sorte exhérédé par un tiers sans titre valable et sans droit sur la succession (*Sic*, Civ., 26 août 1833, *S.*, 1833, 1, 737; Paris, 22 janv. 1937, *S.*, 1937, 1, 138).

CHAPITRE II

Les problèmes soulevés par la pluralité d'héritiers

1028. Principe. — Les règles décrites dans le chapitre précédent reçoivent leur application, autant qu'il est possible, *mutatis mutandis*, lorsque plusieurs héritiers sont appelés à recueillir la succession : chacun d'eux prend librement parti, pour son propre compte (sauf la dérogation établie par l'article 782 pour la *succession par transmission*; *sup.*, n° 886) ; et chacun continue la personne du défunt dans la mesure de sa vocation héréditaire, pour la moitié, le tiers, le quart, etc., suivant le nombre des ayants droit et leur qualité.

1029. Problème à résoudre. — La pluralité d'héritiers implique donc fatalement une *attribution de parts*. Cette attribution, si on l'envisage théoriquement, *abstraitement*, ne souffre pas de difficultés; c'est la loi elle-même qui détermine la *quotité* à laquelle chacun des successeurs peut prétendre; mais, par là même, le problème n'est pas encore résolu, car ce sont de simples cadres que fournit la loi, et la difficulté consiste à les remplir avec les éléments de l'hérédité, à matérialiser les parts de chacun, à faire œuvre de répartition, de localisation, avec les biens comme avec les dettes et les charges de la succession.

Or, cette œuvre de justice distributive ne peut pas émaner du législateur lui-même qui doit se contenter de fixer les parts idéales de chacun; on n'imagine pas que les biens successoraux — les biens *matériels* tout au moins, car il en va autrement des *obligations* — se divisent de plein droit, automatiquement, entre les héritiers et proportionnellement à leur vocation; la répartition doit en être faite, après coup, pour chaque espèce, par la volonté de l'homme, au moyen d'un *partage*, conventionnel ou judiciaire, qui aura pour effet de remplir les héritiers de leurs droits, de matérialiser, de réaliser les quotités fixées abstraitement par la loi.

Et comme cet acte répartitif, attributif, ne peut pas intervenir immédiatement après le décès, comme il implique toute une série d'opérations plus ou moins longues et délicates, il s'écoule un certain délai pendant lequel les droits

des héritiers, fixés abstraitement et de façon précise par la loi, ne se matérialisent pas dans des biens déterminés, mais portent confusément, indistinctement sur les éléments actifs de la succession; réserve faite des créances, qui se divisent *de plano* entre les héritiers, *tout est à tous*. Ce régime de l'enchevêtrement, du confusionnisme, est celui de l'*indivision héréditaire*, de la *communauté d'héritiers*.

1030. Plan. — On voit par là que deux périodes sont à distinguer : *avant* le partage et *après*.

Nous étudierons :

1° La *situation antérieure au partage*;

2° Le *partage et ses effets*.

Section I. — LA SITUATION ANTÉRIEURE AU PARTAGE

LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

1031. Sources. — Art. 841, 860, 866, 868, 869, 1220 et 1221; 1667 et suiv.; 2205.

Bibliographie. — H. Capitant, *L'indivision héréditaire*, *Rev. crit.*, 1924, p. 19 et p. 84; Josserand, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du centenaire*, p. 356; thèses Ricol, Toulouse, 1907; Mouy, Lille, 1920; Siesse, Paris, 1922; Lebret, Caen, 1922; Jean Vincent, 1931, Yves Guillet, 1931 — *adde*, Jean Vincent, *Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1932, p. 284.

1032. Distinction fondamentale. — L'opposition s'établit, dès l'instant du décès, entre deux catégories d'éléments de l'hérédité : d'une part, les *obligations, envisagées* au point de vue actif ou sous l'aspect passif, en tant que créances ou en tant que dettes; d'autre part, *tous les autres éléments de la succession*; pour les premiers, c'est le régime de la *division*, effectuée de plein droit (art. 1220); pour tous les autres éléments de la succession, c'est le régime de l'*indivision* entre les cohéritiers.

C'est, en effet, de *plein droit*, que les obligations se divisent entre les héritiers, *dans la proportion de leurs parts héréditaires*, et cela activement comme passivement :

1° *Activement* : le défunt avait une créance de 10.000 francs; il laisse comme héritiers son père et un frère; de plein droit, la créance se fixe sur la tête du père pour un quart, soit

2.500 francs, sur celle du frère pour les trois quarts, 7.500 francs;

2° *Passivement* : si, au lieu d'une créance du défunt, on suppose une dette à son passif, le raisonnement et la conclusion sont les mêmes, *mutatis mutandis* : le père devient débiteur à la place du *de cujus* pour le quart de la dette, le frère pour les trois quarts.

Et cela indépendamment de tout arrangement intervenu entre les héritiers; le fractionnement de l'obligation s'effectue entre eux automatiquement, par la volonté de la loi.

1033. Autre distinction. — Cette première opposition étant notée, nous suivrons, dans cette étude, une autre distinction, en envisageant d'abord l'*actif successoral*, puis les *dettes* laissées par le défunt.

§ I. — *CONDITIONS JURIDIQUES DES BIENS HÉRÉDITAIRES COMPOSANT LA MASSE SUCCESSORALE*

INDIVISION HÉRÉDITAIRE

1034. Elimination des créances. — Nous ne revenons pas sur la condition des créances dont la division s'est opérée de plein droit entre les héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires, si ce n'est cependant pour signaler, dès maintenant, que, bien que divisées automatiquement par la loi, elles ne seront pas nécessairement exclues du partage : il dépendra des héritiers, nous le verrons, de substituer à la répartition légale une répartition conventionnelle (*inf.*, n° 1079).

1035. Biens indivis. — Nous avons étudié précédemment le régime de l'*indivision*, sous sa forme générale (*sup.*, t. I, n° 1780); nous avons indiqué la nature et les inconvénients de cette forme de tenure contradictoire qui réalise une *propriété collective construite sur un type unitaire*, et nous avons noté la carence, à peu près complète, de notre législation, le Code civil ne s'étant guère occupé de l'indivision *héréditaire* qu'à l'occasion du *retrait successoral* (art. 841, *inf.*, n° 1059), de la *vente à réméré* (art. 1667 et suiv., *sup.*, t. II, n°s 1160 et 1161) et de la *saisie immobilière* (*sup.*, t. I, n° 1788).

1036. Biens héréditaires soumis au régime de l'indivision. — Cette discrétion du législateur de 1804

s'explique tant par cette circonstance qu'il voyait dans l'indivision, et spécialement dans l'indivision héréditaire, un régme provisoire, transitoire, destiné à faire place le plus tôt possible à un régime de propriété unitaire et dont les conséquences seront d'ailleurs effacées grâce à l'*effet déclaratif du partage*, que par la limitation, en fait ou en droit, de ce mode de tenure aux immeubles héréditaires : car, d'une part, les créances y échappent complètement, et, d'autre part, les autres catégories de biens mobiliers ne présentaient, en 1804, qu'une faible importance; le régime de l'indivision héréditaire se trouvait ainsi étroitement resserré dans le *temps* et dans son *objet*.

Mais il est arrivé, d'un côté que ce régime a été fréquemment prolongé, dans sa durée, soit par la volonté des cohéritiers qui surseoient au partage pendant de longues années (*inf.*, n° 1066), soit par le désir du législateur qui s'est appliqué, dans diverses éventualités, à favoriser son maintien (*sup.*, t. I, n^{os} 1793 et 1794; *inf.*, n° 1071) ; d'un autre côté, que le développement inouï de la fortune mobilière a donné à cette forme de tenure un nouvel aliment; car, ce ne sont plus seulement les immeubles qui se prêtent à l'indivision, mais aussi les rentes, actions, obligations, valeurs de bourse quelconques, fonds de commerce, brevets d'invention, droits d'auteur, offices ministériels : tous ces biens font partie de la masse qui demeurera commune entre les cohéritiers jusqu'à l'achèvement du partage. L'indivision héréditaire a ainsi vu son domaine s'accroître considérablement depuis un siècle.

1037. Efforts de la jurisprudence pour organiser l'indivision héréditaire. — Ce développement inattendu de l'indivision héréditaire, dans sa durée et dans son objet, a rendu plus sensibles les lacunes de la législation et l'imperfection de l'institution; et l'on comprend que la jurisprudence ait fait le possible pour organiser, au moins sommairement, une situation inorganisée, pour traiter la masse héréditaire indivise ainsi qu'une universalité distincte, pour l'isoler dans une certaine mesure des patrimoines des cohéritiers, pour la soumettre à un statut qui lui soit propre.

1° C'est ainsi qu'elle admet que l'administration des biens indivis soit confiée à l'un des cohéritiers, par application des règles générales du *mandat*; ou qu'elle soit assumée spontanément par l'un d'eux, conformément au concept de la *gestion d'affaires*; ou enfin qu'un *administrateur provisoire*

soit nommé par le tribunal sur la demande de l'un des intéressés;

2° Ainsi encore qu'il est de jurisprudence et de doctrine constantes que chacun des indivisaires peut se servir, pour son propre compte, des biens indivis pourvu qu'il respecte leur destination et qu'il ne compromette pas les droits égaux de ses cohéritiers; ainsi pourra-t-il exercer les droits de *chasse* et de *pêche*;

3° La *subrogation réelle* intervient pour substituer au bien héréditaire aliéné les valeurs acquises en échange ou en remploi, ainsi que la créance du prix de vente ou le prix de licitation (Ch. réun., 5 déc. 1907, *S.*, 1908, 1, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1908, 1, 113, note A. Colin);

4° Les dettes nées à la charge d'un cohéritier à raison du fonctionnement même de l'indivision — remboursement d'avances faites par un des indivisaires, indemnités pour détériorations, restitution de valeurs communes perçues, fautes de gestion — sont traitées comme *dettes envers la masse héréditaire*, sujettes à *rapport* et exécutoires par voie de *prélèvement* (Req., 7 juill. 1892, S., 1893, 1, 129, note Tissier, *D. P.*, 1893, 1, 5, note de Loynes; 23 avril 1898, *D. P.*, 1898, 1, 390, *S.*, 1902, 1, 188; Civ., 17 nov. 1936, *D. H.*, 1937, 3);

5° Les biens faisant partie de la masse héréditaire sont évalués au jour du partage, plus exactement et plus précisément, *au jour du début de la jouissance divise des copartageants*, et non pas au moment du décès; ainsi, les fluctuations économiques survenues dans l'intervalle profitent ou nuisent aux indivisaires (argt. art. 890; Civ., 11 janv. 1937, *D. H.*, 1937, 101; *S.*, 1938, 1, 377, note Batiffol); comme il est précisé dans ce dernier arrêt, « la plus-value acquise ou la moins-value soufferte par les biens de la succession, pendant le cours de l'indivision, profite ou préjudicie à tous les héritiers indivisaires... ». A cet égard, la règle de l'effet déclaratif du partage est tenue en échec, pour la plus grande satisfaction de l'équité qui se confond ici avec l'égalité entre les copartageants;

6° Les créanciers héréditaires peuvent saisir directement les biens indivis, meubles ou immeubles, nonobstant la disposition de l'article 2205 dont la portée est limitée aux créanciers *personnels* des héritiers; leur gage continue à subsister à leur profit, comme du vivant de leur débiteur, jusqu'au partage, et « d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière » (Req., 24 déc. 1912, *S.*, 1914, 1, 201, 1er arrêt). C'est là une solution remarquable qu'il est bien difficile de

concilier avec l'idée de continuation de la personne et avec le principe de la division automatique des dettes du défunt entre ses héritiers; elle a pour résultat de constituer la succession, cependant acceptée purement et simplement, à l'état de patrimoine autonome, pendant toute la durée de l'indivision; son *unité* est maintenue jusqu'au partage, malgré le décès du débiteur originaire et le fractionnement des dettes entre les héritiers, comme malgré la disposition de l'article 2205 (Comp. Req., 22 mars 1887, *D. P.*, 1887, 1, 454; trib. civ. Brive, 27 janv. 1938, *D. P.*, 1939, 2, 53, note NAST); cette jurisprudence est approuvée par de nombreux et éminents auteurs (AUBRY et RAU, 5e éd., t. IX, § 583, note 8; § 619, note 68; H. CAPITANT, *L'indivision héréditaire*, *Rev. crit.*, 1924, p. 26); elle est une réaction, pratiquement heureuse, de la jurisprudence, contre l'idée de continuation de la personne du défunt.

Nous sommes ainsi amené à envisager le sort des dettes laissées par le défunt, plus généralement des dettes héréditaires.

§ II. — *LE PASSIF HÉRÉDITAIRE. — DIVISION DES DETTES*[1]

1038. Plan. — 1° *Principe* de la division des dettes (*Droit de poursuite*);

2° *Aménagement* de ce principe;

3° *Règlement définitif du passif* (question de la *contribution*).

1039. I. Principe de la division des dettes (Droit de poursuite des créanciers héréditaires). — Les dettes du défunt se divisent de plein droit entre les héritiers, dans la mesure de leur part héréditaire (art. 1220, 870, 873), solution en rapport direct avec cet autre principe que chacun d'eux continue la personne du défunt dans la même mesure : dès l'instant du décès, les créanciers du défunt deviennent créanciers de ses successeurs; la dette du *de cujus* est fractionnée *ipso facto*.

Le principe de la division des dettes a une valeur générale :

1° Il n'y a pas à distinguer d'après le *titre* de l'héritier : le successeur *anomal* est traité comme l'héritier légitime (art. 358, pour l'adoptant; Lyon, 2 janv. 1900, *D. P.*, 1902, 2, 131). Quant au *conjoint survivant*, successeur irrégulier, ou bien il est seul héritier (art. 767, § 1) et la question de la

[1] V. H. CAPITANT, *L'indivision héréditaire* (*op. cit.*); SIESSE, thèse précitée; Jean VINCENT, *La Répartition entre les héritiers des créances et des dettes de la succession*, 1931.

division du passif successoral ne se pose donc pas; ou bien il recueille la moitié de la succession en pleine propriété (art. 767, § 2), et il supporte donc la moitié du passif héréditaire; ou enfin, il n'a qu'une vocation fixée en usufruit (art. 767, § et suiv.), qui entraîne l'obligation aux dettes, en ce qui concerne les intérêts et dans la mesure fixée par l'article 612. Pour l'Etat, qui, dans l'opinion unanime, n'est tenu qu'*intra vires* (*sup.*, n° 914), il ne concourt jamais avec les parents du défunt, pas plus qu'avec le conjoint survivant;

2° La division du passif se produit quel que soit le parti pris par l'héritier acceptant ou par les créanciers du défunt et les légataires : l'*acceptation bénéficiaire* n'y fait pas obstacle, ni la *séparation des patrimoines*; sans doute, au cas d'acceptation bénéficiaire, le gage des créanciers est limité à l'actif successoral, mais leurs droits n'en sont pas moins fractionnés entre les héritiers qui ne sauraient voir se retourner contre eux un bénéfice établi en leur faveur (Civ., 9 juin 1857, *D. P.*, 1857, 1, 295; 5 fév. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 58; Civ., 10 juill. 1893, *S.*, 1894, 1, 177, note Tissier, *D. P.*, 1894, 1, 5, note de Loynes). Quant au bénéfice de la séparation des patrimoines, *il naît divisé* au profit de chacun des séparatistes; son seul objectif est de les protéger contre les prétentions des créanciers personnels de l'héritier; il est dominé par le principe supérieur de la division des dettes; il ne saurait exercer une influence décisive sur les rapports des séparatistes avec les héritiers eux-mêmes, pas plus que sur les rapports des héritiers entre eux (arrêts précités du 9 juin 1857 et du 10 juill. 1893);

3° En principe, il n'y a pas non plus à distinguer selon l'*origine* ni la *nature* de la dette : les dettes *solidaires* se divisent entre les héritiers du débiteur originaire (*sup.*, t. II, n° 775); il n'en va autrement que des dettes *indivisibles*, fût-ce *solutione tantum*, lesquelles répugnent, quant au droit de poursuite, à tout fractionnement, et c'est pourquoi la clause de solidarité est fréquemment assortie d'une clause d'indivisibilité (*sup.*, t. II, n° 801).

1040. — Quant aux dettes *hypothécaires*, il faut distinguer entre la dette et l'hypothèque; sans doute, si un immeuble, hypothéqué en sûreté d'une dette du défunt, est placé ultérieurement dans le lot de l'un de ses héritiers, le nouveau propriétaire peut être contraint, par l'action hypothécaire, au paiement intégral, mais ce n'est nullement en tant que débiteur qu'il doit subir ce traitement, c'est en qualité de détenteur d'un bien hypothéqué et à raison de

l'*indivisibilité de l'hypothèque*. Quant à la dette elle-même, elle s'était divisée de plein droit entre les héritiers; elle n'était nullement devenue indivisible par sympathie et par contre-coup. Ces principes élémentaires sont rappelés en termes heureux par l'article 873, plus exact que l'article 1221-1°, lequel voit à tort, dans la situation faite à l'héritier détenteur d'un immeuble hypothéqué, une exception à la règle de la division des dettes entre les héritiers.

1041. Signification et appréciation de la règle de la division des dettes. — Dire que les dettes du défunt se divisent entre ses héritiers, cela revient à dire que ceux-là sont tenus conjointement et *non pas solidairement* [1]. En conséquence, le créancier est exposé à un double désagrément :

1° Tandis que, du vivant du débiteur initial, il n'avait qu'une action à exercer, le voilà désormais dans la nécessité d'engager, pour obtenir le paiement de son dû, autant de réclamations, autont de poursuites qu'il y a d'héritiers : de là des *frais*, des lenteurs et des complications;

2° Si l'un des héritiers est *insolvable*, la perte est pour le créancier qui n'est pas fondé à en demander raison aux cohéritiers du défaillant [2].

Ces conséquences ont paru fâcheuses à certains auteurs et de nature à faire critiquer le principe de la division des dettes : comment admettre que la situation d'un créancier soit compromise par le décès du débiteur? Mais il faut songer que cette éventualité a dû être envisagée lors de la naissance de l'obligation; le décès d'une personne, débiteur ou créancier, rentre parmi les événements prévisibles; c'est de son débiteur que le créancier avait suivi la foi, non de ses héritiers.

Quant à l'opinion d'après laquelle, dans notre droit positif français actuel, les dettes du défunt ne se diviseraient pas aussitôt entre ses héritiers, l'article 1220 n'ayant d'autre but que de faciliter le règlement du passif en autorisant des poursuites séparées pendant l'indivision, elle se heurte à la fois à une tradition séculaire, venue du droit romain, et à la teneur formelle des articles 1220, 870 et 873; elle est donc à rejeter

[1] Il n'est question ici que du passif laissé par le défunt; l'Etat bénéficie de la solidarité pour le recouvrement des droits de mutation (C. Enreg., art 133, § 2).

[2] Le principe de la division des dettes comporte une exception en matière *d'assurance de dommages*, par exemple d'assurance contre l'incendie : les héritiers de l'assuré décédé sont tenus, vis-à-vis de l'assureur, au paiement des primes, *solidairement* (L. 13 juillet 1930 *sur le contrat d'assurance*, art. 19, § 4).

sans hésitation : le passif qui incombait au défunt demeure en marge de la masse indivise, encore que la jurisprudence autorise les créanciers — et c'est là le seul argument valable que puisse invoquer la thèse dissidente — à saisir les biens héréditaires, pendant la durée de l'indivision (*sup.*, n° 1037). Cette commodité laissée aux créanciers du défunt, et qui n'est d'ailleurs consacrée par aucun texte, ne suffit pas à mettre en échec le grand principe de la continuation de la personne, avec l'un des principaux corollaires qu'il comporte, à savoir la division automatique des dettes entre les différents continuateurs du défunt (V. cependant *D. P.*, 1939, 2, 53, la note de M. Nast qui estime que le principe de la division des dettes héréditaires ne s'applique qu'après le partage).

1042. Clauses dérogatoires à la règle de la division des dettes. — La règle n'est pas d'ordre public au moins en tant qu'elle intéresse uniquement le droit de poursuite du créancier; une clause peut mettre l'exécution de l'obligation à la charge *d'un seul héritier*. Cette clause peut trouver place soit, comme le suppose l'article 1221-4°, dans le *titre constitutif*, soit, à plus forte raison, dans le *testament* du *de cujus*. Les deux éventualités sont à distinguer, car, dans la première, il est indispensable que l'héritier désigné pour faire l'avance ait un recours contre ses cohéritiers (art. 1221, dern. alin.); la disposition qui prétendrait l'en priver aurait le caractère d'un pacte sur succession future, puisqu'elle désavantagerait définitivement un des héritiers au profit des autres; elle serait donc radicalement nulle (art. 1130). Il en irait autrement de la clause imposant aux héritiers l'*exécution solidaire* de l'obligation; car, d'après les principes de la solidarité, celui des codébiteurs qui fait l'avance peut exercer un recours contre les autres, si bien qu'en fin de compte chacun ne paie que sa part.

Lorsque la clause dérogatoire à la règle de la division des dettes est insérée dans un *testament*, elle peut revêtir une plus grande ampleur et une signification plus complète : le testateur peut aller jusqu'à priver de tout recours celui de ses héritiers à la charge duquel il met l'acquittement de la dette; sans doute, il le prive ainsi d'une part de la succession, mais, pourvu que la réserve ne soit pas entamée, un tel résultat, qui se ramène à un avantage consenti aux autres héritiers, rentre naturellement dans le cadre d'un acte de dernière volonté. Alors, ce n'est plus seulement quant au droit de poursuite du créancier que la règle de la division est écartée, c'est aussi en ce qui concerne la contribution à

la dette dont le fardeau incombe exclusivement et définitivement à un seul des héritiers.

1043. II. Aménagement, fonctionnement du principe de la division des dettes. — Les dettes du défunt se divisent entre ses successeurs, mais dans quelle mesure au juste? Sans doute, chacun n'est tenu que pour sa part; mais il reste à savoir : 1° ce qu'on entend par là; 2° si l'on doit faire état de tous les successeurs, dans cette œuvre de justice distributive.

A. **Détermination de la part.** — D'après l'article 870, les cohéritiers contribueraient entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, « *chacun dans la proportion de ce qu'il y prend* ». La formule est inexacte : il aurait au moins fallu ajouter « à titre d'héritier »; car il est évident que si l'un des deux enfants du défunt bénéficie d'un legs à titre particulier, portant par exemple sur une maison, cette libéralité n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de la part contributive aux dettes; c'est à titre d'ayant cause à titre particulier que l'enfant avantagé recueille la maison qui lui a été léguée; or, un ayant cause de ce genre n'assume nullement le passif de son auteur; l'enfant succède donc à la moitié seulement du passif, encore qu'il prenne, dans la succession, plus de la moitié de l'actif; ce qui importe, ce n'est pas son émolument quelconque, c'est son *émolument recueilli à titre d'héritier*.

Et encore, la formule ainsi rédigée ne serait pas tout à fait exacte; en réalité, ce qui est décisif, ce n'est pas l'émolument successoral effectif, mais bien la *vocation héréditaire*, laquelle peut fort bien ne se réaliser que partiellement, soit que l'un des héritiers bénéficie, à titre préciputaire, d'une libéralité qui lui avait été consentie par le défunt, soit que l'un d'eux encoure la privation de sa part dans les biens qu'il a divertis ou recélés (art. 792), soit encore qu'il ait été chargé d'acquitter certaines dettes ou certains legs (art. 1221-4°). Dans ces différentes éventualités, la vocation héréditaire des enfants désavantagés ou coupables de détournement ou chargés d'acquitter certaines dettes, ne se développe pas dans toute son ampleur; cependant, elle subsiste intacte dans son principe; elle reste de moitié, du tiers, du quart, selon que le défunt a laissé deux, trois ou quatre enfants; le passif se divisera *également* entre ses successeurs bien que leurs émoluments se trouvent en fait *inégaux* : la vocation est envisagée dans sa *virtualité*, non dans les résultats tan-

gibles auxquels elle aboutit dans l'espèce. C'est bien ainsi que l'entend le législateur lorsque, dans l'article 1220, il déclare que les héritiers ne doivent payer les dettes que pour les parts dont ils sont tenus comme représentant le défunt.

Encore faut-il ajouter que les héritiers qui sont dépourvus de la saisine légale ne sauraient être inquiétés par les créanciers aussi longtemps qu'ils n'ont pas été envoyés en possession (*sup.*, nos 827 et 835), jusque là, les créanciers héréditaires n'ont action que contre les héritiers saisis, et dans la mesure seulement où ils continuent la personne du défunt (Civ., 13 août 1851, *D. P.*, 1851, 1, 281; Bordeaux, 12 juill. 1867, *D. P.*, 1868, 2, 167).

1044. B. **Successeurs dont on fait état pour la répartition du passif.** — Ce sont tous ceux qui sont tenus à l'acquittement du passif, donc tous les successeurs universels ou à titre universel, héritiers légitimes ou successeurs irréguliers : le conjoint survivant, lorsqu'il est appelé à recueillir la moitié de la succession en pleine propriété (art. 767, § 2), est tenu de la moitié du passif, du moins jusqu'à concurrence de son émolument (*sup.*, n° 913) ; mais il n'y a lieu de faire état ni des *légataires à titre particulier* ni du *conjoint survivant* dont la vocation est fixée en usufruit; les premiers ne sont que des ayants cause à titre particulier qui ne succèdent donc pas au passif de leur auteur (*sup.*, t. I, n° 1648; *inf.*, n° 1523) ; le second n'est tenu des dettes que comme usufruitier, pour les intérêts, et dans les termes de l'art. 622 (*sup.*, t. I, n° 1914).

1045. Difficulté. — Il arrive parfois que l'émolument de l'un des successeurs soit *indéterminé*, au moins provisoirement et jusqu'à plus ample informé : il en est ainsi de celui d'un *successeur anomal* ou encore de celui d'un *légataire* des meubles, ou des immeubles, ou d'une quote-part des meubles ou des immeubles; pour déterminer l'importance de ces vocations, il faudra procéder à une *ventilation*, rechercher, par exemple quelle est la valeur des immeubles légués, par rapport à l'ensemble de la succession : s'ils valent 200.000 francs alors que l'hérédité tout entière en vaut 400.000, l'obligation au passif héréditaire se divisera également entre l'héritier *ab intestat* et le légataire à titre universel. La solution ne fait aucun doute : mais que décider en attendant? Quels sont les droits des créanciers jusqu'au jour où une ventilation aura permis de fixer l'étendue de la vocation de chacun?

Divers expédients ont été proposés : d'après certains auteurs les créanciers devraient être admis à agir contre les différents successeurs dans la mesure, non de leurs vocations — on en ignore l'étendue exacte — mais de leurs parts *viriles*; si, par exemple, le défunt a laissé deux enfants et un légataire des meubles, chacun des successeurs pourrait être poursuivi, provisoirement, jusqu'à concurrence d'un tiers du passif héréditaire. On tire argument en ce sens de l'article 873 d'après lequel les héritiers sont tenus des dettes « personnellement pour leur part et *portion virile* »; mais il paraît invraisemblable que ce texte ait visé le cas où il existe des successeurs à émolument déterminé; et il vaut mieux admettre qu'il contient tout simplement un pléonasme.

Pour d'autres auteurs, les créanciers, jusqu'à la ventilation, ne pourraient s'en prendre qu'aux successeurs dont l'émolument est connu; dans l'espèce, ils seraient fondés à réclamer la moitié à chacun des deux enfants, en négligeant donc complètement le légataire à titre universel. Mais il est aisé de voir qu'en réalité, l'émolument des enfants est aussi indéterminé que celui du légataire, puisque les différentes vocations sont complémentaires les unes des autres.

Aussi pensons-nous que le plus sage est de surseoir, de demeurer sur l'expectative : cette solution n'est pas aussi dure pour les créanciers héréditaires qu'on pourrait le croire, car : 1° ils peuvent provoquer la ventilation qui fixera les obligations de chacun; 2° la jurisprudence les admet à saisir les biens héréditaires, en bloc, objectivement, sans s'inquiéter de savoir dans quelle mesure chacun des successeurs est assujetti au passif héréditaire (*sup.*, n° 1037).

1046. III. Règlement définitif du passif : contribution. — Il ressort des développements précédents qu'un successeur peut être amené à solder le passif héréditaire au delà de la part qu'il doit supporter définitivement, au delà de sa *part contributive*, soit que la dette fût indivisible ou hypothécaire, soit qu'une clause de l'acte constitutif ou du testament eût dérogé à la règle de la division, soit que les héritiers saisis eussent été poursuivis pour la totalité de la dette. Dans de telles éventualités, un *recours* peut être exercé par le *solvens* afin de résoudre la contradiction qui existe entre le point de vue de l'*obligation* et celui de la *contribution*. Comment ce recours sera-t-il réalisé? Quel aspect juridique revêtira-t-il?

A. Mettons de côté le cas où c'est *volontairement* que le

successeur a payé au delà de sa part contributive : il est alors réduit à l'*action de gestion d'affaires*, action purement personnelle; il ne bénéficie pas de la subrogation légale, puisqu'il ne rentre pas dans les termes de l'article 1251-3° : il n'était point *tenu avec d'autres ou pour d'autres*. Cependant, on sait que l'*héritier bénéficiaire* qui a volontairement payé de ses deniers une dette héréditaire, est légalement subrogé aux droits du créancier, pour tout ce qui excède, soit sa part contributive, soit son émolument (art. 1251-4°; *sup.*, t. II, n° 886; t. III, n° 947).

1047. — B. Si, au contraire, le *solvens* se trouvait *dans l'obligation* de payer au delà de sa part contributive, par exemple à raison du caractère indivisible ou hypothécaire de la dette, il est alors investi, outre l'action personnelle de gestion d'affaires :

1° D'une action en *garantie*, à raison du trouble ou de l'éviction qui sont résultés pour lui des débours supplémentaires qu'il a dû effectuer; ce recours, exercé sous la forme de l'*action en garantie du partage*, est assuré par le privilège du copartageant de l'article 2103-3°; il ne peut être exercé, contre chacun des cohéritiers, qu'en proportion de sa part (arg., art. 885, § 1);

2° Des droits et actions qui appartenaient au créancier désintéressé et dans lesquels il est *subrogé légalement* en vertu de l'article 1251-3°, car il était bien tenu *avec* les autres héritiers et c'est *pour eux* qu'il a payé dans la mesure où ses débours ont excédé le montant de sa part contributive. Ce recours pourra lui être précieux si la créance qu'il a acquittée était assortie de sûretés, réelles ou personnelles, dont il sera admis à se prévaloir. Toutefois, le subrogé ne se trouve pas placé tout à fait dans la même situation que le créancier désintéressé, en ce sens qu'il doit diviser son action récursoire contre ses cohéritiers; il ne peut demander à chacun d'eux que sa part dans la dette; c'est la solution que l'article 875 donne pour le cas où le règlement a porté sur une dette hypothécaire, et la généralisation s'impose sans aucun doute, d'abord parce que tel est le droit commun en matière de subrogation (art. 1214, § 1, pour la solidarité), puis parce qu'il serait contraire à l'idée de la *garantie* entre cohéritiers que l'un d'eux pût exiger des autres des paiements excédant leur part contributive. Il est vrai que cette division du recours expose le *solvens* au risque de l'insolvabilité de l'un de ses cohéritiers; mais ce danger est pallié, d'après le statut de la solidarité, par la répartition de la perte entre tous les cohé-

ritiers solvables, conformément aux articles 1214, § 2 (solidarité) et 876 (dette hypothécaire), c'est-à-dire proportionnellement à la part contributive de chacun.

1048. Réglementation spéciale au service des rentes. — Les actions récursoires sont fort gênantes lorsque la dette, dont l'exécution incombe intégralement, quant au droit de poursuite du créancier, à l'un des contribuables, affecte la forme d'une *rente* dont les *arrérages* sont exigibles à intervalles réguliers, chaque année, chaque semestre ou chaque trimestre; le *solvens*, tenu au paiement intégral, comme détenteur d'un immeuble hypothéqué au service de la rente, devra, après chaque échéance, se retourner contre ses cohéritiers pour exiger l'acquittement de leur contribution; ces recours à répétition sont une source d'embarras, de complications et de risques. L'article 872 offre aux intéressés deux procédés pour sortir de cette situation, pour la liquider une fois pour toutes :

1° Il décide d'abord que chacun des cohéritiers peut exiger que la rente soit *remboursée*, et que les immeubles hypothéqués soient libérés avant même la formation des lots. Mais ce procédé n'est utilisable que si la rente est *rachetable*; il ne l'est donc pas pour les rentes *viagères* (art. 1979), ni même pour les rentes *perpétuelles* lorsqu'elles ont été stipulées irrachetables, comme le permet le Code civil, soit pendant *dix années* pour les rentes *constituées* (art. 1911, § 2) et *trente ans* pour les rentes *foncières* (art. 530, § 3);

2° En pareille occurrence, la loi suggère un autre procédé de liquidation : l'immeuble hypothéqué au service de la rente sera *estimé*, lors du partage, en tenant compte de l'obligation que son attribution entraîne pour l'héritier dans le lot duquel il sera placé; moyennant quoi, celui-ci devra assurer le service de la rente sans pouvoir exercer aucun recours contre ses cohéritiers : il a, entre les mains, une provision suffisante pour faire face à la situation.

Mais ce deuxième procédé n'est lui-même pas toujours utilisable : d'abord, il suppose que la rente est susceptible d'évaluation, ce qui n'est guère le cas pour la rente viagère, dont la valeur est subordonnée à la durée de la vie du crédirentier, c'est-à-dire est inconnue; de plus, et même pour les rentes perpétuelles, un obstacle surgit lorsque l'hypothèque porte sur plusieurs immeubles de la succession, car alors plusieurs des héritiers seront vraisemblablement attributaires de ces immeubles, en sorte qu'on ne peut pas prévoir à qui d'entre eux le crédirentier s'adressera pour exiger le

paiement intégral de chacun des arrérages; on se trouve ainsi dans l'impossibilité de prévoir par qui sera fait effectivement le service des arrérages et sur lequel des immeubles doit être déduite la valeur de la rente. A quoi il faut ajouter que, même dans l'éventualité la plus favorable, le procédé ne donne pas des résultats infaillibles, car la combinaison intervenue entre les cohéritiers n'est pas opposable au crédirentier qui conserve le droit de s'adresser, pour le service des arrérages, aux héritiers non attributaires de l'immeuble hypothéqué, du moins dans la mesure de leur part héréditaire; c'est cette éventualité qui est visée par la disposition finale de l'article 872, d'après laquelle l'héritier attributaire demeure seul chargé du service de la rente « ... *et il doit en garantir ses cohéritiers* »; il est vrai qu'en pratique, le crédirentier préférera s'en prendre à l'attributaire contre qui il dispose d'une créance garantie par l'hypothèque, en sorte que la réserve faite par cette formule finale est théorique plutôt que pratique.

Lorsque, pour une raison quelconque, l'une et l'autre des combinaisons suggérées par l'article 872 demeurent impraticables ou inutilisées, il faut en revenir au droit commun, c'est-à-dire au procédé des actions récursoires réitérées.

Section II. — LE PARTAGE ET SES EFFETS

1049. Sources. — C. civ. Livre III, titre I, chap. 6; art. 815 à 892; d.-l. du 17 juin 1938 *modifiant les articles 815, 822, 827, 832, 859, 866, 1075 C. civ.*

1050. Définition ; vue générale. — L'idée la plus générale que l'on puisse donner du partage est qu'il constitue *un acte de classement, d'assignation, tendant à localiser des droits de quotité*; il vise à substituer au droit à une quote-part — la moitié, le tiers, le dixième, de tel bien ou de telle universalité — un droit *exclusif, privatif*, portant sur des biens déterminés; avant le partage, les parts des ayants droit se traduisaient par une fraction numérique; après cet acte, elles se matérialisent dans des objets déterminés, assignés privativement aux divers copartageants; il y a à la fois matérialisation et localisation des droits concurrents.

On se fait ordinairement du partage une conception trop restreinte; volontiers, on en limite l'emploi aux biens corporels inclus dans une succession, aux choses dont *les héritiers sont copropriétaires*. Or, cette formule est trop étroite à un double égard.

1° Les biens transmis *ab intestat* ne sont pas tous les biens à partager; la dévolution successorale n'est pas l'unique source de copropriété; l'indivision héréditaire n'est qu'une variété importante d'un genre plus compréhensif : la société, l'association, le contrat de mariage, le testament, la donation, la vente elle-même, sont aussi des sources de copropriété (*sup.*, t. I, n° 1783). C'est dire combien défectueux est le plan du Code civil qui traite de l'indivision et du partage à propos des successions, alors que ces institutions auraient trouvé naturellement leur place au titre de la propriété;

2° Encore faut-il observer que ce ne sont pas seulement des propriétaires qui peuvent se trouver dans l'indivision, mais aussi des titulaires de droits réels dérivés, notamment des usufruitiers; on conçoit, en effet, que plusieurs droits d'usufruit soient fixés en quotité, relativement à tel bien ou à tel ensemble de biens; il existe des *co-usufruitiers* comme il existe des copropriétaires, et, pour les uns comme pour les autres, c'est le partage qui matérialisera, qui localisera leurs droits.

1051. Autre définition. — Il semble résulter des explications qui précèdent que le partage tend invariablement *à substituer à un mode de tenure collective un mode de tenure privative*; que, par exemple et pour rester dans l'éventualité la plus normale, *il transforme une copropriété en une propriété individuelle*. Et cette vue est parfaitement exacte en thèse générale; cependant, bien des réserves sont à faire.

1° Il y a des partages qui ne font certainement pas cesser l'indivision : ce sont ceux qui ne portent que sur la *jouissance* des biens indivis, non sur leur propriété, et qui n'ont donc qu'un caractère *provisoire* : aussi les qualifie-t-on de *provisionnels* (*inf.*, n° 1160); on les oppose, sous ce nom, aux *partages définitifs*;

2° D'autre part, c'est une question de savoir si l'acte qui, sans mettre fin à l'indivision, réduit cependant le nombre des copropriétaires, ne doit pas être traité ainsi qu'un partage (*inf.*, n° 1200);

3° Enfin, on verra que, dans l'état actuel de notre jurisprudence, le partage successoral peut affecter des biens qui n'étaient cependant pas assujettis au régime de l'indivision, à savoir les *créances héréditaires*, divisées de plein droit entre les héritiers (*sup.*, n° 1079). Il y a donc ici substitution d'une tenure unitaire à une autre tenure unitaire.

Sous le bénéfice de ces réserves, et lorsque le partage, accompli *à titre définitif*, porte sur des biens *autres que des*

créances, on peut considérer qu'il réalise effectivement, et par essence même, la substitution d'un mode de tenure unitaire à un mode collectif.

1052. Caractère d'ordre public du partage. — Le Code civil a considéré le partage comme l'aboutissement, le dénouement naturel, désirable et nécessaire de toute indivision; aux termes de l'article 815, § 1 : « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué...* »; en ce sens, cette opération présente un caractère d'*ordre public* qui s'affirme notamment aux deux points de vue suivants :

1° Par la *nullité* ou la *réductibilité* des conventions tendant à maintenir l'indivision indéfiniment ou pour une longue période (art. 815, § 1; *inf.*, n° 1067).

2° Par le caractère *absolu, abstrait*, qui est reconnu à l'action en partage, laquelle ne saurait être écartée sous le prétexte qu'elle ne s'appuie pas sur des raisons sérieuses et légitimes (Civ., 26 déc. 1866, *D. P.*, 1867, 1, 27) : le droit de provoquer le partage échappe ainsi à l'emprise du concept de l'*abus des droits*; il appartient à la catégorie des droits non causés.

Cependant, il existe des biens qui sont impartageables, les uns comme voués à un état d'*indivision perpétuelle* (*sup.*, t. I, n° 1794; *inf.*, n° 1078); d'autres parce qu'ils échappent *momentanément* à toute répartition entre les ayants droit (*sup.*, t. I, n° 1793; *inf.*, n° 1071).

1053. Plan. — On étudiera :

1° L'*action en partage*;

2° L'*objet* du partage (*formation de la masse* à partager; RAPPORTS);

3° Les *formes* du partage;

4° Sa *nature* et ses *effets*;

5° Les moyens par lesquels un partage peut être *attaqué*.

§ I. — *L'ACTION EN PARTAGE*

1054. Définition. — On désigne, sous l'appellation d'*action en partage*, le *droit de provoquer le partage*; en général, la justice n'a pas à intervenir, et tout se passe amiablement, privativement; même si les circonstances exigent que le partage revête la forme judiciaire, à raison, par exemple, de la présence d'un mineur parmi les héritiers, ce n'est pas encore une véritable *action* qui est intentée, puis-

qu'il n'y a pas de litige à trancher, puisque le juge fait acte de juridiction gracieuse; c'est donc seulement si un différend s'élève entre les ayants droit et s'il nécessite le recours au tribunal, que l'action en partage justifie son nom; hors de là, elle est une demande, et rien d'autre.

1054*bis*. Compétence. — Le seul tribunal compétent pour connaître de l'action en partage est celui du *lieu de l'ouverture de la succession*, donc celui du dernier domicile du défunt (*sup.*, n° 818) : c'est devant cette juridiction que doit être portée, à peine de nullité, « *l'action en partage et les contestations qui s'élèvent soit à l'occasion du maintien de l'indivision, soit au cours des opérations de partage...* »; c'est devant elle qu' « *il est procédé aux licitations et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants, et celles en rescision du partage...* » (art. 822, mod. par d.-l. 17 juin 1938) : c'est donc un véritable monopole exclusif qui est ainsi concédé au tribunal du lieu de l'ouverture, en ce qui concerne l'action en partage et les contestations qui s'y rattachent.

1055. Plan. — Il faut savoir :
1° *Qui* peut demander le partage;
2° A quelle *époque*;
3° Quelle est la *capacité* requise pour figurer dans un partage.

N° 1

Qui peut provoquer le partage

1056. Principe. — Le partage peut être provoqué : 1° par chacun des *cohéritiers*, en donnant à ce mot son sens le plus large; 2° pour leurs *créanciers*, agissant de leur chef, en vertu de l'article 1166; 3° par les *cessionnaires* de droits successifs.

1. **Le droit d'agir en partage appartient à tout cohéritier, « lato sensu ».** — Il dépend de tout successeur, *universel* ou *à titre universel*, *pur et simple* ou *bénéficiaire*, de mettre fin à la confusion des droits héréditaires en provoquant le partage des biens successoraux; cette faculté n'est aucunement entravée par la *séparation des patrimoines*; et, à cet égard, les *successeurs irréguliers* sont assimilés aux *héritiers légitimes*, car l'action en partage est accordée, non pas, à vrai dire, à l'héritier et à ce titre, mais à l'indivisaire; *la saisine n'a donc rien à voir dans son attribution.*

Mais il est évident que le partage ne peut être demandé que par un indivisaire, et *dans la mesure où il y a indivision*. En conséquence :

1° Il ne saurait être provoqué par un *successeur anomal*, car les biens soumis au retour successoral forment l'objet d'une hérédité dans l'hérédité (*sup.*, n° 814) ; un tel successeur ne se trouve pas dans l'indivision avec les héritiers ordinaires;

2° Lorsque le *conjoint survivant* a une vocation, successorale ou testamentaire, fixée en usufruit, il ne lui appartient pas de provoquer le partage de la propriété même des biens; il ne saurait alors se dire en état d'indivision avec ses cohéritiers, *quant à la propriété*; l'indivision n'existe que pour des droits de même nature; un usufruitier ne se trouve pas dans l'indivision avec un nu propriétaire (*sup.*, t. I, n° 1872) ; mais du moins le conjoint survivant se trouve-t-il dans l'indivision avec ses cohéritiers en ce qui concerne l'usufruit; il est donc fondé à exiger une attribution privative de l'usufruit auquel il a droit et qui sera cantonné, localisé sur des biens déterminés; c'est dans cette mesure limitée, en tant que co-usufruitier — ses cohéritiers étant considérés comme titulaires d'une sorte d'usufruit *causal* — qu'il pourra demander le partage; quant à la nue propriété des biens grevés de son usufruit, elle demeure indivise entre les héritiers du sang, sans que le conjoint survivant puisse en déclencher la répartition entre eux (Req., 9 avril 1877; Civ., 1er juill. 1891, *motifs*, *D. P.*, 1892, 2, 145; Req., 20 juill. 1932, motifs, *D. P.*, 1933, 1, 113, note Savatier, *S.*, 1934, 1, 41, rapport E. Pilon et note Vialleton; Orléans, 19 mars 1887, *D. P.*, 1889, 2, 113; Amiens, 15 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 314). Il n'en irait autrement, que si un des immeubles héréditaires était impartageable ou difficilement partageable et s'il n'était possible « ni de cantonner l'usufruit sur une portion de la propriété, ni de le liciter dans des conditions avantageuses pour l'usufruitier » (arrêt précité 20 juil. 1932) ; la vente publique en serait alors poursuivie pour la pleine propriété, sur l'initiative de l'un quelconque des ayants droit (Civ., 24 juin 1863, *D. P.*, 1863, 1, 285, 1er juill. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 145; Req., arrêt précité, 20 juill. 1932 et la note de M. Savatier; Nancy, 3 nov. 1934, *D. P.*, 1935, 28). V. sur ces questions les notes de Labbé (*S.*, 1880, 1, 145; 1890, 1, 497) ; H. Capitant (*D. P.*, 1908, 2, 345) ; L. Josserand (*D. P.* 1932, 2, 1), et l'article de M. Vialleton dans la *Revue trimestrielle*, 1925, p. 261.

Il va sans dire que le conjoint survivant, s'il est cohéritier

pour la pleine propriété et jusqu'à concurrence de la moitié de la succession (art. 767, § 2, l. 3 déc. 1930), a qualité pour provoquer le partage.

Trois éventualités sont donc à distinguer : 1. Le conjoint recueille toute la succession (art. 767, § 1) : il est alors seul ayant droit et le partage n'est donc pas en question; 2. il a une vocation fixée en usufruit; l'action en partage lui est accordée, mais seulement quant à son usufruit et en vue de le localiser, de le cantonner, de le dégager de la masse héréditaire; 3. il est cohéritier en pleine propriété (art. 767, § 2), et alors il peut demander le partage dans les termes du droit commun, pour la pleine propriété même.

3° Les *ascendants* qui, en concours avec le conjoint survivant, sont réduits à une réserve, fixée en usufruit (art. 1094, § 1, nouvelle réd.; *inf.*, n° 1827*bis*), ne pourront, eux aussi, provoquer le partage que pour leur usufruit et en vue de localiser leurs droits, de les libérer de l'emprise des droits concurrents du conjoint survivant (*inf.*, *ibid.*).

1057. II. **Créanciers personnels des héritiers.** — Le droit, pour les créanciers *personnels* des héritiers, de provoquer le partage de la succession échue à leur débiteur, leur est formellement reconnu par l'article 2205; il est très généralement admis qu'il leur appartient, non pas *proprio nomine*, mais seulement du chef de leur débiteur, au nom de qui ils le font valoir, *obliquement* et dans les termes de l'article 1166 (Civ., 26 juill. 1854, *D. P.*, 1854, 1, 303; Orléans, 8 déc. 1881, *S.*, 1883, 2, 113). On doit en conclure :

1° Que ce droit a un caractère *subsidiaire*, l'exercice en étant subordonné, conformément au droit commun de l'action indirecte, à l'inaction du débiteur (*sup.*, t. II, n° 669; Bordeaux, 23 mai 1893, *D. P.*, 1894, 2, 48), et plus généralement, à l'existence d'un *intérêt sérieux et légitime* (arrêt précité du 26 juill. 1854);

2° Que les créanciers sont empêchés d'agir en partage du moment que l'héritier, leur débiteur, ne serait pas admis à le faire, par exemple à raison d'une convention d'indivision qu'il aurait conclue avec ses cohéritiers (*inf.*, n° 1068).

1058. III. **Cessionnaires de droits sucessifs.** — Le cessionnaire d'une part héréditaire, ou d'une fraction de part, peut exercer l'action en partage de la succession, comme se trouvant substitué à son cédant; mais il en irait autrement de l'acquéreur d'un ou de plusieurs objets déterminés,

lequel, étant un ayant cause à titre particulier, ne prend pas la place de son auteur.

Le droit, pour le cessionnaire d'une part ou d'une fraction de part, de provoquer le partage, est tellement certain et effectif, qu'il a fallu imaginer un procédé permettant aux cohéritiers du cédant d'éliminer le cessionnaire : c'est dans ce but qu'a été imaginé le *retrait successoral*.

Retrait successoral

(Art. 841)

V. P. Cauvy, *Le retrait successoral*, 1929.

1059. Définition ; vue générale. — Le *retrait successoral*, comme les deux autres retraits, — *retrait d'indivision* (art. 1408, § 2; *sup.*, n° 64) et *retrait litigieux* (art. 1699 à 1701; *sup.*, t. II, n° 813) — se ramène à une *expropriation pour cause d'utilité privée* : il consiste en ceci que les cohéritiers du cédant prennent pour leur compte le marché passé entre le cédant et le cessionnaire; on exproprie ce dernier de la part ou de la fraction de part qu'il avait acquise, en lui remboursant, à titre d'indemnité, le prix de la cession; par ce moyen, les cohéritiers du cédant éliminent des opérations du partage un intrus, venu de l'extérieur et qu'ils ne se soucient pas de voir prendre part au règlement de la succession, règlement auquel ils pourront donc procéder entre eux, en famille.

Il est rappelé que ceux qui exercent le retrait sont appelés *retrayants*, tandis que celui contre qui il est exercé — en notre matière, le cessionnaire de droits successifs — est qualifié de *retrayé*.

1060. Plan. — Il faut mentionner : 1° les *conditions* du retrait; 2° son *mode d'exercice*; 3° sa *nature* et les *effets* qu'il produit.

A. **Conditions auxquelles est subordonnée la faculté de retrait.** — Les conditions ont trait : 1° à la *cession* effectuée; 2° à la personne du *cédant*; 3° à celle du *retrayé*; 4° à celle du *retrayant*; elle sont toute dominées par cette idée que le retrait tend à éviter l'immixtion, dans le partage successoral, d'un tiers importun.

1° *Conditions requises dans la cession effectuée.* — Elles sont au nombre de deux :

a) La cession doit porter sur la part ou une fraction de la part d'un des héritiers : c'est le « *droit à la succession* » qui a été cédé (art. 841), et non pas un ou plusieurs objets particuliers; on suppose donc une *cession de droits successifs*. D'ailleurs, l'acquéreur d'une part indivise dans un objet particulier n'a pas qualité pour provoquer le partage de la succession, ni pour y figurer; ses droits sont limités à la chose qu'il a acquise; il n'existe donc pas de raison de réaliser le retrait contre lui (Req., 21 déc. 1920, *S.*, 1921, 1, 134; 9 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 161, *S.*, 1934, 1, 151; Civ., 22 janv. 1936, *D. H.*, 1936, 166; Paris, 1er juill. 1909, *D. P.*, 1910, 2, 287, *S.*, 1910, 2, 172; 27 déc. 1927, *Gaz. Pal.* 1928, 1, 340);

b) On suppose également que la cession est intervenue *à titre onéreux*; une acquisition à titre gratuit n'est pas sujette au retrait. En effet : 1° l'article 841 impose au retrayant le remboursement du *prix de la cession*, ce qui implique que celle-ci a eu lieu à titre onéreux; 2° par le retrait successoral, on veut écarter l'intervention d'un spéculateur animé de l'esprit de lucre; or, l'acquéreur à titre gratuit ne justifie pas ces appréhensions; il n'est guidé ni par l'appât du gain, ni par une curiosité malsaine; le caractère gratuit de son titre constitue pour lui un légitime motif d'acquisition, un mobile justificatif; 3° la tradition est fixée en ce sens.

D'une façon plus générale, il faut décider, à notre avis, que le retrait est sans emploi contre tout cessionnaire qui avait un *intérêt légitime* à acquérir les droits successifs, par exemple le créancier du cédant envers qui ce dernier s'est libéré, par la cession, de ce qu'il lui devait (Arg., art. 1701-2°, qui donne une solution de ce genre pour le retrait *litigieux*);

2° *Condition requise chez le cédant*. — L'article 841 suppose que la cession émane d'un *cohéritier*; ce dernier mot doit être entendu *lato sensu* comme englobant héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel. Mais l'aliénation effectuée par un *légataire particulier* ne donne pas prise au retrait; à plus forte raison en est-il ainsi de celle qui porte sur des biens non successoraux et qui n'émane pas d'un successeur *mortis causa*, par exemple de celle qui est consentie, sur des biens de la *communauté conjugale*, par l'un des époux : le retrait *successoral* est limité aux indivisions *successorales* (Civ., 12 déc. 1894, *S.*, 1895, 1, 257, *D. P.*, 1895, 1, 286; 14 déc. 1908,

S., 1908, 1, 497, note LYON-CAEN, *D. P.*, 1909, 1, 457, note H. CAPITANT; Req., 15 mars 1922, *D. P.*, 1922, 1, 183);

3° *Condition requise chez le retrayé.* — C'est seulement s'il n'est pas lui-même héritier, dans la succession dont il s'agit, que le cessionnaire est exposé au retrait; dans le cas contraire, l'expropriation ne rimerait à rien, elle manquerait son but, puisqu'elle n'empêcherait pas le retrayé de figurer au partage en temps qu'héritier et pour sa part personnelle.

Mais du moment que le cessionnaire n'est pas un *successible* (art. 841), il est exposé au retrait; on le considère comme un fâcheux, comme un intrus, comme un *étranger*, alors même qu'il serait un *parent* du défunt (art. 841) ou le conjoint d'un héritier, ou un légataire à titre particulier — donc même un légataire d'universalité ou d'une quote-part d'usufruit (Civ., 23 juin 1909, *S.*, 1910, 1, 374, *D. P.*, 1910, 1, 286). Il n'y a de difficulté vraiment grave que pour le conjoint survivant du *de cujus* qui est un *successible* dont la part est normalement fixée en *usufruit*, et aussi pour les *ascendants* lorsque, concourant avec le conjoint survivant, ils en sont réduits à leur réserve, alors constituée uniquement en usufruit (art. 1094, § 1, nouv. réd.; *inf.*, n° 1827*bis*); il nous paraît préférable de faire prédominer en de telles occurrences la première indication; on ne peut pas considérer comme étranger à la succession un conjoint ou un ascendant qui a la qualité de successible; le retrait n'est pas admissible contre lui; (*Sic*, pour le conjoint, AUBRY et RAU, 5e éd., t. X, § 621*ter*, note 13 *quater*; *contra*, MAURY et VIALLETON, n° 555; pour l'*ascendant*, lequel a qualité d'héritier légitime réservataire, *Sic*, G. MARTY, *La loi du 3 décembre 1930 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant*, n° 30, *Rev. crit.*, 1931; LE BALLE, *Cours de droit civil français* de CH. BEUDANT, 2e éd., t. V*bis*, n° 891);

4° *Conditions requises chez le retrayant.* — *a*) Le cessionnaire ne peut être écarté que par un *cohéritier* (art. 841); ce mot doit être entendu ici comme à l'égard du retrayé, et l'on peut poser le principe suivant : *celui-là est admis à exercer le retrait qui y échapperait s'il était lui-même cessionnaire d'une part indivise* (héritier légitime ou successeur irrégulier, légataire universel ou à titre universel), sans distinguer selon que l'émolument est fixé en pleine propriété, en nue propriété ou en usufruit, mais à l'exclusion des légataires particuliers comme des héritiers renonçants ou indignes.

Le droit au retrait est considéré comme *exclusivement attaché à la personne*, au sens de l'article 1166 : il ne peut pas

être exercé, indirectement, par les créanciers des cohéritiers agissant du chef de leurs débiteurs (Montpellier, 16 juill. 1853, *D. P.*, 1854, 5, 662).

L'exercice du retrait a lieu *à titre individuel*; le retrayant agit pour son compte personnel, uniquement; il doit faire face à toutes les charges de l'opération de même qu'il en réalise tous les profits;

b) Le cohéritier ne peut exercer le retrait s'il avait renoncé, expressément ou tacitement, à s'en prévaloir, depuis l'ouverture de la succession; l'exercice de ce droit n'intéresse pas l'ordre public (Req., 20 juill. 1893, *S.*, 1894, 1, 23, *D. P.*, 1893, 1, 592; Chambéry, 11 déc. 1907, *S.*, 1908, 2, 140).

1061. B. **Mode d'exercice, réalisation du retrait successoral.** — Le retrayant doit rembourser au retrayé le *prix de la cession* (art. 841); et aussi, bien que le texte n'en fasse pas mention, les *frais et loyaux coûts* du contrat, ainsi que les *intérêts* depuis le jour où le prix a été payé (Arg., art. 1699, qui décide ainsi pour le retrait *litigieux*).

En revanche, le retrayé, à supposer qu'il ait perçu les *fruits* ou les *intérêts* des choses cédées, est tenu de les imputer sur le montant des restitutions auxquelles il a droit.

1062. C. **Nature et effets du retrait.** — Le retrait successoral s'analyse, comme les deux autres variétés de retrait, en une *substitution* d'un nouvel acquéreur qui prend pour son compte le marché de l'acquéreur primitif, exproprié moyennant indemnité; seulement, les effets de cette substitution sont limités aux rapports du retrayant et du retrayé, sans toucher aux rapports que la cession avait établis entre le cédant et le cessionnaire. Il y a donc deux points de vue à considérer :

1° *Dans les rapports du retrayant avec le retrayé*, l'opération a un caractère *déclaratif*; la cession disparaît *rétroactivement*, en sorte que le premier n'est nullement l'ayant cause du second auquel il se trouve substitué, non seulement pour l'avenir, mais aussi dans le passé. En conséquence :

a) Le retrait n'est pas assujetti à un droit de *mutation*; il n'y a pas acquisition nouvelle, mais *changement de partie prenante* pour l'acquisition antérieurement intervenue;

b) Pour la même raison, il n'y avait pas lieu à *transcription* alors que, sous l'empire du Code civil et de la loi du 23 mars 1855, les actes déclaratifs échappaient à cette formalité; mais la situation a été inversée par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui, élargissant le domaine de l'institution,

a soumis à la transcription les actes même simplement déclaratifs de propriété immobilière (art. 1er-5° de la loi de 1855, nouv. réd.; *sup.*, t. I, nos 1730 et 1731); en conséquence, le retrait successoral, comme d'ailleurs le retrait de droits litigieux (*sup.*, t. II, n° 816) et le retrait d'indivision (*sup.*, n° 68) ne devient opposable aux tiers, *en tant qu'il intéresse des immeubles*, qu'à compter du jour où il a été transcrit (droits fixés actuellement à 2,70 %). Cette solution est d'autant plus certaine que la cession des droits successifs, consentie par le cohéritier à un tiers, avait dû elle-même être publiée, en conformité de l'article 1er-1° de la loi de 1855; si le retrait, qui réalise l'anéantissement de cette cession, pouvait devenir opposable aux tiers indépendamment de toute transcription, le public serait induit en erreur, puisqu'il en resterait à la première opération et serait tenu dans l'ignorance de la deuxième : d'un mouvement d'aller et retour, il ne connaîtrait que l'aller. Cette considération est suffisamment décisive pour que soit admise la nécessité de la transcription, sans distinction, et même dans le cas où le retrait n'a pas mis fin à l'indivision (*Sic*, Nerson, Les dispositions du décret-loi de 1935... p. 143; — *contra*, Voirin, dans *Les lois nouvelles*, 1936, 1re partie, p. 179);

c) Les droits réels constitués dans l'intervalle par le retrayé tombent en même temps que ses propres droits : il n'a pas pu conférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même;

d) Les droits qui s'étaient éteints par consolidation ou par confusion, du fait de la cession, vont revivre, puisque cette cession, cause de la consolidation ou de la confusion, est elle-même anéantie rétroactivement;

e) Le retrayé ne doit pas la *garantie* au retrayant : ce dernier ne serait donc pas fondé à lui refuser le remboursement du prix de la cession sous le prétexte qu'il est menacé d'une éviction (Civ., 27 janv. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 113, *S.*, 1893, 1, 17, note Wahl);

2° *Dans les rapports du cédant avec le cessionnaire*, la cession subsiste. Le premier peut donc toujours réclamer au second le prix convenu, sans pouvoir jamais s'en prendre au retrayant, lequel n'est pas devenu son débiteur; il n'a pas à s'occuper et il ne saurait se prévaloir du retrait auquel il n'a pas participé et qui demeure pour lui *res inter alios acta*; le retrait n'entraîne pas novation par changement de débiteur (Civ., 7 janv. 1857, *D. P.*, 1857, 1, 81).

N° 2

A quelle époque le partage peut être demandé

1063. Principe. — L'action en partage, corollaire de l'indivision et spécialement de l'indivision héréditaire, peut être exercée : 1° aussitôt que commence cette indivision; 2° aussi longtemps qu'elle persiste. Cette proposition veut être examinée dans ses deux parties.

1064. I. Le partage peut être demandé aussitôt que l'indivision a commencé, donc dès le jour du décès. — On sait que le législateur de 1804 a considéré l'indivision avec méfiance et défaveur; il y a vu un état de choses temporaire, transitoire, comportant comme aboutissement désirable et nécessaire le partage (*sup.*, t. I, n° 1791). Aux termes de l'article 815, § 1 : « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires* ».

1065. Dérogations. — On conçoit cependant que des circonstances particulières rendent désirable le maintien de l'indivision héréditaire pendant un certain temps, et, par suite, la suspension momentanée de l'action en partage. Ce résultat peut-il être assuré? Et par quels moyens le sera-t-il? On peut supposer qu'il le soit : 1° au moyen d'une *convention*; 2° par la *volonté du défunt*; 3° par la *volonté unilatérale de l'un des héritiers.*

1066. A. Maintien de l'indivision et suspension de l'action en partage, au moyen d'une CONVENTION D'INDIVISION. — Il peut être de l'intérêt bien compris des cohéritiers de surseoir au partage à raison de conjonctures particulières, comme si l'un d'eux, actuellement mineur, doit atteindre sa majorité assez prochainement; en gagnant du temps, on évitera les ennuis et les frais d'un partage judiciaire; ou encore, dans le cas où un immeuble héréditaire, étant impartageable, doit être licité; à supposer que sévisse une crise immobilière, mieux vaudra attendre, pour procéder à la vente aux enchères, une situation économique plus favorable.

Dans des cas de ce genre, les héritiers, s'ils sont sûrs les uns des autres, peuvent se contenter d'attendre, de temporiser; mais ce régime d'expectative n'est pas sans danger, car il dépendrait alors de la dissidence d'un seul des intéressés pour imposer, à un moment quelconque et de façon

inopinée, le partage à ses consorts. Il sera plus sage de conclure une *convention d'indivision*, que le Code civil prévoit et valide dans l'article 815, § 2. Il faut être fixé : 1° sur les *conditions* mises à sa *validité*; 2° sur les *effets* qu'elle produit.

1067. — 1° Quant aux *conditions de validité*, on doit distinguer entre la *forme* et le *fond*.

a) Quant à la *forme*, cette convention n'est assujettie à aucune condition particulière : elle peut revêtir la forme *privée*, voire la forme *verbale*, sauf les difficultés de preuve, au-dessus de cinq cents francs, c'est-à-dire dans presque toutes les éventualités. Comme l'opération est *synallagmatique*, elle est soumise, lorsqu'elle est constatée par un acte privé, à la formalité de l'*original multiple* (art. 1325; *sup.*, t. II, n° 173);

b) En ce qui concerne les conditions de *fond*, la convention d'indivision doit être conclue pour une période relativement brève et qui ne saurait excéder *cinq années* (art. 815, § 2).

Cette disposition appelle les observations suivantes :

1° La limitation de la convention d'indivision à une période maxima de cinq années présente un caractère d'*ordre public*; la sanction en appartient donc à tout intéressé.

2° Cette sanction ne consiste pas toujours dans la nullité de la convention. A notre avis on doit distinguer, entre la convention faite pour une durée supérieure à cinq années, laquelle est simplement *réductible* à la durée légale (Arg., art. 1660, § 2, pour la faculté de *réméré*) et la convention passée sans indication de délai, laquelle doit être considérée comme radicalement nulle, puisqu'elle va directement à l'encontre du principe inscrit dans l'article 815, § 1 (sur ce dernier point, *sic*, Req., 23 déc. 1901, *S.*, 1902, 1, 216, *D. P.*, 1902, 1, 183; trib. civ. Beaune, 9 déc. 1858, *D. P.*, 1859, 3, 69; trib. civ. Périgueux, 18 mars 1886, *Le Droit*, 20 avril; — *contra*, et dans le sens d'une simple *réductibilité*, Paris, 3 mars 1896, *D. P.*, 1897, 2, 54; trib. civ. Seine, 10 mars 1909, *S.*, 1909, 2, 293, *D. P.*, 1910, 2, 143);

3° La convention peut être *renouvelée* indéfiniment, de cinq ans en cinq ans, mais étant entendu qu'elle ne saurait jamais l'être par anticipation; de toute façon, à aucun moment, les cohéritiers ne doivent être liés pour une période supérieure à cinq années; le nouveau délai court donc, chaque fois, à compter du jour du renouvellement.

1068. — 2° *Effets* produits par la convention d'indivision. — Toute la question revient à savoir si cette convention, qui lie les parties suivant le droit commun, est aussi obligatoire pour leurs *créanciers personnels*; et le problème est lui-même sous la dépendance d'une question plus générale, celle de savoir à quel titre ces créanciers peuvent agir en partage, comme leur en confère le droit l'article 2205 (*sup.*, n° 1057) : suivant qu'on leur reconnaît ce droit à titre personnel, ou seulement du chef de leur débiteur, on est amené à décider qu'il n'est pas tenu en échec par la convention d'indivision ou qu'il est suspendu par elle. Comme nous avons adopté la deuxième position, nous sommes amené à conclure, avec la doctrine et la jurisprudence dominantes, que la convention d'indivision est opposable aux créanciers personnels des héritiers qui l'ont conclue, car ces créanciers, agissant du chef de leur débiteur, ne sauraient avoir plus de droits que lui-même (Toulouse, 26 juin 1889, *D. P.*, 1891, 2, 65, note Dupuis).

Sans doute, cette solution sacrifie les intérêts des créanciers, et d'autant plus durement que l'article 2205 leur interdit de saisir les biens de la succession; l'action en partage serait leur seule ressource; on la leur enlève en faisant produire effet, à leur encontre, à la convention d'indivision passée par les cohéritiers. Mais, il faut observer, d'abord que c'est un principe général que les actes d'un héritier sont opposables à ses créanciers, puis que ce principe reçoit exception au cas de *fraude* : la convention d'indivision, passée en fraude des créanciers des héritiers, tombe sous le coup de l'action paulienne de l'article 1167.

1069. Société civile greffée sur l'indivision. — Les cohéritiers ont la ressource d'échapper à la règle limitative de l'article 815, § 2, en constituant une *société civile*, une *société d'indivision* dont les biens héréditaires représentent l'actif; le statut de l'indivision fait alors place au droit des sociétés; la durée du régime ainsi institué est fixée librement par les parties, ainsi que toutes autres modalités de la société.

En somme, l'article 815 a été écrit en vue des indivisions *passives* et *provisoires*, qui n'existent que pour disparaître au plus tôt; il demeure étranger aux indivisions *actives*, qui sont vouées à un but et par exemple à un but *social* : la menace et la possibilité d'un partage à tout moment iraient à l'encontre de l'esprit de l'institution et constitueraient un non-sens (*Sic*, Civ. 5 juill. 1922, *D. P.*, 1923, 1, 113, note H. Capitant; *S.*, 1924, 1, 353, note Solus).

1070. B. Maintien de l'indivision par la volonté du défunt. — Dans notre ancien droit, il était admis que le défunt avait pu, dans son testament, imposer le maintien de l'indivision à ses héritiers pendant un certain temps (POTHIER, *Successions*, chap. IV, art. 1, § 1). Cette opinion a perdu beaucoup de terrain. On lui objecte : 1° le texte de l'article 815 : le premier alinéa maintient l'action en partage « *nonobstant prohibitions et conventions contraires* ». Par le mot *prohibitions*, le législateur s'adresse au testateur, par le mot *conventions*, aux héritiers; or, tandis qu'il fait fléchir la règle au profit des héritiers, en validant, dans le deuxième alinéa, les conventions d'indivision jusqu'à concurrence de cinq années, il ne formule aucune dérogation en faveur du testateur; d'où on est amené à conclure qu'il n'en existe aucune; 2° d'ailleurs, le testateur était moins bien placé que ne le sont actuellement ses héritiers, pour juger de l'opportunité du maintien de l'indivision; les héritiers se connaissent et connaissent la situation héréditaire; eux seuls, sont à même de prendre une décision (*Sic*, Metz, 3 juill. 1855, *D. P.*, 1856, 2, 204; trib. civ. Lille, 23 juin 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 307).

1071. C. Maintien de l'indivision par la volonté unilatérale d'un seul des héritiers. — En thèse générale, cette volonté est inefficace, comme celle du défunt, et plus sûrement encore.

Exceptionnellement, elle devient opérante : le législateur contemporain, abandonnant les préventions du Code civil contre l'indivision héréditaire, et désireux de conjurer un partage qui diviserait fâcheusement le domaine familial, admet *de plus en plus volontiers* que le maintien du *statu quo* soit imposé, dans certaines éventualités, par un seul des cohéritiers aux autres indivisaires.

Laissant de côté les dispositions temporaires des lois du 19 mars 1917 et du 15 mars 1919 — dont l'application a pris fin le 24 octobre 1921 — ainsi que celles de la loi du 17 avril 1919 sur la *réparation des dommages de guerre* (art. 10), nous rappelons à cette place la réglementation particulière qui a été édictée :

1° Pour les *habitations à bon marché* et pour la *petite propriété rurale*, par la loi du 5 décembre 1922, *portant codification des lois sur les habitations à bon marché et la petite propriété* (art. 81);

2° Pour le *bien de famille*, par la loi du 12 juill. 1909 (art. 18).

Cette double réglementation a été unifiée par une loi du 13 février 1937 *tendant à harmoniser le régime successoral des habitations à bon marché et du bien familial*; nous en avons décrit l'essentiel en étudiant la copropriété et nous ne reviendrons pas sur les explications précédemment données (*sup.*, t. I, n° 1793), nous contentant de rappeler que le droit d'exiger le maintien de l'indivision est accordé, moyennant certaines conditions, au conjoint survivant ainsi qu'aux descendants du défunt ou à l'un d'eux : la décision est prise par le juge de paix;

3° Un décret-loi du 17 juin 1938 *modifiant les articles 815, 822, 827, 832, 859, 866 et 875 du Code civil*, a établi une réglementation du même genre, mais non pas identique, pour « *le ou les immeubles formant une exploitation agricole d'une valeur inférieure à 200.000 francs* »; d'après l'article 815, nouvelle rédaction, complété par l'article 1er du dit décret-loi, l'indivision peut être maintenue, après le décès du chef de l'exploitation et en ce qui concerne cet immeuble ou ces immeubles, malgré l'opposition d'un copropriétaire ou de ses ayants droit :

a) A la demande du conjoint survivant s'il est copropriétaire du bien et s'il l'habite lors du décès de son conjoint;

b) A la demande du conjoint survivant (même non copropriétaire, même s'il n'habite pas le bien) *ou de tout héritier*, si le défunt laisse des *descendants mineurs* (mais non pas si les descendants sont tous majeurs).

La décision est prise ici — et c'est une différence avec le statut applicable aux habitations à bon marché et au bien de famille — non par le juge de paix, mais par le tribunal civil de première instance du lieu de l'ouverture de la succession (art. 822, § 1, mod. par d.-l. 17 juin 1938); le maintien de l'indivision n'est donc pas de droit; les intéressés se contentent de le demander à la juridiction de droit commun qui appréciera librement.

Ce maintien de l'indivision peut être étendu facultativement au *matériel, à l'outillage et au cheptel*, du moins jusqu'à concurrence du quart de la valeur de l'immeuble ou des immeubles formant l'exploitation; il peut être imposé pour une durée de *cinq ans*, au maximum, mais avec possibilité de renouvellement, jusqu'au décès du conjoint survivant dans le premier cas, et jusque la majorité du plus jeune des descendants dans le deuxième.

Ces diverses réglementations sont intéressantes à plus d'un égard : la dernière tend à conjurer le morcellement des petites exploitations agricoles et le dépeuplement des cam-

pagnes au profit des cités tentaculaires : l'exploitation continuera, dans son unité première et par la volonté d'un seul ou de quelques-uns. Dans l'ensemble, le nouveau statut réagit contre la défaveur dont pâtissait jadis le régime de l'indivision; il tend à remonter le courant de l'individualisme en favorisant le maintien d'un mode de teneur collectif; il consacre enfin le triomphe de la volonté individuelle sur la volonté majoritaire : c'est une volonté isolée qui, par une revanche du droit individuel sur la tyrannie collective, fait la loi à la majorité, avec le secours, il est vrai, de l'autorité judiciaire.

1072. II. Le partage peut être demandé aussi longtemps que persiste l'indivision. — En d'autres termes, l'action en partage est *imprescriptible*; elle constitue le corollaire obligé de l'état d'indivision; aussi longtemps que celle-ci persiste, le partage peut *toujours* être provoqué (art. 815, § 1).

A cet égard, l'action en partage s'oppose à la *pétition d'hérédité* qui est, au contraire, sujette à prescription, *sup.*, n° 1014).

Mais le caractère imprescriptible de cette action doit être sainement entendu : c'est à la prescription *extinctive* que l'action en partage est réfractaire; mais il est évident que s'il n'y a plus de biens indivis, elle disparaît, faute d'aliment; or, il peut arriver que l'indivision cesse indépendamment de tout partage.

1° Il en va ainsi lorsque toutes les parts indivises des divers héritiers sont vendues à une seule personne ayant, par rapport à la succession, la qualité de tiers; ou bien lorsque l'un des héritiers acquiert les parts de tous les autres, par exemple à titre successoral;

2° Il peut arriver aussi que la prescription *acquisitive* fasse son œuvre au profit d'un seul des héritiers qui possède tous les biens successoraux pendant *trente ans*; par suite de l'usucapion ainsi réalisée à son profit, toute l'hérédité lui appartient, en sorte qu'il n'est plus question d'indivision ni, par conséquent, de partage (art. 816).

Cette prescription acquisitive est assez difficile à supposer, à raison de l'enchevêtrement des droits des indivisaires qui portent sur tous les biens de la succession, indistinctement et confusément; grâce à cette promiscuité, la possession, exercée par l'un des héritiers, revêt ordinairement un caractère *équivoque*; on ne sait pas si elle est exercée à titre personnel, et exclusif, *pro suo*, ou bien à titre de copropriétaire.

On peut supposer, cependant, la survenance de faits caractéristiques, mettant en relief la volonté du possesseur de gérer ses seuls intérêts, comme s'il perçoit les revenus, les fruits, sans jamais rendre compte à ses cohéritiers. Après avoir possédé les biens héréditaires, pendant trente années, à titre de propriétaire *exclusif*, cet héritier aura acquis effectivement l'exclusivité de la propriété, en sorte que, faute désormais d'indivision, il ne sera plus même question d'action en partage; celle-ci aura été éteinte indirectement et par contre-coup.

Il est à remarquer que cette prescription acquisitive ne saurait jamais s'accomplir par dix à vingt ans : du moins la dévolution successorale ne peut-elle pas jouer le rôle de juste titre, puisque la vocation héréditaire du possesseur est à la fois effective et partielle; quant au partage, on sait, qu'à raison de son caractère déclaratif, il répugne invariablement à jouer le rôle de juste titre en vue de l'usucapion abrégée (*sup.*, t. I, n° 1761).

N° 3

Capacité requise pour figurer dans un partage

1073. Eliminations. — Pour déterminer la capacité requise en matière de partage, il n'y a de distinction à réaliser :

1° Ni entre les *meubles* et les *immeubles* : pour une fois, les rédacteurs du Code civil ont échappé à cette hantise;

2° Ni entre le partage *amiable* et le partage *judiciaire*;

3° Ni même, sauf deux exceptions relatives, l'une aux successions échues à des personnes en tutelle, l'autre aux successions déférées aux internés non interdits, selon le rôle joué dans l'opération : celui qui *subit* le partage doit avoir la même capacité que celui qui en prend l'*initiative* : l'instance en partage est, traditionnellement, un *judicium duplex*; chacun des participants y est à la fois demandeur et défendeur.

1074. Solutions concrètes, incluses dans notre droit positif français. — Nous avons déjà rencontré, chemin faisant, ces diverses solutions; le moment est venu de les ramasser comme en un tableau synoptique.

1° Pour le partage des successions échues à des *mineurs en tutelle* ou à des *interdits*, on distingue entre le rôle *actif* et le rôle *passif* : le tuteur a qualité pour subir le partage, sans aucune autorisation; mais, s'il veut le provoquer,

l'autorisation du conseil de famille lui est nécessaire. Cependant, cette autorisation n'est plus requise si le tuteur se contente de s'adjoindre à une requête collective présentée par tous les cohéritiers (art. 817, mod. par l. 15 déc. 1921);

2° Si le mineur est soumis à l'*administration légale*, l'administrateur a pleins pouvoirs pour le représenter aux opérations du partage, même en prenant l'initiative des opérations (art. 389, § 6, mod. par l. 6 avril 1910; *sup.*, t. I, n° 476);

3° Dans les successions échues à un *mineur émancipé*, ce dernier figure au partage avec l'assistance de son curateur, toujours nécessaire et toujours suffisante (art. 840);

4° Les *aliénés internés*, mais non interdits, sont représentés par leur administrateur provisoire, sinon par un notaire commis par le tribunal (l. 30 juin 1838, art. 36). Toutefois, s'il s'agit de prendre l'initiative de l'opération, la jurisprudence exige l'intervention d'un mandataire *ad litem* nommé à cette occasion par le tribunal, par application de l'article 33, § 2, de la même loi (Paris, 26 janv. 1892, *S.*, 1892, 2, 185, *D. P.*, 1892, 2, 87) : solution très contestable qui s'explique par une confusion malencontreuse commise entre l'*action en partage* et l'*action en justice*;

5° L'héritier pourvu d'un *conseil judiciaire* doit toujours être assisté, dans les opérations du partage, par ce conseil; la solution s'impose quel que soit le point de vue auquel on se place, aussi bien si on voit dans le partage une instance judiciaire que si on ramène cette opération au concept des actes de disposition (Arg., art. 499 et 513; Rennes, 3 janv. 1880, *D. P.*, 1880, 2, 254);

6° A l'égard des cohéritiers *absents*, l'action appartient aux *envoyés en possession provisoire* (art. 817, § 2); avant l'envoi en possession, et pendant la période de *présomption d'absence*, un *notaire* est commis par le tribunal pour représenter l'absent (art. 113; *sup.*, t. I, n° 200);

7° Cette dernière solution est également applicable au cas de *non présence* de l'un des héritiers.

1075. — 8° Enfin, pour les successions échues à des *femmes mariées*, des distinctions sont à établir (art. 818).

a) Pour les biens qui entrent en communauté, le mari est qualifié pour en provoquer le partage, et fort logiquement, puisqu'il est le chef unique de la communauté, puisqu'il a le pouvoir de disposer des biens qui la composent comme celui d'exercer les actions qui l'intéressent. Et précisément parce que c'est là une question de *pouvoir*, non de

capacité, la situation n'a certainement pas été modifiée par la loi du 18 février 1938 accordant à la femme le plein exercice de sa *capacité* civile (V. sur la distinction du pouvoir et de la capacité en général, *sup.*, t. I, n° 305; et, spécialement, pour la femme mariée, *Suppl.*, t. I, 1939, p. 20); assurément, cette loi n'a pas touché aux pouvoirs dévolus au mari en tant que chef de la communauté. En conséquence, si ce sont les cohéritiers de la femme qui demandent le partage, il leur suffit de mettre en cause le mari;

b) En ce qui concerne les biens qui n'entrent pas en communauté, le mari n'a plus qualité pour figurer au partage *définitif*.

1. Sous les régimes *communautaires* et pour les biens successoraux qui constituent des propres de la femme, c'est celle-ci qui a qualité pour figurer au partage, mais avec l'autorisation du mari ou de justice; ce sont donc les deux époux qui doivent être mis en cause par les cohéritiers de la femme si ce sont ceux-ci qui prennent l'initiative de l'opération (art. 818, § 2).

On remarquera l'impropriété des termes de l'article 818, § 1, d'après lequel le mari provoquerait le partage avec le concours de la femme : c'est là inverser l'ordre des facteurs : la femme, directement intéressée, figure au premier plan, et c'est elle qui agit, dûment autorisée;

2. Sous le régime de la *séparation de biens*, la solution est la même : c'est la femme qui agit ou contre qui on agit; mais elle doit être autorisée par son mari ou par justice, car sa capacité est limitée aux actes d'administration; or, le partage ne rentre pas dans cette catégorie;

3. Sous le *régime dotal*, la jurisprudence refuse au mari le droit de procéder au partage, sans distinguer entre les biens paraphernaux (assimilables à ceux de la femme séparée de biens) et les biens dotaux : car, les uns comme les autres n'entrent point en communauté, et c'est donc la femme qui, aux termes de l'article 818, § 1, a qualité pour figurer à l'opération, dûment autorisée. Cette solution a été contestée pour les biens dotaux, parce que le mari a, sous le régime dotal, l'exercice des actions dotales (art. 1542), y compris, a-t-on dit, l'action en partage; mais l'article 818 doit l'emporter sur l'article 1549, comme plus spécial et plus précis : *specialia generalibus derogant* (*sup.*, n° 574);

Loi du 18 février 1938. — Cette loi a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile et l'on peut dès lors se demander si elle n'a pas abrogé ou modifié *implicitement* (sur cette abrogation implicite en général, v. *Suppl.*,

t. I, 1939, pp. 13 et 14, 21 et 22) l'article 818 qu'elle ne vise pas expressément, et si la femme n'est pas à même, désormais, de figurer au partage de ses biens, seule et sans autorisation.

Bien que la question soit rendue délicate par la carence du législateur, nous pensons que le régime du Code civil subsiste intégralement, sans aucune retouche; nous basons cette opinion sur les arguments suivants :

1. L'article 215, § 2, nouvelle rédaction, maintient les *restrictions légales* apportées à la capacité de la femme, c'est-à-dire les restrictions qui sont établies formellement par un texte loi (*Suppl.*, t. I, p. 21) : tel est bien le caractère des dispositions figurant dans l'article 818.

2. Le législateur de 1938 s'est assigné comme ligne de conduite invariable de ne point toucher au statut des régimes matrimoniaux, tel qu'il a été institué par le Code civil (*Suppl.*, t. I, pp. 13 et 20; Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, n^os^ 22 et suiv.; J. de La Morandière, *D. H.*, 1938, *Chron.*, pp. 27 et 28).

3. Le partage est un acte grave, par sa complexité et par le nombre possible des parties prenantes; il est assez naturel d'exiger, de la part de ceux qui y figurent, une capacité particulièrement étendue.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion que la femme séparée de biens doit se pourvoir d'une autorisation, comme aussi la femme dotale en ce qui concerne ses paraphernaux;

c) Tout ce que nous venons de dire ne vise que le partage *définitif* : le mari a toujours qualité pour procéder seul, sans l'intervention de sa femme, à un partage *provisionnel*, ou partage de jouissance lui est attribuée, soit à titre personnel, soit comme chef de la communauté, donc : 1° les propres de la femme commune en biens; 2° tous les biens de la femme, sous le régime sans communauté; 3° les biens dotaux sous le régime dotal. Seuls échappent à ce traitement les biens de la femme séparée de biens, car le mari n'en a ni la propriété, ni la jouissance.

1076. Recherche d'un critère général. — On s'est efforcé de ramener à un critère général les solutions concrètes et spécialisées que nous venons d'examiner; toutes les tentatives sont demeurées vaines. Le partage n'est traité par la loi *ni comme un acte d'aliénation, de disposition*, puisque les pouvoirs du tuteur ou de l'administrateur légal ne varient pas d'après la nature mobilière ou immobilière des biens à partager, puisqu'aussi le tuteur n'a jamais besoin de

solliciter l'homologation du tribunal; *ni comme une instance judiciaire*, puisque le mari qui a, sous le régime dotal, le monopole des actions dotales, n'a pas le pouvoir de figurer au partage des biens dotaux, puisque d'ailleurs la demande en partage est autre chose qu'une action en justice.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que cet acte est plus grave qu'un acte d'administration, même *lato sensu*, car les administrateurs du patrimoine d'autrui n'ont pas la liberté d'y procéder seuls, librement (sauf cependant le père administrateur légal). Pour le reste, il faut admettre que le législateur s'en est tenu à des vues empiriques que l'interpète est impuissant à unifier et à systématiser.

§ II. — *L'OBJET DU PARTAGE (FORMATION DE LA MASSE À PARTAGER; LES RAPPORTS)*

1076*bis*. Partage partiel. — Le partage n'affecte pas nécessairement tous les biens indivis; il n'est pas forcément total et complet, mais les intéressés ont la faculté de sérier les opérations, de procéder par partages successifs et partiels, et cela alors même qu'il y aurait parmi eux un mineur (Paris, 7 juill. 1931 et 29 nov. 1932, *D. P.*, 1934, 2, 137, note H. Capitant).

1077. Double principe. — L'action en partage est exercée, ou bien les intéressés se proposent de liquider la succession à l'amiable : que va-t-on se partager au juste? De quoi se compose la masse partageable?

Il semble qu'elle soit constituée par tous les éléments du patrimoine du défunt, et uniquement par ces éléments, tels qu'ils existent au jour du décès. Mais cette vue serait doublement inexacte : d'une part, la masse à partager ne comprend pas tous les éléments du patrimoine du défunt; à l'inverse, elle renferme des biens qui avaient cessé de faire partie intégrante de ce patrimoine.

1078. I. Premier principe : la masse partageable ne comprend pas tous les éléments du patrimoine laissé par le défunt. — Toute une série d'éliminations sont à effectuer :

1° Il est des droits et il est des dettes qui ne survivent pas à la disparition du sujet actif ou passif (rente viagère, usufruit, obligation alimentaire, etc) : éléments du patrimoine du défunt, ces valeurs, positives ou négatives, ne deviennent

pas éléments de son hérédité; il ne peut donc être question de les faire figurer dans la masse à partager;

2° Les *dettes héréditaires*. — En principe, elles ne sont pas comprises dans le partage; elles se sont divisées de plein droit entre les héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires (art. 1220; *sup.*, n° 1032). Cette division est *définitive, au moins au regard des créanciers* qui conservent leur droit de poursuite intact, contre chacun des héritiers, nonobstant les arrangements intervenus entre ceux-ci au cours du partage. Du moins ces arrangements sont-ils obligatoires dans les rapports de ceux qui les ont conclus; s'ils ne modifient pas l'*obligation* au passif, ils en déterminent la *contribution*; par exemple, il peut être convenu que toutes les dettes ou que certaines d'entre elles seront supportées intégralement, en définitive, par l'un des héritiers (Req., 6 nov. 1894, *S.*, 1895, 1, 87); les créanciers n'en conservent pas moins le droit de demander à chacun le paiement de sa quote-part, mais des recours entre cohéritiers assureront l'exécution de l'arrangement qu'ils avaient conclu. Comme toujours, c'est au moyen d'actions récursoires que sera résolue l'opposition entre l'aménagement de l'obligation au passif et l'aménagement de la contribution (Req., 27 nov. 1893, *D. P.*, 1894, 1, 438). On peut donc dire que les dettes héréditaires sont exclues du partage, en principe et facultativement pour les héritiers, toujours et absolument au regard des créanciers héréditaires;

3° Sont encore exclus de la masse à partager, et alors *erga omnes*, les *corps certains légués par le défunt* : dès l'instant du décès, ils sont devenus la propriété des légataires qui sont admis à les revendiquer; l'observation est exacte, même pour les biens légués à des héritiers, car, depuis une loi du 24 mars 1898, les legs sont exemptés du rapport (*inf.*, n° 1126);

4° Enfin, certains biens sont soustraits au partage à raison de leur nature, de leur *affectation* même; il en est ainsi :

a) Des *tombeaux*, dont la transmission successorale obéit à des règles particulières, établies en fonction de leur destination; ils échappent à tout partage et ne sauraient être licités; l'usage en demeure commun à tous les ayants droit (*sup.*, t. I, n^{os} 1794, 1958);

b) Des *titres de noblesse*, ou, plus exactement, des documents y afférents : ils sont confiés à l'un des héritiers qui est désigné, soit d'un commun accord, soit par le tribunal.

1079. Biens partageables. — Au contraire, le partage est parfaitement possible :

1° Pour les *créances héréditaires* : l'article 832 est formel en ce sens; la difficulté n'existe que lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et les effets de cette répartition subséquente venant se substituer à la répartition légale qui s'était opérée *ipso facto*, entre les héritiers, lors du décès, en vertu de l'article 1120 (*sup.*, n° 1029; *inf.*, n° 1211);

2° Pour les *portraits, décorations, lettres, souvenirs de famille*. Bien que de nombreuses et graves dissidences s'élèvent à ce sujet, la jurisprudence incline nettement à admettre que de tels biens puissent être, soit partagés en nature, soit licités entre les cohéritiers et *sans le concours d'étrangers* (Req., 14 mars 1939, *D. H.*, 1939, 260; Lyon, 20 déc. 1861, *D. P.*, 1864, 2, 7; Paris, 19 mars 1864, *D. P.*, 1864, 2, 58; 3 mars 1896, *D. P.*, 1897, 2, 54). V. E.-H. Perreau, *Les droits de la personnalité, Rev. trim.*, 1909, p. 150; Demogue, *Les souvenirs de famille et leur condition juridique, Rev. trim.*, 1928, p. 27.

1080. Remarque. — Il est essentiel d'observer qu'un bien n'est pas exclu du partage par cela seul qu'il répugne à un fractionnement, à une division matérielle; car, à côté du *partage en nature*, il existe le *partage en valeur* intervenant notamment sous la forme d'une *licitation* : l'immeuble, qui est impartageable en nature ou qui est difficilement partageable, dont l'attribution, dans les conditions prévues par le Code serait malaisée (art. 827, § 1, mod. par d.-l. 17 juin 1938), sera licité, c'est-à-dire mis aux enchères et adjugé au plus offrant, pour le prix d'adjudication être réparti entre les cohéritiers. Il est donc essentiel de faire la différence entre les biens, tels qu'une usine, une exploitation agricole, une lettre missive, qui sont *impartageables en nature*, et les biens tels que les tombeaux, qui sont *impartageables* tout court; seuls les biens de la deuxième catégorie demeurent en dehors des opérations du partage.

1081. II. Deuxième principe : la masse partageable comprend des biens qui ne figuraient plus dans le patrimoine du défunt, qui n'étaient pas des biens extants, à savoir les biens sujets au rapport. — Nous rencontrons ainsi, avec ce deuxième principe, une des institutions les plus importantes du droit successoral, celle du *rapport des libéralités*, dont le fonctionnement se présente sous l'aspect d'une opération, d'une *épisode du partage*, et

qui tend, comme une institution voisine, le *rapport des dettes*, à assurer l'égalité entre les cohéritiers.

Le rapport des libéralités

1082. Sources. — Art. 843 à 869; l. 24 mars 1898; l. 7 février 1938; d.-l. 17 juin 1938.

1083. Définition; idée générale. — Le *rapport des libéralités* — ou *rapport*, tout court — est l'opération qui consiste, pour un cohéritier, à tenir compte à la succession, sous une forme ou sous une autre, en nature ou par équivalent, des biens ou des valeurs qu'il tenait du défunt à titre gratuit.

Si, par exemple, un père de famille, qui a deux enfants, a donné à l'un d'eux, en l'établissant, le plus souvent à l'occasion de son mariage, une somme de cent mille francs, et s'il laisse, à son décès, trois cent mille francs de biens extants, la masse à partager ne se composera pas uniquement de ceux-ci, mais elle comprendra, en outre, les cent mille francs, jadis donnés entre vifs et qui devront être rapportés à la succession par l'enfant gratifié, en sorte que les deux enfants auront à se partager quatre cent mille francs, soit deux cent mille francs chacun. Grâce à ce procédé de règlement, les deux cohéritiers se trouveront *à égalité*; et tel est bien l'objectif, la raison d'être du rapport; cette institution procède de cette idée juste que le défunt, en consentant une libéralité à l'un de ses futurs héritiers, n'avait pas entendu le favoriser *définitivement* aux dépens des autres, mais qu'il lui avait fait un simple *avancement d'hoirie*, à valoir sur sa part héréditaire.

1084. Historique. — Le rapport a eu, en droit romain, des débuts modestes, sous la forme de la *collatio bonorum*; il s'est développé progressivement, soit au cours du droit romain, soit dans notre ancienne France. A vrai dire, nos coutumes étaient fort divisées sur l'ampleur à donner au rapport, soit quant aux personnes qui y étaient soumises, soit quant aux libéralités qui s'y trouvaient assujetties, soit enfin quant à la rigueur de l'assujettissement. A ce dernier point de vue, on distinguait : 1° les coutumes d'*égalité parfaite*, dans lesquelles le rapport revêtait un caractère doublement nécessaire, d'abord en ce sens que le disposant ne pouvait pas en dispenser le gratifié, puis en ce que ce dernier n'avait même pas la faculté de s'y soustraire en renonçant à la succession; 2° les coutumes dites de *préciput*, qui fai-

saient contraste avec les précédentes, car elles admettaient et la dispense de rapport et la ressource, pour le gratifié, de se soustraire au rapport en renonçant à la succession; 3° les coutumes de *simple égalité* ou d'*option*, qui, tenant le milieu entre les deux catégories précédentes, écartaient la dispense de rapport tout en autorisant le gratifié à garder son don en répudiant l'hérédité : les coutumes de Paris et d'Orléans avaient adopté cette position intermédiaire.

Ce fut la thèse draconienne des coutumes d'égalité parfaite qui passa dans la loi du 17 nivôse an II, soucieuse d'assurer, en toute occurrence, l'égalité entre les cohéritiers; mais bientôt, une loi du 4 germinal an VIII fit triompher le système tout opposé des coutumes de préciput, et ce régime libéral passa dans notre Code civil : d'une part, les libéralités ne sont rapportables que par interprétation de la volonté du défunt qui a donc le pouvoir de leur imprimer, à l'inverse, un caractère *préciputaire*, c'est-à-dire définitif; d'autre part, l'héritier gratifié peut toujours s'assurer le bénéfice de la libéralité en repoussant la succession : c'est seulement le cumul des deux qualités de gratifié et d'héritier du défunt qui constitue le cadre du rapport; un donataire qui n'hérite pas demeure donataire.

On verra cependant qu'une loi du 24 mars 1898 a rétréci, mais théoriquement plutôt qu'effectivement, le domaine du rapport, en décidant qu'en principe, et sauf clause contraire expresse, les legs sont exemptés du rapport (*inf.*, n° 1126); cette brèche est la seule qui ait été pratiquée *ouvertement* dans notre institution; encore ne l'a-t-elle été que pour donner satisfaction à la volonté très probable du testateur (*inf.*, *ibid.*).

1085. Plan. — 1° *Qui doit le rapport*;
2° *A qui* il est dû;
3° *Quelles libéralités* sont rapportables;
4° *Réalisation* du rapport.

N° 1

Qui doit le rapport

1086. Principe. — Aux termes de l'article 843, « *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt,...* ». Le rapport est donc dû par tout héritier *ab intestat* qui est en même temps un gratifié du *de cujus* : ce qui fait naître l'obligation du rapport, c'est la réunion, sur la même tête,

des deux qualités d'*héritier ab intestat* et de *gratifié* d'une même personne.

En conséquence : 1° le rapport n'est jamais dû par un *légataire, même universel*; à cet égard, notre conception française est moins ample que celle du droit de Justinien qui traitait l'héritier testamentaire ainsi que le successeur *ab intestat*;

2° L'héritier qui renonce à la succession échappe par là même au rapport; il adopte ainsi la solution la plus avantageuse pour lui si le montant de la libéralité excède celui de sa part héréditaire (art. 845).

1087. Nécessité de précisions. — Elles sont à établir dans une double direction :

1° On ne distingue pas entre les diverses catégories d'héritiers;

2° La double qualité d'héritier et de gratifié doit coexister : *a*) chez la même personne; *b*) vis-à-vis de la même personne, le défunt.

I

On ne distingue pas entre les diverses catégories d'héritiers

1088. Différentes classes d'héritiers. — 1° L'héritier *bénéficiaire* doit le rapport aussi bien que l'héritier pur et simple; l'article 843, § 1, s'en explique formellement. L'assimilation est logique, car le bénéfice d'inventaire a été institué pour protéger l'héritier contre les débiteurs du défunt, non contre ses propres cohéritiers. La solution est exacte dans tous les cas, même si l'acceptation bénéficiaire est imposée après transmission successorale et dans les termes de l'article 782 (*sup.*, n° 886) : chacun des héritiers du successeur primitif doit le rapport des libéralités reçues par celui-ci, dans la mesure de sa propre vocation héréditaire, et sans distinguer entre ceux qui étaient partisans de l'acceptation et ceux qui désiraient renoncer à la succession échue à leur auteur;

2° On ne distingue pas entre l'héritier en ligne directe et le collatéral; à ce point de vue, le rapport du droit français actuel est plus compréhensif que celui de nos anciennes coutumes, du moins en ce qui concerne les donations entre vifs, et aussi que celui de certaines législations contemporaines : c'est ainsi qu'en *Allemagne*, le rapport n'est imposé qu'aux descendants (C. civ. *allemand*, art. 2050);

3° Enfin, les *successeurs irréguliers* sont assujettis au rapport aussi bien que les héritiers légitimes. L'observation ne

concerne d'ailleurs que le *conjoint survivant*, seul successeur irrégulier appelé à concourir avec des héritiers du sang : l'article 767, § 10, lui impose l'obligation d'imputer sur le montant de sa vocation héréditaire les libéralités qu'il aurait reçues du défunt, et cela jusqu'à concurrence de ses droits successoraux *ab intestat*.

L'imputation que le conjoint survivant doit ainsi subir sur le montant de sa vocation successorale est soumise, *lorsqu'elle est fixée en usufruit*, à des règles particulières qui seront exposées en leur temps (*inf.*, n^os^ 1101, 1114 1119, 1144, 1145).

II

La double qualité d'héritier et de gratifié doit coexister chez la même personne et par rapport à la même personne, le défunt

1089. Double formule. — L'énoncé de la proposition qui vient d'être énoncée revient à dire : 1° que l'héritier ne doit rapporter que ce qu'il a *lui-même reçu personnellement*; 2° et reçu du *de cujus*.

1090. I. L'héritier ne doit rapporter que ce qu'il a lui-même reçu personnellement. — L'obligation du rapport présente un caractère *personnel*; chacun rapporte ce qu'il a reçu, non ce qui a été donné ou légué à d'autres : nous ne connaissons plus les *rapports pour autrui*.

Il en allait autrement dans notre ancien droit qui, afin d'empêcher de tourner la règle prohibitive de toute dispense, avait établi certaines *présomptions d'interposition de personnes*; ces présomptions n'auraient plus aucun sens dans une législation qui, comme la nôtre, admet l'efficacité des dispenses de rapport : aussi n'existe-t-il pas, dans notre droit, de rapport pour autrui; les articles 847, 848 et 849 prononcent l'abolition de cette institution, dans des termes assez malheureux, mais dont l'exacte signification ne saurait être mise en doute.

1091. Réprésentation. — Cependant, il va sans dire que si les règles de la *représentation* interviennent, le représentant doit rapporter à la succession les libéralités que le représenté tenait du défunt; il entre, en effet, dans la place, dans le degré du représenté dont il doit remplir toutes les obligations, et cela quand bien même il aurait répudié sa succession (art. 848). Ce qui est moins logique, c'est que le représentant doive le rapport également des libéralités

qu'il avait lui-même reçues du défunt; c'est cependant la solution qui est admise sans difficulté; on considère que la fiction de la représentation ne doit pas être poussée jusqu'à l'extrême et que la personnalité du représentant ne s'absorbe pas, ne s'anéantit pas dans celle du représenté; malgré tout, c'est encore lui qui succède, en empruntant la place du représenté; il doit donc rapporter et les libéralités consenties à ce dernier et celles qu'il avait lui-même reçues (V. *sup.*, n° 744).

1092. Conséquences du caractère personnel du rapport. — Grâce au caractère personnel du rapport, il peut advenir qu'un successible n'ait pas à rapporter des biens dont il a cependant profité, dont il est actuellement propriétaire :

1° Un grand-père fait une donation à son fils, qui prédécède, laissant comme héritier son propre enfant, lequel trouve, dans la succession paternelle, les biens donnés par l'aïeul. Lorsque, plus tard, ce petit-enfant viendra à la succession de son grand-père, il n'aura pas à effectuer le rapport; car, d'une part, ce n'est pas à lui que les biens avaient été donnés, mais à son père; d'autre part, il recueille la succession de son aïeul, nous le supposons, non pas par représentation et du chef de son père, mais directement et de son propre chef (*Sic.*, art. 848);

2° Une donation est adressée à une personne commune en biens; si elle est mobilière, les biens entrent en communauté *légale* et profitent donc pour moitié au conjoint. Cependant, à supposer que ce conjoint succède plus tard au donateur, il n'aura rien à rapporter, car on ne rapporte pas pour autrui; tandis que si c'est le conjoint gratifié qui succède, il devra le rapport intégral, encore que la moitié des biens donnés lui ait échappé.

Tout cela revient à dire qu'on ne s'occupe pas de la destinée des biens donnés, du chemin qu'ils suivent, et qu'on ne prend en considération que la personnalité du gratifié : le rapport a un caractère strictement personnel, compte tenu des exigences de la représentation.

1093. II. L'héritier ne doit rapporter que ce qu'il a reçu du « de cujus ». — C'est *vis-à-vis du défunt* que les deux qualités d'héritier et de gratifié doivent coïncider. — Or, il n'est pas toujours aisé de savoir si et dans quelle mesure l'héritier tient véritablement sa libéralité du *de cujus*;

certainement, il a été gratifié; mais il s'agit de déterminer *par qui*, de rechercher si les biens sont vraiment sortis du patrimoine du défunt. La question est délicate, notamment lorsque c'est au profit d'un enfant et à l'occasion de son établissement que la libéralité a été consentie par les parents ou par l'un d'eux.

A. A vrai dire, et si elle émane d'un *disposant unique*, on saura facilement de quoi il retourne, à quelle succession elle doit être rapportée; elle remontera à la source unique d'où elle est sortie. Cependant, il faut prévoir le cas où, les parents étant communs en biens, elle aurait été constituée par le père, au profit de l'enfant, et avec les biens de la communauté : *à supposer que la mère accepte plus tard la communauté*, ne doit-on pas considérer qu'elle a contribué pour moitié à la libéralité dont le rapport serait donc dû, pour moitié également, à sa succession, pour l'autre moitié seulement à la succession paternelle?

Telle est bien la solution que le Code civil donne dans l'article 1439, mais seulement pour les libéralités consenties à l'occasion du mariage d'un enfant, pour les *constitutions de dot* : à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il constituait la dot pour la totalité ou pour plus de la moitié, le législateur considère que la femme doit en supporter la moitié, ce qui revient à dire que l'enfant doté doit le rapport de moitié à la succession paternelle, de moitié à la succession maternelle. Mais, pour les *donations ordinaires*, qui ne revêtent pas le statut juridique d'une constitution de dot, la solution n'est directement commandée par aucun texte; et la Cour de cassation décide que le rapport est dû uniquement et intégralement à la succession du mari, qu'elle considère comme étant le seul donateur (Civ., 7 déc. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 97, note Planiol; Paris, 26 déc. 1932, *S.*, 1933, 2, 142). Cette jurisprudence a suscité des critiques justifiées : d'une part, on ne comprend pas pourquoi les donations ordinaires seraient traitées, au point de vue qui nous occupe, autrement que la constitution de dot; dans un cas comme dans l'autre, la femme *acceptante* se trouve d'avoir contribué pour moitié à la libéralité; de plus, elle s'approprie, par son acceptation, à titre d'associée et jusqu'à concurrence de la moitié, les actes que son mari a passés en qualité d'administrateur des intérêts communs.

1094. B. **Dot constituée conjointement ou solidairement.** — Mais c'est surtout lorsqu'une *dot* a été consti-

tuée *conjointement* ou *solidairement* par les parents de l'enfant que la question veut être examinée de près.

En principe, et en l'absence de clause dérogatoire au droit commun, la dot est alors censée fournie *pour moitié* par chacun des constituants, en sorte que l'enfant devra en rapporter la moitié à la succession du prémourant, puis l'autre moitié à celle du survivant. Cette solution est valable sous tous les régimes, *même si les parents étaient communs en biens et alors même que la dot aurait été payée sur les biens communs* : l'obligation de doter l'enfant est considérée comme personnelle à chacun des parents qui sont toujours présumés avoir constitué la dot *de suo* (Civ., 31 mars 1846, *S.*, 1846, 1, 337; *sup.*, n° 421).

1095. Clause d'imputation. — Mais, dans la pratique, une clause fort usitée vient écarter ces principes : il est stipulé, dans le contrat de mariage de l'enfant, et quel que soit le régime matrimonial des parents, que la dot, bien que constituée conjointement ou solidairement par les père et mère, sera *imputable pour le tout sur la succession du prémourant*. Cette clause ne prive nullement l'enfant du droit d'agir en paiement de sa dot contre les deux parents en réclamant la moitié (au cas d'obligation conjointe) ou la totalité (s'il y a obligation solidaire) à l'un d'eux; mais, l'un des constituants venant à décéder après le paiement de la dot, l'enfant qui vient à sa succession doit y effectuer le rapport de la libéralité tout entière : *au point de vue du rapport*, la dot est considérée comme ayant été constituée exclusivement par le prémourant, tandis que le survivant est désormais réputé étranger à l'opération; le prédécès de son conjoint a fonctionné, à son égard, comme une condition résolutoire du statut dotal (Rouen, 2 mars 1910, *S.*, 1912, 2, 81, note Dalmbert). L'enfant doit donc imputer la dot intégrale sur sa part héréditaire, avec les intérêts à dater de l'ouverture de la succession; et, si sa part héréditaire est inférieure au montant de sa dot, il sera constitué en perte, il perdra la différence (Req., 27 avril 1904, *S.*, 1905, 1, 81, note A. Esmein), sans qu'il lui soit permis de se retourner contre le survivant pour lui demander raison de ce préjudice, sans qu'il puisse exiger de lui un complément de dot (Req., 3 juill. 1872, *D. P.*, 1873, 1, 369) : sa seule ressource serait alors de renoncer à la succession du prémourant afin d'échapper à l'obligation du rapport et de

conserver sa dot, au moins dans les limites de la quotité disponible.

1096. Clause d'imputation principale et subsidiaire. — La clause d'imputation, telle que nous venons de l'analyser, est insérée dans l'intérêt des parents constituants; elle tend à soumettre les biens donnés au statut successoral le plus tôt possible, à réduire les droits de l'enfant dans la succession du prémourant et à accroître d'autant l'émolument du survivant; elle sacrifie ainsi les intérêts de l'enfant qui, assujetti à un rapport intégral, effectué en bloc, et en partie par anticipation, peut se trouver moins riche après avoir recueilli sa part successorale qu'il ne l'était auparavant et en tant qu'enfant doté.

Aussi une autre clause a-t-elle été imaginée qui rétablit l'équilibre entre les intérêts opposés de l'enfant et des constituants : à la clause d'imputation sur la succession du prémourant, vient s'adjoindre une clause secondaire, subsidiaire, d'imputation sur la succession du survivant; la dot est déclarée rapportable, *principalement* sur la succession du prémourant, puis, si cette première imputation n'est pas suffisante, *subsidiairement* sur la succession du survivant. C'est là ce qu'on appelle la *clause d'imputation principale et subsidiaire* qui semble donner toute sécurité à l'enfant, la dot n'étant rapportable à la succession du prémourant que jusqu'à concurrence du montant de la part héréditaire de l'enfant gratifié. Tel était, du moins, l'objectif poursuivi par le notariat avec la clause en question (*Sic.*, Paris, 20 mars 1907, *S.*, 1908, 2, 1, note A. Esmein).

1097. — Mais il est advenu que la Cour de cassation a donné, de la clause d'imputation principale et subsidiaire, une interprétation qui ne cadre pas du tout avec les préoccupations du notariat, ni, semble-t-il, avec celles des parties en cause. Pour la Cour suprême, en dépit de l'adjonction de la clause subsidiaire, la clause principale d'imputation produit toujours son effet essentiel qui est de réputer la constitution de dot faite exclusivement par le prémourant et d'obliger en conséquence l'enfant doté à effectuer le rapport intégral à sa succession; et la clause subsidiaire a pour seule signification juridique et pratique d'assurer à cet enfant un *recours immédiat* contre le constituant survivant, au moins si la constitution de dot avait eu lieu *solidairement*, dans les limites du préjudice résultant pour lui du rapport, soit

jusqu'à concurrence de l'écart qui existait entre le montant de sa dot et celui de sa part héréditaire (Civ., 28 nov. 1910 et 21 mars 1911, *D. P.*, 1912, 1, 5, note H. CAPITANT; 28 fév. 1922, *S.*, 1923, 1, 145, note Louis HUGUENEY, *D. P.*, 1924, 1, 33); en conséquence, et si c'est la mère qui survit, elle ne pourra pas émettre la prétention d'exercer ses reprises sur les biens du prémourant, au préjudice de l'enfant doté et tant que celui-ci n'aura pas reçu le complément de sa dot.

En réduisant ainsi la clause d'imputation subsidiaire à un rôle oblique, en la minimisant, la Cour de cassation va à l'encontre du but poursuivi par le notariat, comme aussi, semble-t-il, à l'encontre de la volonté des parties dont la préoccupation était de limiter l'obligation au rapport, dans la succession du prémourant, au montant de la part héréditaire de l'enfant gratifié — et qui s'en étaient expliqué avec une clarté suffisante. Il faudra donc découvrir une autre formule, plus péremptoire encore que celle-ci et qui ne donne prise à aucune équivoque, à aucune échappatoire; on pourrait, par exemple, stipuler que la dot sera imputée d'abord, non pas sur la succession du prémourant, mais *sur les droits* de l'enfant gratifié, dans ladite succession, et, subsidiairement, s'il y a lieu, sur la succession du survivant. Une telle formule, qui est employée dans certaines régions et par certains notaires, nous paraît devoir être à la fois suffisamment catégorique et licite; elle atteste vigoureusement la volonté des constituants de limiter l'obligation au rapport à la part héréditaire de l'enfant quant à la succession du prémourant, et elle ne fait cependant échec à aucune règle impérative. En effet, l'ordre public n'est certainement pas en jeu; la volonté des parties, dans les limites du disponible, est souveraine, et il n'est donc que de trouver une formule qui traduise cette volonté assez clairement pour en imposer l'observation à la jurisprudence, même la plus exigeante; le dernier mot restera au droit coutumier qui s'élabore ici dans les études des notaires plus encore que dans les prétoires de nos juridictions; les clauses d'imputation relèvent de la coutume corporative plutôt que de la coutume judiciaire (*sup.*, t. I^er^, n° 99).

N° 2

A qui le rapport est dû

1098. Principe. — Il est posé dans l'article 857 : « *Le rapport n'est dû que par le cohéritier à un cohéritier; il*

n'est pas dû aux légataires, ni aux créanciers de la succession ». Mais, dans l'application de ce texte, il y a lieu de distinguer deux ordres d'idées différents; il faut savoir : 1° qui peut *exiger* le rapport dû par l'héritier gratifié; 2° qui est appelé à *profiter* du rapport effectué. Les personnes rentrant dans la première catégorie figurent *a fortiori* dans la deuxième, mais la réciproque n'est pas vraie; parfois, le rapport profite à des personnes qui n'auraient pas été à même de l'exiger

Cette remarque faite, il résulte de l'article 857 que ceux-là sont qualifiés pour *exiger le rapport* qui, le cas échéant, y seraient eux-mêmes soumis, donc les cohéritiers *ab intestat*, à l'exclusion des légataires et des créanciers du défunt. Le système apparaît ainsi comme très cohérent, à base de réciprocité.

1099. Précisions. — Cependant, il faut examiner de plus près cette double directive qui, d'une part admet tous les cohéritiers légaux à exiger le rapport et qui, d'un autre côté, exclut de cette possibilité les légataires et les créanciers de la succession.

1100. I. Les cohéritiers sont fondés à exiger le rapport. — Il n'y a pas de distinction à établir, en principe, entre les divers ordres d'héritiers; de même que tout héritier gratifié doit, le cas échéant, le rapport, ainsi ce rapport peut lui être demandé par l'un quelconque de ses cohéritiers, agissant individuellement, en son nom et pour son compte personnel.

1101. Conjoint survivant. — Toutefois, cette symétrie se trouve rompue en ce qui concerne le *conjoint survivant*, non pas lorsqu'il succède en pleine propriété, pour la moitié de la succession et en vertu de l'article 767, § 2 : il est alors traité selon le droit successoral commun; mais lorsque, comme il advient ordinairement, il n'est investi que d'une vocation fixée en usufruit (art. 767, §§ 3 et suiv.); en ce cas, bien que tenu au rapport (*sup.*, n° 1088), il ne saurait exiger un rapport effectif ni en bénéficier. En effet, l'article 767, § 9, ne lui permet d'exercer son droit d'usufruit « *que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour* ». Il faut donc distinguer, en ce qui concerne le conjoint survivant, investi

d'une vocation successorale en usufruit, deux masses distinctes : 1° la masse sur laquelle son usufruit est calculé, la *masse de calcul* : elle comprend tous les biens composant la succession du défunt, non seulement les *biens extants*, mais aussi ceux qui, ayant été donnés par le défunt à ses héritiers présomptifs, sont sujets à rapport (art. 767, § 8), mais non pas les biens soumis à un droit de *retour*, conventionnel ou légal (Civ., 22 juill. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 33, note PLANIOL, *S.*, 1905, 1, 177, note WAHL; Poitiers, 15 mai 1899, *D. P.*, 1901, 2, 205) ni ceux qui avaient été donnés ou légués, soit à des étrangers, soit à des successibles, mais par préciput et hors part (Civ., 7 nov. 1934; *S.*, 1935, 1, 127); donc, comme le décide cet arrêt, on ne tiendra pas compte des libéralités tombant sous le coup de l'article 918, puisque ce texte les considère implicitement comme faites avec dispense de rapport (*inf.*, n° 1699). Le total est obtenu au moyen d'une réunion *fictive* (art. 766, § 8), effectuée pour ordre et sur le papier; 2° la masse sur laquelle l'usufruit du conjoint peut porter, ou *masse d'exercice*, et qui, à la différence de la précédente, ne comprend que les biens extants, à l'exclusion des biens dont le défunt avait disposé par acte entre vifs ou par testament et alors même qu'ils seraient sujets à rapport, ainsi que des biens frappés d'un droit de retour ou d'un droit de réserve (art. 767, § 9). Tandis que la première masse sert à déterminer l'étendue maxima de l'usufruit du conjoint, la deuxième en précise l'étendue effective, laquelle peut être sensiblement inférieure à la première. Si, par exemple, le *de cujus* laisse un enfant légitime et son conjoint, à supposer qu'il eût consenti au premier une donation de 100.000 francs et qu'il y ait, dans la succession, 20.000 francs de biens extants, la masse de calcul sera de 120.000 francs, mais la masse d'exercice de 20.000 francs seulement; théoriquement, le conjoint survivant a droit à un usufruit du quart, donc portant sur 30.000 francs; mais, comme les biens extants seuls en sont passibles, il ne pourra prétendre qu'à l'usufruit de 20.000 francs. Ce n'est donc pas un rapport véritable qu'il est fondé à exiger, mais un rapport *fictif*, un rapport à fin de comptabilité, de calcul, et destiné à établir des frontières qui ne seront peut-être jamais atteintes, un rapport *pour ordre*.

1102. Créanciers personnels des cohéritiers. — Les créanciers personnels des cohéritiers peuvent demander le rapport à l'héritier gratifié, non pas en leur nom, mais du

chef de leur débiteur et en vertu de l'article 1166; car il s'agit là d'un droit qui, n'étant pas exclusivement attaché à la personne, comporte l'exercice par la voie oblique.

1103. II. Les légataires et les créanciers de la succession sont sans qualité pour exiger le rapport (art. 857). — Examinons cette proposition, d'abord pour les *légataires*, puis pour les *créanciers*.

1° Les *légataires*. — La formule de l'article 857 comporte une mise au point : il est bien vrai que les légataires sont sans qualité pour demander le rapport, en ce sens que les biens donnés entre vifs par le défunt leur échappent complètement; mais nous verrons que du moins il est fait état de ces biens pour calculer le montant de la *quotité disponible* (*inf.*, n^os^ 1696 et 1703); comme le conjoint survivant et sous le bénéfice de certaines différences essentielles, les légataires sont en droit d'exiger la réunion fictive aux biens extants de toutes les libéralités consenties par le *de cujus*, et, encore qu'ils n'aient pas droit à un rapport effectif, ils bénéficient cependant de cette opération de calcul grâce à laquelle le cadre à l'intérieur duquel ils évoluent se trouve élargi, sans que les biens rapportés puissent jamais tomber sous leur emprise.

Sous le bénéfice de cette remarque, dont la signification sera mieux comprise après l'étude de la réserve, il est parfaitement exact de dire que les légataires, même universels, sont complètement exclus du bénéfice du rapport; ils ne peuvent ni l'exiger, ni en profiter (Civ., 8 janv. 1934, *D. H.*, 1934, 148, *S.*, 1934, 1, 145). Il faut en dire autant des donataires, notamment de biens à venir : la formule de l'article 857, si elle ne les exclut pas nommément, les écarte clairement en posant le principe que le rapport n'est dû que de cohéritier à cohéritier (arrêt précité, 8 janv. 1934).

1104. — 2° Les *créanciers*. — L'article 857 leur ferme également le rapport (même arrêt); mais, en réalité, il faut établir certaines distinctions et précisions :

a) La proposition ne vise que les *créanciers de la succession*, non les créanciers personnels des héritiers (*sup.*, n° 1102); or, il faut se rappeler qu'au cas d'acceptation pure et simple, les créanciers de la succession deviennent les créanciers personnels des héritiers; à ce dernier titre, il leur est loisible de demander le rapport du chef de leurs nouveaux débiteurs et en vertu de l'article 1166;

b) A supposer même que la succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, l'exclusive prononcée par l'article 857 n'est vraiment effective que pour le rapport des dons, non pour celui des legs; car, si les biens héréditaires sont insuffisants à satisfaire les créanciers et les légataires, ceux-ci seront toujours primés par ceux-là, conformément à la règle *nemo liberalis nisi liberatus*; à vrai dire, les créanciers n'ont pas même à demander le rapport des legs; ils se contentent de rappeler le principe incontesté qui veut que les legs soient payés sur l'actif net, donc une fois les créanciers héréditaires désintéressés; mais, en somme, le résultat est pratiquement le même que si les créanciers pouvaient exiger le rapport des legs; la formule de l'article 857, exacte théoriquement, donne une idée fausse de la réalité juridique.

N° 3

Quelles libéralités sont sujettes au rapport

1105. Principe. — L'énoncé même de la question en préjuge, dans une large mesure, la solution : ce sont seulement les *libéralités* qui sont sujettes à rapport; ce que l'héritier doit réunir à la masse, ce sont essentiellement les biens qui lui avaient été *donnés* — ou, exceptionnellement, qui lui avaient été *légués* par le défunt; mais les biens qu'il tient du *de cujus* à titre onéreux, par exemple d'une vente ou d'un échange, ne sont nullement rapportables. En effet, le rapport tend à assurer *l'égalité* entre les cohéritiers; encore faut-il donc, pour qu'il fonctionne, que cette égalité ait été rompue; or, elle ne l'a pas été par des actes conclus à titre onéreux, du moins s'ils étaient normaux et sincères, s'ils ne servaient pas à recouvrir, à masquer, à encadrer une libéralité (art. 853).

1106. Précisions; plan. — Sous le bénéfice de cette réserve fort importante, concernant les avantages qui résultent du jeu normal des conventions à titre onéreux, ce sont *toutes les libéralités* qui sont sujettes à rapport et non pas seulement les donations proprement dites; les avantages *indirects sont traités*, à cet égard, comme les avantages directs (art. 843, § 1); en sorte que l'opposition s'établit nettement entre le *titre gratuit* et le *titre onéreux*; le premier, à l'exclusion du second, est le pourvoyeur du rapport. Nous allons vérifier l'exactitude de cette opposition, et aussi en tracer

les limites, en examinant successivement les deux termes dont elle est faite : d'une part, les avantages réalisés à titre gratuit sont sujets à rapport; d'autre part, ceux qui procèdent du titre onéreux échappent à cette perspective; après quoi il sera question des *dispenses* ou des *exemptions* de rapport.

1107. I. **Les avantages réalisés à titre gratuit sont sujets à rapport.** — Cette formule engloble tous les avantages qui, réalisés sans équivalent, avaient été procurés à l'héritier par le *de cujus* dans une pensée de libéralité. C'est, en effet, cette pensée libérale qui se trouve à la base de toute *libéralité*; l'*animus donandi* constitue la cause de la donation, comme de l'avantage indirect ou du legs (*sup.*, t. II, n° 28; *inf.*, n° 1256); en son absence, il n'y a pas titre gratuit, il n'y a pas de libéralité; il ne saurait donc être question du rapport, lequel est dû uniquement par l'ayant cause à titre gratuit.

En revanche, du moment que les conditions sont réunies, qu'un avantage sans équivalent procède d'un esprit de libéralité, le rapport trouve une prise suffisante, invariablement; on ne distingue ni d'après la forme, ni d'après la nature de la libéralité ou les circonstances dans lesquelles elle intervient; notamment, et comme nous l'avons noté, les avantages indirects sont traités ainsi que les donations proprement dites.

1108. A. **Donations proprement dites.** — 1° Elles sont invariablement sujettes à rapport, soit qu'elles aient été consenties par *acte notarié*, dans les termes de l'article 931, soit qu'elles revêtent la forme d'une libéralité *par personne interposée*, d'une *donation déguisée* (Civ., 10 nov. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 307; Req., 4 nov. 1885, *S.*, 1888, 1, 455; 11 janv. 1897, *D. P.*, 1897, 1, 473, note Guénée, *S.*, 1901, 1, 144), ou d'un *don manuel* (Civ., 3 mai 1864, *D. P.*, 1864, 1, 173; Req., 12 mars 1873, *D. P.*, 1873, 1, 194; Civ., 8 fév. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 153; note Sarrut; Req., 19 oct. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 600, *S.*, 1904, 1, 40; 28 juill. 1920, *S.*, 1921, 1, 174); suivant une jurisprudence bien établie, la dispense de rapport ne résulte pas de plein droit du déguisement ni de la forme manuelle, mais seulement des circonstances de la cause; le déguisement ou la forme manuelle ne sont qu'une de ces circonstances, insuffisante à elle seule à établir la volonté, chez le disposant, de dispenser le gratifié du rapport (V. les arrêts précités).

2° Le *but* de la donation n'est, pas davantage que la forme, pris en considération.

a) L'article 851 soumet au rapport les donations consenties pour l'*établissement* de l'un des successibles, sans distinguer d'ailleurs entre l'établissement par mariage (constitution de dot) et l'établissement professionnel (achat d'un fonds de commerce, d'un office ministériel, d'un mobilier, d'une bibliothèque). Cependant, et pour ce qui est de la *dot*, on doit signaler une disposition spéciale au *régime dotal* et qui dispense la femme de rapporter à la succession de son père la dot qu'elle en avait jadis reçue, du moins dans une éventualité déterminée, alors que le mari était insolvable lors du mariage et n'exerçait alors ni métier ni profession : à supposer que l'insolvabilité ait persisté lors du décès du constituant, la femme dotée se libérera en apportant à la succession l'action qu'elle a contre son mari pour obtenir la restitution de sa dot (art. 1573), ce qui revient à dire que l'insolvabilité du mari est mise à la charge de la succession : le père avait commis une faute en donnant sa fille à un homme dépourvu et de fortune et de gagne-pain; les conséquences de cette erreur doivent retomber sur les héritiers de la succession. Cette disposition, évidemment dérogatoire au droit commun, comporte l'interprétation restrictive, voire littérale; elle cesse de s'appliquer, et le rapport de la dot elle-même est exigible : 1° si les époux sont mariés sous tout autre régime que le régime dotal; 2° si la dot a été constituée par toute autre personne que le père; 3° si l'insolvabilité du mari n'est survenue que postérieurement au mariage, car alors on ne retrouve plus, à la charge du père, la faute qui a déterminé le législateur à mettre la perte au compte de la succession (art. 1573, § 2) : en pareil cas, comme aussi lorsque le mari avait, lors du mariage, « *un métier ou une profession qui lui tenait lieu de bien* », on en revient au droit commun du rapport, et « *la perte de la dot tombe uniquement sur la femme* » (art. 1573 *in fine*);

b) Les donations *onéreuses* (avec charges), ou *rémunératoires*, sont elles-mêmes sujettes à rapport, mais seulement dans la mesure où elles procurent au gratifié un avantage gratuit, donc déduction faite des charges qui lui sont imposées ou du service rendu (Timbal, *Des donations rémunératoires*, thèse, Toulouse, 1925, p. 208).

1109. B. **Avantages indirects.** — Les avantages indirects, bien que ne constituant pas de véritables donations, bien que ne réalisant pas directement un transfert de richesse

à titre gratuit, d'un patrimoine à un autre, représentent encore des profits sans contre-partie, sans équivalent, donc des libéralités : le rapport en est donc dû, au moins si l'opération est dominée par l'esprit de libéralité, si elle est causée par l'*animus donandi*, au sens le plus large du mot. L'article 853 fait application de ce principe général aux avantages indirects contenus dans une *convention à titre onéreux*; mais on doit prévoir, pour ces avantages, des cadres différents ; ils peuvent également provenir de *renonciations* ou du *paiement des dettes de l'héritier présomptif*.

1° **Avantages inclus dans une convention à titre onéreux.** — L'article 853 soumet au rapport les avantages indirects que l'héritier a pu retirer des conventions à titre onéreux passées jadis avec le défunt, mais seulement lorsqu'ils résultent des clauses mêmes de l'opération, et non pas s'ils proviennent de circonstances postérieures; c'est au moment même où la convention a été conclue qu'il convient de se placer pour apprécier si elle faisait au futur héritier un avantage indirect; seuls, les profits de source conventionnelle sont à retenir; ce qui revient à dire, en somme, que la loi exige ici, conformément aux principes généraux, l'*animus donandi*, la *volonté libérale*, en dehors de laquelle il ne saurait y avoir de *libéralité*, donc de rapport; elle se préoccupe du *but poursuivi* par les parties, plus encore que des *résultats* obtenus. Si, par exemple, le *de cujus* avait vendu à un de ses enfants, pour 50.000 francs, un immeuble qui en valait en réalité 100.000, c'est un avantage de 50.000 francs qu'il lui a consenti indirectement, et dont le rapport sera dû; mais si ledit immeuble a bénéficié ultérieurement d'une plus-value, cette éventualité ne sera d'aucune considération; l'avantage qu'elle confère à l'acquéreur ne procède nullement du titre gratuit, d'une volonté bienfaisante.

En conséquence, les profits que l'héritier a pu retirer du jeu normal des clauses du contrat ne sont point sujets à rapport; on verra cependant qu'il en va autrement pour les avantages provenant d'un contrat de *société*, du moins lorsque l'acte qui règle les conditions de la société n'a pas un caractère authentique (*inf.*, n° 1115).

1110. 2° **Renonciations.** — Les renonciations sont une source abondante d'avantages indirects qui sont, sans conteste, sujets à rapport : renonciation à une *succession*, du moins si elle est faite *in personam* (Civ., 8 mars 1858, *D. P.*, 1858, 1, 97), à un *legs*, à une *communauté*, à des *avantages*

matrimoniaux (Civ., 15 mai 1866, *S.*, 1866, 1, 276), à un *usufruit*, à une *créance* : le créancier qui accorde à un débiteur une *remise de dette*, lui fait en réalité un cadeau, lui consent une libéralité qui est donc sujette à rapport. Cependant, il en irait autrement de la remise de la dette incluse dans le *concordat* accordé à un failli par ses créanciers; cette remise, plus ou moins importante, est consentie par les créanciers, bien moins dans l'intérêt du débiteur, que pour leur propre avantage; loin de vouloir faire une libéralité, ils prennent le parti le moins mauvais pour eux; ils ne sacrifient une partie de leurs droits que pour sauver le reste; ils font la part du feu; et, précisément parce que l'*animus donandi* ne les anime pas, le rapport est ici sans emploi.

1111. 3° **Paiement des dettes du futur héritier.** — Le défunt avait acquitté les dettes de celui qui vient aujourd'hui à la succession, avec d'autres héritiers : le rapport est dû de ce chef, aux termes de l'articles 851; en éteignant les dettes dont il était tenu, le *de cujus* avait enrichi le débiteur, son héritier présomptif.

Toutefois, on suppose que les dettes ainsi éteintes étaient valables et civilement obligatoires; annulables, rescindables ou simplement naturelles, elles ne liaient pas véritablement le débiteur qui aurait pu s'en dégager aisément, se soustraire à leur exécution, en sorte que leur extinction ne lui a pas procuré un avantage appréciable; en réalité, on ne l'a pas libéré, puisqu'il n'était pas tenu, puisqu'il pouvait se libérer de lui-même et sans bourse délier, en invoquant le caractère naturel de la dette ou en provoquant l'annulation du contrat; il n'y a donc pas matière à rapport, puisque, si le *solvens* a agi dans un esprit de libéralité, il a, du moins, manqué son but; il n'a procuré au débiteur imparfait aucun avantage substantiel.

A notre avis, cette solution est valable dans tous les cas, sans distinction, et même pour les dettes d'un enfant mineur qui auraient été acquittées par son père. De nombreux auteurs admettent que l'enfant est tenu au rapport, de ce chef, du moins si le paiement était intervenu dans son intérêt bien compris. Mais, en décidant ainsi, et malgré la réserve dont on accompagne cette solution, on tourne la règle de l'annulabilité, règle protectrice des intérêts du mineur, règle d'ordre public; car il dépendra du père, en acquittant les dettes de son enfant, de lui en imposer le fardeau définitif, contrairement au vœu du législateur qui n'a pas voulu que le mineur pût assumer des engagements valables, qui a

entendu lui ménager les moyens de se soustraire à leur exécution; il n'est pas admissible que le père puisse, en payant, l'astreindre au rapport et le priver ainsi de la garantie établie en sa faveur. Les dettes du mineur sont à traiter ainsi que toutes autres dettes sujettes à nullité : leur acquittement, de la part d'un tiers, ne constitue pas un avantage effectif et ne donne pas de prise au rapport.

1112. Assurance sur la vie. — Lorsqu'une assurance sur la vie est souscrite au profit d'un tiers, celui-ci, venant plus tard à la succession du souscripteur, n'a pas à effectuer le rapport du capital assuré, puisque ce capital est considéré, en vertu de la théorie du droit immédiat et direct, comme passant directement de la caisse de l'assureur dans le patrimoine de l'assuré, sans traverser celui du stipulant, puisque le tiers bénéficiaire n'est donc pas l'ayant cause, le donataire du souscripteur (Civ., 29 juin 1896, *D. P.*, 1897, 1, 73, *S.*, 1896, 1, 361; Req., 30 mai 1911, *S.*, 1911, 1, 560, *D. P.*, 1912, 1, 72; *sup.*, t. II, n° 308). Le principe est posé formellement dans les articles 67 et 68, § 1, de la loi du 13 juillet 1930 : le capital assuré ne fait pas partie de la succession du souscripteur de la police; il échappe donc aux règles du rapport. C'est seulement pour les *primes* qu'il peut être question de rapport (*inf.*, n^{os} 1125, 1132).

1113. II. Les avantages qui procèdent du titre onéreux échappent au rapport. — Par « avantages qui procèdent du titre onéreux », nous entendons, non pas les avantages inclus dans un acte à titre onéreux — on a vu qu'ils sont ou qu'ils peuvent être soumis à la loi du rapport (*sup.*, n° 1109) — mais ceux qui dérivent d'un esprit onéreux, par opposition à l'*animus donandi*, et qui ne sont donc pas marqués de l'empreinte libérale; ce qui est décisif, en pareille matière, ce n'est pas toujours le cadre de l'opération, mais bien l'esprit dont elle est issue : selon que cet esprit était spéculatif ou libéral, elle échappera au rapport ou bien elle en sera tributaire; c'est ainsi que les avantages provenant d'une vente, qui sont soumis au rapport lorsqu'ils ont été voulus par les parties, échappent au contraire à l'emprise du droit successoral lorsque, provenant du jeu normal des clauses de l'opération, ils se rattachent vraiment au titre onéreux.

1114. Dérogations. — Dans l'application, ce principe comporte deux déviations importantes, l'une relative aux

avantages matrimoniaux, l'autre aux profits retirés d'une *société*.

1° **Avantages matrimoniaux.** — On sait que de tels avantages ne sont pas considérés par le législateur, du moins sous les régimes de communauté et en tant qu'ils intéressent des biens communs, comme des libéralités; il y voit des arrangements entre associés, des conventions onéreuses (art. 1516 et 1525; *sup.*, n° 691); en conséquence, ces avantages ne sont point sujets à rapport : le conjoint survivant peut les cumuler avec sa vocation successorale, (V. les décisions citées *sup.*, n° 696). Cependant, il en va autrement s'il existait, lors du mariage, des enfants issus d'une précédente union (Req., 25 juin 1912, *D. P.*, 1913, 1, 173, *S.*, 1914, 1, 465), et aussi lorsque l'avantage matrimonial est là pour masquer une libéralité véritable (Civ., 7 déc. 1870, *D. P.*, 1871, 1, 153; Req., 18 janv. 1888, *D. P.*, 1888, 1, 174, *S.*, 1890, 1, 170); à ce dernier égard encore, s'affirme l'importance capitale de l'*animus donandi*, de la cause de l'opération (*sup.*, n° 697).

1115. 2° **Contrat de société.** — Aux termes de l'article 854, deux éventualités sont à distinguer :

a) Si les conditions de la société intervenue entre le *de cujus* et celui qui vient aujourd'hui à sa succession, ont été fixées dans un acte *authentique*, le droit commun s'applique purement et simplement, c'est-à-dire que l'associé héritier ne doit le rapport des avantages sociaux par lui réalisés, que dans les termes de l'article 853, donc des avantages indirects résultant du jeu des clauses de l'acte qui lui faisaient une situation privilégiée;

b) Mais si, au contraire, l'acte de société avait été rédigé *sous seing privé*, ce sont tous les bénéfices sociaux qui sont rapportables, indistinctement, même les plus naturels, même les plus légitimes, et alors qu'ils ne constituaient point des avantages indirects au sens de l'article 853.

Ce traitement de rigueur n'est pas facile à justifier; vainement allègue-t-on que le législateur se méfie d'un contrat qui, par sa complexité même, se prête à toutes les fraudes, à la dissimulation des avantages indirects. L'argument prouve trop, car il conduirait à appliquer le même traitement sévère à toutes les sociétés, fussent-elles constituées par acte authentique; il est vrai que l'acte privé est susceptible de disparaître, d'être supprimé; mais cette infériorité, inhérente à sa nature, d'ordre spécifique, n'a rien de spécial au contrat

de société; elle se manifeste pour tous les actes juridiques, et ce second argument, comme le précédent, pèche donc par sa généralité. En bonne justice, on ne voit pas pourquoi le contrat de société est traité autrement que tout autre contrat, et l'on pourrait sans inconvénient biffer la disposition de l'article 853 pour laisser la société sous l'empire du droit commun.

1116. — Aussi comprend-on que la jurisprudence s'applique à neutraliser cette disposition par différents moyens : 1° en admettant facilement, eu égard aux circonstances, l'existence d'une *dispense de rapport* (Req., 31 déc. 1855, *D. P.*, 1856, 1, 358; 23 juin 1919, *D. P.*, 1920, 1, 159; Douai, 21 juin 1906, *S.*, 1907, 2, 57, note Wahl, *D. P.*, 1908, 2, 225, note Planiol); 2° en permettant à l'associé assujetti au rapport et constitué en perte de ce chef, de se retourner contre ses cohéritiers et d'exiger d'eux une indemnité basée sur l'enrichissement sans cause : il a droit à une indemnité à raison des services rendus, de sa participation aux affaires sociales (action *de in rem verso*; Req., 19 nov. 1861, *D. P.*, 1862, 1, 139; 17 août 1864, *D. P.*, 1865, 1, 304).

1117. III. **Dispenses et exemptions de rapport.** — Il existe des libéralités qui, contrairement aux principes que nous venons de poser, échappent ou peuvent échapper au rapport; la *dispense* dont elles bénéficient peut tenir, soit à la volonté du disposant, soit à celle du législateur; dans le premier cas, il y a *dispense proprement dite, stricto sensu*; dans la deuxième éventualité, on dit plutôt qu'il y a *exemption* du rapport.

1118. A. **Dispense proprement dite.** — Dans notre droit moderne, le rapport n'est pas d'ordre public; il dépend du disposant de dispenser le gratifié de remettre dans la succession les biens qu'il lui a transmis; on dit alors que la libéralité est consentie *avec dispense de rapport*, ou encore qu'elle est *préciputaire*, qu'elle est faite par *préciput et hors part* (art. 843, § 1, et 919); le gratifié va alors cumuler le bénéfice de la libéralité avec sa vocation héréditaire, avec ses droits de succession légale; ce n'est plus seulement un *avancement d'hoirie* qui lui avait été consenti, mais un *supplément d'hoirie*, un avantage définitif, qu'il conservera en toute éventualité.

1119. Restrictions. — Cependant, cette faculté, reconnue au disposant, de dispenser le gratifié du rapport, com-

porte des limites, l'une valable pour tous les héritiers, une autre spéciale au conjoint survivant.

1° Quelle que soit la qualité de l'héritier gratifié, la dispense de rapport ne peut sortir effet que dans les limites de la *quotité disponible*; il faut, de toute façon, que les héritiers réservataires soient remplis de leur *réserve*, laquelle est d'ordre public (*inf.*, n° 1683);

2° Le *conjoint survivant* est tenu d'imputer sur son usufruit successoral *toutes les libéralités* qu'il avait reçues du prédécédé, *fût-ce par préciput et hors part* (art. 767, § 10). C'est qu'en effet, la vocation héréditaire normale du conjoint survivant a pour but de lui assurer des moyens d'existence; du moment que le prédécédé y a pourvu par des libéralités quelconques, l'objectif est atteint et la vocation successorale perd sa raison d'être; en conséquence, il est rationnel d'exiger que toutes les libéralités, même faites par préciput et hors part, soient imputées sur la part héréditaire du conjoint survivant.

Ainsi s'affirme à nouveau l'infériorité de la situation de ce successeur en usufruit : d'une part, on ne lui permet pas d'exiger, de ses cohéritiers, un rapport effectif (*sup.*, n° 1101); de plus, on le soumet à un rapport particulièrement étendu, qui englobe, à titre exceptionnel, même les libéralités préciputaires.

Mais tout ceci n'est vrai que si la vocation du conjoint est limitée à l'usufruit, non si elle porte sur la moitié de la succession en pleine propriété (art. 767, § 2; l. 3 déc. 1930); substitué alors aux parents de la ligne déficiente, soumis en conséquence au régime de droit commun des successeurs légaux, il n'a pas à imputer sur sa part les libéralités qui lui auraient été consenties par le défunt à titre préciputaire.

1120. Qui peut accorder la dispense. — La dispense ne peut émaner que de l'auteur de la libéralité; il a qualité pour l'accorder dans la mesure où, en dehors d'elle, le rapport serait dû plus tard à sa succession. Si, par exemple, une dot a été constituée au profit d'un enfant, par le père seul, et sur les biens communs, le disposant n'a qualité pour accorder la dispense que jusqu'à concurrence de la moitié, puisque, à supposer du moins que la mère accepte plus tard la communauté, la dot sera considérée comme ayant été constituée pour moitié par chacun des parents (*sup.*, n° 1094).

1121. Moment de la dispense. — Le plus souvent, la dispense de rapport est contemporaine de la libéralité à

laquelle elle s'applique et avec laquelle elle fait corps; mais cette simultanéité n'est nullement indispensable et la dispense peut fort bien n'être accordée que par la suite et séparément; on voit alors une libéralité, d'abord sujette au rapport, être transformée en une libéralité préciputaire (art. 919, § 2); mais, en ce cas, il faut que l'acte qui contient la dispense isolée soit établi dans la forme ordinaire des libéralités, forme notariée ou forme testamentaire. C'est bien, en effet, une libéralité supplémentaire qu'il confère au gratifié en lui donnant la possibilité de cumuler les droits qu'il tient de la disposition avec sa vocation héréditaire (même texte).

1122. Forme de la dispense. — Il semble bien résulter des explications précédentes que la dispense de rapport ne puisse jamais intervenir que par *écrit;* et, en effet, l'article 843, § 1 suppose qu'elle intervient *expressément*, donc *littéralement*; d'ailleurs, cette exigence serait logique puisqu'une telle dispense se ramène à une libéralité supplémentaire : en principe, la donation, comme le testament, est assujettie à la forme écrite.

1123. Dispenses tacites. — Mais cette exigence aurait des inconvénients très graves : avec elle, la dispense deviendrait impraticable pour quantité de donations, pour toutes celles qui interviennnet valablement *en dehors de tout acte portant donation*, telles les donations *manuelles*, qui se réalisent par simple tradition, de la main à la main, et les donations *déguisées* qui se dissimulent sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, par exemple d'une vente; dans de telles éventualités, il n'y a pas d'écrit rédigé pour constater la donation, il n'y a donc pas de place pour une dispense écrite : le cadre ferait défaut. Il est vrai que ce cadre pourrait être constitué après coup, la dispense étant formulée dans un *instrumentum* rédigé ultérieurement; mais alors, de ce fait, la donation perdrait en réalité son caractère manuel ou déguisé; et l'on peut donc dire que de telles libéralités seraient nécessairement sujettes à rapport aussi longtemps qu'elles conserveraient leur nature originelle. Or, ce résultat serait souvent contraire à la volonté du disposant qui avait entendu adresser au gratifié un avantage définitif et préciputaire, ainsi qu'il ressort fréquemment des circonstances de la cause; il ne faut pas que cette volonté soit méconnue, violentée, par l'effet d'un formalisme qui serait contraire à la tradition : en exigeant, dans l'article 843, § 1 et 919, § 1, que la dispense de rapport ait été faite *expressément*, les

rédacteurs ont entendu reproduire tout simplement le mot *expressim* de la Novelle 18 et exiger, de la part du disposant, une intention clairement exprimée, une intention *évidente*. Ce n'est d'ailleurs pas l'unique exemple de cette terminologie (v. les articles 387, *sup.*, t. I, n° 1108; 1201, § 1, *sup.*, t. II, n° 781, et 1275, *sup.*, t. II, n° 992). La jurisprudence a été ainsi conduite à admettre que la dispense du rapport peut s'induire des circonstances de la cause, qu'elle peut être *tacite*, *virtuelle* (Req., 5 avril 1854, *D. P.*, 1854, 1, 99; 28 juin 1882, *D. P.*, 1885, 1, 27; 25 nov. 1901, *S.*, 1902, 1, 259; 14 décembre 1908, *D. P.*, 1909, 1, 388; Paris, 13 nov. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 71), et au nombre des circonstances à prendre en considération elle range *la nature même* de la libéralité : il est des dispositions qui portent en elles-mêmes, par les conditions dans lesquelles elles interviennent, par l'aspect qu'elles revêtent, le témoignage de la volonté, chez le disposant, de dispenser le gratifié du rapport (V. pour une donation de nue propriété avec réserve d'usufruit, contenue dans un partage d'ascendant, Angers, 20 déc. 1932, *S.*, 1933, 2, 94); témoignage qui n'est d'ailleurs pas décisif, mais dont il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement la valeur.

1124. Applications. — Nombreuses et intéressantes sont les applications faites par la jurisprudence ou par la loi de cette notion de la dispense virtuelle de rapport.

1° Avant la loi du 24 mars 1898 et alors que les *legs* étaient rapportables aussi bien que les donations, les tribunaux admettaient volontiers que le testateur avait entendu les accompagner d'une dispense de rapport en dehors de laquelle ils perdraient à peu près toute signification pratique (*inf.*, n° 1126);

2° Les *dons manuels* sont bien, en principe, soumis au rapport; leur forme ne vaut pas, par elle-même, dispense de rapport; mais il appartient au juge de rechercher si, *eu égard aux circonstances de la cause*, la volonté de dispense ne doit pas être admise, encore qu'elle ne se soit pas affirmée par écrit; et précisément la forme manuelle est déjà une circonstance, sinon décisive, du moins favorable à l'admission de cette volonté; à la condition d'être renforcée par d'autres présomptions, elle conduira facilement le tribunal à admettre la dispense virtuelle de rapport (v. les arrêts cités *sup.*, n° 1108);

3° Les *donations déguisées* ont fourni à notre jurisprudence l'occasion de prendre une position identique : répu-

diant deux systèmes absolus, l'un qui exige, dans tous les cas, une dispense formulée par écrit, l'autre qui voudrait que toute donation déguisée échappât *de plano* au rapport, la Cour de cassation consacre un système transactionnel fort satisfaisant : le déguisement n'équivaut pas par lui-même à une dispense, car il peut s'expliquer par des considérations d'un ordre très différent, notamment par le désir d'échapper partiellement à l'acquittement des droits fiscaux ; mais le caractère préciputaire de la libéralité peut ressortir des circonstances de la cause, au nombre desquelles le déguisement doit être rangé; à lui seul, il ne suffit pas à révéler la volonté de dispense chez le disposant; mais, joint à d'autres particularités, il devient décisif (v. les décisions citées, *sup.*, n° 1108); et même, dans une éventualité particulière, celle de l'article 918, il est décisif *à lui seul*, et cela en vertu dudit texte qui ne saurait recevoir une autre interprétation (*infra*, n° 1699).

1125. — 4° En matière d'*assurances sur la vie*, la jurisprudence décidait que les primes, versées par le souscripteur afin de constituer le capital assuré, étaient en principe rapportables (*inf.*, n° 1132) ; mais elle admettait aussi que le tiers bénéficiaire fût tacitement dispensé d'en effectuer le rapport à la succession du stipulant, et cela *selon les circonstances* (Civ., 22 fév. 1888, *D. P.*, 1888, 1, 193; 7 août 1888, *Ref.*, XV, 1, 833, note Labbé; 23 juillet 1889, *Ref.*, XVI, 1, 183, note Labbé; 4 août 1908, *S.*, 1909, 1, 5, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1909, 1, 185, note Dupuich; Req., 30 mai 1911, *S.* 1911, 1, 560, *D. P.*, 1912, 1, 572).

La loi du 13 juillet 1930 donne une solution plus libérale encore en faisant de la dispense de rapport le principe, pour les primes elles-mêmes, sauf dans le cas où elles auraient été « *manifestement exagérées* » eu égard aux facultés, aux ressources du stipulant (art. 68, § 2). Le législateur considère ainsi que les primes ne sont marquées du caractère libéral et ne sont donc sujettes à rapport que si elles ont été hors de proportion avec les moyens d'existence du souscripteur; dans cette dernière éventualité, le rapport n'est d'ailleurs dû que dans la mesure où il y a eu exagération et non pas seulement pour la totalité des primes; décider autrement serait méconnaître l'esprit de la loi de 1930 qui a entendu favoriser autant que possible l'assurance sur la vie au profit d'un tiers et donner au bénéficiaire le plus de sécurité et d'avantages possibles; ce serait aussi tendre un piège aux

intéressés qui seraient à la merci d'un dépassement, même minime, des primes par rapport aux ressources du cotisant; le système du *tout ou rien* irait ainsi à l'encontre de la volonté du législateur comme de celle du souscripteur; il est d'ailleurs condamné par l'*Exposé des Motifs* de M. le professeur Hémard (v. *D. P.*, 1931, 4, 36, col. 3; *sic*, Le Balle, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., t. V*bis*, n° 841); il a cependant été soutenu (v. Et. Perreau, *La réduction, le rapport et la récompense des primes ou du capital dans l'assurance-vie*, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931, p. 732; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. XIV, n° 597, p. 127); mais nous ne pensons pas qu'il triomphe jamais, car il est manifestement inéquitable;

5° Lorsque, dans un *partage d'ascendant entre vifs*, le disposant donne à l'un de ses enfants un bien en supplément de sa part, il manifeste par là-même l'intention de le dispenser du rapport, puisque cette dernière opération implique le *partage*, c'est-à-dire une éventualité qui est précisément exclue par la répartition anticipée, effectuée entre les descendants du donateur (Caen, 2 déc. 1847, *S.*, 1849, 2, 193; Angen, 20 déc. 1932, *S.*, 1933, 2, 94; *inf.*, n° 1941).

Toute cette jurisprudence sur les dispenses virtuelles doit être approuvée, comme assurant le triomphe de la volonté du disposant sur les exigences d'un formalisme étroit qui compte cependant encore un certain nombre de partisans dans la doctrine.

1126. B. **Exemptions de rapport.** — On trouve dans les *textes quatre dispenses légales* de rapport, auxquelles nous réservons plus spécialement le nom d'*exemptions* : une première que nous venons d'examiner et qui est inscrite, pour les *primes d'assurance sur la vie*, dans l'article 68, § 2 de la loi du 13 juillet 1930; une seconde qui vise les libéralités testamentaires, les *legs* (art. 843, § 2); une troisième qui a trait aux fruits, ou du moins à *certains fruits* (art. 856); une dernière qui concerne certaines *dépenses* énumérées dans l'article 852;

1° *Primes des assurances sur la vie au profit de tiers.* — Nous venons de nous expliquer sur ce point.

2° *Libéralités testamentaires; legs.* — D'après le Code civil (art. 843 anc. réd.), les legs étaient rapportables au même titre que les libéralités entre vifs, c'est-à-dire en principe et sauf dispense. C'était un non-sens, car, à la différence d'une donation rapportable, qui profite au donataire pendant toute

la vie du donateur, un legs sujet à rapport est sans utilité appréciable pour le gratifié dont les droits ne se trouvent pas accrus d'une parcelle du moment qu'il doit précompter sur sa part héréditaire le montant de l'avantage qui lui a été consenti; tout au plus pourrait-on faire observer qu'il a la certitude d'obtenir la chose même qui lui a été léguée, certitude qui ne lui appartiendrait pas en tant qu'héritier : outre qu'il ne tient peut-être pas particulièrement à cette chose, l'observation ne porte que pour les legs de corps certains, non pour ceux de somme d'argent.

Il fallait donc, de toute logique, soustraire en principe les legs au rapport et abroger une disposition qui, explicable dans notre ancien droit, alors que les deux qualités d'héritier et de légataire étaient frappées d'incompatibilité, se trouvait dépourvue de toute raison d'être dans une législation qui admet, au contraire, le cumul possible de ces deux qualités : y soumettre en principe les legs au rapport était méconnaître la volonté très probable du défunt qui n'avait pas dû écrire pour ne rien dire.

C'est seulement en 1898, par une loi du 24 mars, que la réforme fut réalisée; aux termes du deuxième alinéa de l'article 843, modifié par cette loi, les legs adressés à un héritiers sont *réputés faits par préciput et hors part*, sauf volonté contraire exprimée par le testateur, sous une forme quelconque (Douai, 28 mars 1934, *S.*, 1935, 2, 230; Comp. Civ., 29 avril 1918, *S.*, 1920, 1, 37); de telle sorte que la présomption fonctionne ici en sens inverse de celle qui est établie pour les libéralités entre vifs : tandis que ces dernières sont rapportables en principe, sauf dispense accordée par le disposant, les legs sont en principe préciputaires, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté de les assujettir au rapport; opposition parfaitement logique puisqu'une donation, même rapportable, conserve encore une grande utilité pour le gratifié qui use et qui jouit de la chose jusqu'au décès du disposant, alors qu'un legs sujet à rapport représente un geste plutôt qu'une réalité; et c'est pour en faire une réalité que le législateur le présume, jusqu'à disposition contraire, fait par préciput et hors part.

1127. Remarque. — Il faut observer que la loi de 1898 n'a pas changé la situation antérieure en ce qui concerne les legs adressés au conjoint survivant, car celui-ci doit imputer sur sa part héréditaire toutes les libéralités qu'il avait reçues du défunt, fût-ce par préciput et hors part (*sup.*, n° 1119).

1128. — 3° Le donataire passible du rapport est dispensé de rendre les *fruits* qu'il a retirés des choses qui lui avaient été données; c'est seulement à partir du jour du décès qu'il est comptable des fruits et des intérêts (art. 856). On peut donc dire que la libéralité, en tant qu'elle porte sur les fruits, a un caractère préciputaire, *ipso jure*. Décider autrement aurait été constituer le donataire en perte en l'obligeant à restituer des sommes qu'il a dû dépenser annuellement; ç'aurait été aussi neutraliser la pensée libérale du disposant; puisque le gratifié se trouverait, en fin de compte, dans la même situation, voire dans une situation pire que s'il n'avait rien reçu.

En revanche, à compter du jour du décès, la jouissance des biens sujets à rapport appartient à la masse, et cela sans distinguer selon les procédés par lesquels s'effectue le rapport, qu'il ait lieu en nature ou bien en moins prenant.

1129. — 4° Sont encore exemptées du rapport *certaines dépenses* énumérées dans l'article 852.

Ce texte cite, dans son ordre d'idées : « *les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage.* » Nous n'insistons pas sur les éléments de cette énumération, mais il faut cependant observer que des difficultés se présenteront parfois pour la délimitation des *cadeaux de noces*, lesquels sont exemptés du rapport aux termes de l'article 852, et de la dot, qui est au contraire rapportable (*sup.*, n° 1108); mais c'est là question de fait plutôt que question de droit, à résoudre d'après les éléments de la cause : c'est ainsi qu'un *trousseau* offert à la mariée sera traité comme cadeau de noces ou comme partie intégrante de la dot suivant son importance et aussi d'après les formules employées par les parties dans le contrat de mariage.

1130. Raison d'être de l'exemption du rapport. — Le point essentiel est de savoir pour quelle raison les dépenses énumérées dans l'article 852 échappent au rapport. Plusieurs explications ont été proposées :

a) Il en est une qui vient aussitôt à l'esprit : ces dépenses correspondent à l'obligation qui incombe aux parents d'entretenir, d'élever, d'éduquer les enfants et de les mettre à même de gagner leur vie; elles représentent l'acquittement d'une dette, non un cadeau fait à l'enfant; elles ont un caractère onéreux, et il est donc naturel qu'elles échappent au rapport.

Mais cette explication, qui était valable dans notre ancien droit, alors que la dispense de rapport, pour les dépenses en question, était limitée à la ligne descendante, a cessé d'être pertinente alors que la dispense est instituée par l'article 852 dans les termes les plus généraux et sans distinguer suivant la position de famille des deux intéressés, quand bien même ce serait un frère ou un oncle ou un cousin qui aurait assumé spontanément la charge d'un collatéral plus ou moins éloigné, en dehors de toute obligation alimentaire; comme l'a jugé la Cour de cassation, la dispense de rapport de l'article 852 « peut être invoquée, alors même qu'il n'existait pour le défunt aucune obligation légale de payer les frais désignés dans ce texte, et que le successible avantagé avait les ressources personnelles suffisantes pour les acquitter » (Civ., 27 janv. 1904, *D. P.*, 1904, 1, 521, 2e arrêt). Dès lors, l'explication traditionnelle est prise en défaut et il faut recourir à des considérations d'un ordre différent;

b) On a alors pensé à résoudre le problème en observant que les dépenses dont s'agit sont très ordinairement effectuées à l'aide des *revenus* de celui qui y procède, et l'on a tenté de ramener la disposition de l'article 852 à un principe général en vertu duquel *toute libéralité réalisée à l'aide des revenus du disposant serait exemptée du rapport.*

1131. Libéralités prises sur les revenus du disposant. — Le principe ainsi formulé serait d'une application pratique très étendue : abandons de jouissance, de loyers; service de pensions, de rentes viagères; ce sont là des dépenses auxquelles on fait face, dans la plupart des cas, avec les revenus, sans entamer le capital; et, si la thèse que nous exposons était exacte, il faudrait décider qu'elles ne sont donc point sujettes à rapport. La solution paraît d'abord équitable et juridique : outre l'argument qu'elle tire de l'article 852 dont on se contente de développer la disposition par voie d'analogie, on fait remarquer que les frais dont s'agit n'appauvrissent pas véritablement celui qui y procède et dont le capital demeure intact; ils ne rompent pas l'égalité entre les héritiers présomptifs et n'appellent donc pas le correctif du rapport. D'ailleurs, la loi du 13 juillet 1930 semble bien cadrer exactement avec ce point de vue, elle qui, dans son article 68, § 2, soustrait en principe au rapport les primes de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, sauf dans le cas où elles auraient été manifestement exagérées *eu égard aux facultés du stipulant* (*sup.*, n° 1125), c'est-à-dire, semble-t-il, lorsqu'elles ont été prises, non sur les

revenus mais bien sur le capital : l'opposition est ainsi nettement établie entre les prélèvements opérés sur les revenus et ceux qui entament le capital; seuls, ces derniers sont passibles du rapport; les premiers échappent à l'emprise du droit successoral.

1132. — Cependant, les arrêts les plus récents et les plus nombreux ont écarté cette généralisation téméraire dont l'article 852 a failli devenir le centre (Civ., 27 oct. 1886, *S.*, 1887, 1, 193, note Labbé, *D. P.*, 1887, 1, 129, note Flurer; Req., 13 avril 1899, *D. P.*, 1901, 1, 233, note Boistel; 30 mai 1911, *S.*, 1911, 1, 560, *D. P.*, 1912, 1, 172; un arrêt de la Chambre civile, du 27 nov. 1917, *D. P.*, 1921, 1, 21, qui, au dire des partisans de l'opinion que nous combattons, aurait consacré son adoption, n'a point, en réalité, une telle portée, car il est intervenu à l'occasion d'une donation ayant directement pour objet l'abandon d'un revenu, dans l'espèce des loyers de deux maisons) : sans doute, les *circonstances de la cause* peuvent conduire le juge à admettre la dispense de rapport, dans tel cas déterminé (*sup.*, n° 1125), et, au nombre de ces circonstances, figure celle-ci que les sommes ont été prises sur les revenus du souscripteur, non sur son capital; mais cette particularité, dont l'importance n'est pas niable, n'est pas, à elle seule, décisive; une libéralité n'est pas exempte du rapport par cela seul qu'elle dérive des revenus du disposant; il y a dispense de rapport possible, même virtuellement; il n'y a pas une exemption légale, de principe.

Nous croyons que là est la vérité : 1° parce que les libéralités prises sur les revenus rompent, en réalité, l'égalité entre les héritiers, aussi bien que si elles avaient été prises sur le capital : le problème doit être abordé du point de vue des héritiers, non du point de vue du défunt; or, si on envisage la question sous cet angle, on arrive à soumettre les deux éventualités à un même traitement; 2° d'ailleurs, il advient parfois que le père de famille acquitte les dépenses sans se rendre bien compte de la situation exacte; il ne sait pas s'il y pourvoit exclusivement à l'aide de ses revenus ou s'il n'entame pas plus ou moins son capital; 3° enfin, et surtout, l'opinion que nous combattons aboutit à des résultats manifestement contraires à l'équité : si un père de famille dote un de ses enfants sur ses revenus, puis un autre, alors que ses ressources annuelles se sont raréfiées, à l'aide de son capital, ce dernier seul devrait le rapport; le premier en serait exempt, solution manifestement inadmissible, qui

ferait pièce à la volonté probable, pour ne pas dire certaine du disposant.

Quant aux solutions données par la loi du 13 juillet 1930, pour les primes de l'assurance sur la vie, elles ne sont nullement décisives : d'abord parce que cette opération est soumise à un véritable régime de faveur, puis parce que la loi distingue, à vrai dire, non pas selon que les primes proviennent ou non des revenus des stipulants, mais, ce qui est un peu différent, suivant qu'elles sont ou non « *manifestement exagérées eu égard à ses facultés* » : or, « facultés » n'est pas synonyme de « revenus »; pour apprécier les facultés d'un patrimoine, il faut prendre en considération les divers éléments qui le composent; un père de famille dont la situation matérielle doit normalement s'améliorer, ne consent pas un sacrifice exagéré en alimentant une assurance au moyen de primes qui cadrent avec les possibilités de demain plutôt qu'avec celles d'aujourd'hui; l'assurance est un acte de prévoyance, et la prévoyance, par définition même, fait état de l'avenir plutôt que du présent.

Il faut donc renoncer à rattacher la disposition de l'article 852 à un principe plus général dont nous venons d'établir la fausseté.

1133. — *c*) La *véritable explication* est à chercher dans cette particularité que celui qui fait des frais énumérés dans l'article 852 ne considère pas qu'il consent une libéralité; il n'est pas animé par l'esprit de libéralité; l'*animus donandi* lui fait défaut, et cela quand bien même il ne serait pas un ascendant de l'obligé; les dépenses en question sont traitées par la loi comme cadeaux d'usage; ils sont *présumés* par elle avoir ce caractère.

Il faut conclure de là : 1° que la disposition de l'article 852 ne comporte pas l'interprétation extensive; elle répugne à la généralisation dont on a voulu en faire le centre; d'ailleurs, comment admettre une exemption *légale* de rapport sans *texte de loi* la prononçant? 2° que les dépenses énumérées dans cette disposition sont exemptées du rapport, alors même qu'elles auraient été effectuées à l'aide de capitaux; 3° enfin qu'il dépend du *solvens* de décider que les sommes par lui dépensées seront sujettes à rapport, du moins si elles sont considérables et si leur détermination est possible; la volonté libérale s'affirme alors, et renverse la présomption simple, instituée par l'article 852 (Req., 29 juin 1921, *S.*, 1922, 1, 156).

Voyez sur les questions qui précèdent et sur l'état de la jurisprudence, un article de M. Le Balle, *Du rapport et de*

la réduction des libéralités portant sur des fruits ou des revenus, Rev. crit., 1926.

N° 4

Réalisation du rapport

1134. Les deux modes de réalisation du rapport. — Traditionnellement, il existe deux modes de réalisation, deux procédés de rapport : le rapport *en nature* et le rapport *en moins prenant* (art. 858).

Le rapport en nature consiste dans la *réunion effective* à la masse héréditaire, dans leur identique individualité, des biens mêmes qui avaient été donnés et qui sont donc ensuite partagés avec et comme les biens extants. Tout autre rapport que celui-là est dit en moins prenant : le successible gratifié conserve alors en nature les biens qui lui avaient été donnés ou légués.

1135. Différentes variétés de rapport en moins prenant. — Ce rapport s'effectue, suivant les cas, par voie d'*imputation*, par voie de *prélèvement*, ou encore, mais très exceptionnellement, *en argent*.

1° Le rapport a lieu par voie d'*imputation*, lorsque l'héritier gratifié précompte, sur sa part héréditaire, le montant de la libéralité : par exemple, ayant reçu une donation rapportable de 100.000 francs, et ayant droit, à titre d'héritier, à 150.000, il se considèrera comme déjà nanti de 100.000, et il ne prendra donc, *dans les biens extants*, que 50.000. Cette forme du rapport en moins prenant est la plus conforme à l'étymologie : l'héritier gratifié effectue le rapport en *prenant* littéralement *moins* dans la succession;

2° Le procédé du *prélèvement* est tout différent : l'égalité est alors rétablie au moyen de prises que le ou les cohéritiers du gratifié effectuent sur les biens extants et jusqu'à concurrence du montant de la libéralité sujette à rapport; pour reprendre l'exemple précédent, le cohéritier du donataire prélèvera 100.000 francs sur les biens extants; après quoi, l'égalité étant réalisée, le reste de la succession se partagera par moitié entre les deux successeurs.

Ce procédé du prélèvement a l'avantage de permettre souvent de faire des parts de composition identique, conformément au vœu de la loi (art. 832, *inf.*, n° 1174); et c'est pourquoi il a les préférences du législateur; il résulte, en effet, de l'article 830, que le rapport en moins prenant doit, en

principe, s'effectuer au moyen de prélèvements; c'est seulement s'il n'existe pas dans la succession d'objets de même nature et qualité que les biens donnés, que le rapport en moins prenant pourra s'effectuer par voie d'imputation; la même conclusion se dégage de l'article 869 qui soumet au rapport par voie de prélèvement le donataire d'une somme d'argent (*inf.*, n° 1147), mais on verra que le conjoint survivant effectue toujours, par voie d'imputation, le rapport des libéralités qu'il tient du prédécédé (*inf.*, n° 1144).

En regard de l'avantage qui vient d'être signalé, le procédé du prélèvement présente deux inconvénients, l'un qui lui est spécial, un deuxième qui lui est commun avec la forme de l'imputation.

a) Il suppose une attribution raisonnée des biens héréditaires; il devient donc inapplicable du moment que le tirage au sort des lots est prescrit par la loi;

b) Comme le procédé de l'imputation, il suppose que la libéralité sujette à rapport est inférieure à la part héréditaire de l'assujetti. Il est évident que si le montant de la donation était de 100.000 francs, et la part héréditaire de chacun des héritiers de 50.000 seulement, il ne saurait être question ni d'imputation ni de prélèvements : on ne peut pas soustraire plus de moins.

3° Comment donc le rapport en moins prenant s'effectuera-t-il en pareille occurrence? Remarquons que la question est d'un faible intérêt pratique, car l'héritier gratifié qui se trouvera dans cette situation, n'hésitera pas à renoncer à la succession pour s'en tenir à son don; mais on peut supposer que ce parti lui soit fermé, que la renonciation ne soit plus possible, et que le rapport s'impose donc à lui : il l'effectuera *en argent*; en ce faisant, il ne procède nullement à un rapport en nature, puisque ce n'est pas un corps certain qu'il remet dans l'hérédité; le rapport a bien lieu en moins prenant, encore que la terminologie soit alors inadéquate au procédé employé, et ce sont donc les règles afférentes à ce mode de restitution qui sont alors applicables, à l'exclusion du statut qui régit le rapport en nature (Civ., 19 oct. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 19).

1136. — On remarquera que, quelle que soit la forme qu'il affecte, imputation, prélèvement ou remise de deniers, le rapport en moins prenant est un rapport *effectif* qui ne doit pas être confondu avec la réunion *fictive* que prévoient l'article 767 pour le calcul du montant de l'usufruit du

conjoint survivant (*sup.*, n° 1101), ou l'article 922 pour le calcul du disponible (*inf.*, n° 1703).

D'autre part, en toute occurrence, le rapport porte, outre le bien donné, sur les *fruits* échus depuis le jour de l'ouverture de la succession (art. 856) : la règle vaut aussi bien pour le rapport en moins prenant que pour le rapport en nature.

1137. Mérites respectifs du rapport en nature et du rapport en moins prenant ; le système du Code civil. — Le rapport en moins prenant est nettement supérieur au rapport en nature : 1° à la différence de ce dernier, qui implique résolution du titre du gratifié (*inf.*, n° 1146), il ne compromet pas les droits des tiers; il n'entraîne pas la résolution des droits concédés, sur les biens donnés, par le donataire; 2° il est plus conforme que lui à la volonté probable du disposant qui a dû vouloir rendre le donataire propriétaire définitif, incommutable, des biens dont il l'avait gratifié. Aussi comprend-on qu'en *Allemagne* le rapport s'effectue toujours en moins prenant, par voie d'imputation (C. civ. *allemand*, art. 2055).

Mais notre Code civil avait été conduit, par la faveur avec laquelle il considérait les immeubles, à instituer pour cette catégorie de biens, le rapport en nature; il avait estimé que, si le donataire d'un immeuble pouvait conserver ce bien par devers lui, l'égalité serait rompue avec ses cohéritiers qui ne recueilleraient peut-être que des meubles, c'est-à-dire des choses de peu de valeur, *res viles*; en conséquence, il exigeait que l'immeuble rentrât effectivement dans l'hérédité pour être soumis à la loi de partage. Ainsi s'est manifestée une fois de plus l'antithèse outrancière que le législateur de 1804 a établie entre les *meubles*, toujours rapportables en moins prenant, et les *immeubles*, en principe rapportables en nature.

1138. Le système actuel, institué par un décret-loi du 17 juin 1938. — C'est seulement ce décret-loi qui a mis fin à l'opposition établie par le Code civil, quant au mode de réalisation du rapport, entre meubles et immeubles : aux termes de l'article 859 nouvelle rédaction : « *Le rapport des immeubles ne peut être exigé en nature, à moins d'une stipulation contraire de l'acte de donation* », ce qui revient à dire, sous une forme indirecte et assez peu heureuse, que le rapport a lieu en moins prenant, pour les immeubles comme pour les meubles, sauf, dans un cas comme dans l'autre,

clause contraire insérée par le disposant dans l'acte de donation.

Cette importante réforme, qui unifie le droit des rapports dans leur mode de réalisation, a été motivée par le désir d'instaurer la stabilité des immeubles et leur bonne exploitation : assuré de conserver le bien donné, le gratifié l'administrera avec plus de sollicitude, sans ressentir l'inquiétude du lendemain; les longs projets lui seront permis du moment qu'il aura la certitude de demeurer définitivement propriétaire; par là, la substitution, pour les immeubles, du rapport en moins prenant au rapport en nature, se relie à la même préoccupation que les autres réformes opérées par le même décret-loi en ce qui concerne le maintien de l'indivision (art. 815, nouv. réd.; *sup.*, n° 1071), ou la détermination du moment auquel il convient de se placer pour apprécier la valeur sujette à rapport (art. 860, nouv. réd.; *inf.*, n° 1142), de même aussi que les modifications apportées à la réglementation du partage d'ascendant par la loi du 7 février 1938 (*inf.*, n^{os} 1920 et suiv.) : ces diverses mesures tendent à assurer la bonne exploitation de l'immeuble dans toute son unité et son intégrité, à éviter son morcellement ou son changement de main, à donner au propriétaire la sécurité dans le présent et dans l'avenir; à ces divers titres, elles ne peuvent qu'être approuvées.

Plan. — Nous étudierons d'abord le rapport en moins prenant qui constitue la règle, puis le rapport en nature qui s'est vu réduire, par le décret-loi du 17 juin 1938, à l'état de procédé subsidiaire.

1139. I. Rapport en moins prenant. — Il y a lieu : 1° d'insister sur la *généralité* de ce procédé de rapport; 2° d'en décrire le *mécanisme*, la *technique* et les *modalités*.

A. *Généralité du procédé du rapport en moins prenant.* Dans l'état actuel des textes, le rapport en moins prenant présente un caractère de généralité qui lui confère la valeur d'un véritable droit commun; il fonctionne sans distinction tirée ni de la nature de la libéralité, ni de la qualité du successible, ni de la nature du bien sujet à rapport.

1° Peu importe *la nature de la libéralité*; qu'elle procède d'un acte entre vifs ou d'un testament, c'est en moins prenant que le gratifié en rendra raison à ses cohéritiers; la plupart des textes se réfèrent au cas, de beaucoup le plus pratique, d'une donation; mais celui d'un legs, exceptionnellement devenu rapportable par une disposition insérée dans le testament, est visé dans l'article 843, § 2, aux termes

duquel le rapport auquel est alors assujetti le légataire s'effectue en moins prenant;

2° *La qualité du successible-gratifié* n'influe pas davantage sur le mode du rapport : héritier légitime ou successeur irrégulier, c'est en prenant moins qu'il s'acquittera de son obligation envers ses cohéritiers; spécialement, le *conjoint survivant* qui vient à la succession du prédécédé et qui concourt avec un ou des héritiers du sang, doit imputer sur sa part successorale, *lorsqu'elle est fixée en usufruit*, toutes les libéralités, fussent-elles préciputaires, qu'il tenait du défunt (*sup.*, n° 1119), et il est certain que cette imputation ressortit au rapport en moins prenant (Civ., 8 fév. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 5, note SARRUT, *S.*, 1898, 1, 341) : qui dit imputation dit rapport en moins prenant.

3° Enfin, *la nature du bien sujet à rapport*, laquelle était décisive d'après le Code civil, est sans importance depuis le décret-loi du 17 juin 1938 : si l'article 868 prescrit que « *le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant* », et si cette formule vaut pour les meubles incorporels (créances, valeurs de bourse, offices ministériels), tout comme pour les biens corporels (Req., 20 juill. 1870, *S.*, 1871, 1, 26; Req., 9 fév. 1880, *D. P.*, 1880, 1, 313), ainsi que pour le numéraire (art. 869), l'article 859, dans sa rédaction actuelle, décide également que « *le rapport des immeubles ne peut être exigé en nature...* », ce qui revient évidemment à dire qu'il a lieu, en principe, en moins prenant : sur ce point, l'antithèse entre les deux catégories de biens, que les rédacteurs du Code civil avaient poussée jusqu'à l'outrance (*sup.*, t. I, n°s 1340 et suiv.), subit un recul et des plus justifiés.

1140. B. Mécanisme et technique du rapport en moins prenant. — Il est rappelé que le rapport en moins prenant se réalise, en principe, sous forme de *prélèvements* que les cohéritiers du gratifié opèrent sur la masse héréditaire; l'article 830 se réfère expressément à cette pratique que vise également, pour les donations de numéraire, l'article 869; exceptionnellement, c'est le procédé de l'*imputation* qui est utilisé pour le rapport auquel est assujetti le conjoint survivant en concours, pour son usufruit successoral, avec des héritiers du sang (*sup.*, n° 1119).

1141. Difficulté pour le conjoint survivant. — En elle-même, l'imputation est aisée; elle s'effectue sur le papier, noir sur blanc; elle soulève cependant une réelle difficulté pour les libéralités qui avaient été consenties au con-

joint, non pas en usufruit, mais en pleine propriété; comment s'y prendre alors pour imputer, sur une part successorale fixée en *usufruit*, une libéralité faite en *propriété?* Deux systèmes sont concevables et ont leurs partisans, l'un d'après lequel on ne ferait état des biens donnés que pour l'usufruit, pour les revenus qu'ils représentent, l'autre qui prétendrait évaluer en usufruit le bien donné en toute propriété. La première méthode doit être préférée à la deuxième, d'abord pour qu'elle évite une évaluation singulièrement délicate et arbitraire, puis parce qu'elle cadre avec l'esprit de la loi du 9 mars 1891 qui est d'accorder au survivant un émolument destiné à assurer ses moyens d'existence (*sup.*, nos 779 et suiv.); ce sont donc seulement les revenus de la libéralité qui doivent être pris en considération plutôt que le capital lui-même (*Sic*, trib. civ. Bressuire, 8 mai 1902, *D. P.*, 1904, 2, 38; Planiol, note *D. P.*, 1894, 2, 105; Maury et Vialleton, n° 137; *contra*, trib. civ. Arras, 18 déc. 1902, *D. P.*, 1904, 2, 38; trib. civ. Seine, 11 juill. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 105; Le Balle, t. V du cours de Ch. Beudant, n° 298).

1142. Modalités et réalisation du rapport en moins prenant. — Ces modalités et cette réalisation procèdent toutes de la même idée fondamentale, à savoir que le donataire, dispensé de remettre, dans la masse successorale, les biens même qu'il avait reçus, *demeure donc propriétaire desdits biens à titre définitif et incommutable*. En conséquence :

1° Les *risques* lui incombent : peu importe que le meuble ou l'immeuble donné ait péri ou se soit détérioré dans l'intervalle qui a séparé la donation du jour de l'ouverture de la succession; le donataire demeure comptable de leur valeur, une fois pour toutes et intégralement, car c'est de cette valeur qu'il est débiteur envers ses cohéritiers et non d'un corps certain;

2° Ladite valeur est celle que le bien présentait *lors de la donation*; à dater de ce jour, on n'a plus à s'inquiéter de ses destinées ultérieures (art. 868 pour les meubles; art. 860 nouv. réd. pour les immeubles). En matière mobilière, la somme à prendre en considération ressortira normalement de *l'état estimatif* qui avait dû être annexé à l'acte de donation (art. 948 et 868; *inf.*, n° 1172); en l'absence d'un tel état (pour les donations déguisées et les dons manuels par exemple), l'estimation des biens donnés doit avoir lieu *par experts, à juste prix et sans crue* (art. 868; pour le sens de ces derniers mots, v. *inf.*, n° 1172). Pour les immeubles, et

bien que l'article 860 ne contienne pas les précisions que l'on trouve pour les meubles, dans l'article 860, c'est évidemment par les mêmes procédés que l'on arrivera à la détermination de leur valeur au jour de la libéralité.

1143. Stipulation contraire — Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, il faut réserver la possibilité, pour le donateur, d'écarter le critère légal et de stipuler que le bien donné sera estimé d'après sa valeur au jour du décès : l'article 860 s'en explique formellement pour les immeubles, et la même solution n'a jamais fait difficulté pour les donations mobilières; le système légal n'a donc rien d'impératif, et l'on conçoit parfaitement que le donateur préfère imposer l'estimation du bien sur le pied de sa valeur lors de l'ouverture de la succession, surtout pour les meubles dont la valeur est susceptible de varier considérablement dans l'intervalle, et principalement pour les titres de bourse; avec le critère légal, le successible qui avait reçu entre vifs des actions cotées alors 500 francs, se libérera en rapportant cette somme, quand bien même les titres en vaudraient aujourd'hui 5.000. On comprend donc que le disposant ait le choix entre deux points de vue, celui de la loi qui vise à donner au gratifié toute sécurité et à stabiliser sa situation, et celui qui était en vigueur pour les immeubles jusqu'en 1938 et qui, prenant en considération la valeur du bien lors de l'ouverture de la succession, s'attachait à réaliser l'égalité effective entre les cohéritiers en rétablissant la situation telle qu'elle eût été si la donation n'avait pas eu lieu : entre les deux méthodes l'antithèse est profonde, dans les buts poursuivis comme dans les moyens employés; libre au donateur de choisir entre elles; mais, s'il ne s'en est pas expliqué, c'est la valeur du bien au jour de la donation qui sera décisive, pour les immeubles comme pour les meubles : le souci des intérêts personnels du gratifié l'emportera sur la préoccupation de traiter les cohéritiers sur un pied de rigoureuse égalité.

1144. — 3° Toujours parce que le donataire demeure définitivement propriétaire, les droits réels qu'il avait constitués sur le bien ou qui étaient nés de son chef subsistent tels quels. C'est là l'immense supériorité du rapport en moins prenant sur le rapport en nature; ce n'est pas seulement au gratifié qu'il donne la sécurité, c'est aussi à ses ayants cause à titre particulier, aux tiers : les créanciers à qui il a conféré des hypothèques sur le bien donné, les titulaires des servi-

tudes qu'il a établies, les acquéreurs eux-mêmes sont à l'abri de toute recherche et ne sauraient être inquiétés; du moment que le titre de leur auteur subsiste, leurs titres, qui avaient été greffés sur lui, subsistent également.

1145. II. Rapport en nature. — A. *Caractère exceptionnel de ce procédé.* — Ce mode de rapport présentait, sous le régime du Code civil, une grande importance, puisqu'il constituait alors le droit commun en matière immobilière : en principe, et sauf dans des cas limitativement énumérés par la loi, le donataire d'un immeuble était tenu de le remettre à la masse, dans son identique individualité (ancien art. 859); plus exactement, cet immeuble faisait de lui-même retour à la masse, le titre du gratifié se trouvant de plein droit et rétroactivement anéanti (art. 865).

Un tel mécanisme juridique était préjudiciable à la fois au donataire et à ses ayants cause, comme aussi à la libre circulation des biens et à la sécurité juridique; il était, économiquement et juridiquement déplorable, et les auteurs du décret-loi du 17 juin 1938 furent heureusement inspirés en en arrêtant, ou tout au moins en en raréfiant le fonctionnement. Désormais, et depuis la réforme réalisée par ce décret, le rapport en nature ne joue plus qu'un rôle de second plan et subsidiaire; il n'a plus d'autre domaine d'application, en matière immobilière comme pour les meubles, que celui qui lui est assigné par la volonté du disposant. Dans le système libéral qui a prévalu, il dépend, en effet, du donateur ou du testateur, d'écarter le mode en moins prenant, qui a les préférences du législateur, pour lui substituer le mode en nature : l'article 859 actuel lui réserve cette faculté pour les immeubles, et nul doute qu'elle ne lui appartienne également pour les meubles, encore qu'une telle stipulation soit alors rendue moins raisonnable par la propension de tels biens à se déprécier, voire à périr : il aurait pu ne rien donner ou ne rien léguer, comme il aurait été à même de dispenser le gratifié du rapport en imprimant à sa libéralité un caractère préciputaire; à plus forte raison doit-il pouvoir assortir cette libéralité et l'exercice du rapport de telle modalité qu'il jugera convenable, pourvu du moins que la réserve n'en soit pas entamée (*Sic*, Le Balle, dans le *Cours* de Ch. Beudant, 2e éd., t. V*bis*, n° 855; Aubry et Rau, t. X, § 634, p. 324).

En résumé, le procédé du rapport en nature est toujours d'origine volontaire et de caractère dérogatoire en droit commun; il est prescrit par une stipulation insérée dans

l'acte de donation ou dans le testament; depuis le décret-loi de 1938, il n'est jamais institué par la loi.

1146. B. **Mécanisme, fonctionnement du rapport en nature.** — Le rapport en nature opère suivant le mode d'une *condition résolutoire* : le titre même du gratifié se trouve rétroactivement anéanti, en sorte que l'immeuble jadis donné *se réunit à la masse de la succession* (art. 865), et sera donc compris dans le partage comme et avec les biens extants, sans que le donataire primitif puisse y prétendre de préférence à ses cohéritiers.

1147. Conséquences de l'idée de résolution. — Du moment que la donation, qui constituait le titre du propriétaire, se trouve véritablement résolue, on aboutit aux conséquences suivantes :

1° L'héritier gratifié, ayant cessé d'être propriétaire, est tenu, vis-à-vis de la masse, d'une obligation de délivrance; il est *débiteur d'un corps certain*; d'où il résulte que, si l'immeuble a péri par l'effet d'une cause étrangère, d'un cas de *force majeure*, il se trouve libéré par application de l'article1302, § 1, à raison de l'impossibilité d'exécution; les *risques* sont donc, non pour le donataire, mais pour la succession; l'article 855 s'en explique formellement. Tout au moins devrait-on admettre que l'*indemnité d'assurance* prend la place de l'immeuble sinistré auquel elle doit être considérée comme *subrogée*; la plupart des auteurs répudient cependant cette solution en partant de cette idée, purement spécieuse à notre avis, que l'indemnité est représentative des primes et non de l'immeuble lui-même; or, c'est le donataire qui a acquitté ces primes, c'est lui qui a alimenté l'assurance; il gardera donc l'indemnité. Mais il y a là une inélégance juridique et économique : l'indemnité d'assurance est bien destinée à prendre, dans le patrimoine de l'assuré, la place de l'immeuble détruit, les primes n'étant autre chose qu'un procédé technique auquel on a recours pour réaliser cette substitution éventuelle; un jour viendra certainement où la subrogation réelle, législativement consacrée, en faveur des créanciers hypothécaires, par la loi du 19 février 1889, puis par celle du 13 juillet 1930 (art. 37; *sup.*, t. II, n^os^ 1380*n*, 1966 et suiv.), revêtira la valeur et l'ampleur d'une institution de droit commun; ainsi l'exigent le droit et l'équité (sur la subrogation réelle, v. Voirin, dans le *Cours* de Ch. Beudant, t. IV, p. 36).

Lorsque l'immeuble sujet à rapport faisait partie du patri-

moine dotal d'une femme mariée sous le régime dotal, une question du même genre se pose, à supposer qu'un autre immeuble soit mis dans le lot de la femme héritière; on se demande alors si la subrogation réelle fait ou non son œuvre, et la jurisprudence se décide ici pour l'affirmative (*sup.*, n° 562);

2° Comme tout possesseur assujetti à la restitution d'un immeuble, l'héritier qui encourt le rapport en nature, est comptable des *dégradations* et *détériorations* qui ont diminué la valeur de la chose, par sa faute, sa négligence, voire par son simple fait (art. 863); à l'inverse, les *impenses* par lui effectuées doivent lui être remboursées, les *nécessaires* intégralement et dans tous les cas (art. 862); les *utiles*, jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée pour l'immeuble, lors du partage (art. 861, nouv réd.); quant aux impenses *voluptuaires*, elles ne donnent lieu à aucune indemnité : l'héritier gratifié a seulement la faculté de reprendre les objets susceptibles d'être enlevés sans détérioration (arg., art. 599, § 3). Le remboursement des impenses est assuré par le *droit de rétention* : l'article 867 confère expressément au cohéritier assujetti au rapport en nature, le droit de « *retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations* » (*sup.*, t. II, n° 1473).

La *compensation* s'établit de plein droit entre les sommes dues par le donataire pour détériorations et celles auxquelles il a droit à raison des impenses effectuées; les unes comme les autres portent *intérêt* à compter du jour de l'ouverture de la succession (arg., art. 856);

3° Du moment que l'immeuble fait retour à la succession *rétroactivement*, et qu'il ne s'opère pas un transfert de propriété, le *droit de mutation* par décès n'est pas exigible;

4° Les cohéritiers n'ont pas à redouter le concours des créanciers du donataire sujet à rapport, dont le titre se trouve résolu;

1148. — 5° A raison de cette résolution, les *droits réels* qui étaient nés de son chef sur l'immeuble sont eux-mêmes rétroactivement anéantis, car un propriétaire ne saurait concéder plus de droits qu'il n'en a : propriétaire sous la condition résolutoire du rapport en nature, il n'a pu concéder que des droits menacés par la même cause de destruction; comme le dit l'article 865, les biens rapportables en nature se réunissent à la masse de la succession, « *francs et quittes de toutes charges créées par le donataire...* ». Hypothèques, pri-

vilèges, usufruit, servitudes vont donc disparaître sous l'influence de la résolution inhérente au rapport en nature

1149. Protection des tiers. Droit d'intervention. — Le péril est grave pour les tiers; afin de leur donner une sécurité relative, l'article 865 leur réserve le droit d' « *intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits* »; de cette façon, les ayants droit insisteront pour que l'immeuble soit mis dans le lot du donataire, dont la propriété, d'abord résolue par le rapport, revivra alors rétroactivement grâce à l'effet déclaratif du partage; ainsi se trouveront définitivement consolidés leurs droits. Bien que l'article 865 ne confère le droit d'intervention qu'aux *créanciers hypothécaires*, on s'accorde à le reconnaître au profit des autres ayants droit du donataire, notamment aux acquéreurs d'usufruit ou de servitudes.

1150. Droits atteints par la résolution. — Ce ne sont d'ailleurs pas tous les droits réels qui se trouvent résolus par le rapport.

a) Il faut d'abord et évidemment excepter les charges qui ont pu naître *en dehors de la personnalité* du donataire, telles les servitudes légales; ce sont seulement les charges *créées par le donataire* (art. 865) qui sont atteintes par la résolution, celles qui étaient nées, sinon par la volonté, du moins *de son chef*, telles les hypothèques, conventionnelles, judiciaires ou légales;

b) Si le donataire, non content de grever l'immeuble de droits réels, l'a *aliéné*, l'acquéreur et ses ayants causes sont à l'abri de l'éviction; ils ne peuvent pas être inquiétés dans leur possession, car le rapport a lieu, dans cette éventualité, non plus en nature, mais en moins prenant (art. 860); ainsi le décidait l'ancien article 860 dont la disposition avait été maintenue, sous la réserve d'un changement relatif au moment auquel on devait se placer pour évaluer l'immeuble, par la loi du 7 février 1938; la modification de ce texte, par le décret-loi du 17 juin de la même année, est postulée uniquement par la substitution de principe du mode en moins prenant au mode en nature, pour le rapport des immeubles; elle n'intéresse pas le fonctionnement de ce dernier mode dans le cas où il intervient encore à titre exceptionnel et en vertu de la volonté du disposant; le rapport en nature conserve les caractères juridiques qu'il présentait dans le régime du Code civil. D'ailleurs, ce sont seulement les « *charges* » créées par le donataire qui, aux termes de l'article 865, sont

anéanties par l'effet de ce raopprt; *a contrario*, les aliénations subsistent et l'on en revient, après un détour, au mode de rapport en moins prenant, devenu d'ailleurs, depuis 1938, le droit commun en pareille matière; dans l'intérêt de la libre circulation des biens, on fait échec à la règle « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* » : le donataire, qui n'avait qu'un droit résoluble, a pu transmettre à son acquéreur une propriété incommutable.

1151. La réforme opérée en 1938. — En résumé, la réforme opérée en 1938, d'abord par la loi du 7 février, puis par le décret-loi du 17 juin, consiste essentiellement en ceci que, d'une part, le mode en moins prenant, désormais applicable aux immeubles comme aux meubles, gagne du terrain et devient le droit commun en pareille matière, tandis que, d'autre part, la détermination de la valeur rapportable est alors faite en se plaçant, pour les biens des deux catégories, au jour de la donation et non plus, comme autrefois pour les immeubles, à celui de l'ouverture de la succession (ancien art. 860) ; par là est atténuée doublement l'opposition outrancière que le Code civil avait établie entre le régime juridique de la fortune immobilière et celui des biens mobiliers; par là est mise en échec la mystique de la supériorité de la richesse immobilière; par là enfin recule l'idée de l'égalité en nature entre les cohéritiers qui cède le pas à la préoccupation de donner au gratifié une sécurité juridique aussi complète que possible.

Pour le commentaire de la loi du 7 février 1938 et du décret-loi du 17 juin 1938, v. Desbois, *D. P.*, 1938, 4, 353; Voirin, *Lois nouvelles*, 1938, 1, 29 et 336; J. Boulanger, *Les réformes apportées par la loi du 7 février 1938 aux règles du rapport et de la réduction des libéralités*, *D. H.*, 1938, *Chr.*, p. 45.

Le rapport des dettes

1152. Sources. — Art. 829; jurisprudence des anciens Parlements.

Bibliographie. — Thèses Meynial, Paris, 1886; Deschamps, 1889; Longuemare, Caen, 1909; Freddy Levie, Louvain, 1938; — Labbé, *Rev. prat. dr. franç.*, 1859, p. 475; Gény, *Science et technique*, t. III, p. 194; Zéglicki, *Rev. crit.*, 1906, p. 377; Rouast, *Le droit de préférence et le rapport des*

dettes, Rev. trim., 1911, p. 687; H. CAPITANT, *L'indivision héréditaire, Rev. crit.*, 1924.

1153. Hypothèse. — Le *rapport des dettes*, qui était inconnu des Romains, qui a fait son apparition au XVI^e^ siècle seulement, dans la jurisprudence de nos anciens Parlements, est simplement mentionné par le Code civil, dans l'article 829, à côté du rapport des dons : c'est donc là une institution qui, à raison de la carence du droit écrit, relève essentiellement de l'histoire, des principes généraux et du droit coutumier.

L'éventualité à laquelle elle correspond est la suivante : parmi les héritiers, il en est un qui était débiteur du défunt; par exemple, des trois enfants qui viennent à la succession paternelle, Primus, Secundus et Tertius, il en est un, Primus, à qui le *de cujus* avait prêté une somme de 30.000 francs. Désormais, et à raison de la division des obligations qui s'est opérée conformément à l'article 1220, Primus doit 10.000 francs à Secundus et autant à Tertius; pour le reste, la confusion a fait son œuvre dans la personne du débiteur devenu créancier en vertu de la dévolution héréditaire; l'obligation est éteinte jusqu'à concurrence d'un tiers. C'est dans ces conditions que l'article 829 impose à Primus le rapport des sommes dont il est débiteur, rapport qui s'effectue, selon les principes généraux, en moins prenant et au moyen de prélèvements exercés par Secundus et par Tertius, chacun d'eux retirant 10.000 francs de la masse héréditaire, ce qui leur donne la certitude d'être payés et d'éviter le concours des créanciers personnels de Primus : le règlement de la dette de celui-ci se trouve ainsi incorporé, intégré dans le partage afin de conférer toute sécurité à ses cohéritiers.

1154. Nature juridique du rapport des dettes. — Lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique du rapport des dettes, le titre auquel il est dû, deux thèses principales sont en présence.

Première opinion : le rapport des dettes, variété du rapport des dons. — D'après une opinion qui se réclame de la haute autorité de Labbé, le rapport des dettes ne serait qu'une variété du rapport des dons et c'est à titre de donataire que l'héritier débiteur y serait assujetti. En conséquence :

1° Cette institution serait strictement limitée au domaine des successions légales;

2° C'est seulement un héritier qui serait astreint au rap-

port des dettes, à l'exclusion des légataires, même universels;

3° Logiquement, on devrait même, dans cette opinion, limiter le rapport aux dettes susceptibles d'être ramenées au concept d'une libéralité et à l'exclusion de celles qui se rattachent à une opération à titre onéreux, tels un prêt à intérêt ou une vente; car ces dernières ne sauraient être assimilées à des dons; ce n'est pas un avantage gratuit qu'elles avaient procuré à l'héritier, emprunteur ou acheteur. Cependant, cette conséquence logique n'est généralement pas admise par les partisans de cette première thèse; ils reconnaissent assez volontiers que le rapport est dû pour toutes les dettes, rendant ainsi suspecte, par ce manque de logique, l'opinion qu'ils préconisent.

1155. Réfutation. — Cette opinion est, en réalité, indéfendable et l'on peut s'étonner qu'elle ait jamais joui de quelque crédit.

1° Elle est contredite par l'*histoire*; le rapport des dons et le rapport des legs ont des origines très différentes; le premier est né à Rome, tandis que le deuxième s'est introduit dans notre ancien droit, et au XVI^e^ siècle seulement;

2° La thèse de Labbé est contredite également par les enseignements du *droit comparé* : alors que le rapport des libéralités se retrouve en tout pays, celui des dettes est inconnu de la plupart des législations, notamment du Code civil *allemand;* c'est une institution qui fait partie de notre *jus civile*, au sens romain de cette expression;

3° Le Code civil a marqué la séparation, l'opposition entre les deux institutions : dans la section consacrée au rapport des libéralités (art. 843 et suivants), il n'est pas même fait allusion au rapport des dettes, lequel n'est mentionné que dans l'article 829, sous la rubrique « *De l'action en partage et de sa forme* »;

4° On ne voit pas comment un débiteur pourrait être assimilé à un donataire : un acheteur, un locataire, un emprunteur à intérêt ne s'enrichissent pas aux dépens du vendeur, du bailleur, du prêteur de deniers. Le contrat, jadis intervenu entre le *de cujus* et l'un de ses héritiers présomptifs, n'a pas rompu l'égalité entre les héritiers; dès lors, il ne saurait être question de rapport de libéralités, faute d'un objectif à atteindre;

5° D'ailleurs, pour saisir sur le vif l'opposition tranchée entre les deux sortes de rapport, il n'est que de supposer que l'héritier *renonce* à la succession : par là, il échappe bien au

rapport des dons, absolument, et il conserve les libéralités qu'il tient du défunt, au moins dans les limites du disponible; mais il ne se libère pas des dettes dont il était tenu envers le défunt; sans doute, il échappe au rapport des dettes, au règlement prévu par l'article 829; mais il demeure tenu, en tant que débiteur ordinaire et en vertu du titre primitif; il ne saurait dépendre de lui, en renonçant à la succession, de se libérer, sans bourse délier; bien mieux, sa renonciation, par cela même qu'elle efface la confusion partielle qui s'était produite en sa personne lors du décès du créancier primitif, rend à la dette son ampleur première : désormais, ce sont 30.000 francs qui sont dus par Primus aux deux cohéritiers subsistants, Secundus et Tertius.

1156. Véritable nature du rapport des dettes. — Il faut donc renoncer à ramener le rapport des dettes au rapport des dons; entre les deux institutions, la ressemblance est verbale plutôt qu'effective; ce n'est pas à titre de donataire que le cohéritier débiteur est assujetti au rapport, mais en tant que *copartageant*. Le législateur a considéré que la dette, du moment qu'elle incombe à un cohéritier copartageant, ne saurait être traitée ainsi qu'une dette ordinaire; le règlement n'en constitue pas à vrai dire un paiement, mais une opération, un épisode du partage, un procédé de liquidation; procédé conforme aux exigences de l'équité, du grand principe directeur de l'*égalité du partage*.

C'est qu'en effet, si Primus était traité comme un débiteur ordinaire, ses cohéritiers courraient le risque de son insolvabilité; ils ne seraient pas sûrs de recouvrer le montant de leur part dans la créance de leur auteur, au lieu que Primus se trouverait de toucher le montant de sa propre part, *ipso facto*, par le jeu de la dévolution héréditaire; il serait payé *en monnaie de confusion*, jusqu'à concurrence de 10.000 francs; ainsi se trouverait rompue l'égalité qui doit exister entre les cohéritiers dont l'un, le débiteur, profiterait à coup sûr de la créance du défunt, alors que les autres n'en bénéficieraient que d'une façon problématique. C'est pour rétablir la situation que le législateur incorpore la dette dans la masse héréditaire de manière à faire de son règlement une opération de partage, une opération d'ordre intérieur, et à accorder ainsi aux cohéritiers du débiteur un véritable *privilège*; d'un débiteur ordinaire on fait ainsi un *débiteur de rapport*; on modifie le titre en vertu duquel il était tenu; plus exactement on ajoute au titre primitif le titre nouveau

de copartageant : l'emprunteur devient un emprunteur copartageant; l'acheteur, un acheteur copartageant, etc. Grâce à ce procédé technique, les cohéritiers sont préférés aux créanciers personnels de l'héritier débiteur (Civ., 9 fév. 1887, *D. P.*, 1887 1, 193, *S.*, 1888, 1, 5, note LABBÉ; Req., 2 juin 1908, *S.*, 1909, 1, 196, *D. P.*, 1909, 1, 14; Ch. réun., 5 déc. 1907, *S.*, 1908, 1, 5), voire même à ses créanciers hypothécaires, dans le cas où il aurait, pendant la durée de l'indivision, hypothéqué un immeuble, ensuite adjugé à un tiers (Besançon, 15 nov. 1901, *S.*, 1905, 2, 89, note WAHL; Lyon, 29 mars 1905, *S.*, 1905, 2, 243).

1157. Conséquences de cette explication juridique. — Cette explication, qui est celle de M. Deschamps (*op. cit.*) et à laquelle la jurisprudence adhère, instinctivement plutôt qu'expressément, conduit à reconnaître au rapport des dettes et un très large domaine et une grande efficacité.

1° *Un très large domaine*; du moment que le rapport des dettes se différencie nettement du rapport des dons, qu'il se présente comme un procédé technique destiné à réaliser le principe de *l'égalité du partage*, il y a lieu d'en faire application :

a) Non seulement au partage des successions, mais à celui d'une *société* (8 fév. 1882, *D. P.*, 1882, 1, 137; 6 août 1895, *D. P.*, 1896, 1, 124), d'une *communauté conjugale* (Civ., 8 fév. 1882, précité; 6 août 1895, *S.*, 1899, 1, 462; 17 nov. 1936, *D. H.*, 1937, 3; Nancy, 19 juin 1893, *D. P.*, 1894, 2, 572);

b) Non seulement à l'héritier légal, mais au légataire universel ou à titre universel;

c) Non seulement aux dettes nées à titre gratuit, mais *à toutes les dettes sans exception*, car le même objectif, à savoir l'égalité entre les copartageants, est toujours en vue; donc même aux dettes issues d'un contrat à titre onéreux, même aux dettes délictuelles ou quasi-délictuelles, même à celles qui sont nées après l'ouverture de la succession et à raison du fonctionnement même de l'indivision (*sup.*, n° 1037);

2° *Une grande efficacité* :

a) Comme on l'a vu, grâce au rapport des dettes, les cohéritiers de l'héritier débiteur priment ses propres créanciers, même hypothécaires : ils font figure de créanciers *privilégiés*;

b) Le règlement est bien simplifié; il a lieu automatiquement, en dehors de toute poursuite et de toute saisie; il se fait *en moins prenant*, à l'instar du rapport des donations

mobilières (Civ., 5 déc. 1933, *D. P.*, 1934, 1, 25, note H. Capitant) ; et son importance est déterminée d'après la valeur de l'objet de la dette, non pas au jour du partage, mais à celui de la naissance de ladite dette, ceci par argument d'analogie tiré de l'article 868, d'après lequel le rapport du mobilier se fait en moins prenant sur le pied de sa valeur lors de la donation (même arrêt et même note) ; la question présente de l'intérêt, soit lorsque la dette porte sur un corps certain susceptible de changer de valeur dans l'intervalle entre la naissance de la dette et le partage, soit aussi lorsque, ayant pour objet une somme d'argent, elle a été stipulée payable en une monnaie étrangère dont l'équivalence en monnaie française a varié au cours de la même période (même arrêt) ;

c) Puisqu'il n'y a pas à vrai dire paiement, la théorie de l'*imputation des paiements* demeure sans application ; l'héritier qui rapporte n'est pas fondé à prétendre se libérer des dettes les plus lourdes pour rester assujetti aux moins onéreuses ; si le rapport à effectuer dépasse le montant de sa part héréditaire, il doit porter proportionnellement sur toutes les dettes (v. note A. Colin, *S.*, 1908, 1, 508) ;

d) L'héritier tenu au rapport doit les *intérêts* à compter du décès, même pour les dettes qui n'étaient pas productives d'intérêts du vivant du *de cujus* : on est d'accord pour faire application de l'article 856 au rapport des dettes comme au rapport des dons (Civ., 15 fév. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 429 ; 13 juin 1881, *D. P.*, 1882, 1, 471) ;

e) La jurisprudence tend nettement à admettre que le rapport est dû même pour les dettes *non* exigibles lors du décès ; car il faut, de toute nécessité, que la liquidation à laquelle on procède ait une portée générale ; c'est donc comme une *déchéance du terme* que subit l'héritier débiteur (Civ., 28 fév. 1866, *S.*, 1866, 1, 185, note Bourguignat ; Bordeaux, 17 janv. 1860, *D. P.*, 1860, 2, 205 ; Aubry et Rau, t. X, § 627, note 8 ; Meynial, *op. cit.*, n° 19 ; v. cependant les réserves faites par Maury et Vialleton, n° 628 et par Colin, Capitant et de la Morandière, t. III, n° 762) ;

f) Enfin, il semble bien que la prescription qui courait contre le créancier soit suspendue par la survenance de son décès, puisque le titre se trouve modifié, la dette étant intégrée désormais dans la masse héréditaire (Paris, 6 mai 1846, *D. P.*, 1846, 2, 133 ; Chambéry, 4 juill. 1904, *D. P.*, 1905, 2, 272 ; trib. civ. Seine, 22 mai 1926, *D. P.*, 1926, 2, 137, note Lalou. *Contra*, Grenoble, 14 août 1845, D. P., 1846, 2, 135).

1158. — Ces deux dernières solutions sont loin d'être acceptées par tous les auteurs; elles ne sont pas absolument constantes en jurisprudence; mais elles sont dans la logique du système; elles découlent de cette double idée que le rapport des dettes est un procédé de liquidation des créances que le défunt pouvait avoir contre ses héritiers actuels et qu'il implique, sinon une novation véritable, du moins une modification et comme un renforcement du titre primitif, puisque le débiteur est désormais tenu en tant que débiteur copartageant : l'héritier débiteur du défunt se trouve, à compter du décès du créancier, tenu, vis-à-vis de ses cohéritiers, non plus de payer, mais de rapporter (jug. précité du 22 mai 1926).

§ III. — *LES FORMES DU PARTAGE*

1159. Plan. — 1° *Diverses espèces* de partage;
2° Formes du partage *amiable*;
2° Formes du partage *judiciaire*;
4° *Droit d'intervention des créanciers.*

N° 1

Diverses espèces de partage

1160. Divisions essentielles. — Au point de vue des formes employées, on oppose le partage *amiable*, qui se réalise par le libre accord des parties, de gré à gré, au partage *judiciaire*, lequel se déroule en justice, suivant un rythme long et compliqué.

Mais, pour bien saisir la valeur des termes de cette distinction fondamentale, il faut avoir présente à l'esprit une autre classification, déjà énoncée et qui, bien que touchant au fond même du droit, intéresse aussi la forme de l'opération : le partage peut être *définitif* ou simplement *provisionnel*; dans ce dernier cas, il ne porte que sur la jouissance des biens héréditaires; il n'intervient que *pour provision*; l'indivision subsiste quant à la propriété et ne prendra fin que grâce à un partage définitif, lequel sera peut-être établi sur des bases différentes de celles qui étayaient la première opération.

1161. Dans quels cas il y a partage provisionnel. — Or, le partage provisionnel intervient, suivant les cas, dans des conjonctures très différentes :

1° Fréquemment, il est établi consciemment, volontairement, par les intéressés qui vont au plus pressé en instituant ainsi un régime d'attente, grâce auquel le partage définitif pourra être différé; le partage provisionnel est alors *conventionnel*;

2° Lorsqu'une femme mariée acquiert par succession des biens qui lui demeureront propres, mais dont la jouissance doit aller au mari, soit à titre personnel, soit en tant que chef de la communauté, celui-ci peut procéder seul à un partage qui est mesuré à l'étendue de ses droits, qui est donc tout naturellement un partage de jouissance, un partage provisionnel (art. 818; *sup.*, n^os^ 194 et 1075);

3° Le partage provisionnel peut intervenir en suite de l'*annulation* d'un partage définitif qui avait eu lieu à l'amiable, irrégulièrement, alors que l'incapacité ou la non-présence d'un héritier rendait la forme judiciaire obligatoire : ce partage irrégulier et annulé vaut néanmoins comme partage provisionnel, jusqu'au jour du partage définitif (art. 466, § 3, et 840; *inf.*, n° 1164).

1162. — Dans tous les cas, le partage provisionnel, qui est un partage de fruits, de revenus, n'est soumis à *aucune condition de forme* particulière (Req., 5 juill. 1892, *S.*, 1893, 1, 449, note Labbé, *D. P.*, 1892, 1, 503), et il est considéré par la loi comme un acte de simple administration que le tuteur peut donc accomplir sans l'autorisation du conseil de famille (art. 466, § 3), et auquel le mineur émancipé a la capacité de procéder sans assistance. De plus, on verra que ce partage de jouissance n'est pas doué de l'effet déclaratif (*inf.*, n° 1201).

Enfin, il n'est assujetti au *droit d'enregistrement de* 0,85 % que sur la valeur de la jouissance, sauf dans la dernière éventualité envisagée; s'il intervient en suite de la nullité d'un partage définitif, il est traité comme tel, les nullités étant sans influence sur la perception des droits d'enregistrement.

1163. Dans quels cas le partage judiciaire est obligatoire. — C'est fréquemment que la forme judiciaire s'impose aux parties; elle devient obligatoire dans les trois cas suivants :

1° *Incapacité* d'un ou de plusieurs héritiers. On distingue, à cet égard, entre les diverses incapacités : seules, celles qui tiennent à la *minorité*, à l'*interdiction* (art. 838) ou à l'*inter-*

nement dans un asile d'aliénés (L. 30 juin 1838, art. 36) rendent la forme judiciaire obligatoire; à cet égard, l'émancipation ne change rien à la situation (art. 838); du moment qu'il y a, parmi les héritiers, *un mineur*, *même émancipé*, un *interdit* ou un *interné*, le partage définitif ne peut être que judiciaire.

On peut douter que le législateur français ait été bien inspiré en formulant cette exigence; il est parfois dangereux de pousser trop loin la protection des incapables; les frais nécessités par le partage judiciaire seront supportés par ceux-là mêmes qu'on voulait protéger; il ne faut pas oublier que le mineur et l'interdit sont représentés au partage par leur tuteur, lequel a dû obtenir, à cet effet, l'autorisation du conseil de famille; on comprend donc qu'à l'étranger, en *Allemagne*, en *Suisse*, le partage soit traité ainsi que les autres actes et que le représentant de l'incapable puisse y procéder à l'amiable. (V. cependant, pour l'*Allemagne*, les articles 1821 et 1822 C. civ., qui exigent du moins l'approbation du tribunal des tutelles).

Plus contestable est le système français, plus s'impose l'interprétation restrictive des textes qui l'instituent : la présence, parmi les héritiers, d'une *femme mariée* (et cela, même antérieurement à la loi du 18 fév. 1938) ou d'un individu pourvu d'un *conseil judiciaire* n'ont jamais fait obstacle à la forme amiable; l'article 838 ne fait pas allusion à ces situations et on ne saurait étendre arbitrairement les termes d'une disposition profondément dérogatoire au droit commun;

2° *Absence ou non-présence de l'un des héritiers.* — Du moment que l'un des héritiers est *absent*, au sens juridique du mot, ou même simplement *non-présent*, le partage définitif doit avoir lieu judiciairement (art. 838, 840; C. pr., art. 985). Toutefois, la simple non-présence, c'est-à-dire l'éloignement du lieu de l'ouverture de la succession, ne constitue, à la forme amiable de partage, qu'un obstacle relatif et facilement surmontable : le non-présent se fera représenter par un mandataire muni de pouvoirs suffisants, et par là même sera écartée la nécessité de la forme judiciaire; si bien que, pratiquement, c'est seulement l'absence qui postule véritablement le partage judiciaire;

3° *Désaccord entre les héritiers.* — L'un des héritiers refuse de consentir au partage, ou bien des contestations s'élèvent entre les intéressés sur le mode d'y procéder : ce défaut d'entente rend fatalement obligatoire le recours à la forme

judiciaire (art. 823); d'ailleurs, aussitôt le différend aplani, on pourra en revenir à la forme amiable (C. pr., art. 985).

1164. Sanction des dispositions de la loi. — Lorsqu'on se trouve dans une des deux premières éventualités qui viennent d'être distinguées, il arrive que les intéressés, désireux d'aboutir rapidement et à peu de frais, passent outre aux prescriptions légales et qu'ils procèdent à un partage amiable, pour eux définitif, malgré l'existence, parmi eux, d'un mineur, d'un interdit, d'un interné, d'un absent ou d'un non-présent qui n'a pas constitué mandataire : en quoi consiste alors la sanction?

Il résulte des articles 466, § 3, et 840, que le partage ainsi effectué irrégulièrement est frappé de *nullité* et qu'il n'a que la valeur d'un partage *provisionnel* ne faisant donc aucunement obstacle à ce qu'un partage définitif soit demandé ultérieurement; seulement, quels que soient les résultats de ce partage définitif, valable, il n'y aura pas lieu de revenir sur les répartitions de fruits, de revenus, qui auraient été effectuées par application du partage irrégulier, réduit aux propositions d'un partage provisionnel. Il y a donc ceci de particulier que la nullité de l'acte incorrect *ne rétroagit pas*; elle ne produit d'effets que dans l'avenir, ce qui s'explique précisément par cette idée que le partage irrégulier vaut du moins comme partage provisionnel; il légitime, à ce titre, les répartitions de fruits auxquelles on a procédé; il leur sert de cause juridique, de support.

Ce n'est pas tout; deux principes généraux interviennent dans le règlement de la situation : il faut se rappeler, d'une part, qu'un acte annulable reste debout aussi longtemps que la nullité n'en a pas été prononcée par le tribunal; d'autre part, que l'action en nullité n'appartient, lorsque la nullité est relative, qu'aux personnes que la loi a voulu protéger. Si l'on fait application de ces directives au partage conclu irrégulièrement à l'amiable, malgré l'existence d'un incapable ou d'un non-présent, on arrive à ce résultat que les cohéritiers capables et présents sont réduits à un rôle passif, de pure expectative, et qu'ils se trouvent à la merci de l'incapable ou du non-présent, lesquels sont les maîtres de la situation; il dépend d'eux, ou bien, en gardant le silence, de maintenir au partage irrégulier sa valeur définitive, ou bien, en en poursuivant l'annulation, de le faire dégénérer en un simple partage provisionnel et de demander un nouveau partage définitif, régulier celui-là. Ces conclusions sont

acceptées par une jurisprudence constante (Req., 12 janv., 1875, *S.*, 1875, 1, 117, *D. P.*, 1876, 1, 217; Civ., 5 déc. 1887, *S.*, 1888, 1, 425, note MEYNIAL, *D. P.*, 1888, 1, 241, note PONCET; Poitiers, 9 mars 1893, *S.*, 1894, 2, 153, note WAHL, *D. P.*, 1895, 2, 121, note PLANIOL) et par une doctrine dominante; bien qu'elle soit critiquée par quelque auteurs qui lui reprochent les complications d'ordre pratique auxquelles elle conduit (v. MAURY et VIALLETON, n° 509), elle nous paraît s'imposer comme étant la seule juridique, la seule conforme aux principes généraux que nous avons rappelés.

1165. Moyens employés pour éluder ou pour différer le partage judiciaire. — Le partage judiciaire entraîne de telles complications et de tels frais que les intéressés s'ingénient à l'esquiver en recourant à des procédés que nous exposerons dans l'ordre décroissant de leur légitimité.

1° *La convention d'indivision*, opération parfaitement régulière (*sup.*, n° 1066), permet aux héritiers d'attendre le retour du non-présent ou la majorité de l'incapable, c'est-à-dire le jour où il sera possible de procéder amiablement à un partage définitif;

2° La promesse de *porte-fort* est également secourable aux cohéritiers présents et majeurs : l'un d'eux, ou un tiers, se portera fort de la ratification du partage par le non-présent ou par l'incapable. Il est vrai que ces derniers ne sont nullement liés, en droit tout au moins, par une promesse à laquelle ils sont demeurés étrangers; mais s'ils refusent de ratifier, la responsabilité du porte-fort entre en jeu; l'obligation de faire, qu'il avait assumée, demeurant inexécutée, les créanciers peuvent exiger de lui des dommages-intérêts (*sup.*, t. II, n° 266). Cette responsabilité éventuelle du porte-fort produit un effet préventif intéressant, car elle incitera sans doute le tiers — mineur, non-présent, etc. — à ratifier le partage, afin de libérer le débiteur de l'obligation qu'il avait assumée envers les cohéritiers; cette fonction d'intimidation est d'autant plus effective que, dans la pratique, le porte-fort est un parent de l'incapable, voire son père ou sa mère, en sorte que la liberté de détermination du mineur devenu majeur n'est plus entière; c'est même là le plus grave reproche qu'encourt cette combinaison dont la légitimité est cependant admise par notre jurisprudence, car les avantages qu'elle présente surpassent les objections et les dangers qui y sont inhérents (V. SAVATIER, note *D. P.*, 1935, 2, 61).

1166. — 3° On a songé aussi parfois à utiliser les formes de la *transaction*; afin d'échapper au partage judiciaire, les héritiers s'efforcent de faire rentrer les opérations dans le moule d'une prétendue transaction, mettant fin à des difficultés plus ou moins réelles; sans doute, il faut alors se conformer, du moins au cas de minorité d'un des héritiers, aux règles fort compliquées de l'article 467 (*sup.*, t. I, n° 427), mais qui sont loin d'entraîner les lenteurs et les frais d'un partage judiciaire.

La légitimité du procédé est fort discutable; il se ramène, en somme, à un détournement, par rapport à son but, d'une institution dont les frontières ont été tracées par la loi (art. 2044), c'est-à-dire en définitive, à une *fraude à la loi*; si les différends allégués sont fictifs, l'acte peut être attaqué et annulé pour cause de fraude; mais la jurisprudence se montre assez coulante en pareille matière; elle demande seulement que les apparences soient sauvegardées; pourvu que les héritiers sauvent la face, — et c'est là une question d'habileté — le tribunal ne poussera pas trop loin la curiosité et s'en tiendra volontiers à l'apparence (Civ., 5 déc. 1887, *S.*, 1888, 1, 485, note Meynial, *D. P.*, 1888, 1, 241, note Poncet; Angers, 7 août 1874, *D. P.*, 1875, 2, 35).

1166*bis*. — 4° On a voulu écarter le partage judiciaire en utilisant l'*exécution testamentaire* : l'exécuteur testamentaire, investi, par le testateur, du pouvoir de procéder à la vente des immeubles, s'acquitterait de cette mission à l'amiable et malgré la minorité du *légataire* (*inf.*, n° 1571).

1167. — 5° Enfin, on a songé, pour éluder le partage judiciaire, à vendre isolément, un par un, les biens héréditaires, pour partager entre les ayants droit le prix provenant de ces opérations fragmentaires.

Mais cette liquidation au détail se heurte, soit à des textes législatifs, soit à la jurisprudence : 1° à des *textes législatifs*, pour *les immeubles*; on sait que les biens immobiliers d'un mineur ou d'un interdit ne peuvent être vendus qu'aux enchères publiques (art. 459), et en suite d'une autorisation du conseil de famille qui ne doit être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident (art. 457, § 2) : or, la volonté d'éluder le partage judiciaire, donc de tourner une disposition impérative, ne répond évidemment pas au vœu du législateur : le tribunal se refusera à homologuer l'autorisation accordée dans de telles conditions par un conseil de famille; 2° à la *jurisprudence*, pour les *valeurs*

mobilières; car, par une interprétation fort rigoureuse de la loi du 27 février 1880, le conseil de famille ne doit autoriser l'aliénation de valeurs indivises qu'à la condition d'en prescrire et d'en préciser le *remploi* : de nouveaux titres, et *nominatifs*, devront être achetés qui seront immatriculés aux noms des différents cohéritiers (Civ., 15 juill. 1890, *D. P.*, 1890, 1, 361, *S.*, 1891, 1, 11, note Lyon-Caen) ; si bien que la question n'aura pas fait le moindre pas : aux valeurs primitives se trouvent substituées d'autres valeurs, également indivises; le problème demeure entier.

N° 2

Formes du partage amiable

1168. Principe. — La loi ne prescrit aucune forme spéciale pour le partage amiable; il peut être effectué « *dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenable* » (art. 819, § 1). Les biens héréditaires sont *estimés*, puis *attribués* au gré des cohéritiers majeurs et présents : en pareille matière, il n'est que de s'entendre.

Le partage peut donc être fait par acte sous seing privé, voire *verbalement*, sauf les difficultés de preuve, les témoignages et les présomptions n'étant pas admis en principe au-dessus de cinq cents francs (Req., 21 janv. 1867, *D. P.*, 1867, 1, 97; 2 janv. 1872, *D. P.*, 1872, 1, 119; Poitiers, 9 mars 1893, *S.*, 1894, 2, 153, note Wahl, *D. P.*, 1895, 2, 121, note Planiol). Cette possibilité devient purement théorique du moment que la masse comprend des immeubles, car l'article 1er-5° de la loi du 23 mars 1935, dans sa nouvelle rédaction du 30 octobre 1935, exige alors la transcription (*sup.*, t. I, nos 1730 et suiv.; *inf.*, t. III, n° 1193) : or, on ne peut transcrire que ce qui a d'abord été écrit (*sup.*, t. I, n° 1732).

En fait, pour les successions importantes, le partage est constaté par *acte notarié* : les opérations sont trop complexes et les intérêts en jeu sont trop graves pour qu'on puisse se passer du secours d'un technicien.

N° 3

Formes du partage judiciaire

C. civ., art. 817 à 842;
C. pr., art. 966 à 985.

D. L., 17 juin 1938, modifiant différents articles du code civil.

1169. Bibliographie. — Thèses Esquirol, Paris, 1906; Caillard, Toulouse, 1926.

1170. Complexité. — Le *partage judiciaire* pèche notamment par un excès de réglementation; le législateur en a déterminé les formalités avec une précision qui confine à la minutie. Il faut distinguer les mesures préalables, simples préliminaires, et les formalités qui font corps avec le partage.

1171. Préliminaires. — Ils se composent :

1° De l'apposition des *scellés*, lesquels sont *obligatoires* : 1. si l'un des héritiers est un mineur non encore pourvu de tuteur; 2. ou un non-présent (C. pr., art. 910); l'apposition est requise par un *intéressé*, sinon par le *ministère public*; ou sur la déclaration du *maire* ou *adjoint* de la commune, à défaut de quoi le *juge de paix* peut y procéder d'office (même texte); pour la *levée* des scellés, voy. art. 821, § 2, cbn. art. 907 et 944 C. pr.;

2° De la confection d'un *inventaire* (mêmes textes).

1172. Formalités du partage proprement dit. — 1° Le tribunal est saisi par l'*action en partage*, dans les conditions qui ont été précisées (*sup.*, n° 1054).

Il commence par statuer, s'il y a lieu, sur le refus de procéder au partage qui peut être opposé par certains des intéressés; il peut nommer un *juge-commissaire* chargé de lui présenter un rapport (art. 863; C. pr., art. 969); il peut aussi désigner, si les parties ne s'entendent pas sur le choix à effectuer, un *notaire liquidateur*, qui n'appartiendra pas nécessairement au ressort judiciaire (Orléans, 14 juin 1937, *D. H.*, 1937, 478) et qui conduira les opérations, qui réalisera le partage (art. 828, § 1);

2° *Estimation.* — Tandis que l'*expertise* des immeubles est *facultative* depuis 1841, même s'il y a des mineurs en cause (C. pr., art. 970, § 2), l'*estimation* des meubles est *obligatoire*; mais il faut savoir, d'abord qu'elle peut être faite, depuis la même date, par un *seul expert* (C. pr., art. 971, § 1); puis que la Cour de cassation admet que l'expertise n'ait pas lieu dans les cas où elle est complètement inutile, par exemple si l'actif successoral est composé exclusivement de valeurs cotées en Bourse ou s'il est tout à fait insigni-

fiant (Req., 4 mars 1873, *D. P.*, 1873, 1, 105; Civ., 18 janv. 1927, *S.*, 1927, 1, 377, note VIALLETON, *D. P.*, 1927, 1, 143).

L'expert peut être choisi par les parties; il procède à l'estimation du mobilier « *à juste prix et sans crue* » (art. 825) : ces derniers mots font allusion à un vieil usage; jadis, et en vertu d'un édit de Henri II, les experts étaient responsables de l'exagération de leur estimation par rapport au prix de vente; aussi avaient-ils pris la prudente habitude d'estimer au-dessous de la valeur réelle, en sorte que, pour obtenir celle-ci, il fallait relever le prix d'estimation dans une proportion notable; c'est ce relèvement qui constituait la *crue*; il n'avait plus de raison d'être du moment que la responsabilité à laquelle il se rattachait avait elle-même disparu, et c'est sa condamnation qui est contenue dans la formule finale de l'article 825, ainsi que, pour les opérations du rapport, dans celle de l'article 868 (*sup.*, n° 1148);

Sur *le moment* auquel on doit se placer pour procéder à l'estimation, v. *sup.*, n° 1037;

3° *Vente des biens.* — Cette opération n'est qu'*exceptionnelle*; le principe est le *partage en nature* (art. 826), chacun des héritiers pouvant demander sa part des meubles et immeubles successoraux (art. 826). Cependant :

a) Les *meubles* sont vendus si la *majorité* des héritiers juge à propos de prendre ce parti afin de faire face aux dettes et aux charges de la succession; la vente a lieu comme au cas de *saisie-exécution* (art. 826 *in fine*);

b) Quant aux *immeubles*, la vente n'en a lieu que s'ils « *ne peuvent être commodément partagés ou attribués dans les conditions prévues par le présent code...* », c'est-à-dire placés dans un seul lot, à l'exclusion des autres (art. 827, § 1, mod. par d.-l. 17 juin 1938). La question de savoir si un immeuble est ou non commodément partageable est une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation (Req., 23 mars 1896, *D. P.*, 1897, 1, 443; 10 fév. 1926, *S.*, 1926, 1, 255).

Cette vente, par autorité de justice, de biens indivis, prend le nom de *licitation*; elle a lieu *aux enchères*, soit à l'*audience des criées*, devant des juges du tribunal soit, devant un notaire à cet effet commis, (art. 827, § 2; C. pr., art. 954, 970); les étrangers — c'est-à-dire les non héritiers, les tiers — sont nécessairement admis à prendre part aux enchères s'il y a, parmi les héritiers, des incapables, ou des absents, ou des non-présents (art. 839), et aussi du moment qu'un des cohéritiers s'oppose à ce que l'opération ait lieu entre les seuls héritiers;

4° *Formation de la masse partageable.* — Cette tâche incombe au notaire liquidateur. En gros, cette masse comprend :

1. Les biens *extants*;
2. Les biens *rapportés*;
3. Les *fruits* perçus depuis le décès : *fructus augent hereditatem*;
4. Les sommes d'argent provenant du recouvrement des créances héréditaires.

1173. — 5° *Composition des lots.* — Elle est l'œuvre soit de l'un des cohéritiers, mandaté à cet effet par les autres, soit, à défaut d'une entente de ce genre ou s'il y a, parmi les intéressés, des incapables, mineurs ou interdits, par un *expert* que désigne le juge-commissaire (art. 834, § 1; C. pr., art. 978; Civ., arrêt précité du 18 janv. 1927).

Nombre de lots. — Il doit être formé, en principe, autant de lots qu'il y a d'héritiers; cependant, il en va autrement :

a) Au cas de succession par *représentation* : le partage ayant alors lieu *par souche* (*sup.*, n° 743), on ne fait qu'un lot pour un groupe tout entier, sauf ensuite aux héritiers qui ressortissent à ce groupe, à le répartir entre eux;

b) Les mêmes errements sont suivis lorsque, l'un des héritiers étant lui-même décédé avant le partage, il a transmis sa vocation héréditaire à ses propres héritiers (*Succession par transmission*, *sup.*, n° 886);

c) Lorsque les héritiers ont des parts inégales, on fait autant de lots que la part la plus faible entre de fois dans la totalité de la succession; ainsi l'exige le principe de l'*égalité des lots* dont il va être question. Si, par exemple, un frère du défunt concourt avec le père, comme le premier doit recueillir les trois quarts et le second un quart seulement, on fait quatre lots, trois pour le frère, un pour le père.

1174. Principe de l'égalité ; système du Code civil : égalité en nature. — Les lots doivent être *égaux* puisque, selon la formule consacrée, c'est l'égalité qui est l'âme du partage. Cette égalité était entendue par le Code civil d'une façon singulière et même abusive : ce n'est pas seulement *en valeur* qu'elle devait exister, mais aussi *en nature*, c'est-à-dire que les lots devaient être, autant que possible, de composition identique; aux termes de l'article 832, ancienne rédaction, « *il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de*

créances de même nature ou valeur ». Seulement, il est remarquable que le même texte, dans sa première partie, recommandait déjà d' « *éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations* ». Le juge se trouvait ainsi sollicité par deux directives nettement contradictoires, contenues dans la même disposition; on lui demandait de résoudre un problème qui rappelait celui de la quadrature du cercle; on lui enjoignait simultanément de ne pas diviser les immeubles et de diviser tous les biens entre les cohéritiers. En fait, des deux recommandations inconciliables qui étaient faites dans l'article 832, c'est celle qui tend à réaliser l'égalité en nature qui était considérée comme la plus forte et qui l'emportait; elle est, en effet, renouvelée dans l'article 826 qui autorise chacun des héritiers à demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession : le principe de l'*égalité en nature* constituait un des fondements de notre droit successoral et du partage français.

1175. Atténuations et dérogations. — Ce principe comportait des atténuations et des dérogations qui venaient heureusement en tempérer la rigueur et en resserrer le domaine :

a) La Cour de cassation s'en est toujours remis aux tribunaux du soin de procéder librement à l'application de l'article 832; elle les laisse juges de la régularité des partages à ce point de vue (Req., 14 déc. 1903, *S.*, 1905, 1, 507; 31 mars 1914, *S.*, 1914, 1, 447);

b) Il était admis, conformément d'ailleurs au texte même de l'article 832, que les directives contradictoires contenues dans cette disposition étaient à appliquer « autant que possible », « s'il se peut »; en définitive, on faisait pour le mieux (Req., 8 juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 56);

c) Notamment, les tribunaux n'hésitaient pas à faire échec à l'égalité en nature, voire à l'égalité en valeur, en recourant au procédé des *soultes* ou retours de lots : l'héritier, attributaire d'un lot d'une valeur supérieure, sera redevable d'une somme d'argent, d'une soulte à ses cohéritiers moins favorisés;

d) Il est des biens dont l'*attribution* était et demeure l'objet d'une réglementation particulière, allant ouvertement à l'encontre du principe de l'égalité en nature :

1° Pour les *habitations à bon marché et petites exploitations*, l'article 81-2° de la loi du 5 décembre 1922 autorisait les héritiers et le conjoint survivant, s'il est copropriétaire, à

reprendre le bien sur estimation, donc à se le faire attribuer à titre exclusif;

2° Pour le *bien de famille*, l'article 19 de la loi du 12 juillet 1909 organisait un régime analogue au profit du conjoint survivant.

Cette double réglementation a été unifiée par une loi du 13 février 1937 *tendant à harmoniser le régime successoral des habitations à bon marché et du bien familial*, laquelle a modifié les textes précités et a conféré au juge de paix le pouvoir de prononcer le maintien de l'indivision, après avis du conseil de famille s'il y a lieu, et sur la demande, suivant les cas, du conjoint survivant ou d'un descendant du défunt; nous ne revenons pas sur cette réglementation unificatrice qui a été précédemment exposée dans ses grandes lignes (*sup.*, t. I, n° 1793); elle comporte comme aboutissement, non seulement l'inégalité en nature, mais aussi et le plus souvent l'inégalité en valeur; mais il va sans dire qu'à ce dernier point de vue l'équilibre est rétabli au moyen de soultes mises à la charge de l'attributaire exclusif.

1176. Critique et projets de réforme. — Malgré les tempéraments et les limitations dont il était l'objet, le principe du partage égal en nature a été l'objet de critiques très vives, notamment de la part de Le Play : on lui reprochait, non sans raison, d'entraîner un morcellement excessif de la propriété foncière; après quelques générations, le domaine familial se trouve comme pulvérisé entre les parties prenantes; cette dispersion obligatoire est faite pour favoriser, non pas le retour à la terre, mais bien plutôt le courant inquiétant qui dirige les populations rurales sur les villes déjà surpeuplées; elle est en contradiction avec les tentatives faites au lendemain de la guerre pour concentrer la propriété foncière au moyen du *remembrement* (L. 27 nov. 1918; *sup.*, t. I, n° 1441). Aussi des propositions furent-elles déposées pour donner, au régime d'*attribution exclusive*, tel qu'il fonctionnait pour les habitations à bon marché et pour le bien de famille, une portée d'application générale en ce qui concerne les domaines ruraux dont on se préoccupe d'éviter le morcellement et d'assurer l'unité d'exploitation, donc de transmission (V. le *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1905; les propositions de loi Pol Chevalier, *J. Off.*, 1922, *Doc. parl.*, annexe n° 657, p. 81, et Boret-Chéron, *J. Off.*, 1920, *Doc. parl.*, annexe n° 1745, p. 384).

1177. Droit comparé. — A l'étranger, des mesures avaient été prises depuis longtemps pour assurer l'unité de transmission et d'exploitation du domaine rural que l'on frappe, à cet effet, d'une sorte d'indivisibilité plus ou moins complète, plus ou moins stricte, que l'on laisse pour ainsi dire hors du partage, pour l'attribuer intégralement à l'un des héritiers, lequel devra tenir compte aux autres de cette sorte de préciput établi en sa faveur. C'est à cet ordre d'idées que se rattache le régime allemand de l'*Anerbenrecht*, en vertu duquel le bien rural indivisible, l'*Anerbengut*, est attribuée exclusivement à un seul des héritiers, l'*Anerbe*, qui, en retour, est constitué débiteur de rentes envers ses cohéritiers (*L. d'introd. au Code civ. allemand*, art. 64, aux termes duquel restent en vigueur les dispositions des lois des Etats sur la succession spéciale de l'*Anerbe* sur des immeubles agricoles et forestiers, y compris leurs accessoires). Le Code civil *suisse* contient des dispositions analogues, dans ses articles 812 et suivants. V. la thèse de M. Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne*, Paris, 1899.

1177*bis*. Le décret-loi du 17 juin 1938 et la substitution du partage en valeur au partage en nature. — Ce décret-loi renferme deux dispositions relatives au partage ordinaire (pour le *partage d'ascendant* dont il a également modifié le régime, v. *inf.*, n° 1920); elles sont de très inégale importance, puisque l'une a la valeur d'un principe général, alors que la seconde n'intéresse que certaines exploitations agricoles.

a) Réforme générale. — Le décret-loi réalise une véritable réforme de structure en modifiant la teneur de l'article 832; tel qu'il est actuellement rédigé, ce texte, dans son premier alinéa, fait un devoir au juge, d'éviter dans la formation et la composition des lots, *de morceler les héritages et de diviser les exploitations*; voilà la directive essentielle, l'objectif primordial qui doit être celui du juge; après quoi le texte ajoute, dans un deuxième alinéa, que « *dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit*, autant que possible, *être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente* »; l'incidente « *autant que possible* » qui, dans l'ancien texte, s'appliquait à la recommandation d'éviter le morcellement des héritages, se trouve transposée, déplacée, et vient limiter maintenant, dans la nouvelle rédaction du texte, la portée du conseil donné au juge de réaliser une égalité en nature;

par là sont inversées les valeurs respectives des deux standards qui demeurent en présence : celui qui occupait jadis une position dominante, à savoir la réalisation de l'identité de nature dans la composition des lots, se trouve désormais relégué, par rapport au souci de maintenir l'unité des héritages et des exploitations, dans un poste subalterne : éviter de morceler de tels biens, voilà l'objectif essentiel à poursuivre; c'est seulement dans la mesure où sa satisfaction ne sera pas compromise par l'égalité en nature que celle-ci devra être assurée.

La réforme ainsi réalisée et qui aurait dû, pour le bon ordre, entraîner le remaniement de l'article 826, a une portée générale, en ce sens qu'elle vaut pour *tous les partages judiciaires*; on remarquera qu'elle n'intéresse que *les immeubles* (c'est « *le morcellement des héritages* » et c'est « *la division des exploitations* » qui doivent être conjurées); on notera aussi qu'elle n'aura pas, dans la pratique, les résultats décisifs qu'on aurait pu attendre d'elle, d'abord parce qu'il arrivera fréquemment que la licitation s'imposera à raison de l'importance de l'immeuble par rapport à l'ensemble de la succession où l'on ne trouvera pas d'autres biens pour remplir les autres successibles de leurs droits, puis parce que le décret-loi de 1938 a laissé subsister le procédé du tirage au sort des lots, en sorte que l'exploitation pourra échoir à un héritier qui n'est aucunement qualifié pour l'exercer : le bien sera maintenu dans son unité, mais l'attribution en sera faite aveuglément; c'est le sort qui en décidera. A cet égard, le décret-loi est imparfait; il n'aura pas le rendement économique et professionnel qu'on aurait pu attendre de la substitution, heureuse dans son principe, inachevée dans son application, de l'égalité en valeur à l'égalité en nature.

C'est seulement dans un domaine beaucoup plus limité que la réforme a été poussée plus loin et que l'on voit le principe de l'égalité en simple valeur se doubler de la pratique de l'attribution individuelle et raisonnée; nous sommes ainsi amené à examiner la deuxième réforme, de bien moindre envergure que la précédente, qui a été réalisée par le même décret-loi.

1177*ter*. *b) Disposition spéciale aux petites exploitations agricoles.* — Le décret-loi du 17 juin 1938 contient une disposition, devenue le troisième alinéa de l'article 832, d'après laquelle « *le conjoint survivant ou tout héritier, copropriétaire d'un ou plusieurs immeubles formant une exploitation agricole d'une valeur inférieure à 200.000 francs,*

peut, s'il y habitait lors de l'ouverture de la succession et participait effectivement et personnellement à son exploitation, se le faire attribuer, par voie de partage, après l'estimation prévue à l'article 824, à charge de soulte s'il y a lieu. » Le texte ajoute que l'attribution peut s'étendre, dans les mêmes conditions, au matériel, à l'outillage et au cheptel, pourvu que leur valeur totale ne dépasse pas le quart de la valeur du ou des immeubles formant l'exploitation.

Manifestement, cette disposition est inspirée de la réglementation qui fut établie antérieurement pour les habitations à bon marché et pour le bien de famille (*sup.*, n° 1175; t. I, n° 1793); mais elle ne se confond pas entièrement avec elle; la symétrie n'est pas poussée ici jusqu'à l'identité; et la même remarque est à faire si l'on rapproche le nouveau texte de celui qui a été établi, par le même décret-loi, pour favoriser le maintien de l'indivision des mêmes biens (art. 815, nouv. réd. de 1938; *sup.*, n° 1071); ces diverses réglementations procèdent du même désir d'assurer le maintien de l'exploitation et d'éviter le morcellement du bien; elles se relient entre elles par de nombreux tenants et aboutissants; mais, envisagées dans leurs détails, elles conservent chacune son individualité.

Hypothèse prévue; bénéficiaires de la faculté d'appropriation. — Le nouvel article 832, § 3, confère la faculté de réclamer l'attribution, par voie de partage, de l'immeuble ou des immeubles formant une *exploitation agricole dont la valeur n'atteint pas 200.000 francs*, d'une part au *conjoint survivant*, d'autre part à *tout héritier*, sans distinction tirée du degré de parenté avec le défunt. Toutefois, l'exercice de cette prérogative est subordonnée à trois conditions : 1° le requérant doit être copropriétaire de l'immeuble ou des immeubles en cause; 2° il y habitait lors de l'ouverture de la succession; 3° il participait effectivement et personnellement à l'exploitation.

De ces trois conditions mises à l'exercice du droit de requérir l'appropriation individuelle du bien, les deux dernières ne soulèveront sans doute pas de difficulté sérieuse; mais il en va autrement de la première au sujet de laquelle la controverse est dès maintenant instituée : le requérant satisfait-il à l'exigence du décret par cela seul qu'il est devenu propriétaire de l'immeuble ou des immeubles en vertu et par l'effet de la dévolution héréditaire? Ou bien exigera-t-on que sa situation de copropriétaire préexistât à cette dévolution? Selon le parti auquel on se rangera, la disposition nouvelle aura un domaine d'application aussez étendu ou

sera d'une application sensiblement plus restreinte. A notre avis, c'est dans le deuxième sens que la question doit être tranchée et c'est l'interprétation étroite qui l'emportera : la prétention du requérant ne sera justifiée que s'il était copropriétaire de l'immeuble du vivant du *de cujus*; en effet : 1° si l'on adoptait la première interprétation, les auteurs du décret-loi auraient parlé pour ne rien dire, ou, du moins, pour dire fort peu de chose, la dévolution successorale ayant normalement pour effet de faire des cohéritiers des copropriétaires; 2° pour l'appréciation des deux autres conditions (habitation et exploitation du bien), c'est évidemment à la période antérieure au décès que l'on doit se référer, comme le texte s'en explique d'ailleurs formellement : il doit en aller de même pour l'appréciation de la troisième condition, laquelle se trouve énoncée dans la même phrase : un lien manifeste existe entre les trois conditions qui forment un tout indivisible; 3° cette solution ne saurait être sérieusement contestée pour ce qui est du conjoint survivant, puisque sa vocation successorale, normalement fixée en usufruit, ne fait pas de lui un copropriétaire; elle doit être identique pour les héritiers du sang, mis par le texte sur la même ligne que ce conjoint (*Contra*, Desbois, *D. P.*, 1938, 4, 363, col. 2).

Mode d'exercice de la faculté d'appropriation. — La requête est présentée au cours et en vue du partage judiciaire; l'immeuble sera estimé conformément à l'article 824, donc par des experts que choisiront les parties intéressées, ou qui seront, à leur refus, nommés d'office. Comme, le plus souvent, la valeur du bien attribué individuellement au conjoint ou à l'un des héritiers, excèdera le montant de la part héréditaire de l'attributaire, il y aura lieu de mettre à la charge de celui-ci une *soulte*, pour le paiement de laquelle le texte prévoit que des délais pourront être accordés, mais qui deviendra immédiatement exigible si le bénéficiaire de la combinaison vend l'immeuble, en totalité ou en partie : on a voulu, par la menace de cette déchéance du terme, assurer la conservation du bien dans la famille et la continuité de son exploitation.

1178. — 6° *Homologation du partage.* — Il appartient au tribunal de prononcer l'homologation du projet de partage, sur le rapport qui lui est présenté par le juge-commissaire et, s'il y a lieu, sur les conclusions du ministère public; chaque copartageant est admis à présenter ses réclamations contre la formation des lots (art. 835; C. p. art. 980 et 981).

Dans l'éventualité prévue par la loi du 15 décembre 1921 (art. 822, § 2, C. civ.), c'est-à-dire au cas où la demande en partage a été formée par requête collective, le jugement, rendu en chambre du conseil, et qui est un acte de *juridiction gracieuse*, au moins lorsque aucune contesttaion ne s'est élevée entre des parties (Civ., 17 mai 1938, *D. H.*, 1938, 465), n'est pas susceptible d'appel, du moins si les conclusions de la requête ont été admises par le tribunal sans modification (même texte; C. pr., art. 981, § 2);

7° *Tirage au sort des lots.* — Les lots sont attribués obligatoirement par voie de tirage au sort; cette opération est effectuée devant le juge-commissaire ou devant le notaire, selon décision prise par le tribunal dans le jugement d'homologation (C. pr., art. 982).

Cette répartition aveugle des lots constitue un des inconvénients majeurs du partage judiciaire; mais la jurisprudence n'admet pas qu'elle puisse être éludée (Civ., 11 août 1875, *D. P.*, 1875, 1, 461; Req., 17 nov. 1885, *S.*, 1887, 1, 14); elle a été conjurée, mais seulement pour certaines catégories de biens et au profit de certains ayants droit, par les différents textes qui ont institué une véritable faculté d'appropriation réalisée à la requête du conjoint survivant ou d'un héritier du sang, sous le contrôle et par la décision du juge (*habitations à bon marché, bien de famille, petites exploitations agricoles; sup.*, t. I, n° 1793; t. III, n^{os} 1175 et 1177*ter*);

8° *Délivrance des lots.* — Elle doit être assurée par le juge-commissaire ou par le notaire liquidateur. La remise des *titres* a lieu conformément aux règles édictées dans l'article 842;

9° *Règlement des frais.* — Les frais du partage représentent une dette commune aux cohéritiers; chacun d'eux en est tenu proportionnellement à sa part héréditaire; ils sont imputables sur la masse successorale dont ils sont défalqués, par les soins du notaire, avant toute répartition; ils comprennent notamment les honoraires du notaire, les frais de scellés et d'inventaire, les dépenses judiciaires.

1179. Inconvénients du partage judiciaire et projets de réforme. — En raccourci, les griefs qu'encourt le partage judiciaire sont les suivants :

1° Il entraîne des *formalités* longues et compliquées;

2° Il est fort *coûteux*;

3° Il implique, théoriquement du moins, l'*égalité en nature* entre les copartageants;

4° Il réalise une *attribution aveugle*, par voie de tirage au sort;

5° Il est exigé dans des éventualités où son utilité est contestable (héritiers mineurs ou interdits).

La *Société d'études législatives*, qui a envisagé une amélioration de notre législation sur ces différents points, s'est ralliée, assez timidement, à un minimum de réforme : tout en proposant le maintien de l'égalité en nature et la nécessité du recours à la forme judiciaire du moment que, parmi les héritiers, figurent des incapables, elle propose : 1. que la nomination d'un notaire par le tribunal soit facultative; 2. qu'il en aille de même de l'expertise mobilière, même en présence d'incapables; 3. que la composition des lots puisse, elle-même, être réalisée par le juge; 4. que la vente par licitation soit obligatoire, non seulement si les immeubles ne peuvent pas être partagés commodément, mais aussi s'ils ne peuvent l'être sans dépréciation notable. En somme, les réformes proposées, plus apparentes que réelles, reviendraient à consacrer législativement certains errements jurisprudentiels suivis depuis longtemps.

Il faut d'ailleurs reconnaître qu'une réforme plus complète du partage judiciaire se heurterait à la résistance des officiers ministériels pour qui cette opération représente une somme de revenus assez appréciable; on s'en aperçut en 1867, lorsque le gouvernement dut, sur la protestation des intéressés, retirer un projet aux termes duquel le partage des successions échues à des incapables aurait pu être effectué devant un notaire, sauf homologation du tribunal.

V. sur ces questions : *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1905, rapport de M. Piédelièvre, p. 215; discussion, p. 357; et, page 311, *le partage des successions dans les législations étrangères*, par M. A. Chéron. *Adde* la thèse précitée de M. Verdelot.

N° 4

Le droit d'intervention des créanciers

1180. Dangers qui menacent les créanciers. — Les créanciers des héritiers ont à craindre que des fraudes ne soient commises à leur détriment, soit que l'on attribue à un héritier insolvable ou peu solvable des biens insaisissables, par exemple des rentes sur l'Etat; soit qu'on place un bien, hypothéqué pendant l'indivision par l'un des copropriétaires, dans le lot d'un autre héritier, de façon à faire tomber

l'hypothèque par le jeu de l'effet déclaratif du partage; soit qu'on procède à des rapports ou à des prélèvements fictifs, ne correspondant à aucune réalité, ou encore qu'on dissimule une partie des biens attribués à l'un des héritiers.

Ces dangers, dont la liste pourrait être allongée, sont d'autant plus sérieux que la loi refuse, en principe, aux créanciers le recours à l'action paulienne (*sup.*, t. II, n° 683; *inf.*, n° 1238); à défaut de ce moyen *répressif* de la fraude, il fallait leur accorder un moyen *préventif*, lequel consiste dans le droit d'intervenir au partage.

1181. Forme de l'intervention. — Le droit d'intervention s'exerce au moyen d'une *opposition* : le créancier fait opposition à ce qu'il soit procédé aux opérations du partage hors de sa présence (art. 882); ce moyen d'intervention appartient à *tous les créanciers des héritiers* (même texte), et aussi, d'après une juriprudence constante, aux acquéreurs de droits réels (Req., 1er juin 1891, *S.*, 1891, 1, 401, *D. P.*, 1892, 1, 212); mais à *l'exclusion des créanciers du défunt* qui ont, pour défendre leurs intérêts, le bénéfice de la séparation des patrimoines. Toutefois, il faut se rappeler que, par l'acceptation pure et simple de la succession, les créanciers héréditaires deviennent créanciers personnels de l'héritier et sont donc admis, en cette qualité, à intervenir au partage.

L'opposition résulte de tout acte par lequel un créancier manifeste clairement son intention d'intervenir au partage : donc, non seulement d'une notification par exploit d'huissier, mais de la *saisie* des immeubles héréditaires (Pau, 3 fév. 1855, *D. P.*, 1856, 2, 12), ou d'une *demande* en partage émanant dudit créancier (Orléans, 8 déc. 1881, *D. P.*, 1884, 2, 43); il n'est pas nécessaire qu'elle soit signifiée au copartageant à l'égard duquel elle est formée (Req., 18 fév. 1862, *D. P.*, 1862, 1, 224); elle est donc tout autre chose qu'une saisie-arrêt.

L'initiative des créanciers peut se produire à un moment quelconque et jusqu'à l'achèvement du partage, exclusivement, plus exactement jusqu'à l'attribution des lots.

1182. Effets de l'opposition. — 1° Les créanciers opposants deviennent *parties nécessaires au partage*, aux opérations duquel ils se trouvent liés désormais; il appartient donc aux copartageants de les mettre en cause dès le début des opérations;

2° Si cette ligne de conduite n'est pas suivie par les cohé-

ritiers, s'ils ne font pas état de l'opposition par laquelle ils ont été touchés, les créanciers peuvent attaquer le partage au moyen de l'action *paulienne*, avec cette circonstance aggravante qu'ils n'ont pas à faire la preuve de la fraude, laquelle se trouve établie, objectivée, par des circonstances mêmes de la cause;

3° Si les créanciers sont effectivement liés au partage, ils peuvent en surveiller, en contrôler toutes les opérations successives, mais sans pouvoir prendre des initiatives injustifiables, comme celle de demander le partage en justice alors que tous les cohéritiers sont présents et capables (Req., 10 janv. 1887, *D. P.*, 1889, 1, 75). Sous le bénéfice de cette réserve, leur intervention ne connaît d'autres limites que celles qui sont marquées par leurs légitimes intérêts, et la jurisprudence va jusqu'à admettre que les parts des copartageants débiteurs sont rendues, par l'opposition, *indisponibles* entre leurs mains (Civ., 23 nov. 1897, *S.*, 1898, 1, 161, note Lyon-Caen; Req., 18 fév. 1901, *S.*, 1901, 1, 191, *D. P.*, 1901, 1, 166; Civ., 23 juin 1903, *D. P.*, 1903, 1, 454, *S.*, 1904, 1, 289, note Tissier); cette solution, qu'il est impossible d'étayer sur un texte et qui est contestée par de nombreux auteurs, procède de nécessités pratiques impérieuses : il ne servirait de rien d'autoriser les créanciers à intervenir au partage, si, d'autre part, leur débiteur pouvait se jouer d'eux en cédant ses droits héréditaires à un tiers sur le patrimoine duquel ils n'auraient aucune action. Cependant, il faut bien reconnaître que, lorsque le conflit s'élève entre les créanciers intervenants et un cessionnaire de bonne foi, il est dur de sacrifier ce dernier; aussi, les cours d'appel renoncent-elles alors à faire application de la règle de l'indisponibilité des parts héréditaires (Bordeaux, 4 déc. 1872, *D. P.*, 1873, 2, 107; Douai, 20 déc. 1890, *D. P.*, 1892, 2, 27).

§ IV. — *NATURE ET EFFETS DU PARTAGE*

1183. Division. — Le partage présente deux caractères essentiels :

1° Il est *déclaratif*;

2° Il est *égalitaire*.

N° 1

Caractère et effet déclaratifs du partage

(Art. 833; 2125, § 2)

1184. Bibliographie. — Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif. Livre du Centenaire du Code civil*, p. 443; thèses de doctorat : Gallet, Poitiers, 1903; Brault, Paris, 1905; M. Desserteaux, Dijon, 1908; Paillard, Paris, 1912; Quérel, Lyon, 1923; Jean Chevalier, 1932; Jean Vincent, *Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1932, p. 284.

1185. Plan. — 1° *Vues générales*;
2° *Conséquences* de l'effet déclaratif;
3° *Sphère d'application* du principe de l'effet déclaratif.

I

Vues générales

1186. Les deux conceptions contraires. — Dans notre *droit français*, le partage rentre dans la catégorie des actes *déclaratifs* — avec la transaction, la plupart des jugements, la reconnaissance d'enfant naturel, etc. Il ne déplace, il ne transfère rien; son rôle, d'ordre distributif, consiste à situer, à localiser les droits préexistants, à substituer des choses à des quotités, à des fractions, à des nombres. Une fois la répartition effectuée, les copartageants ne sont pas plus riches qu'avant, mais leurs droits se présentent sous une forme concrète et exclusive; ils se sont matérialisés dans des biens déterminés : *suum quique recipit*; chacun a reçu ce qui lui revenait; au lieu de dire « le quart de la succession m'appartient », chacun peut dire « cette maison est la mienne », ou « ces valeurs m'appartiennent ». Dès lors, et puisque le partage ne transfère rien, le copartageants ne sont pas les ayants cause les uns des autres; c'est du défunt, directement, qu'ils tiennent leurs droits; chacun d'eux est censé avoir eu la propriété *exclusive*, dès le jour de l'ouverture de la succession, donc *rétroactivement*, des biens mis dans son lot, et, en revanche, n'avoir jamais eu de droits sur les biens placés dans les lots de ses cohéritiers. Et c'est bien sous cet aspect que l'effet déclaratif du partage est présenté par l'article 883 aux termes duquel « *chaque cohéritier est censé avoir suc-*

cédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Ainsi, une fois le partage effectué, tout intermédiaire est supprimé entre le *de cujus* et ses héritiers dont il est l'auteur unique et direct, dont ils sont les ayants cause à titre universel : le partage *rétroagit*, dans ses effets, au jour du décès.

C'est une tout autre conception du partage qui régnait à *Rome* : cette opération était considérée comme *translative*, comme attributive de propriété; elle s'analysait en un *échange de parts indivises*; chacun des cohéritiers échangeait ses parts indivises contre celles de ses cohéritiers; si bien qu'en fin de compte, chacun d'eux se trouvait à la fois ayant cause du défunt, dans les limites de sa part héréditaire — la moitié, le tiers, le dixième — et, pour le surplus, l'ayant cause de chacun de ses cohéritiers : pour les biens mis dans son lot, sa vocation héréditaire se complétait par son titre de copartageant.

1187. Appréciation. — Des deux conceptions, la romaine et la française, quelle est la plus satisfaisante en législation? La française, sans aucun doute, dont la supériorité s'affirme, juridiquement et pratiquement.

1° *Juridiquement* : avec le système romain, chacun des héritiers se trouve avoir, pour les biens mis dans son lot, une série d'auteurs, et à des titres différents : d'une part, le défunt, jusqu'à concurrence de sa vocation héréditaire, d'autre part ses cohéritiers, pour le surplus. Ce résultat, admissible au point de vue logique et, pour ainsi dire, mathématique, ne peut être défendu en droit : le titre de l'héritier est un et non pas fragmentaire et divers;

2° *Pratiquement* : le système de l'effet translatif présente ce vice rédhibitoire de laisser subsister, une fois le partage effectué, les actes accomplis, pendant la période intérimaire, par chacun des cohéritiers : si l'un d'eux a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble successoral et si ledit immeuble est ensuite placé dans le lot d'un autre héritier, celui-ci devra subir l'hypothèque établie par son auteur : car c'est une règle juridique et équitable que l'ayant cause n'acquiert la chose que telle qu'elle se comportait dans le patrimoine de son auteur et avec les charges qui l'y grevaient; ainsi, la situation se trouve compromise par des actes que les cohéritiers ont cependant passés *individuellement*, pour leur propre compte, au cours d'une période de *tenure collective*. L'inconvénient était encore aggravé par le carac-

tère d'*indivisibilité* de l'hypothèque — et des servitudes : l'attributaire de l'immeuble grevé devait subir l'hypothèque ou la servitude pour le tout, intégralement. Sans doute, un *recours* lui appartenait contre ses cohéritiers, à raison du trouble ou de l'éviction qu'il subissait; mais l'efficacité de l'action exercée était problématique, et, de toute façon, elle constituait une complication bien indésirable.

Avec la conception française, ces dangers et ces complications sont évités : grâce à l'effet déclaratif du partage et puisque chacun succède directement au défunt pour les biens mis dans son lot, nul n'a à craindre la révélation de droits réels constitués par ses consorts; l'éponge est passée sur la période intercalaire qui s'est écoulée entre le jour du décès et celui du partage; et ainsi sont évitées les actions récursoires entre copartageants : le principe de l'effet déclaratif instaure un régime de *sécurité* et de *paix juridique*; de plus, en prévenant toute éviction, il assure l'*égalité* entre les copartageants.

Ceci dit, il faut reconnaître que l'effet déclaratif du partage n'est rendu nécessaire que par l'organisation défectueuse de notre régime de copropriété, qui est le régime romain de l'indivision, et qu'avec la copropriété sans indivision du droit germanique on peut, au contraire, s'en passer, puisque, sous ce dernier régime, les copropriétaires, considérés individuellement, n'ont pas de droit réel, mais un simple droit de créance, puisque c'est la collectivité qui est propriétaire; on n'a donc pas à craindre que des droits réels frappent les biens communs du chef d'un seul des communistes; aucune emprise de ce genre n'est à craindre et l'on peut, sans inconvénient, faire de chacun des attributaires l'ayant cause de la collectivité qui a procédé dans l'intervalle. C'est ainsi que le Code civil *allemand* a pu se passer de l'effet déclaratif du partage, rendu pratiquement nécessaire en France par l'enchevêtrement des droits des indivisaires, par l'incohérence de notre régime d'indivision, régime de propriété *collective* modelé sur la propriété *individuelle*.

1188. Origine historique. — Bien que la lumière ne soit pas faite entièrement sur ce point, il semble bien que l'introduction de l'effet déclaratif du partage s'explique précisément par le désir de mettre fin aux actions récursoires de copartageant à copartageant en faisant table rase des droits réels, notamment des hypothèques, constitués pendant la période de l'indivision : c'est dans le domaine du droit *civil* que la règle de l'effet déclaratif est apparue, pour être ensuite

utilisée au point de vue *fiscal*, en faisant échapper le partage — ou plutôt les actes équivalents à partage — à l'acquittement des droits dont sont frappés les actes translatifs.

1189. Nature juridique de l'effet déclaratif. — Bien qu'on en ait parfois douté, l'effet translatif du partage n'est qu'une *fiction légale*; c'est le point de vue auquel les rédacteurs du Code civil se sont placés en déclarant, dans l'article 883, que chaque cohéritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement aux objets mis dans son lot (V. QUÉREL, *Du caractère fictif de l'article 883*, thèse, Lyon, 1923; VIALLETON, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, dans l'*Annuario di Diritto comparato di Studi Legislativi*, t. XIII, pp. 310 et suiv.). Vainement a-t-on voulu sortir du domaine de la fiction en faisant appel au concept de la *condition* : chacun des copropriétaires serait propriétaire sous condition suspensive de tous les biens indivis, sous la condition qu'ils seront placés dans son lot; une fois réalisée, cette condition rétroagit selon le droit commun, ce qu'on exprime en disant que le partage a un effet déclaratif, c'est-à-dire rétroactif (*Sic.*, PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 2379). Cette interprétation, trop libre, doit être repoussée : la rétroactivité de la condition se justifie par la volonté présumée des parties; cette volonté ne se retrouve pas dans la dévolution héréditaire qui est l'œuvre de la loi. D'ailleurs, toute propriété suspensive a pour complément obligé, pour corollaire, une propriété sous condition résolutoire correspondante (*sup.*, t. I, n° 1814); et l'on n'arrive pas, dans le partage, à découvrir cette valeur complémentaire; en réalité, tous les cohéritiers seraient des propriétaires sous condition suspensive et rien d'autre, ce qui reviendrait à dire qu'il n'y a pas de propriété *actuelle* pendant la durée de l'indivision. (V. L. JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du Centenaire*, p. 372). Enfin, la rétroactivité de la condition est elle-même une fiction : on n'échappe donc à une fiction que pour retomber dans une autre, et par une fiction supplémentaire.

1190. Interprétation stricte. — Il faut donc reconnaître que l'effet déclaratif du partage a la valeur, la signification d'une *fiction originale*, indépendante de tout autre concept juridique. L'observation est importante, car elle conduit à adopter, en cette matière, le procédé d'interprétation restrictive, à comprimer dans des limites resserrées et en fonction du rôle que lui a dévolu le législateur, le concept

heureux, utile mais arbitraire, de l'effet déclaratif du partage.

II

Conséquences du caractère déclaratif du partage

1191. — 1° La conséquence essentielle du caractère déclaratif du partage est déjà connue; elle en constitue la raison d'être : le sort des droits nés, pendant la durée de l'indivision, du chef des cohéritiers, est subordonné à l'issue du partage; consolidés, si l'immeuble grevé est placé dans le lot du constituant, ils sont rétroactivement anéantis, comme étant émanés d'un *non dominus*, si le bien est attribué à tout autre cohéritier. La règle reçoit application pour tous les actes, y compris les *aliénations* (Req., 29 fév. 1904, *D. P.*, 1905, 1, 7), pour tous les droits réels : servitudes, usufruit, privilèges et hypothèques; et même pour le *bail* consenti pendant l'indivision par l'un des copropriétaires (Paris, 27 fév. 1929, *D. P.*, 1929, 2, 75).

Spécialement, si l'on suppose qu'un des cohéritiers a grevé d'une *hypothèque* la part indivise qui lui appartenait dans un immeuble successoral, deux éventualités sont à distinguer :

a) Si l'immeuble grevé est placé dans le lot d'un cohéritier autre que celui du chef de qui l'hypothèque était née, celle-ci disparaît rétroactivement, donc absolument, non seulement pour le droit de suite, mais aussi, sauf controverse et d'après la jurisprudence, pour le droit de *préférence* (Req., 16 avril 1888, *D. P.*, 1888, 1, 249; Civ. 12 janv. 1909, *S.*, 1909, 1, 361, note Wahl, *D. P.*, 1910, 1, 33, note De Loynes; Bordeaux, 25 nov. 1897, *D. P.*, 1898, 2, 377, note De Loynes; *Paris*, 11 mai 1911, *D. P.*, 1912, 2, 115). Il n'en va autrement que pour l'*hypothèque maritime*, qui, constituée pendant l'indivision par l'un des copropriétaires, survit au partage quel qu'en soit le résultat, et cela dans l'intérêt du crédit maritime (L. 10 juill. 1885, art. 17, § 3);

b) Si, au contraire, l'immeuble est attribué au cohéritier du chef de qui l'hypothèque était née, celle-ci se trouve consolidée, sauf à déterminer si elle porte sur sa quote-part seulement ou bien si elle s'étend à l'immeuble tout entier : il y a là une question de fait, d'interprétation de la volonté des parties.

On sait que la loi donne à ceux qui veulent acquérir des droits réels sur un immeuble indivis, un moyen d'obtenir

toute sécurité : ils traiteront avec tous les cohéritiers; aux termes de l'article 2125, modifié par une loi du 31 décembre 1910, l'hypothèque ainsi consentie par tous les copropriétaires conserve son effet, quels que soient ensuite les résultats du partage (*sup.*, t. II, n° 1689); bien que cette solution heurte le principe de l'effet déclaratif (*sup.*, *ibid.*), il n'existe aucune raison valable de la limiter aux hypothèques, mais il convient de l'étendre, par analogie, à tous les droits réels constitués collectivement au cours de la période d'indivision.

1192. — 2° Il résulte du caractère déclaratif du partage que cet acte échappe à la *lex commissoria* de l'article 1184 : encore que synallagmatique, il n'est point résoluble pour inexécution des obligations, c'est-à-dire, pratiquement, pour le défaut de paiement d'une soulte; de même, la *licitation* ne comporte par la *folle enchère*. C'est, qu'en effet, les copartageants, n'étant pas traités comme les ayants cause les uns des autres, ne peuvent être considérés comme ayant manqué à leurs engagements respectifs. L'idée est d'ailleurs bien superficielle et le caractère fictif de l'effet déclaratif apparaît ici avec un relief particulier. Du moins notre jurisprudence admet-elle l'efficacité d'une clause instituant expressément la résolution éventuelle du partage pour le cas où les soultes ne seraient pas payées (Req., 12 août 1896, *D. P.*, 1857, 1, 8), comme aussi la validité d'une clause de folle enchère dans la licitation (Req., 5 août 1902, *D. P.*, 1902, 1, 436, *S.*, 1903, 1, 21; Paris, 24 nov. 1925, *D. H.*, 1926, 153).

1193. — 3° Du moment que le partage ne déplace pas la propriété on en concluait, jusqu'à ces dernières années, qu'il n'était point sujet à *transcription*, mais qu'il produisait tous ses effets, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute publicité : solution logique autant que fâcheuse, dont les inconvénients étaient accrus par une autre dispense de transcription, celle dont bénéficiaient, dans le système de la loi du 23 mars 1855, les transmissions de propriété *mortis causa;* grâce à la conjugaison de ces deux immunités, l'une pour le partage, l'autre pour la dévolution successorale, la clandestinité était intégrale et les immeubles changeaient de mains sans que le public en fût effectivement averti.

On sait que cette situation a pris fin avec un décret-loi du 30 octobre 1935 qui, élargissant considérablement et utilement le domaine de la transcription, soumet à cette formalité, d'une part, la transmission « *par décès d'immeubles ou*

de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier » (art. 1er-6°, nouv. réd. de la loi du 23 mars 1855), d'autre part, et au cas de pluralité de successeurs *mortis causa*, le partage qui intervient entre eux pour mettre fin à l'indivision (art. 1er-5° de la même loi, nouv. réd. de 1935) ; dans ce nouveau système, les tiers seront mis au courant de la situation nouvelle, soit par la transcription d'une *attestation notariée* s'il n'y a qu'un successeur, soit, en cas de pluralité d'ayants cause, par celle du partage.

Pour plus d'explications sur la réforme de 1935 qui a fait reculer les limites de la transcription jusqu'aux transmissions *mortis causa* et jusqu'aux actes déclaratifs tels que le partage, nous renvoyons à l'étude de cette institution (*sup.* t. Ier, nos 1701 et suiv., notamment 1730 et 1731), en notant que le nouveau régime équivaut à un échec notable subi par le principe de l'effet déclaratif du partage, lequel est traité, avec raison, comme un acte *attributif* modificatif de la situation antérieure, plutôt que comme une simple opération de classement : la réalité l'emporte ici sur la fiction.

1194. — 4° Le partage, acte déclaratif, ne constitue jamais un *juste titre* en vue de l'usucapion; car le titre est *juste* lorsqu'il aurait transféré la propriété s'il fût émané du propriétaire, et il est évident que le partage ne répond pas à cette définition. Si donc on comprend dans les opérations un bien qui n'appartient pas au défunt, l'attributaire ne pourra pas se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans;

5° Par cela même que le cohéritier auquel un immeuble successoral n'est point attribué, est considéré comme n'en ayant jamais eu la propriété, on doit lui reconnaître la faculté de se réclamer de sa qualité de tiers vis-à-vis de certaines personnes, notamment, pour renouvellement d'un bail commercial (propriété commerciale) et pour faire échec à la demande de renouvellement émanant d'un ancien locataire (Req., 9 fév. 1932, *D. P.*, 1932, 1, 105, note Savatier).

1195. — 6° Au point de vue *fiscal*, l'effet déclaratif du partage n'a pas la même force ni la même étendue qu'en droit civil; tout en l'admettant en principe, la Régie et la jurisprudence en limitent l'application, dans un esprit de fiscalité.

a) Le partage *en nature* est protégé, même au point de vue fiscal, par l'article 883 : traditionnellement, et depuis une

époque antérieure à l'introduction du principe de l'effet déclaratif, il échappe aux droits de mutation, pour n'être passible que d'un droit assez modéré, jadis d'un droit *fixe* (L. 22 frim., an VII, art. 68, § 3-1°), actuellement d'un droit *proportionnel*, fixé à 0,85 % (*D.*, 20 mai 1938, *fixant les tarifs de divers droits proportionnels perçus par l'administration de l'enregistrement*, art. 1er) ;

b) Le partage avec *soulte* est considéré comme translatif au point de vue fiscal, dans la mesure où l'immeuble attribué à un héritier excède sa part héréditaire dans ledit immeuble; il donne donc ouverture au droit de mutation, fixé, pour les retours de partage de meubles, à 7,60 %, pour les retours de partage d'immeubles, à 14,60 (même texte). Toutefois, une exemption est prévue par le droit récent pour les *immeubles à usage d'exploitation agricole* : un article 440bis, ajouté au Code de l'enregistrement par l'article 2 du décret-loi du 17 juin 1938 modifiant divers articles du Code civil (*inf.*, nos 1075, 1177*ter*), et lui-même modifié par un décret-loi du 21 avril 1939, décide que, dans les partages de successions dévolues entre époux et en ligne directe descendante et comprenant des immeubles à usage d'exploitation agricole, d'une valeur totale ne dépassant pas 200.000 francs, la valeur des parts et portions de ces immeubles acquise par un copartageant est exonérée des droits de soulte et de retour à la condition : 1. que les immeubles constituant l'exploitation soient intégralement attribués à un seul copartageant; 2. que ce copartageant s'engage à assurer personnellement l'exploitation pendant cinq ans à compter du partage. Cette exemption, qui a pour objectif de conjurer la division de l'exploitation, d'en maintenir l'unité et de prévenir le déracinement de l'exploitation, a été aménagée, dans ses détails, par un décret du 17 septembre 1938.

c) Même solution pour la *cession de droits successifs* dont le caractère translatif, au point de vue fiscal, est hors de contestation (7,60 et 14,60 %) ;

d) Quant aux *licitations*, on distingue selon qu'elles sont *isolées* ou bien qu'elles *réalisent* le partage : dans le premier cas, la taxe est fixée, pour les licitations de *meubles* à 7,60 %; pour les licitations d'*immeubles*, à 14,60 %, *sur les parts acquises*, avec surtaxe — sauf pour les licitations de biens de mineurs, d'absents, d'interdits ou de biens compris dans une succession bénéficiaire ou vacante — de 1,35 % pour les adjudications dépassant 300.000 francs, de 2,70 %, pour celles qui excèdent 500.000 (C. enreg., art. 453, cbn., art. 9 d.-l.

2 mai 1938; — Ch. réunies, 6 nov. 1851, *D. P.*, 1851, 1, 314); encore faut-il ajouter, au cas de première mutation d'immeubles dépassant 5.000 francs, une taxe spéciale de 3,30 % (C. enreg., art. 741). Aux termes de l'article 395, § 2, du Code de l'enregistrement, la formalité de la transcription au bureau de la conservation des hypothèques ne donnera lieu à aucun droit proportionnel autre que la taxe prévue à l'article 766, soit à une taxe de 0,60 %, pour formalités hypothécaires. En résumé, l'opposition s'affirme donc nettement ici entre le droit civil qui voit dans la licitation un acte déclaratif (*inf.*, n° 1202) et le droit fiscal qui la traite ainsi qu'un acte translatif; toutefois, le contraste a été atténué par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a soumis cette opération à la formalité de la transcription (*sup.*, t. I^er^, n° 1730).

Si, au contraire, la licitation réalise le partage, si elle fait cesser l'indivision, c'est-à-dire, pratiquement, si le cohéritier adjudicataire présente à l'enregistrement, en même temps que le procès-verbal d'adjudication, l'acte de partage lui-même, alors l'opération, s'absorbant dans le partage général, bénéficie, même au point de vue fiscal, du caractère déclaratif, et n'est donc passible que du droit proportionnel de 0,85 %, décimes compris (Ch. réunies, arrêt précité).

1195*bis*. Clause d'attribution. — Seulement, cette combinaison ne peut aboutir que si l'intervalle qui sépare la licitation du partage définitif n'atteint pas trois mois, car c'est dans le délai de trois mois que la licitation doit être enregistrée. Aussi a-t-on parfois recours, pour éluder le paiement de droits élevés, au procédé de la *clause d'attribution* d'après laquelle le colicitant qui portera l'enchère la plus haute ne sera cependant pas considéré comme adjudicataire; il aura seulement assumé l'engagement d'accepter, dans le partage à venir, l'attribution de l'immeuble licité, pour la somme indiquée au procès-verbal de l'opération. De cette façon, la licitation, qui n'aboutit pas à une adjudication, n'opère pas de transmission de propriété; l'indivision subsiste après elle et prendra fin rétroactivement, en bloc, à raison du partage définitif dont les résultats sont reportés au jour de l'ouverture de la succession (V. Req., 15 juill. 1931, *D. P.*, 1931, 1, 161, note Savatier). Mais cette combinaison ingénieuse se heurte à des résistances, du moins sur le domaine du droit civil, et dans la jurisprudence même (Montpellier, 5 avril 1933, *D. P.*, 1934, 2, 80).

III

Sphère d'application du principe de l'effet déclaratif

1196. Directive. — La détermination du domaine d'application du principe de l'effet déclaratif est un problème d'ordre complexe et difficile, surtout à raison du laconisme de l'article 883 qui pose ce principe sans en réglementer l'aménagement.

Une directive paraît bien s'imposer : du moment que le caractère déclaratif a la valeur d'une fiction légale, il est logique d'en limiter autant que possible le rayonnement, en se souvenant de la raison d'ordre pratique qui l'a fait admettre, à savoir le désir d'éviter les recours entre copartageants en assurant à chacun d'eux la possession paisible des biens mis dans son lot, en lui conférant la sécurité juridique; du moment que cet objectif n'est plus en vue, on doit volontiers s'abstraire du caractère déclaratif, surtout lorsque les résultats auxquels il conduirait sont de nature à choquer l'équité.

1197. Plan. — On recherchera :
1° *A quels actes* est attaché le caractère déclaratif;
2° *Sur quels biens* se fait sentir l'action de l'effet déclaratif;
3° *A l'égard de quelles personnes* se produit cet effet.

1198. I. A quels actes est attaché l'effet déclaratif. — L'effet déclaratif est attaché au *partage*, au sens large du mot, réserve faite du partage *provisionnel* qui ne le comporte point (*inf.*, n° 1201).

1199. — A. Pour qu'il entre en jeu, force est donc de supposer *une convention à titre onéreux, intervenue entre tous les cohéritiers et uniquement entre eux, et faisant cesser l'indivision complètement et définitivement.*

1° On suppose que l'acte intervenu entre les cohéritiers a un caractère *conventionnel*; car le partage est incontestablement une convention; échappe donc à l'application de l'article 883 tout acte faisant cesser l'indivision en dehors d'un échange des consentements des intéressés, comme si l'un d'eux acquiert, par succession, la part de l'autre;

2° On suppose, de plus, que la convention tendant à mettre fin à l'indivision, est marquée au coin du *titre onéreux*, lequel est, traditionnellement, *de l'essence* du partage : que

l'un des cohéritiers cède gracieusement sa part aux autres, et il y aura donation, non partage; l'acte sera dépourvu de toute rétroactivité;

3° La convention doit intervenir entre *tous les cohéritiers*, d'une façon plus générale, entre tous les copropriétaires; la jurisprudence exige, en effet, le concours à l'acte de tous les intéressés; on ne concevrait pas qu'un acte, à tendance collective, pût être parfait sans le consentement de tous ceux qui participent à la situation collective que l'on veut faire cesser (Nancy, 7 juill. 1896, *D. P.*, 1897, 2, 283; note *Sirey*, 1901, 2, 249; et les observations de M. Pilon, *Rev. trim.*, 1903, p. 917);

4° A l'inverse, il faut que, seuls, les copropriétaires participent à la convention : l'acte intervenu entre les cohéritiers et un tiers n'est pas un partage, du moins vis-à-vis de ce tiers; comme il ressort clairement de l'article 883, c'est seulement dans la personne des cohéritiers que se produit l'effet déclaratif. En conséquence, si un immeuble héréditaire est *licité*, et si c'est un étranger, un tiers, qui reste adjudicataire, l'opération *vaut vente*; elle est translative de propriété pour l'adjudicataire qui est donc l'ayant cause des cohéritiers vendeurs (*inf.*, n° 1204).

1200. — 5° L'acte doit faire cesser l'indivision *complètement*. Nous entendons par là, non pas que l'acte doit mettre fin à l'indivision pour tous les biens héréditaires, mais qu'il doit la faire cesser à l'égard de tous les cohéritiers.

A vrai dire, la question est sujette à controverse et la jurisprudence se montre singulièrement empirique et flottante; de nombreuses décisions ont attaché l'effet déclaratif à des conventions qui ne faisaient cesser l'indivision que pour un ou quelques-uns des cohéritiers, qui la laissaient subsister pour les autres; primitivement, la Cour de cassation décidait que tout acte diminuant le nombre des indivisaires était régi par l'article 883; assez rapidement, elle évolua pour limiter l'effet déclaratif aux actes qui font cesser complètement l'indivision (Req., 27 mai 1835, *S.*, 1835, 1, 341); après quoi, vers la fin du siècle dernier, elle parut revenir à sa première opinion (Civ., 21 mai 1895, *D. P.*, 1896, 1, 9, note Planiol; 12 mars 1900, *S.*, 1900, 1, 369, note Wahl); mais, en fin de compte, et pour le moment du moins, elle se rallie assez nettement à la thèse qui exige la cessation totale de l'indivision (Req., 23 mars 1903, *S.*, 1905, 1, 129, note Wahl); notamment, elle refuse d'appliquer l'article 883 tant à la

cession de droits successifs consentie conjointement au profit de plusieurs héritiers, laquelle fait bien sortir le cédant de l'indivision mais y laisse les cessionnaires (23 avril 1918, *D. P.*, 1920, 1, 99, *S.*, 1922, 1, 10), qu'à la *licitation* intervenue conjointement au profit de plusieurs cohéritiers entre lesquels l'indivision persiste donc (Civ., 11 janv. 1909, *D. P.*, 1909, 1, 81, note PLANIOL, *S.*, 1912, 1, 49, note WAHL; 2 fév. 1915, *D. P.*, 1920, 1, 99; Riom, 29 déc. 1898, *S.*, 1902, 2, 169, note WAHL).

Si la jurisprudence est aussi changeante et incertaine, si elle tourne en quelque sorte en rond autour du problème, c'est que celui-ci est particulièrement embarrassant. D'une part, il est certain que nos anciens auteurs ne subordonnaient nullement l'effet déclaratif à la cessation complète de l'indivision, et il faut reconnaître que le but poursuivi, à savoir la sécurité des copartageants et la suppression des recours entre eux, ne laisse pas place à des distinctions; mais, en faveur de la thèse qui l'emporte actuellement en jurisprudence, on peut faire valoir que le partage est, par définition même, un acte qui substitue à une propriété commune une propriété unitaire, donc qui met fin à l'indivision; et aussi que l'article 883 suppose que les effets héréditaires ont été mis dans le *lot* de l'*un* des cohéritiers; or, aussi longtemps que l'indivision subsiste, il n'y a pas d'allotissement; et ces derniers arguments nous paraissent assez forts pour justifier la tendance de la dernière jurisprudence qui doit d'ailleurs être entendue libéralement et non dans une rigueur absolue : une *licitation* bénéficie de l'effet déclaratif, alors même qu'elle aurait laissé subsister l'indivision entre les adjudicataires conjoints *si la distribution du prix d'adjudication est intégrée dans le partage* : la Cour de cassation n'exige pas un synchronisme parfait dans les opérations qui réalisent le partage; du moment que la licitation fait corps avec lui, qu'elle constitue vraiment un anneau de la chaîne, elle devient un épisode du partage. Sous une autre forme, la jurisprudence estime que le prix d'adjudication, du moment qu'il figurera dans la masse à partager, est subrogé réellement à l'immeuble licité et que la totalité de la masse héréditaire a été partagée; l'indivision qui subsiste entre les coadjudicataires ne procède plus de la dévolution héréditaire, mais de la convention; la source en est intervertie; le partage *successoral* est complètement réalisé et l'effet déclaratif fonctionne donc sur toute la ligne (Civ., 12 mars 1900, *S.*, 1900,

1, 369, note WAHL, *D. P.*, 1901, 1, 521; 11 janv. 1909, précité; Req., 8 nov. 1910, *S.*, 1912, 1, 47).

Voyez sur la question qui vient d'être examinée l'article précité de M. WAHL, *Livre du Centenaire*, p. 443, et la note de M. PLANIOL, *D. P.*, 1909, 1, 81.

1201. — 6° L'acte doit faire cesser l'indivision *définitivement* : l'effet déclaratif est attaché au partage *définitif*, à l'exclusion du partage *provisionnel*. Il est évident que l'article 883 envisage la seule éventualité d'un partage définitif, portant sur les *effets* héréditaires eux-mêmes, non sur les fruits qu'ils produiront postérieurement au décès. Ces fruits sont d'ailleurs partagés automatiquement entre les cohéritiers, dans la mesure de leur part héréditaire; en ce qui les concerne, il n'y a pas, à vrai dire, indivision entre les cohéritiers dont chacun a droit à une quotité; la moitié, un tiers, un sixième; l'acte qui substitue à cette répartition légale une répartition conventionnelle, ne doit pas davantage rétroagir que celui qui modifie la division légale des créances héréditaires (*inf.*, n° 1212).

1202. — B. Lorsque les conditions ci-dessus énumérées sont réunies, l'acte est déclaratif en toute occurrence.

1° Peu importe qu'il fasse cesser l'indivision pour l'ensemble de l'hérédité ou seulement pour un bien déterminé; le partage n'a pas nécessairement un caractère d'universalité; il peut être cantonné étroitement;

2° On ne distingue pas d'après la catégorie à laquelle ressortit l'acte en question; l'effet déclaratif est produit par une série d'actes très différents :

a) Par le *partage en nature*, c'est-à-dire par celui qui porte uniquement sur des biens compris dans la succession: c'est là le partage par excellence; c'est donc là aussi le domaine d'élection de l'effet déclaratif;

b) Par le partage avec *soulte* : *en droit civil*, l'effet déclaratif de cette opération n'a jamais été contesté; il n'a jamais été question de distinguer entre les biens qu'un héritier tient de sa part héréditaire et ceux qu'il n'a acquis que moyennant un retour en argent; pour les uns comme pour les autres, il est réputé être l'ayant cause direct du défunt, car les uns comme les autres fasaient partie de l'hérédité et sont *compris dans son lot*, suivant les termes de l'article 883.

1203. — *c*) Quant aux biens *licités*, l'article 883 est formel; quoique la licitation ne soit pas un partage proprement

dit, puisque certains héritiers seront lotis avec des biens qui ne figuraient pas dans la succession, à savoir le prix d'adjudication, on considère que c'est là un incident, un épisode du partage qui doit donc bénéficier de l'effet déclaratif (Civ., 12 mars 1900, *S.*, 1900, 1, 369; *D. P.*, 1901, 1, 521; Civ., 21 juin 1904, *S.*, 1905, t. 273 note Wahl, *D. P.*, 1906, 1, 42; 11 janv. 1909, précité; Req., 8 nov. 1910, précité).

1204. — Toutefois, cette conclusion n'est exacte que si la licitation est dénouée au profit d'un héritier; si c'est un tiers qui se porte adjudicataire, la licitation ne vaut plus partage; elle *vaut vente*; l'article 883 ne lui est pas applicable; elle est *translative*, non déclarative : l'adjudicataire est un acheteur, non un copartageant. En conséquence :

1° Le titre de l'adjudicataire est sujet à *transcription*, en tant que réalisant une vente immobilière, et en vertu de l'article 1er-1° de la loi du 23 mars 1855;

2° Le paiement du prix est garanti par le *privilège du vendeur*, non par celui du copartageant;

3° L'adjudication peut être *résolue* pour défaut de paiement du prix, dans les termes de l'article 1654, alors qu'au contraire la licitation-partage échappe à cette cause de destruction;

4° Les cohéritiers, qui ont la position juridique de vendeurs, doivent la *garantie* à l'adjudicataire selon les règles de la vente (art. 1625 et suiv.), et non selon le statut du partage;

5° L'opération est *rescindable*, et seulement au profit des cohéritiers, pour cause de *lésion* de plus des sept douzièmes, et non point, comme dans la licitation-partage, pour cause de lésion de plus du quart subie par l'une quelconque des parties.

1205. — Seulement, cette assimilation de la licitation à une vente, lorsqu'elle intervient au profit d'un tiers, n'est pas vraie d'une vérité absolue : la portée en est limitée aux rapports de l'adjudicataire avec les cohéritiers; mais, dans les rapports des cohéritiers entre eux, on y voit un partage, ou du moins un épisode du partage, en sorte que la répartition du prix entre les ayants droit est dominée par le principe de l'effet déclaratif (*inf.*, nos 1215 et suiv.) : l'acte est donc complexe, à la fois vente ou partage, selon l'angle sous lequel on l'envisage, donc tantôt translatif et tantôt déclaratif, au

lieu que la licitation réalisée au profit d'un cohéritier présente, sous toutes ses faces, l'aspect d'un acte équivalent à partage (Ch. réun., 5 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 113, conclusions du P. G. Baudoin, note A. Colin; *S.*, 1908, 1, 5, note Lyon-Caen).

1206. — *d*) La *vente amiable* de parts indivises dans les biens héréditaires, est, elle aussi, un acte équipollent au partage, à supposer qu'elle intervienne entre les cohéritiers (Grenoble, 20 janv. 1893, *S.*, 1893, 2, 265, note Wahl, *D. P.*, 1893, 2, 127);

e) Il en va de même de la *cession de droits successifs* encore qu'elle ne soit pas prévue littéralement dans l'article 883; elle présente un caractère déclaratif à la double condition d'intervenir *à titre onéreux* (*sup.*, n° 1199), et de faire cesser l'indivision complètement, à l'égard de tous les héritiers (*sup.*, n° 1200). V. Civ., 10 nov. 1862 (*D. P.*, 1862, 1, 470); 17 nov. 1890 (*D. P.*, 1891, 1, 25).

1207. — 3° On ne distingue pas, pour l'application de l'article 883, selon la source ni l'étendue de l'indivision; l'effet déclaratif est attaché à tout partage, aussi bien à celui d'une société, qui n'avait pas la personnalité morale, d'une association non déclarée ou d'une communauté conjugale [1] que d'une hérédité; et à celui d'un bien isolé comme à celui d'une masse constituant une universalité juridique. L'article 883 est conçu, à cet égard, dans des termes trop étroits à raison de la méthode défectueuse suivie par les rédacteurs qui ont traité du partage à l'occasion des successions; mais aucun doute n'existe quant à l'ampleur à donner au principe de l'effet déclaratif qui est attaché à tout partage et à tous actes équipollents Civ., 17 fév. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 191; 8 fév. 1893, *D. P.*, 1893, 1, 588; Req., 23 mars 1903, *D. P.*, 1903, 1, 326).

1208. — 4° Enfin, l'acte ne saurait être destitué de son effet déclaratif par les *fausses qualifications* que lui auraient données les parties; en pareille matière, c'est la réalité seule qui importe; le nom est sans importance, ou, du moins, il appartient au tribunaux de le rectifier (Civ., 27 juin 1928, *D. H.*, 1928, 560).

[1] Cependant, voy. les réserves faites à ce sujet, *sup.* n^{os} 346 et 347.

1209. II. Sur quels biens se fait sentir l'action de l'effet déclaratif. — Principe. — En principe, l'effet déclaratif se fait naturellement sentir sur tous les biens compris dans le partage dont il constitue l'un des attributs caractéristiques, l'une des manières d'être; aussi l'article 883 en affirme-t-il l'efficience pour tous les *effets* compris dans les lots de chacun des cohéritiers ou à lui échus sur licitation.

1210. Difficultés. — Cependant, de graves difficultés ont surgi, d'abord pour les *créances héréditaires* et à raison même de la division légale dont elles sont l'objet au jour du décès, puis pour le *prix d'adjudication* d'un immeuble successoral qui a fait l'objet d'une licitation, et cela parce que ce prix a une provenance externe, parce qu'il ne faisait pas partie intégrante de la masse à partager.

1211. A. Les créances héréditaires. — Leur situation se trouve régie par deux dispositions dont la conciliation paraît singulièrement difficile : d'une part, l'article 1220, d'après lequel la division a lieu *de plano* entre les héritiers, dans la mesure de leurs parts héréditaires, et à l'instant même du décès; d'autre part, l'article 883 qui attribue au partage un effet déclaratif, donc rétroactif, pour tous les effets sujets à allotissement. Certainement, la division légale est susceptible d'être modifiée par la convention des cohéritiers qui peuvent, par exemple, décider que toutes les créances héréditaires seront attribuées à l'un d'eux (art. 832 *in fine*) ; mais, si l'on applique à cette opération la règle de l'article 883, c'est-à-dire si on la fait rétroagir, il en résultera que l'attributaire sera censé tenir directement du défunt l'intégralité des créances en question, ce qui implique l'abolition, même dans le passé, de la division légale de l'article 1220 dont la disposition devient alors lettre morte.

1° Il est des auteurs qui avaient proposé de résoudre la difficulté en écartant purement et simplement l'article 883 : les opérations de répartition des créances auraient constitué, à leur avis, de simples arrangements d'ordre intérieur, entre héritiers; elles resteraient extérieures au partage; elles auraient un caractère, non pas déclaratif, mais translatif; elles seraient des transports-cessions sujets à l'application de l'article 1690 et qui ne deviendraient donc opposables aux tiers — y compris les débiteurs — que par la signification ou l'acceptation prévues dans cette disposition.

Cette opinion, qui sacrifiait complètement l'article 883 à

l'article 1220, doit être considérée comme condamnée : elle a contre elle le texte de l'article 832 comme celui de l'article 883; l'acte répartitif des créances est bien une opération du partage et non pas une cession ordinaire; il est arbitraire de prétendre l'isoler d'un règlement global dont elle représente l'un des facteurs; les formalités de l'article 1690 sont inutilisables; il n'est pas possible de faire abstraction du cadre dans lequel vient se placer l'acte répartitif des créances qui intervient à fin de partage et qui s'intègre dans l'opération collective.

1212. — 2° La jurisprudence l'a bien compris qui s'est efforcée de faire leur part aux deux dispositions, en apparence contradictoires, et qu'elle a voulu concilier. A son avis, leur application doit être *successive* : l'article 1220 régit la période d'indivision tout entière; l'article 883 s'applique aussitôt le partage effectué, mais *sans effet rétroactif*, ou, du moins, avec un effet rétroactif limité.

a) **D'une part**, l'article 1220 est applicable jusqu'au partage; en conséquence, le débiteur peut se libérer valablement entre les mains de chacun des cohéritiers, jusqu'à concurrence de leurs parts héréditaires, de même que chacun de ces héritiers est fondé à lui demander, dans la même mesure, le paiement de la dette (Req., 23 fév. 1864, *D. P.*, 1864, 1, 477; Paris, 20 mai 1892, *D. P.*, 1892, 357); de même, le débiteur peut opposer la *compensation* à l'héritier qui le poursuit, toujours dans les mêmes limites, fixées par la vocation héréditaire (Civ., 4 déc. 1866, *D. P.*, 1866, 1, 470). Ces résultats sont acquis définitivement, et quoi qu'il advienne par la suite, alors même que toutes les créances seraient attribuées à l'un des cohéritiers; s'il en était autrement, il ne resterait plus rien de l'article 1220; il ne faut pas que des actes, valablement intervenus suivant cette disposition, soient ensuite invalidés en vertu de l'article 883.

b) Mais, d'autre part, à compter du partage, l'article 883 fait sentir son action : la répartition des créances est traitée comme un épisode du partage, en sorte que les formalités de l'article 1690 sont sans emploi (Civ., 30 mai 1877, *D. P.*, 1878, 1, 109). Seulement, et comme nous l'avons noté, le partage, en tant qu'il porte sur les créances, n'est pas déclaratif, mais simplement *attributif* : solution qui a ce double avantage de maintenir, comme on l'a vu, les paiements ou la compensation intervenus pendant la période d'indivision, et aussi d'être juridique, car il faut bien observer que les créances héréditaires n'étaient point indivises entre les

cohéritiers; en ce qui les concerne, l'acte répartitif ne substitue pas une tenure unitaire à une tenure collective, mais il modifie seulement la tenure unitaire, précédemment établie par la loi elle-même : l'effet déclaratif ne se justifierait donc pas; il ne donnerait aucune prise.

1213. — 3° Plus récemment, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser les positions par elle prises dans ce débat, et elle l'a fait dans un sens favorable à l'article 883 qui fait décidément reculer devant lui l'article 1220; elle a observé que, s'il est désirable de maintenir, en toute éventualité, les actes normaux, les actes *nécessaires*, afférents aux créances héréditaires et intervenus pendant la période d'indivision, il en allait autrement des actes *volontaires*, des actes de *disposition*, accomplis au cours de la même période.

Ainsi, tandis que les *paiements* effectués et la *compensation* réalisée antérieurement au partage, conservent toute leur efficacité et quoi qu'il advienne par la suite, les *cessions* consenties isolément par les cohéritiers sont tributaires de l'effet déclaratif; elles tomberont si les créances qui en ont fait l'objet ne sont pas attribuées au cédant (*Sic*, Req. 15 mars 1909, *D. P.*, 1911, 1, 435, *S.*, 1911, 1, 441, note Naquet).

Pour les *saisies-arrêts* qui auraient été pratiquées dans l'intervalle par les créanciers personnels des héritiers, la question est plus délicate; cependant, la Cour de cassation, leur appliquant le même traitement qu'aux cessions, les assujettit à l'effet déclaratif (Req., 2 juin 1908, *S.*, 1909, 1, 196, *D. P.*, 1909, 1, 14).

1214. — On voit donc que, dans l'état actuel de la jurisprudence :

1° L'acte répartitif des créances est, à tous égard, un élément du partage dont il fait partie intégrante : de là l'inapplicabilité de l'article 1690;

2° Cet acte n'est soumis que partiellement au principe de l'effet déclaratif, puisqu'il laisse subsister les effets produits par les *paiements* ou par la *compensation*, sur les bases de la répartition légale de l'article 1220 qui conserve ainsi une signification pratique encore importante; c'est seulement pour les actes de disposition volontaire (cessions, saisies-arrêts) que l'effet déclaratif fait sentir son action en les destituant de leur validité et de leurs conséquences; et c'est là une nouvelle victoire de l'article 883 sur l'article 1220 qui, après avoir pu prétendre à une sorte d'hégémonie, se voit

réduit à un rôle assez effacé (V. J.-F. Giraud, *Du partage des créances*, *Rev. crit.*, 1928).

1215. B. **Le prix d'adjudication de l'immeuble licité.** — Un immeuble indivis est licité et c'est un tiers, un non-héritier qui se porte adjudicataire; puis, la créance du prix d'adjudication, au lieu d'être répartie également entre les cohéritiers, est attribuée inégalement, par exemple à l'un d'eux, exclusivement. Comment apprécier cette attribution? Quelles en seront les conséquences juridiques? Sans doute, l'adjudicataire est un acheteur, non un copartageant; il acquiert donc l'immeuble sans rétroactivité, et nous avons déterminé les conséquences de ce point de vue (*sup.*, n° 1204). Mais qui est vendeur? Qui doit être considéré comme ayant eu la propriété de l'immeuble licité, pendant la période d'indivision et jusqu'à la licitation?

La question est importante autant que délicate : si l'on décide que, seul, l'attributaire du prix d'adjudication, doit être considéré comme vendeur, donc comme ayant été propriétaire de l'immeuble indivis, il en résulte que, l'effet déclaratif intervenant, les droits réels établis dans l'intervalle du chef des autres héritiers, et par exemple les hypothèques, tomberont, par application de l'article 883; si, au contraire, ce sont tous les cohéritiers qui sont considérés comme les auteurs de l'adjudicataire, donc comme ayant eu la copropriété jusqu'à la licitation, alors tous les droits réels nés de leur chef seront maintenus.

Dans ce dernier sens, on fait valoir que la créance du prix d'adjudication est tout autre chose que les créances héréditaires : à leur différence, elle n'est pas une valeur héréditaire, mais elle a une provenance externe; elle échappe donc à l'effet déclaratif du partage, lequel n'est valable que pour les biens héréditaires. D'ailleurs, comment comprendre que le sort des droits réels constitués par les cohéritiers dépende de la personnalité de l'attributaire de la créance du prix d'adjudication? Il faut que l'adjudicataire sache à quoi s'en tenir, toute de suite, qu'il sache de qui il est l'ayant cause, sans quoi il devrait surseoir à la purge, dans l'ignorance où il se trouverait de la situation hypothécaire de l'immeuble.

1216. — Malgré la force de ces considérations, c'est cependant l'opinion opposée, celle qui applique l'effet déclaratif du partage à la créance du prix d'adjudication, qui l'emporte décidément. Sans doute, cette créance a une pro-

venance externe; mais elle est à considérer comme *subrogée* à l'immeuble licité dont elle est la représentation exacte, dont elle vient occuper la place dans la masse héréditaire; la *subrogation réelle* fait ici son œuvre, comme en matière de séparation des patrimoines (*sup.*, n° 992). Il ne faut pas s'étonner si les résultats de la licitation varient d'après l'attribution de la créance d'adjudication; car ils varient aussi, on le sait, et plus gravement, suivant la personnalité de l'adjudicataire, selon que celui-ci est un héritier ou bien un tiers (*sup.*, n^{os} 1203 et 1204); c'est d'ailleurs une banalité que de constater que l'effet déclaratif du partage retentit sur les tiers; en dehors de là, cet effet perdrait sa raison d'être; il ne faut donc pas s'étonner s'il s'acquitte de sa mission; comme à l'ordinaire, il s'attaque aux droits réels constitués pendant l'indivision, en vue d'éviter les recours de cohéritier à cohéritier. Il faut donc considérer que la créance du prix d'adjudication devient, par subrogation, une valeur héréditaire; que l'attributaire de ladite créance est l'unique vendeur, donc le propriétaire exclusif de l'immeuble pendant la durée de l'indivision; seuls subsistent les droits réels nés de son chef; ceux qui avaient été constitués par les autres héritiers seront anéantis, par l'application de l'article 883.

1217. Jurisprudence. — La Cour de cassation a évolué à deux reprises sur ce problème; après s'être déjugée, elle en est revenue à sa première jurisprudence. Elle avait d'abord admis, en effet, que le caractère déclaratif était attaché à l'attribution de la créance du prix d'adjudication (Req., 22 fév. 1881, *D. P.*, 1881, 1, 409); puis, elle avait écarté l'article 883, en alléguant que cette créance ne faisait pas partie intégrante de la masse successorale (Civ., 14 déc. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 385, *S.*, 1889, 1, 193, note Labbé; 17 fév. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 191, *S.*, 1894, 1, 417, note Wahl; 21 juin 1904, *S.*, 1905, 1, 273, note Wahl, *D. P.*, 1906, 1, 42); enfin, grâce sans doute à la résistance opposée à cette nouvelle orientation par les cours d'appel et par la doctrine (note de Loynes, *D. P.*, 1900, 2, 49), elle s'est prononcée, et définitivement cette fois, pour l'intervention de l'effet déclaratif : l'adjudicataire n'a pas d'autre auteur que l'attributaire de la créance et les droits réels nés du chef de ses cohéritiers sont donc anéantis (Ch. réun., 5 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 113, note A. Colin, *S.*, 1908, 1, 5, note Lyon-Caen; Civ., 23 juill. 1912, *D. P.*, 1914, 1, 30; Req., 2 fév. 1925, *D. P.*, 1926, 1, 57, note Savatier).

1218. III. **A l'égard de quelles personnes se produit l'effet déclaratif.** — Lorsqu'il s'agit de déterminer le cercle d'intérêts à l'intérieur duquel opère l'effet déclaratif du partage, notre jurisprudence, abandonnant toute interprétation restrictive, se montre aussi favorable que possible à l'application élargie de l'article 883.

1° Certainement, l'effet déclaratif fait sentir son action dans les rapports des *cohéritiers entre eux* et dans ceux de chaque *cohéritier avec les ayants cause des autres* : c'est là son domaine historique et pratique : les hypothèques constituées par les cohéritiers non attributaires de l'immeuble hypothéqué sont rétroactivement anéanties (*sup.*, n° 1191).

1219. — 2° Mais faut-il faire état de l'effet déclaratif dans les rapports d'un *cohéritier avec son propre ayant cause*? La question se pose pratiquement sous le régime de communauté légale et sous le régime dotal.

a) Communauté légale. Une succession échoit à un époux commun en biens, qui est pour moitié mobilière, pour moitié immobilière; comme l'époux a des cohéritiers, un partage est effectué à la suite duquel tous les immeubles sont mis dans son lot qui est exclusivement mobilier. Quels seront les droits de la communauté sur l'émolument recueilli dans ces conditions? Tout dépend de savoir si l'on applique l'article 883 dans les rapports de l'héritier et de la communauté : au cas d'affirmative, on considèrera que l'époux n'a recueilli que des immeubles; la communauté sera donc complètement exclue; tandis que, si l'on écarte l'effet déclaratif du partage, on est amené à prendre en considération la composition, non plus du lot de l'époux, mais de la succession, dans son ensemble, et les biens attribués à l'époux seront donc communs pour moitié, puisque la succession, on l'a supposé, était pour moitié mobilière. La jurisprudence, malgré quelques hésitations, fait intervenir l'article 883 et s'en tient donc aux résultats du partage (Req., 11 avril 1902, *D. P.*, 1903, 1, 465, note Guénée; 23 mars 1903, *D. P.*, 1903, 1, 326). La solution n'est pas sans danger : il dépendra de l'époux héritier, en se faisant constituer un lot purement immobilier, d'écarter la communauté et de garder pour lui seul son émolument successoral. Sans doute, le mari peut intervenir au partage, en tant que chef de la communauté, et veiller à ce qu'aucune fraude ne soit commise (art. 882); mais, si c'est lui qui est héritier, ce correctif est inexistant. Il est vrai que, si la fraude est prouvée, le tribunal pourra

rétablir la communauté dans ses droits; *fraus omnia corrumpit* (Civ., 12 janv. 1909, *S.*, 1909, 1, 361, note WAHL, *D. P.*, 1910, 1, 33, note DE LOYNES) ; mais il serait plus simple et plus sûr d'écarter l'article 883 et de s'en tenir à la composition intrinsèque de la succession elle-même pour déterminer le sort des biens échus à l'époux héritier;

b) *Régime dotal.* Une femme dotale se constitue en dot tous ses biens présents, dont une part indivise dans un immeuble; au cours du mariage, et par suite d'un partage, elle acquiert l'immeuble tout entier : quel est alors l'objet de la constitution de dot? Est-ce seulement la part indivise qui appartenait à la femme lors du mariage? Est-ce l'immeuble tout entier? Cette dernière solution n'est possible qu'à la condition de faire intervenir le principe de l'effet déclaratif, et c'est ce que fait la Cour de cassation (*sup.*, n° 556) ; mais c'est en faisant échec à la règle d'après laquelle la dot ne saurait être augmentée au cours du mariage (art. 1543; *sup.*, n° 555).

1220. — 3° Enfin, la jurisprudence évoque encore l'effet déclaratif dans les rapports entre *ayants cause d'un même cohéritier*, à savoir entre créanciers, les uns hypothécaires, les autres chirographaires : comme on l'a vu, les hypothèques constituées, pendant l'indivision, par un non-attributaire de l'immeuble grevé, disparaissent absolument, *même quant au droit de préférence* (*sup.*, n° 1191) ; le créancier hypothécaire ne peut même plus faire valoir son droit de préférence sur le prix dû au constituant par l'attributaire de l'immeuble.

1221. Conclusion. — En définitive, notre jurisprudence donne au principe de l'effet déclaratif un très vaste domaine, soit quant aux *actes* auxquels il est attaché (partage et actes assimilés), soit quant aux *biens* sur lesquels il fait sentir son action (créances héréditaires, créance du prix d'adjudication), soit quant aux *personnes* sur lesquelles il retentit (rapports entre cohéritiers, entre un cohéritier et les ayants cause des autres, un héritier et son propre ayant cause, ou entre ayants cause du même héritier) : imaginé pour couper court aux actions récursoires, ce principe arbitraire est utilisé de nos jours à des fins très différentes, alors qu'il institue cependant une fiction, et une fiction légale, qu'il conviendrait donc de cantonner rigoureusement dans le domaine limité que lui assignent et sa tradition et sa raison d'être. (V. dans ce sens, les ouvrages ou études précités : QUÉREL; Jean CHE-

VALLIER; VIALLETON; *Adde*, BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1930.

N° 2

Caractère égalitaire du partage

LA GARANTIE

(Art. 884 à 886)

1222. Principe. — Le partage, acte déclaratif par la volonté du législateur, est un acte *égalitaire* par la nature même des choses; nos anciens auteurs disaient que *l'égalité est l'âme du partage*; elle en représente le but, la raison d'être, l'esprit même. Bien que conçu sur le type onéreux, cette opération n'a rien de spéculatif; elle tend à attribuer à chacune des parties ce à quoi elle peut prétendre, exactement; à remplir, avec les biens successoraux, les cadres fournis par la loi elle-même; elle est un acte de justice, d'équilibre, d'égalité.

1223. Conséquences. — Nombreuses sont les conséquences qui se rattachent à cette donnée fondamentale : la composition identique des lots (art. 832); leur tirage au sort, dans le partage judiciaire; l'effet déclaratif lui-même qui, en prévenant l'éviction, prévient du même coup les recours entre cohéritiers; l'obligation de garantie à laquelle sont tenus les copartageants; la prise en considération de la *lésion* qui est susceptible d'entraîner la rescision du partage.

Ce sont ces deux dernières affirmations du caractère égalitaire du partage — *garantie* et *rescision pour cause de lésion* — qui doivent maintenant retenir notre attention.

LA GARANTIE DANS LE PARTAGE

1224. Principe. — Les cohéritiers sont constitués réciproquement *garants* les uns envers les autres de l'éviction ou du trouble de droit éprouvés par l'un d'eux : ils sont *mutuellement* tenus d'une obligation de *garantie*.

Ainsi le décide l'article 884 qui est, par rapport au texte instituant l'effet déclaratif du partage, dans un voisinage assez fâcheux; car, s'il est un principe qui eût dû logiquement exclure la garantie du partage, c'est bien celui qui est posé dans l'article 883 : grâce à l'effet déclaratif, chaque

cohéritier est censé tenir directement du défunt les objets placés dans son lot; il n'est pas l'ayant cause à titre onéreux de ses cohéritiers, mais bien l'ayant cause à titre gratuit du *de cujus*; et dès lors on ne voit pas qu'il puisse être question de garantie, laquelle n'est évidemment due que pour l'auteur à son ayant cause. Mais le législateur a fait violence à la logique, afin d'assurer l'égalité entre les cohéritiers : l'équilibre, rompu par l'éviction, est rétabli grâce à l'obligation réciproque de garantie qui incombe aux copartageants.

1225. Affinités entre la garantie dans le partage et la garantie dans la vente. — Les deux théories sont voisines; elles procèdent, dans les grandes lignes du moins, de la même préoccupation et elles poursuivent les mêmes fins.

1° Ce sont les mêmes éventualités qui mettent en jeu les deux garanties : soit l'*éviction consommée*, lorsque la propriété d'un bien attribué à un copartageant a été judiciairement reconnue au profit d'un tiers, soit le *trouble de droit*, se manifestant le plus souvent par l'exercice, contre le copartageant, d'une action en revendication (art. 884, § 1).

2° De plus, l'obligation de garantie disparaît : *a*) si l'éviction est imputable à celui qui la subit, et elle le sera, sinon toujours, du moins, le plus souvent, si elle a une cause postérieure au partage (art. 884, § 1); *b*) si la garantie est exclue par une clause particulière et expresse de l'acte de partage (art. 884, § 2).

1226. Les différences. — Bien que ressortissant à la même famille, les deux ordres de garantie obéissent à des statuts sur certains points dissemblables, les différences qui les séparent sont, les unes en faveur du partage, les autres en faveur de la vente.

A. **Différences en faveur du partage.** — 1° En matière de vente, la garantie peut être exclue par une formule *générale*, efficace dans une large mesure (*sup.*, t. II, n° 1117); en ce qui concerne le partage, la loi est plus exigeante : il y faut une clause *particulière*, donc visant une éventualité déterminée, et *expresse* (art. 884, § 2) : en conséquence, la seule connaissance que le copartageant évincé avait, lors du partage, du danger d'éviction, ne suffirait pas à exclure la garantie, ni même à l'atténuer; on sait qu'au contraire, l'acheteur qui connaissait la cause de l'éviction actuellement réalisée, n'a pas droit à des dommages-intérêts mais doit se contenter de la restitution du prix; et même, si l'éviction se manifeste

sous l'aspect de certaines charges dont l'immeuble acheté était grevé, c'est le principe même de la garantie qui disparaît (*sup.*, t. II, n^os^ 1108 et 1112);

2° En ce qui concerne les *créances*, le *cédant* garantit uniquement leur existence au jour de la cession à titre onéreux; il ne répond pas, sauf clause contraire, de la solvabilité du débiteur (art. 1694; *sup.*, t. II, n° 811); mais, en matière de *partage*, acte égalitaire, la garantie s'étend à la solvabilité *présente* des débiteurs : si une créance, mise dans le lot de l'un des copartageants, était irrecouvrable au jour du partage, (c'est, en effet, ce jour qui est à prendre en considération et non celui de l'échéance : Paris, 29 juin 1938, *D. H.*, 1938, 457), l'attributaire peut en demander raison à ses cohéritiers. L'article 886 ne pose ce principe que pour les rentes, mais nul ne doute qu'il ne doive être étendu à toutes les créances (*Sic*, Paris, même arrêt). Si le législateur a visé spécialement les rentes, c'est afin de spécifier qu'en ce qui les concerne, l'obligation de garantie se prescrit par *cinq années* à compter du partage, et cela parce que les arrérages d'une rente se prescrivent eux-mêmes par ce laps de temps (art. 2277); on considère que le copartageant est en faute s'il laisse s'accumuler les arrérages, sans exiger le paiement, pendant cinq années, contrairement à la disposition d'ordre public de l'article 2277. A ce point de vue, mais à ce point de vue seulement, les rentes sont traitées autrement que les créances ordinaires; en ce qui concerne ces dernières, l'obligation de garantie n'est prescrite que par *trente années*, conformément au droit commun de l'article 2262;

3° Le recours du copartageant évincé est garanti par le *privilège* de l'article 2103-2° (*sup.*, t. II, n° 1758), tandis que le recours de l'acheteur ne comporte aucune garantie.

1227. B. **Différences en faveur de la vente.** — Elles se rattachent à cette idée que les copartageants ont des situations égales, qu'ils jouent des rôles identiques et que l'obligation de garantie a donc, dans le partage, un caractère de *réciprocité* qui lui fait défaut dans la vente.

1° Pour la *vente*, l'indemnité d'éviction est égale à la valeur de la chose lors de l'éviction, mais avec un minimum qui est représenté par le prix de vente (art. 1631) : on tient bien compte des plus-values enregistrées par la suite, mais non des moins-values. Cette disposition exceptionnelle et injustifiable ne saurait être transportée en matière de partage : l'indemnité y est invariablement égale au montant de la perte causée par l'éviction (art. 885, § 1); les moins-values postérieures

au partage entrent donc en ligne de compte aussi bien que les plus-values; on rétablit la victime de l'éviction dans la situation où elle serait si cette éviction ne s'était pas produite;

2° D'autre part, il faut comprendre que, dans le partage, la perte provenant de l'éviction est supportée par l'héritier évincé aussi bien que par ses cohéritiers, par le garanti comme par les garants. En effet, l'éviction prouve que la chose sur laquelle elle porte n'appartenait pas au défunt et que c'est à tort qu'elle avait été comprise dans la masse partageable; celle-ci doit être ramenée à ses justes limites; chacun doit contribuer à la perte « *en proportion de sa part héréditaire* » (art. 885, § 1); par exemple, au lieu de 300.000 francs, il n'y avait en réalité dans la succession — comme le prouve l'éviction portant sur un bien qui vaut 90.000 francs — que 210.000; dès lors, chacun des trois enfants du défunt ne doit toucher que 70.000 au lieu de 100.000; et si l'un d'eux est *insolvable*, cette nouvelle perte sera répartie entre tous les cohéritiers solvables, y compris le garanti qui réclamera donc, dans l'espèce sur laquelle nous raisonnons, 45.000 francs à celui de ses frères qui est solvable et qui fera, pour le surplus, confusion de son recours sur lui-même (art. 885, § 2).

1228. — 3° Une autre différence est généralement admise entre la garantie dans la vente et la garantie dans le partage : tandis que la première est à trois branches, tandis qu'elle a trait à l'*éviction*, aux *vices cachés* et à la *contenance*, la deuxième serait strictement limité au premier chef : les copartageants ne répondraient pas, dans leurs rapports réciproques, des différences de contenance ni des vices que présentent les choses mises dans leurs lots (*Sic*, Maury et Vialleton, n° 678). Cette opinion nous paraît sujette à critique : sans doute, aucun texte n'institue, en matière de partage, la garantie pour défaut de contenance ou à raison des vices cachés; mais le caractère essentiellement égalitaire du partage doit conduire à admettre son existence, fondée sur un argument d'analogie qui est en réalité un argument *a fortiori* : l'équilibre entre les cohéritiers serait rompu injustement si le défaut de contenance ou les vices cachés de la chose ne motivaient pas l'exercice d'un recours en garantie. Au reste, Pothier déclarait qu'il y avait lieu à la garantie du partage « toutes les fois que les choses échues en mon lot ne sont pas telles qu'elles ont été déclarées être par le partage et que j'ai intérêt qu'elles soient... » (Pothier, *Traité des suc-*

cessions, chap. IV, art. 5, § 3; *sic*, DEMOLOMBE, t. XVII, nos 342 et 343).

1229. Lésion. — Le caractère égalitaire du partage comporte un autre corollaire : cette opération est sensible à la *lésion*, qui est susceptible d'en déterminer la *rescision*.

Nous abordons ainsi l'étude des moyens par lesquels un partage peut être attaqué.

§ V. — *DES MOYENS PAR LESQUELS UN PARTAGE PEUT ÊTRE ATTAQUÉ*

1230. Enumération. — Le partage peut être *annulé*, *rescindé* ou *révoqué*.

1231. I. Nullité du partage. — L'article 887 indique, comme causes de nullité, la *violence* et le *dol*; mais il y a lieu d'ajouter l'*incapacité* de l'une des parties (*sup.*, n° 1073), et aussi le *défaut de formes*, sous le bénéfice de cette particularité que le partage annulé, en tant que définitif, peut valoir en tant que *provisionnel* (*sup.*, n° 1164).

1232. L'erreur. — Ne convient-il pas d'ajouter à cette liste l'*erreur*? Non, car il n'y a pas place, en réalité, pour une nullité formulée de ce chef; pour s'en convaincre, il suffit d'envisager les différentes erreurs susceptibles de se produire à l'occasion du partage :

1° Erreur sur la *consistance de la masse à partager*. *a*) Si l'on a omis de comprendre dans le partage des biens qui auraient dû y figurer, on procèdera à un *supplément de partage* (art. 887, § 2); *b*) si, à l'inverse, on a compris dans l'opération des biens qui ne faisaient pas partie de l'hérédité, la sanction consiste dans le recours en garantie de la part du copartageant évincé; dans le deuxième cas comme dans le premier, le partage n'est pas annulé, mais seulement *retouché*; on procède à un *rajustement*;

2° Erreur sur *le nombre et l'identité des parties*. Si l'on a traité à tort comme copartageant une personne qui, en réalité, n'était pas héritière, l'opération est inopérante dans la mesure où elle s'est étendue à l'intrus; les biens mis dans son lot sont demeurés indivis entre les ayants droit qui les partageront entre eux, après les avoir récupérés, s'il y a lieu, au moyen de la pétition d'hérédité;

3° Quant à l'erreur sur la *valeur* des biens, elle n'est dirimante que dans la mesure où elle a déterminé une lésion

suffisamment importante pour que le partage soit rescindable; mais on sort alors de la théorie de la nullité pour retomber dans celle de la rescision pour cause de lésion.

1233. Caractère de la nullité. — La nullité du partage, pour les causes qui ont été énumérées, est une nullité *relative*. Il s'ensuit :

1° Que l'acte reste debout aussi longtemps que l'annulation n'en a pas été prononcée par le tribunal;

2° Que l'annulation ne peut être demandée que par les personnes dans l'intérêt desquelles la nullité est édictée, par exemple, au cas de dol ou de violence, la victime;

3° Que la nullité est susceptible de se couvrir par la confirmation, *expresse*, *tacite*, ou *présumée* (prescription *décennale* de l'article 1304).

A cet égard, il faut noter la disposition exceptionnelle de l'article 892 : la loi considère qu'en cas de *dol* ou de *violence*, le titulaire de l'action en nullité y renonce et qu'il confirme donc le partage du moment qu'il aliène tout ou partie des biens mis dans son lot, à supposer du moins que l'aliénation soit postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence. C'est là une disposition très exceptionnelle, qui ne ressortit pas directement à l'article 1338, § 2, car, en aliénant les biens mis dans son lot, le copartageant n'exécute nullement le partage; le législateur estime cependant qu'en se comportant ainsi, il manifeste suffisamment sa volonté de tenir l'opération pour définitive; il y a là une *présomption légale* qui ne comporte pas la preuve contraire, qui est irréfragable, puisque, sur son fondement, la loi dénie l'action en justice (art. 1352, § 2).

Sans aucun doute, l'article 892 comporte l'interprétation *restrictive* : parce qu'il déroge au droit commun, parce qu'il établit une présomption légale et enfin comme consacrant, pour la victime, la déchéance de son action en nullité. L'application ne saurait donc en être étendue, ni aux nullités fondées sur d'autres vices que le dol et la violence, ni, à plus forte raison, à l'action en rescision pour cause de lésion à l'étude de laquelle nous arrivons ainsi.

1234. II. Rescision pour cause de lésion (art. 888 à 891). — Le partage est un des rares actes qui, par dérogation au droit commun, sont sensibles à la *lésion*, même éprouvée par un majeur, et encourent de ce chef la *rescision*.

Le rapprochement s'impose avec une théorie voisine, celle

de la rescision de la *vente d'immeuble* pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (*sup.*, t. II, n° 1050).

1235. Affinités entre les deux théories. — 1° Le but poursuivi est le même, en gros tout au moins : le législateur se propose d'éviter, de frapper des inégalités qui sont choquantes;

2° Dans un cas comme dans l'autre, la lésion est appréciée *au moment de l'acte* (art. 1675 pour la vente, art. 890 pour le partage) ; les biens sont estimés « *suivant leur valeur à l'époque du partage* »;

3° La *sanction* est la même dans les deux éventualités; elle consiste dans la *rescision* de l'acte lésionnaire; l'action en rescision n'appartient qu'à la victime — et à ses représentants — qui peuvent y renoncer à l'aide d'une *confirmation*, expresse ou tacite;

4° Il dépend de la contre-partie, du bénéficiaire de l'acte lésionnaire, d'échapper à la rescision en faisant disparaître plus ou moins complètement la lésion qui la motivait (art. 1681 pour la vente; art. 891 pour le partage) ; dans ce but, il remettra au demandeur « *le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature* » (même texte) ; et l'on tend à admettre que cette initiative peut être prise même alors que le jugement de rescision est passé en force de chose jugée, aussi longtemps, du moins, qu'il n'a pas reçu un commencement d'exécution; car il faut, autant que possible, conjurer l'éventualité d'un nouveau partage (*Sic*, trib. civ. Périgueux, 5 avril 1933, *D. P.*, 1934, 2, 137) ; c'est d'ailleurs la solution bienveillante qui prévaut en matière de vente (*Sup.*, t. II, n° 1055).

5° Les deux systèmes sont *objectifs*, en ce sens qu'on ne se préoccupe pas de la mentalité de ceux qui ont bénéficié de la lésion; la rescision les atteint même s'ils n'avaient commis aucune fraude (Req., 25 juin 1935, *D. P.*, 1935, 474).

1236. Différences entre les deux théories. — Elles sont fort nombreuses et importantes, toutes en faveur du partage; elles s'expliquent logiquement par ces deux idées, d'abord que la vente est un acte de spéculation, tandis que le partage tend à réaliser l'égalité, puis que, dans le premier de ces contrats, les parties jouent des rôles opposés, au lieu que, dans le deuxième, tous les participants ont des rôles identiques.

1° Le *taux* de la lésion n'est pas le même dans les deux

théories : c'est seulement une lésion de *plus des sept douzièmes* qui vicie la vente immobilière; mais, dans le partage, une lésion de *plus du quart* est prise en considération : l'opération est rescindable du moment que l'un des copartageants n'a pas reçu les *trois quarts* de la part à laquelle il avait droit (art. 887, § 2); le partage, acte essentiellement égalitaire, ne s'accommode pas d'une inégalité qui devient plus rapidement choquante que dans un acte de spéculation;

2° Dans la vente, c'est seulement la lésion subie par le *vendeur* qui est retenue par la loi (*sup.*, t. II, n° 1051), tandis que, dans le partage, où les contractants jouent d'ailleurs des rôles identiques, il n'y a pas lieu de distinguer suivant l'incidence personnelle du préjudice;

3° C'est seulement dans les ventes d'*immeubles* que la lésion vicie le consentement du vendeur (art. 1674); pour le partage, on ne distingue pas d'après son objet; la lésion est dirimante dans un partage de meubles aussi bien que dans un partage immobilier;

4° Certaines ventes d'immeubles échappent à la rescision, à savoir celles qui ne pouvaient être faites que par autorité de justice (art. 1684); mais le partage *judiciaire* lui-même est rescindable pour cause de lésion (Req., 3 mai 1897, *D. P.*, 1897, 1, 224).

5° L'acheteur qui veut échapper à la rescision n'est pas tenu de compléter absolument le juste prix : la loi l'autorise à conserver un *dixième* de l'avantage réalisé (art. 1681, § 1); tandis que les copartageants, s'ils veulent consolider le partage lésionnaire, doivent effacer complètement la lésion subie par la victime (art. 891) : le partage, acte foncièrement égalitaire, ne s'accommode pas d'une égalité approchée.

6° L'action en rescision de la vente d'immeubles se *périme* par *deux* années (art. 1676, § 1); mais l'action en rescision du partage se *prescrit* seulement par *dix* ans, dans les termes de l'article 1304.

1237. Détermination des actes sujets à rescision. — L'article 888, § 1, précise que « *l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière* ». Pour la jurisprudence, ce texte a une double signification :

1° On ne s'inquiète pas de la *qualification* de l'acte par les parties; on s'en réfère à la réalité, non à l'étiquette; il ne saurait dépendre des contractants de travestir la nature d'un

contrat en utilisant, intentionnellement ou par erreur, des mots à contre-sens;

2° Ce n'est pas seulement le partage proprement dit, le partage en nature, qui est rescindable, ce sont aussi les actes équipollents à partage : partage avec soulte, licitation, cession de droits successifs (Civ., 19 janv. 1931, *S.*, 1931, 1, 166; Req., 17 mars 1937, motifs, *S.*, 1937, 1, 304), transaction, etc., et il n'est même pas nécessaire que l'effet déclaratif soit attaché à de tels actes; *les deux théories sont complètement indépendantes*; la rescision peut être demandée pour un acte qui n'a pas fait cesser complètement l'indivision ou qui n'est pas intervenu entre tous les cohéritiers; c'est assez qu'il ait pour objet de faire cesser l'indivision, qu'il *tende* à y mettre fin (Civ., 28 juin 1859, *D. P.*, 1859, 1, 299; 2 juin 1897, *D. P.*, 1897, 1, 384, *S.*, 1901, 1, 78; Alger, 4 avril 1877, *D. P.* 1879, 2, 86; v. pour le prélèvement d'un fonds de commerce, Angers, 18 janv. 1938, *D. P.*, 1938, 2, 65, note M. Nast); la théorie de la rescision est donc plus large que celle de l'effet déclaratif.

Du moins, échappent à la rescision :

1° Les actes *qui ne tendent* pas à faire cesser l'indivision, qui ne sont pas intervenus dans ce but, par exemple une *donation* de droits successifs; d'ailleurs, le titre gratuit est incompatible avec le concept de partage, même au sens large du mot (*sup.*, n° 1199);

2° Les actes *aléatoires* : aux termes de l'article 889, « *l'action n'est pas admise contre une vente de droits successifs faite sans fraude à l'un des cohéritiers; à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers, ou par l'un d'eux* ». Ici encore, l'opération, mais à raison de son caractère aléatoire dont les juges du fond ont la souveraine appréciation (Req., 21 oct. 1935, *S.*, 1936, 1, 26), s'éloigne du partage; du moment que les parties ont évincé le principe d'égalité, nul ne pourra arguer d'une lésion subie pour demander la rescision d'une combinaison à base de risques et d'aléa : ceci réserve faite de la *fraude* qui fait échec à toutes les règles de droit. En dehors de cette restriction indispensable, ce sont tous les partages présentant un caractère aléatoire qui bénéficient de l'immunité instituée par l'article 889, lequel est donc entendu très largement par la jurisprudence (Req., 12 déc. 1922, *S.*, 1924, 1, 79; Civ., 24 juin 1935, *Rev. trim.*, 1935, p. 870; Req., 17 mars 1937, *Rev. trim.*, 1937, p. 657);

3° Les partages *futurs* : au cas où les biens ressortissant à

une même masse sont l'objet de plusieurs *partages successifs*, la lésion s'apprécie bien par rapport à l'ensemble des opérations divisoires, mais à l'exclusion des biens encore demeurés dans l'indivision (Civ., 15 juin 1932, *S.*, 1933, 1, 244) : un partage à venir ne saurait être considéré comme lésionnaire.

1237*bis*. Confirmation. — On vient de voir que l'action en rescision du partage est arrêtée par l'offre que fait le défendeur de fournir le supplément de la part du demandeur, et aussi qu'elle se *prescrit* par le délai de dix années. Il faut ajouter qu'elle disparaît, avant l'expiration de ce laps de temps, par l'effet d'une *confirmation* qui peut être *expresse* ou *tacite* : le copartageant lésé peut toujours, s'il est maître de ses droits, renoncer à attaquer l'acte lésionnaire.

Mais il faut décider que la disposition exceptionnelle de l'article 892, avec la présomption insolite de confirmation qu'elle renferme pour le partage entaché de *dol* ou de *violence*, n'est pas applicable au partage lésionnaire (*sup.*, n° 1233). Malgré l'aliénation volontaire d'un bien mis dans son lot, la victime de la lésion demeure donc fondée à poursuivre la rescision de l'acte; il n'en serait autrement que si cette aliénation avait eu lieu : 1° en connaissance de cause; 2° et avec la volonté de ratifier le partage; et c'est aux adversaires du demandeur en rescision qu'il incomberait d'établir cette double preuve (Req., 9 mai 1855, *D. P.*, 1855, 1, 312; Douai, 8 mai 1895, *motifs*, *D. P.*, 1897, 2, 189).

1238. III. Révocation pour cause de fraude ; action paulienne. — Principe. — En principe, le partage échappe à l'action *paulienne* : bien qu'aménagé et effectué en fraude des droits des créanciers des copartageants, il n'est pas sujet à révocation (art. 882; Civ., 1er mars 1898, *S.*, 1898, 1, 401, note Wahl, *D. P.*, 1898, 1, 295; Req., 21 fév. 1905, *D. P.*, 1905, 1, 264; Bordeaux, 8 juin 1903, *D. P.* 1904, 2, 22; — *sup.*, t. II, n° 683) : le législateur a considéré que les inconvénients d'une telle révocation en passeraient les avantages : le partage est un acte complexe, qui touche à des intérêts nombreux, qui est souvent un arrangement de famille; il ne doit pas pouvoir tomber sous les coups des créanciers.

Précisions et tempéraments. — Cependant, la disposition exceptionnelle de l'article 882 doit être précisée et resserrée à bien des égards .

1° Ce n'est pas dans tout partage que l'action paulienne est exclue, mais seulement dans les partages de *succession* et de *communauté conjugale*; pour les autres partages, ils sont sujets à révocation, alors même qu'ils porteraient, comme ceux des sociétés, sur un ensemble de biens (*sup.*, t. II, n° 683);

2° Même en matière successorale, l'article 882 n'a pas un domaine illimité : il est des actes qui, considérés comme des partages pour l'application de l'effet déclaratif, ne sont pas traités comme tels pour l'exclusion de l'action paulienne : les articles 882 et 883 n'ont pas tout à fait la même sphère d'action; c'est ainsi que la *cession de droits successifs* comporte l'action paulienne, au cas de fraude, alors même que, mettant fin à l'indivision, elle aurait donc un effet déclaratif (Req., 18 fév. 1862, *D. P.*, 1862, 1, 224; Poitiers, 9 mars 1893, *D. P.*, 1895, 2, 121, note Planiol). On voit par là combien est flottant le concept du partage : selon qu'il s'agit d'attacher à un acte l'effet déclaratif ou de le rescinder pour cause de lésion (*sup.*, n° 1237) ou enfin de le révoquer par l'action paulienne, la définition du partage variera très sensiblement.

1239. — 3° *Partages simulés et partages précipités.* — En envisageant uniquement un partage successoral, effectué sous la forme et par les procédés ordinaires, on est encore amené à écarter parfois la règle protectrice de l'article 882; il est, en effet, de jurisprudence constante que le partage peut être attaqué par les créanciers :

a) D'abord pour cause de simulation : une opération purement fictive, qui n'intervient que pour donner le change et qui, en réalité, laisse subsister l'indivision, comporte, *non pas seulement l'action en déclaration de simulation*, mais bien une action en nullité, qui n'est en somme que l'action *paulienne* spécialisée, la preuve de la fraude consistant ici dans la preuve de la simulation (Civ., 17 nov. 1890, *D. P.*, 1891, 1, 25; 27 déc. 1926, *S.*, 1927, 1, 111; Req., 7 mai 1929, *S.*, 1929, 1, 258; 22 janv. 1930, *S.*, 1930, 1, 215; Bourges, 18 juill. 1892, *S.*, 1893, 2, 210; Dijon, 24 juin 1896, *S.*, 1897, 2, 175);

b) Puis pour cause de *précipitation*, et alors que les cohéritiers ont hâté les choses afin de mettre leurs créanciers dans l'impossibilité de faire opposition en vue d'intervenir au partage, comme leur en reconnaît le droit l'article 882 : c'est d'ailleurs un principe général que les actes sont nuls

lorsqu'ils sont accomplis en vue de destituer, par avance, de ses effets normaux, une situation juridique déterminée (V. *sup.*, t. I, n° 590; t. II, n° 695). En pareil cas, c'est aussi l'action *paulienne* elle-même qui est accordée aux créanciers, dans les termes de l'article 1167, avec cette particularité que la preuve de la fraude se ramène à celle de la précipitation volontaire (Req., 4 fév. 1857, *D. P.*, 1857, 1, 255; Civ., 17 nov. 1890, précité; 28 avril 1900, *S.*, 1900, 1, 277, *D. P.*, 1901, 1, 17; Req., 7 janv. 1907, *S.*, 1907, 1, 215, *D. P.*, 1910, 1, 215; 24 déc. 1912, *D. P.*, 1915, 1, 45; Civ., 27 déc. 1926, *S.*, 1927, 1, 111; Req., 7 mai 1929, et 22 janv. 1930, précités);

c) Il en va de même si le partage a été effectué *clandestinement*, également en vue de rendre illusoire le droit d'opposition et d'intervention des créanciers, la preuve de la fraude paulienne se ramenant alors à la preuve de la clandestinité intentionnelle.

1240. Résumé. — En résumé, toute cette réglementation de la situation faite aux créanciers des copartageants, tant par la jurisprudence que par la loi, est sagement, opportunément aménagée : l'arme ordinaire dont sont munis ces créanciers, est d'ordre *préventif*; elle consiste dans le droit d'opposition, prélude de l'exercice du droit d'intervention. Cette possibilité de participer aux opérations, rend inutile l'action paulienne, arme d'ordre *répressif* qui a l'inconvénient d'atteindre tous les intéressés et parfois mêmes des tiers; cependant, elle fait elle-même un retour offensif et elle est attribuée aux créanciers s'ils ont été mis, par la fraude des copartageants — *méconnaissance de l'opposition, précipitation, clandestinité* — dans l'impossibilité d'intervenir au partage : le moyen répressif n'a, vis-à-vis du moyen préventif, qu'un caractère subsidiaire; il en représente à la fois le substitut et la sanction.

APPENDICE AUX SUCCESSIONS

Etude complémentaire de l'absence

Dévolution des biens des absents

1241. Rappel. — A maintes reprises, il a été traité de l'*absence*, d'abord sous une forme générale et succincte (t. I, n° 194), puis à l'occasion de certaines institutions : incapa-

cité de la femme mariée (t. I, n° 618) ; mariage (t. I, n^{os} 746, 901) ; présomption de paternité (t. I, n° 1041) ; puissance paternelle (t. I, n^{os} 475 et 1086) ; communauté conjugale (t. III, n° 219) ; successions (t. III, n^{os} 726, 743). A cette place, nous envisagerons exclusivement le problème de la *dévolution des biens des absents*.

1242. Position du problème. — Un individu est en état d'*absence*, au sens juridique du mot : que vont devenir ses biens ? A qui seront-ils attribués et dans quelles conditions le seront-ils ? La dévolution aura-t-elle lieu sur le modèle de la dévolution héréditaire ?

Pour examiner ce problème, il faut éliminer les cas exceptionnels dans lesquels un jugement *déclaratif de décès* est intervenu (*sup.*, t. I, n° 298) ; car alors, les biens à attribuer ne sont plus ceux d'un absent, mais bien d'un *de cujus*, et ce sont les règles de la dévolution successorale qui jouent purement et simplement : le statut de l'absence ne concerne que l'absent, c'est-à-dire la personne dont l'existence est juridiquement incertaine.

1243. Principe. — On sait avec quelle prudence notre Code civil traite la situation de l'absence : à aucun moment, l'absent n'est considéré comme décédé, aussi longtemps que la preuve de sa mort n'est pas régulièrement administrée (*sup.*, t. I, n° 298). En conséquence, à aucun moment l'absent n'est traité comme un *de cujus*, ni les envoyés en possession ne sont assimilés à des héritiers, ni les biens du disparu ne sont considérés comme constituant une hérédité : même après l'envoi en possession définitif, la loi réserve les droits de l'absent dont le retour est considéré comme possible indéfiniment et jusqu'à l'absurde : vérité qui, avec l'accumulation des années, devient de plus en plus théorique ; en fait, le *provisoire*, établi pour parer à la situation, devient peu à peu le *définitif*.

1244. Distinction. — Pour comprendre le mécanisme de l'organisation instituée par le Code civil, il faut distinguer les deux périodes de l'envoi en possession *provisoire* et de l'envoi en possession *définitif*.

1245. I. Envoi en possession provisoire. — On sait qu'il ne peut être prononcé qu'en suite d'un jugement décla-

ratif d'absence et qu'il intervient au profit de ceux qui se trouvaient être les héritiers présomptifs de l'absent au jour de la disparition ou des dernières nouvelles (*sup.*, t. I, n° 201). On ne distingue pas, à cet égard, entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers : le conjoint survivant, l'Etat lui-même, sont qualifiés, à défaut d'héritiers du sang, pour se faire envoyer en possession (Colmar, 18 janv. 1850, *D. P.*, 1851, 2, 161). Il y a seulement lieu d'observer que, conformément à un principe général, l'Etat est dispensé de fournir la *caution* que tous autres envoyés sont tenus de présenter pour la sûreté de leur administration (art. 120 *in fine*). Dans tous les cas, *inventaire* doit être dressé du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix par lui commis (art. 126, § 1) ; cet acte permettra de fixer l'étendue des restitutions si l'absent vient à reparaître. Mais aucun texte ne prescrit de dresser un *état* des immeubles qui demeure donc facultatif pour les envoyés en possession et sans que son omission établisse à leur encontre une présomption de réception des biens en bon état : la disposition de l'article 1731, relative aux rapports entre bailleur et locataire, est de droit étroit.

1246. Effets de l'envoi en possession. — Les envoyés en possession se trouvent dans une situation comparable à celle d'héritiers, mais d'héritiers provisoires.

A. Ils sont traités *à l'instar des héritiers* et les règles de la dévolution héréditaire s'appliquent aux points de vue suivants :

1° S'il y a plusieurs envoyés en possession, le *partage* est nécessaire entre eux; il intervient conformément au droit commun; notamment, les *rapports* sont à effectuer de la part des donataires par avancement d'hoirie;

2° Les envoyés en possession ont l'*administration* des biens laissés par l'absent; à ce titre, ils ont qualité pour défendre aux actions intentées par des tiers contre celui-ci (art. 134), et aussi, quoique la loi ne s'en explique pas formellement, pour exercer les actions qui lui appartiennent;

3° Ils ont aussi la jouissance des biens remis en leur possession (art. 127) ;

4° Les *droits de mutation* afférents à la dévolution héréditaire sont perçus par le fisc lors de l'envoi en possession provisoire (C. enreg., art. 106).

1247. — B. *Mais l'envoi en possession n'a qu'un caractère provisoire*, car il faut sauvegarder les intérêts du disparu. En conséquence :

1° Les envoyés ne sont pas assimilés, il s'en faut, à des héritiers définitifs; ils reçoivent un simple *dépôt* (art. 125); ils sont, non des propriétaires, mais des *administrateurs*, comptables envers l'absent s'il vient à reparaître (même texte). Ils ne peuvent ni aliéner les immeubles, ni les grever de droits réels, sauf, sans doute, avec l'autorisation du tribunal (art. 128); il semble qu'ils puissent du moins aliéner librement le mobilier, même en dehors des limites et des besoins de l'administration (art. 128 arg. *a contrario*): il dépend d'ailleurs du tribunal de rendre la vente des meubles et l'emploi du prix obligatoires (art. 126, § 2). Ils peuvent recevoir des capitaux et en donner décharge, passer des baux dans les termes des articles 1429 et 1430 : ils doivent être considérés comme des administrateurs, au sens large du mot;

2° Les envoyés en possession provisoire n'acquièrent pas définitivement et intégralement les *fruits*; la loi les oblige à en restituer une partie à l'absent de retour, au moins si l'absence n'a pas duré trente ans (à dater de la disparition ou des dernières nouvelles). Trois éventualités sont à distinguer avec l'article 127 :

a) L'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis la disparition : les envoyés doivent alors restituer le *cinquième* des revenus;

b) Il reparaît après plus de quinze ans, mais avant trente années : la restitution ne porte plus que sur le *dixième* des fruits;

c) Après trente années, il n'y a plus lieu à aucune restitution de fruits;

3° Le partage opéré, ne peut être que provisoire; il porte sur la jouissance des biens : il est *provisionnel*;

4° Le fisc doit, au cas de retour de l'absent, rembourser les droits de mutation, déduction faite d'une part correspondant à la jouissance temporaire.

1248. II. Envoi en possession définitif. — La situation est profondément modifiée par l'envoi en possession définitif; désormais, le retour de l'absent est fort improbable, et les intérêts des envoyés prennent donc le pas sur les siens (*sup.*, t. I, n° 202); l'envoi en possession n'est plus considéré comme un simple dépôt; ceux qui en bénéficient sont traités ainsi que des propriétaires, non pas seulement sous

condition résolutoire, mais purs et simples, sinon définitifs. Ils peuvent aliéner librement, même les immeubles; ils ne sont tenus à aucune restitution en ce qui concerne les fruits, et ils se libèrent envers l'absent de retour en lui restituant les biens tels qu'ils existent, dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés et les biens acquis en remploi art. 132); les *cautions* sont libérées (art. 129), et un *partage définitif* peut être demandé et réalisé.

Malgré tout, les envoyés en possession définitifs ne sont pas à considérer comme des héritiers, puisqu'ils sont exposés, au cas du retour de l'absent, à effectuer la restitution, dans la mesure des biens extants. De plus, ils peuvent alors poursuivre le remboursement des droits de mutation. Enfin, ils ne sont jamais tenus des dettes *ultra vires*, puisque l'obligation indéfinie est une conséquence de la saisine légale (*sup.*, n^{os} 912 et suiv.), laquelle leur fait invariablement défaut.

1249. III. **Effets des actes de disposition émanés des envoyés en possession.** — Deux points de vue sont à distinguer :

1° *Dans les rapports de l'absent qu'on suppose de retour et des acquéreurs*, tout est subordonné à la régularité ou à l'incorrection de l'acte accompli par les envoyés en possession.

a) Si l'acte est régulier — aliénation d'un meuble, ou encore, mais seulement après l'envoi en possession définitif, vente d'un immeuble — l'absent de retour est tenu de le respecter;

b) S'il est irrégulier — vente d'un immeuble consentie par un envoyé en possession provisoire — il semble que la *nullité* s'ensuive nécessairement. Mais la réalité est bien différente; car :

1. C'est seulement l'absent qui peut attaquer l'acte irrégulier : on admet que l'action en nullité n'appartient ni aux envoyés qui ont aliéné, ni aux acquéreurs, car ce n'est pas dans leur intérêt que la nullité est édictée.

2. L'action exercée par l'absent risque fort d'échouer, soit, en matière mobilière, à cause de l'article 2279, soit même, en matière immobilière, à raison de la règle *error communis facit jus*, l'acquéreur ayant cru traiter avec un héritier véritable et ayant été sous le coup d'une erreur invincible : la jurisprudence qui s'est instituée à l'occasion des

actes accomplis par l'*héritier apparent* trouve ici à s'employer (*sup.*, n^os^ 1021 et suiv.);

2° *Dans les rapports de l'absent avec les envoyés en possession*, un règlement de compte doit intervenir, non seulement si l'acte était irrégulier et a donc engagé la responsabilité de son auteur, mais aussi parfois s'il était correct : c'est ainsi que l'envoyé en possession définitif, qui a aliéné un immeuble, est comptable du prix de vente ou des biens acquis en remploi (art. 132) : la *subrogation réelle* accomplit ici son œuvre et perpétue en quelque sorte l'obligation de restitution qui, à toute époque, incombe, dans une mesure plus ou moins étendue, aux envoyés en possession.

CINQUIÈME PARTIE

LES LIBÉRALITÉS

1250. Sources. — C. civ., Livre III, titre II, art. 893 à 1100.

Bibliographie. — Trasbot, *Donations et testaments*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, t. V, 1933; Voirin, *Les donations entre vifs et les testaments* dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VI et VII, 1934; Maurice Colin, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2 vol., 3e éd. 1905, dans le *Traité de droit civil* de Baudry-Lacantinerie; Henri Regnault, *Les Ordonnances civiles du chancelier Daguesseau; Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, 1929; *Les testaments et l'ordonnance de 1735*, Paris, 1938.

Pour l'*Italie* et le *droit comparé*, Calogero Gangi, *I Legati*, 2e éd., 2 vol.

1251. Plan. — Un *chapitre préliminaire* sera consacré à des *généralités*.

Les *libéralités de droit commun* feront l'objet d'un *premier titre*; tandis que les *libéralités à statuts spécialisés* seront étudiées dans le *titre deuxième*.

Chapitre préliminaire

Généralités

1252. Successions et libéralités. — Les libéralités se relient étroitement et par plus d'un point à la matière des successions qui vient d'être étudiée, non seulement les libéra-

lités *testamentaires*, puisqu'elles font reculer devant elles la dévolution légale, mais aussi les *donations entre vifs* qui exercent, elles aussi, un retentissement sur l'émolument héréditaire, qui sont le plus souvent rapportables à la succession et qui entrent en ligne de compte pour la détermination de la quotité disponible et de la réserve.

1253. Caractéristiques des libéralités; relativité du titre onéreux et du titre gratuit [1]. — La définition des libéralités se ramène à une discrimination du *titre gratuit* d'avec le *titre onéreux*, discrimination délicate qui est réalisée souverainement par les juges du fond dont la décision échappe, sur ce point, au contrôle de la Cour de cassation (Req., 7 déc. 1885, *S.*, 1888, 1, 10; 12 mai 1909, *D. P.*, 1910, 1, 291), et qui occupe, dans l'aménagement des actes juridiques, une position centrale. On comprendra toute la difficulté et la complexité du problème, si l'on remarque :

1° Qu'un même acte se présente comme gratuit ou comme onéreux selon les clauses qu'il renferme : le *prêt*, la *remise de dette* peuvent intervenir indifféremment à titre gratuit ou à titre onéreux; et même les opérations qui ont été construites par la loi sur le type gratuit peuvent recevoir, dans une mesure plus ou moins large, le type onéreux : telle la *donation* qui peut être *onéreuse* (*inf.*, n° 1530) ou rémunératoire; ou tels le *mandat* et le *dépôt* qui s'accommodent parfaitement d'une rémunération allouée au mandataire ou au dépositaire (*sup.*, t. II, n^{os} 1401 et 1362);

2° Que le même acte peut être onéreux dans sa forme et gratuit quant au fond : telles une *donation déguisée* sous l'apparence d'une vente, ou les *libéralités indirectes* résultant de l'inégalité *volontaire* qui existe entre les prestations des parties, comme si une vente est consentie à vil prix ou à un prix excessif;

3° Que le même acte est traité comme onéreux ou comme gratuit, selon les intérêts qui sont en cause et qui se heurtent à lui : la *constitution de dot* est soumise au droit des donations quant au fond et quant à la forme (sauf que la présence réelle d'un second notaire n'est point exigée); mais ce n'est point sous cet aspect que les créanciers du consti-

[1] V. L. Josserand, *Les mobiles*, n^{os} 254 et suiv. : *la discrimination du titre gratuit d'avec le titre onéreux;* Trasbot, *op. cit.*, n^{os} 310 et suiv.; Jean Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Thèse, Strasbourg, 1931.

tuant sont admis à l'envisager : s'ils prétendent que l'opération a eu lieu en fraude de leurs droits, ils ne peuvent la faire révoquer au moyen de l'action paulienne qu'à la condition de démontrer la complicité de l'époux doté et de son conjoint (*sup.*, n° 415) : à leur égard, la constitution de dot se présente sous l'aspect d'un acte à titre onéreux.

La réciproque est d'ailleurs possible : les *avantages matrimoniaux* sont traités, sous les régimes de communauté, comme des actes à titre onéreux, en principe; mais, s'il existe des enfants issus d'un précédent mariage, ils revêtent à leur égard et dans leur intérêt, le caractère de véritables libéralités (*sup.*, n^{os} 691 et 697);

4° Enfin, il faut savoir que la nature d'un acte donné peut varier au gré de l'intention des parties, et *sans qu'une seule clause en soit modifiée* : les renonciations *constituent* ou non des libéralités, selon qu'elles sont consenties *in rem* ou *in personam* (voy. pour les renonciations à une succession, *sup.*, n° 851); une *remise de dette*, qui représente généralement une libéralité de la part du créancier, est traitée, en principe, comme un acte à titre onéreux lorsqu'elle figure dans un concordat, car elle procède alors, non de l'*animus donandi*, mais d'un mobile intéressé, les créanciers se proposant de faire la part du feu.

Les notions de titre gratuit et de titre onéreux sont donc essentiellement *relatives*.

1254. Recherche d'un critérium. — 1° Il ne faudrait pas chercher la clef de la difficulté dans les conditions de forme auxquelles sont soumises les deux catégories d'actes; cette enquête ne donnerait pas de résultats, au moins pour les libéralités entre vifs; d'une part, l'article 931 qui exige la forme notariée ne vise que les *donations*, alors qu'il existe d'autres modes de disposer à titre gratuit entre vifs; d'autre part, la jurisprudence réduit ce texte à la portion congrue en reconnaissant la validité de quantité de donations effectuées en dehors du notaire (dons manuels, donations déguisées, etc.).

1255. — 2° Le critère *économique* est plus séduisant; on a proposé d'admettre qu'un contrat est à titre onéreux lorsque « chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre », et à titre gratuit « lorsqu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange » (*Sic*, PLANIOL

et Ripert, t. II, n° 951) ; il suffirait de vérifier la valeur des patrimoines des parties, avant et après l'opération; si l'un d'eux est accru dans des proportions sensibles alors que l'autre s'est appauvri, c'est que l'acte a été passé à titre gratuit (Planiol, note *D. P.*, 1891, 2, 113).

Ce critère économique est à rejeter :

a) Pris à la lettre, il postulerait la coïncidence de la division des contrats gratuits et onéreux avec celle des contrats unilatéraux et synallagmatiques, ce qui serait contraire à la réalité juridique (*sup.*, t. II, n° 27) ;

b) Fréquemment, un transfert de valeurs s'effectue d'un patrimoine à l'autre sans contre-partie et sans qu'il y ait cependant donateur ni donataire, comme si un héritier renonce purement et simplement, *in rem*, à une succession ou un légataire à un legs, ou comme si les créanciers d'un failli lui accordent un concordat avec remise partielle de son passif, ou encore dans le cas où, dans une vente, un échange, une transaction, l'une des parties retire un profit évident et fait une « bonne affaire » aux dépens de l'autre. On peut encore citer la disposition consentie par une femme, en faveur de son mari et de ses enfants, et tendant à réparer le préjudice qu'elle leur a causé en commettant un adultère d'où est issu un enfant adultérin; un tel acte, qui ne procède pas d'un esprit de libéralité, est considéré à bon droit comme intervenu sous le signe du titre onéreux (Civ., 20 juill. 1870, *D. P.*, 1870, 1, 333) ;

c) A l'inverse, bien que plus exceptionnellement, l'acte de bienfaisance peut exister en dehors de tout sacrifice effectif consenti par le bienfaiteur dont le patrimoine demeure intact : c'est ainsi que le *cautionnement*, qui ne fait sortir, par lui-même, aucun élément du patrimoine de la caution, est rangé traditionnellement dans la catégorie des actes de bienfaisance; ainsi également qu'un *prêt à intérêt* peut être envisagé sous l'angle libéral lorsu'il a été consenti par le bailleur de fonds en vue d'être agréable à l'emprunteur qui paie cependant le service rendu (Req., 10 juin 1913, *S.*, 1914, 1, 366) ;

1256. — 3° Le véritable critère de la distinction du titre onéreux et du titre gratuit n'est pas d'ordre économique, mais d'ordre purement juridique, ou, si l'on veut, psychologique : tout, ou presque tout dépend de l'*esprit* dans lequel l'acte a été conçu et aménagé; le *but* et les *mobiles* des par-

ties sont ici décisifs : un acte est à titre gratuit lorsqu'il procède d'une intention de libéralité; c'est l'*animus donandi*, au sens large du mot, qui en constitue l'armature et qui lui insuffle la vie. On voit donc apparaître ici la notion de *cause* au sens classique du mot, dont l'importance est déterminante : un acte est à titre gratuit lorsqu'il est *causé* par l'esprit de libéralité, lorsqu'il se ramène à un *bienfait* procuré par l'une des parties à l'autre; suivant la formule de la Cour de cassation, « la volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit » (Req., 27 juin 1887, *D. P.*, 1888, 1, 303), et « ... une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier » (Req., 9 déc. 1913, *D. P.*, 1919, 1, 29; comp. Colmar, 10 déc. 1929, *D. P.*, 1930, 2, 81, note Nast) : pas de *libéralité* sans intention *libérale* (Comp. Pothier, *Traité des obligations*, n° 12). Mais il faut ajouter : *pas d'intention libérale sans un bienfait effectif dans lequel elle vienne se concrétiser.*

C'est qu'en effet on ne saurait se contenter d'une intention libérale abstraite et théorique; encore faut-il, pour que l'acte soit à titre gratuit, que cette intention ait pris corps dans l'économie de l'acte dont la nature juridique est en question : en pareille matière, l'intention ne vaut pas le fait et il ne dépend pas des parties de baptiser à leur gré l'acte qu'elles concluent; encore faut-il qu'un service ait été rendu *effectivement* par l'une des parties à l'autre, mais sans qu'il y ait nécessairement appauvrissement de l'un des patrimoines au profit de l'autre (Civ., 24 janv. 1928, *S.*, 1929, 1, 137).

1257. — En résumé, deux conditions sont requises, l'une *psychologique*, l'autre *économique*, pour qu'un acte constitue une libéralité, la première dominant nettement la deuxième :

a) Il faut d'abord que le disposant ait obéi à une pensée de générosité, que son geste s'explique par l'*animus donandi*, qu'il soit marqué au coin de l'esprit de libéralité. La cause, l'intention, les mobiles, le but poursuivi sont, à cet égard, déterminants;

b) Il faut encore que cet esprit de libéralité se soit concrétisé dans une libéralité effective, dans un *avantage* au sens le plus large du mot, retiré par le bénéficiaire; plus spécialement, la *donation* implique essentiellement « l'aliénation gratuite que le disposant fait de tout ou partie de ses

biens ou droits, au profit d'une autre personne » (Civ., 5 avril 1938, *S.*, 1938, 1, 168, *D. H.*, 1938, 305; 26 nov. 1938, *S.*, 1939, 1, 55, *D. H.*, 1939, 17).

(*Sic*, Voirin, *op. cit.*, t. VI du *Cours du droit civil* de Ch. Beudant, n° 9).

1258. Les différents modes de disposer à titre gratuit. — Au cours des siècles et chez les différents peuples, bien des modes de disposer à titre gratuit ont été connus et pratiqués : *testament*, *codicille*, *donation entre vifs*, *donation à cause de mort*, *partage d'ascendant*, *démission de biens*. L'article 893, suivant le régime institué par la grande ordonnance de 1731, et portant, par prétérition, condamnation de la *donation à cause de mort*, condamnation qui avait été prononcée expressément, sauf dans le contrat de mariage, par l'article 3 de la grande ordonnance (V. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, t. I, p. 579), décide qu' « *on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament...* », et c'est bien cette portée que lui reconnaît la jurisprudence en considérant comme radicalement nulle ce genre de libéralité (Req., 14 mai 1900, *D. P.*, 1900, 1, 358; 20 juin 1932, *D. H.*, 1932, 409). Il semble donc que lorsqu'on veut consentir *ouvertement* une libéralité, on doive lui faire prendre corps dans l'un des deux moules admis par l'article 893 : *donation entre vifs* ou *testament*.

Mais la réalité est bien différente :

1° D'abord, l'article 893 ne vise que les libéralités par lesquelles on *dispose* de ses biens; il ne concerne que les *actes de disposition* à titre gratuit; or, on peut, sans aliéner un bien et sans consentir un droit réel, faire acte de générosité : le *cautionnement* est un acte à titre gratuit, même dans les rapports du débiteur principal et de la caution, en principe du moins (*sup.*, t. II, n° 1480); le *commodant* rend au *commodataire* un service *essentiellement* gratuit (*sup.*, t. II, n° 1346); et, en principe, il en va de même du *dépositaire ou du mandataire* à l'égard du *déposant* et du *mandant* (*sup.*, t. II, n^{os} 1362 et 1401) : il peut y avoir *libéralité entre vifs* sans qu'il y ait *donation*;

2° Même en s'en tenant aux *actes de disposition*, l'arsenal juridique est plus riche que ne le laisserait supposer l'article 893; les libéralités *entre vifs* notamment affectent des aspects multiples; ce n'est pas toujours sous les espèces de la donation-type de l'article 391 qu'elle se présentent :

tantôt elles s'affirment *directement*, au grand jour; tantôt elles se dissimulent plus ou moins (donations déguisées, libéralités indirectes); généralement, elles portent sur des biens *présents*, mais le Code civil fait sortir parfois effet à la *donation de biens à venir*, à l'*institution contractuelle* qui tient en réalité le milieu entre la donation entre vifs et le testament, toute en s'apparentant plus étroitement à la première qu'au second (*inf.*, n^os^ 1765 et 1766).

1259. Dispositions par acte entre vifs et dispositions par testament. — Il semble que du moins l'opposition soit flagrante et que la discrimination soit aisée entre les modes de disposition entre vifs et les libéralités testamentaires. Cependant, le contraste n'est pas aussi saisissant qu'on le croirait d'abord; il arrive même à s'estomper pour ce qui est de certaines donations entre vifs, celles qui sont faites par contrat de mariage ou qui interviennent entre époux : elles sont soumises à un statut tellement libéral qu'on a beaucoup de peine à les distinguer des dispositions testamentaires. Même en les mettant de côté et en ne retenant que les donations ordinaires, *non matrimoniales*, on constate encore que les frontières qui séparent les dispositions entre vifs des libéralités à cause de mort ne sont pas absolument fixes mais qu'elles sont susceptibles de se déplacer, voire de s'atténuer parfois.

1260. — Ce déplacement et cette atténuation sont imputables, non pas aux testaments, mais uniquement aux donations entre vifs. En effet, les libéralités testamentaires obéissent à un statut qui, dans ses grandes lignes, est uniforme : 1° le testament est l'œuvre d'une *volonté unique*; 2° il est soumis à des conditions de *formes rigoureuses*; 3° il ne dispose que pour *l'avenir*; 4° il est essentiellement révocable, *ad nutum* (art. 895). Or, sur ces quatre points, l'opposition n'est nullement constante avec les donations entre vifs.

Elle semble bien l'être à la lecture de l'article 894, d'après lequel « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* »; mais il n'y a là que des directives générales, susceptibles, pour la plupart, de fléchir à l'occasion.

1° Sans doute, en principe, la donation est un *contrat*; elle est l'œuvre de deux volontés, celle du donateur et celle

du donataire. Mais la règle n'est pas d'une vérité absolue : les *renonciations* à un droit réel, à une succession, à un legs, sont valables et efficaces de par la seule volonté du renonçant, et alors même qu'elles seraient consenties à titre gratuit : l'usufruitier qui renonce à son droit gratifie le nu propriétaire, de même que le légataire qui renonce à son legs consent un avantage à l'héritier qui aurait dû l'acquitter; si ces renonçants ont agi par esprit de bienfaisance, il y a libéralité entre vifs en dehors de tout contrat;

2° En principe aussi , la donation entre vifs est soumise à des formes très strictes (art. 931); mais bien des libéralités passent à travers les mailles du filet, et sont valables encore que consenties sans formes, non seulement les renonciations dont il vient d'être question, mais aussi les dons manuels et les donations déguisées, ainsi que la stipulation pour autrui;

3° A la différence du testament qui ne dispose que pour l'avenir (art. 825), la donation entre vifs porte sur des biens *présents*; par elle, le disposant se dépouille *actuellement* (art. 894). Mais, sans évoquer les *donations de biens à venir* que nous avons éliminées de cette comparaison, il faut savoir que la donation peut être subordonnée à la survie du donataire par rapport au donateur (*inf.*, n° 1359). Elle ressemble alors à une donation *mortis causa*, avec cette différence cependant qu'elle n'est pas révocable au gré du donateur; et elle se rapproche ainsi de la libéralité testamentaire;

4° C'est bien ce caractère *irrévocable* de la donation entre vifs qui la différencie le plus constamment et le plus sûrement des libéralités à cause de mort. Le donateur, à la différence du testateur, ne peut pas se repentir (art. 894) : *donner et retenir ne vaut* (*inf.*, n° 1349). On sait qu'il en va cependant autrement des *donations entre époux*, lesquelles sont révocables *ad nutum*; mais, sous le bénéfice de cette réserve, le contraste est saisissant entre les deux catégories de libéralités.

1261. — *En résumé*, les différences de nature ou d'effets qui, à première vue, paraissent fort tranchées entre les libéralités entre vifs et les libéralités testamentaires, s'émoussent et s'estompent, pour la plupart, lorsu'on procède à un examen plus attentif. Ce n'est d'ailleurs pas à dire qu'il soit malaisé de distinguer les unes des autres; la discrimination est facilitée par cette circonstance que le testament est sou-

mis à des règles de *forme* très strictes qui lui impriment une individualité marquée; mais il fallait savoir dès maintenant qu'étant donné une donation et un legs, ces deux sortes de libéralités ne se différencient pas toujours, dans leur nature et dans leurs effets, aussi profondément et aussi sûrement qu'on aurait pu d'abord le supposer. C'est dans la forme, bien plutôt que dans la nature et dans les effets, qu'il convient de chercher les éléments de la discrimination.

1262. Plan. — On étudiera :

1° Dans un *premier titre*, les *libéralités du droit commun*;

2° Dans un deuxième, les *libéralités à statuts spécialisés* : donations matrimoniales, substitutions, partages d'ascendant, fondations.

1263. Remarque. — Dans cette étude, il sera traité parallèlement des *donations entre vifs* et des *legs* dont un rapprochement constant éclairera les traits distinctifs et entre lesquels il est essentiel de maintenir le contact.

En principe, il ne sera question, en tant que libéralités entre vifs, que des seules donations, lesquelles supposent, d'après la définition même de l'article 894, que le disposant s'est *dépouillé* au profit du gratifié, c'est-à-dire qu'une valeur a passé du patrimoine du premier dans celui du second; mais il importe de ne jamais perdre de vue qu'une libéralité peut exister en dehors de cette transmission et que *la donation entre vifs n'est qu'une des espèces d'un genre plus étendu*.

TITRE I

LES LIBÉRALITÉS DU DROIT COMMUN

1264. Plan. — 1° *Formes* des libéralités;
2° Conditions *de fond*;
3° *Objet* et *étendue* des libéralités;
4° *Modalités* (*conditions* et *charges*);
5° *Interprétation*;
6° *Effets* et *exécution*;
7° Des causes qui peuvent enlever à une libéralité valable *tout ou partie de son efficacité*.

CHAPITRE PREMIER

Formes des libéralités

1265. Principe. — Le principe est qu'une libéralité, entre vifs ou testamentaire, ne peut être consentie que par un acte *solennel* — mais non pas nécessairement notarié ni même authentique — c'est-à-dire par un acte soumis, pour sa validité, voire pour son existence, à des règles de forme qui constituent autant de *solennités*; on ne tient compte de la volonté du disposant qu'autant qu'elle s'est affirmée, qu'elle s'est matérialisée dans un des moules mis à sa disposition par la loi.

1266. Application. — Pour les libéralités *testamentaires*, le principe est absolu : les legs ne peuvent trouver place que dans un document répondant aux exigences de la loi; le testament est invariablement un acte *solennel*, au sens que nous avons donné à ce mot.

Mais, pour les *donations entre vifs*, la règle comporte de très nombreux et très importants accommodements, soit du consentement du législateur, soit en raison du libéralisme dont la jurisprudence a fait preuve en cette matière.

Nous devons donc étudier successivement les formes des *testaments*, puis celles des *donations*, encore que les unes et les autres obéissent à une directive commune, celle d'un *formalisme exceptionnel*.

Section I. — FORMES DES TESTAMENTS

(Art. 967 à 1001)

1267. Différentes formes. — Si le Code civil exige, en toute occurrence, des formes solennelles, du moins laisse-t-il au *testateur* le choix entre plusieurs procédés :

1° *Normalement*, il peut opter entre la forme *olographe*, la forme *authentique* et la forme *mystique* (art. 969) ;

2° De plus, dans certaines circonstances, la loi admet des formes *simplifiées* : il existe ainsi des *testaments privilégiés*.

1268. Testaments privilégiés. — Nous nous bornons à mentionner leur existence; ce sont :

1° Le testament *militaire* (art. 981 à 984), qui est à la disposition des *militaires* et *marins* ainsi que des *personnes employées à la suite des armées*, mais seulement *hors de France* et *dans les circonstances* prévues à l'article 93, ou bien *en France*, mais alors seulement en cas de *mobilisation* ou de *siège*.

Les formes à suivre sont indiquées dans l'article 981 auquel nous renvoyons : elles sont adaptées à la situation.

Il est essentiel de remarquer que le testament ainsi reçu n'a qu'une valeur *provisoire*; il devient nul *six mois* après que le testateur est venu dans un lieu où il a la liberté d'utiliser les formes ordinaires (art. 984) ;

2° Le testament fait, en temps de peste ou d'*autre maladie contagieuse*, dans un lieu avec lequel toute communication est impossible à raison de l'épidémie (art. 985) ;

3° Le testament fait dans une île du territoire européen de la France où il n'existe pas de notaires, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec le continent (art. 986) ;

4° Le testament fait au cours d'un *voyage maritime* (art. 988 à 995) ;

5° Le testament fait dans les *régions envahies* au cours de la guerre de 1914-1918 (L. 14 avril 1923).

Tous ces testaments n'ont, comme ceux des militaires, qu'une valeur *provisoire* : ils doivent être refaits, suivant les formes ordinaires, dans un délai de six mois à compter

du jour où le testateur en a eu la possibilité (V. art. 987, 994, § 1, et l'art. 2 de la loi du 14 avril 1923).

Il faut encore signaler que le Français qui se trouve *à l'étranger* peut tester dans la forme *locale*, conformément à la règle « *locus regit actum* » (art. 999), et que, d'autre part, les attributions notariales sont exercées, à l'étranger, par les chefs de mission ou les chefs de poste et les titulaires de chancelleries détachées (V. pour les testaments par acte public, la loi du 10 août 1936, art. 3).

1269. Alsace et Lorraine. — Les testaments conclus ou souscrits avant la mise en vigueur des lois françaises demeurent valables dans les conditions prévues par la loi locale (L. 1er juin 1924, art. 137).

1270. Testaments ordinaires. — Le droit exceptionnel étant ainsi signalé, nous n'envisagerons plus désormais que les trois formes de testaments ordinaires : olographes, authentiques et mystiques.

§ I. — *TESTAMENT OLOGRAPHE*

1271. Définition. — Le testament *olographe* est celui qui est *écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur* (art. 970). Ce sont là les éléments de la *solennité*, aucune autre condition de forme n'étant requise (même texte) ; il y a lieu de les examiner de près.

1272. I. L'écriture. — Elle doit être *de la main du testateur*, de bout en bout; le testament *olographe* est donc un *autographe* du testateur (ὅλος, entier, γράφειν, écrire); on ne peut pas, dans cette forme, tester par procuration; l'intermédiaire d'un mandataire n'est pas admis.

1273. — Toutefois, cette règle rigoureuse, qui a pour but de sauvegarder la liberté de détermination, l'indépendance de pensée du testateur, est appliquée par la jurisprudence avec discernement; elle y voit l'affirmation de cette idée que *le testament olographe doit émaner certainement de la volonté consciente de son auteur*. C'est à la lumière de cette directive qu'elle interprète l'article 970, en sorte que la règle de forme inscrite dans ce texte (l'écriture de la main du testateur), est comprise en fonction d'une règle de fond (l'origine sincère et consciente des dernières volontés).

La jurisprudence est ainsi conduite à donner de l'article 970 une interprétation qui s'écarte ou paraît s'écarter de la lettre de la loi, tantôt dans un sens plus rigoureux, tantôt et plus fréquemment, dans un esprit libéral.

A. *Interprétation dans un sens rigoureux.* Bien qu'écrit en entier de la main du testateur, le document est nul s'il est prouvé que le rédacteur prétendu ne savait ni lire ni écrire, car l'écriture ne pouvait alors être l'expression de la pensée consciente de l'auteur qui ne comprenait pas la valeur des caractères formés servilement, machinalement, par sa main (Req., 23 janv. 1934, *D. H.*, 1934, 129).

B. *Interprétation dans un esprit libéral.* Il arrive qu'un testament olographe soit valable, encore qu'il n'émane pas entièrement de la main du testateur.

1° L'intervention d'une main étrangère s'est produite en dehors de la volonté et à l'insu du testateur, sous forme de ratures, de surcharges, d'additions, d'interpolations; en ce cas, elle n'a pas altéré la liberté de son jugement; le testament, ramené à sa teneur autographe, restera valable (Civ. 16 juill. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 129; Rouen, 13 juin 1893, *D. P.*, 1894, 2, 207);

2° Alors même que l'intervention d'un tiers aurait eu lieu à la connaissance et à la requête du testateur, elle ne vicie pas nécessairement le testament, mais seulement si elle a été de nature à peser sur les volontés dernières du testateur, à les altérer, à les modifier. Dans le cas contraire, et si l'assistance du tiers a été purement *matérielle*, purement mécanique, le testament est valable, puisqu'il reproduit fidèlement la pensée de son auteur véritable; on distingue ainsi « l'aide matérielle » d'un tiers qui est indifférente, de la « collaboration prépondérante » qui entraîne la nullité de l'acte (Req., 16 janv. 1923, *S.*, 1923, 1, 56; Lyon, 26 oct. 1922, *D. P.*, 1923, 2, 180);

3° Et dès lors, on ne s'étonne plus si certains tribunaux ont admis la validité de testaments rédigés par des procédés mécaniques, à l'aide d'une machine à écrire (trib civ. Marseille, 9 juill. 1930, *S.*, 1931, 2, 49, note Gény, *D. P.*, 1930, 2, 166, note Lalou; trib. civ. Rouen, 20 avril 1931, *D. H.*, 1931, 344, *S.*, 1931, 2, 239). Il est curieux d'observer que cette thèse ultra-libérale est fondée tant sur l'impossibilité, pour les rédacteurs du Code civil, de prévoir l'utilisation de procédés mécaniques, inconnus à leur époque, que sur le texte même de l'art. 970 qui exige bien que le testament soit écrit « *de la main du testateur* », mais sans prévoir de quel instru-

ment — plume, crayon, craie, etc. — cette main doit se servir. Ces arguments pourraient aussi bien être retournés contre la thèse à laquelle on veut les faire servir : il ne suffit pas qu'une pratique n'ait pas pu être prévue par le législateur pour qu'elle devienne, par cela même, licite; d'autre part, et surtout, en exigeant que le testament olographe fût un autographe, on a voulu assurer éventuellement l'identification, par une vérification d'écriture, de l'auteur du document; et, quoiqu'on prétende, cette vérification, et, par conséquent, cette identification ne sont plus assurées lorsque le testateur a eu recours à un procédé mécanique. Certainement, les rédacteurs du Code civil n'auraient pas admis la validité d'un testament imprimé, bien que l'impression typographique fût pratiquée plusieurs siècles avant eux; sans doute n'auraient-ils pas admis davantage la régularité d'un testament dactylographié, à supposer que ce procédé de reproduction écanique eût existé à leur époque : seule, une écriture, une « *graphie* » peut constituer un testament *olographe* (*Sic*, Aix, 29 fév. 1932, *D. H.*, 1932, 259, *S.*, 1934, 2, 1, note Gény : cette décision a infirmé le jugement précité du trib civ. Marseille, et le pourvoi dont elle fut l'objet a été rejeté : Civ., 18 mai 1936, *D. H.*, 1936, 345; — V. L. Josserand, *La « désolennisation » du testament*, *D. H.*, 1932, *Chron.*, p. 73);

4° On admet que le testateur utilise des formules et des modèles préparés par un tiers (Lyon, 23 mars 1904, *S.*, 1905, 2, 303), mais à la condition d'en comprendre le sens (Req., 23 janv., 1934, précité).

1274. — La jurisprudence se montre encore libérale en ne soumettant la validité du testament olographe à aucune exigence matérielle particulière : il peut être écrit en plusieurs fois et non pas nécessairement en un seul trait de temps (Req., 9 mars 1936, *S.*, 1936, 1, 181); il peut être rédigé sur une feuille de *papier libre*, et non pas nécessairement, selon la croyance populaire, sur du papier timbré; il peut être écrit au *crayon* (Besançon, 6 juin 1882, *D. P.*, 1883, 2, 60; trib. civ. Beauvais, 1er juill. 1897, *D. P.*, 1898, 2, 502; Paris, 27 janv. 1939, *D. H.*, 1939, 217), inclus dans une *lettre missive* (Req., 10 fév. 1879, *D. P.*, 1879, 1, 298; 5 fév. 1900, *D. P.*, 1900, 1, 557; Civ., 28 juill. 1909, *D. P.*, 1910, 1, 44, *S.*, 1912, 1, 81; 25 avril 1925, *D. P.*, 1927, 1, 48; Req., 4 juin 1934, *D. H.*, 1934, 460; Civ., 3 mai 1935, *motifs*, *D. H.*, 1935, 314); rédigé sur *plusieurs feuillets*

séparés (Req., 28 mai 1894, *D. P.*, 1894, 1, 533, 9 janv. 1900, *D. P.*, 1900, 1, 97; Lyon, 30 déc. 1931, *S.*, 1932, 2, 45), — du moins s'il existe entre ceux-ci un lien intellectuel et matériel évident (Civ., 22 juill. 1936, *S.*, 1936, 1, 386); en une *langue quelconque*, comme il peut être griffonné sur un mur, avec du charbon ou de la craie. Tout ce qui est exigé, c'est qu'il présente un caractère sérieux, sincère, juridique et qu'il émane de la libre volonté de son auteur.

Mais la jurisprudence la plus libérale est sans doute celle qui admet l'application au testament de la disposition de l'article 1348, lequel autorise la preuve par témoins de l'existence de titres perdus ou détruits par des événements de force majeure (V. Req., 12 juin 1882, *S.*, 1883, 1, 127, et, pour un testament qui, déposé dans une étude, a été détruit pendant l'occupation ennemie, Req., 15 nov. 1926, *S.*, 1927, 1, 223, *D. H.*, 1926, 545).

1275. II. **La date**. — Le testament doit être *daté*, également de la main même du testateur.

Cet élément formel a une importance capitale : en révélant le jour de la confection du testament, la date permet de vérifier si son auteur l'a rédigé en période de *capacité*; de plus, au cas de pluralité de testaments, elle sert à déterminer quel est le plus récent, donc celui qui doit l'emporter sur les autres, par lui implicitement révoqués.

Aussi la date est-elle exigée pour toutes les parties du testament, non seulement pour le texte initial et fondamental, mais aussi pour les modifications qui y seraient apportées sous une forme quelconque, en marge ou autrement, la sanction consistant alors dans la nullité, non du testament lui-même, mais des modifications non datées dont il sera fait abstraction (Req., 4 déc. 1922, *S.*, 1923, 1, 97, note Chavegrin; 9 mars 1936, précité); il en irait autrement et la date n'est pas requise pour les additions ou les ratures qui n'auraient d'autre objet que de rectifier une erreur de rédaction ou d'expliquer, d'interpréter les dispositions de l'acte (Req., 18 août 1862, *D. P.*, 1863, 1, 348; 22 nov. 1870, *D. P.*, 1872, 1, 272; 16 août 1881, *D. P.*, 1882, 1, 247; 21 juin 1921 *S.*, 1923, 1, 99), non plus que pour celles qui seraient contemporaines de la rédaction de l'acte (Paris, 5 mars 1935, *S.*, 1935, 2, 238).

Il n'est pas indispensable que la date figure en tête de l'acte ou à la fin; elle peut occuper une position interca-

laire, à condition qu'elle s'applique évidemment à l'ensemble de l'acte, écrit d'un seul jet (Req., 7 juill. 1869, *D. P.*, 1870, 1, 76).

1276. En quoi consiste la date. — La date consiste dans l'indication du *jour*, du *mois* et de l'*année* (Civ., 25 avril 1925, *D. P.*, 1927, 1, 48) ; toutefois, les deux premières références comportent des équivalents : Noël 1935; Pâques 1939. L'indication de l'heure n'est pas exigée.

1277. Sanction. — La sanction consiste dans la *nullité* du testament, soit qu'il ne porte pas de date du tout, soit qu'il mentionne une date *inexacte* ou *incomplète* (Civ., 13 mars 1883, *D. P.*, 1884 1, 14; 16 juill. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 196; Req., 10 mai 1905, *D. P.*, 1905, 5, 32).

Le vice résultant de l'*absence* de date est irrémédiable.

Mais il y a des réserves à faire pour la date *incomplète* ou *inexacte*.

La date *incomplète* ou *inexacte* est traitée différemment selon que l'erreur commise est volontaire ou non.

1° Si elle est *involontaire*, si le testateur s'est trompé, la date peut être rectifiée, complétée par le tribunal, mais seulement à l'aide des éléments de preuve qui lui sont fournis par l'acte lui-même : c'est le système de la *preuve intrinsèque*, lequel garde de l'arbitraire du juge. Par exemple, le testateur s'est trompé d'un siècle; il a inscrit 1836 au lieu de 1936; le *lapsus calami* est manifeste; ou bien la véritable date ressort du millésime de la feuille de papier timbrée qu'il a utilisée (V. Req., 5 nov. 1913, *D. P.*, 1914, 1, 233, rapport Denis, note Maurice Picard; 5 mars 1913, *D. P.*, 1913, 1, 432; 9 fév. 1915, *S.*, 1916, 1, 119; 24 fév. 1919, *S.*, 1920, 1, 374; 13 mars 1928, *S.*, 928, 1, 199; Comp. Req., 4 juin 1934, *S.*, 1934, 1, 253; 8 déc. 1936, *D. H.*, 1937, 52) ; les circonstances *extrinsèques* au testament ne sont à prendre en considération que si elles ont leur principe, leur « racine », dans cet acte lui-même (Req., 11 janv. 1886, *D. P.*, 1886, 1, 440; 12 mars 1928, *S.*, 1928, 1, 240; Civ., 22 juill. 1936, *S.*, 1936, 1, 386), par exemple dans son état matériel : le papier sur lequel il a été rédigé n'avait été fabriqué et mis en circulation que postérieurement à la date inscrite (Req., 21 avril 1931, *S.*, 1931, 1, 244);

2° Si la date est volontairement fausse, si elle est *mensongère*, le testament est nul, dans tous les cas et *quand bien même son auteur n'aurait pas obéi à une pensée de fraude*, alors même qu'il n'aurait pas voulu tourner une disposition

impérative de la loi; mais c'est seulement au cas où le testament est argué de *fraude* que la preuve de la fausseté de la date peut être administrée par tous moyens, même par simples présomptions et à l'aide d'éléments *extrinsèques* (Req., 22 fév. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 131).

1278. III. **Signature.** — La loi exige encore que le testament olographe soit *signé* du testateur lui-même. On se montre d'ailleurs très libéral à ce sujet il n'est pas nécessaire que le nom et les prénoms s'étalent complètement dans l'acte; on veut seulement que le nom remplisse son office habituel qui est d'identifier nettement la personne (*sup.*, t. I, n° 207; trib. civ. Marseille, 15 janv. 1931, *Gaz. trib.* 3-5 mai); un *pseudonyme* peut y suffire (Paris, 7 avril 1848, *D. P.*, 1848, 2, 90), à plus forte raison un prénom (Aix, 15 mars 1933, *Sem. jur.* 1933, p. 474); et on admet que la signature figure sur l'enveloppe du testament (Paris, 17 mai 1901, *D. P.*, 1902, 2, 266; Bourges, 15 janv. 1908, *S.*, 1908, 2, 136; Besançon, 15 nov. 1921, *S.*, 1923, 2, 38; Rennes, 3 nov. 1931, *S.*, 1932, 2, 89; *contra* Montpellier, 28 mai 1931, *S.*, 1931, 2, 222), ou dans le corps de l'acte, s'il est évident qu'elle se réfère à l'ensemble des dispositions (Grenoble, 17 fév. 1911, *motifs*, *S.*, 1911, 2, 79); mais une simple *mention du nom* est inopérante : on exige une véritable *signature* (Civ., 11 juill. 1935, *S.*, 1935, 1, 328, *D. H.*, 1935, 425).

1279. Remarque. — Aucune autre condition n'est requise pour la validité du testament olographe (art. 970) : l'indication du *lieu* où il est rédigé n'est pas requise, pas plus que n'est exigé l'*enregistrement* du vivant du testateur; il est admis, sans difficulté, que l'article 1328 n'est pas applicable à cet acte de dernière volonté qui, à raison de son caractère *secret* et *révocable*, répugne tant à l'enregistrement qu'au dépôt chez un officier public.

1280. Force probante du testament olographe. — Il faut distinguer entre la foi due à *l'acte lui-même* et celle qui s'attache à la *date*.

1° Quant au *testament* lui-même, il est traité, au point de vue de son autorité, ainsi qu'un acte privé, ce qu'il est en réalité : il est donc sujet à *vérification* du moment que l'écriture ou la signature en sont contestées par les intéressées, c'est-à-dire par les héritiers *ab intestat*; en conséquence, et si l'on applique les principes de la procédure de *vérification d'écriture*, du moment que la contestation est formulée, c'est

aux légataires qu'il incombe d'administrer la preuve de la sincérité de l'acte au moyen de ladite procédure (*sup.*, t. II, n° 183). Mais il est remarquable que la jurisprudence dominante, qui admet cette solution en thèse générale, la repousse dans un cas particulier, en faveur du *légataire universel saisi de plein droit par l'absence d'héritiers à réserve* (art. 1006), du moins lorsqu'il a obtenu l'*envoi en possession*; à partir de ce moment, la situation serait retournée et c'est aux héritiers *ab intestat* non réservataires qu'il échoirait de prouver la fausseté du testament (*Sic*, Civ., 13 mars 1849, *D. P.*, 1849, 1, 95; 21 juill. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 220; 10 janv. 1877, *D. P.*, 1877, 1, 159, *S.*, 1877, 1, 303; Req., 28 fév. 1928, *D. P.*, 1929, 1, 8); il n'en serait autrement que si, à raison des circonstances exceptionnelles de la cause, le testament pouvait apparaître comme suspect (Civ., 6 mai 1856, *D. P.*, 1856, 1, 216). Cette jurisprudence, qui n'est suivie ni en Belgique, ni dans le Grand-Duché de Luxembourg (trib. Luxembourg, 24 déc. 1930, *S.*, 1933, 4, 28), est vivement critiquée par les auteurs qui font remarquer que l'héritier, du moment qu'il a établi sa vocation successorale, est défendeur à l'exception tirée du testament (Planiol et Ripert, t. III, n° 2696). Vainement objecte-t-on que le légataire universel a la saisine : c'est résoudre la question par la question, car la saisine est subordonnée à l'authenticité du testament, laquelle est précisément contestée. Cependant, il faut bien reconnaître que la conjugaison de ces deux circonstances que le légataire est saisi et qu'il a obtenu l'envoi en possession est assez impressionnante et l'on s'explique qu'elle ait déterminé la jurisprudence à reconnaître provision au titre ainsi doublement renforcé;

1281. — 2° En ce qui concerne la *date*, une autre jurisprudence qui, celle-là, est approuvée par certains auteurs bien qu'elle soit peut-être plus difficile à défendre que la précédente, décidait, non seulement qu'elle est *certaine* par elle-même, l'article 1328 ne lui étant pas applicable (*sup.*, n° 1279 et t. II, n° 186), mais encore qu'elle fait foi jusqu'à *inscription de faux* : ceux qui en contestent l'exactitude devraient donc recourir, pour établir que le testament a été rédigé en réalité à une autre date, à la procédure de l'inscription de faux. Cette opinion s'appuie sur l'article 214 C. pr. duquel il résulte seulement qu'un acte sous seing privé comporte parfois ladite procédure, mais qui ne fait pas allusion, même indirectement, au testament (*Sic.*, Req., 22 fév. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 131.

Plus récemment, il semble que la Cour de cassation ait abandonné cette position extrême et qu'elle limite la dérogation au droit commun à ceci que la date du testament est tenue pour exacte et que c'est à ceux qui contestent cette exactitude qu'il appartient de faire la preuve, laquelle peut être administrée conformément au droit commun et sans qu'une inscription de faux soit requise de leur part : à la preuve par la procédure de l'inscription de faux se substitue ainsi, dans la dernière jusrisprudence, la preuve tout court (Civ., 11 juin 1902, *D. P.*, 1902, 1, 434; Req., 15 fév. 1909, *D. P.*, 1911, 1, 189).

La dérogation à l'article 1328 n'en demeure pas moins flagrante, la date du testament portant en elle-même, et jusqu'à preuve contraire, le témoignage de sa propre certitude.

Cependant, il en va autrement :

a) D'abord, si la preuve de la fausseté de la date ressort du testament lui-même, si elle résulte notamment du timbre ou du filigrane (Req., 4 janv. 1847, *D. P.*, 1847, 1, 147);

b) Puis si le testament est attaqué, *dans son ensemble*, pour cause de *fraude*, de *captation* ou de *suggestion* : la preuve de la fausseté de la date peut alors être administrée sans qu'il soit besoin de s'inscrire en faux, tous les modes de preuve étant admis, même les simples *présomptions* (Req., 22 fév. 1853, et 21 août 1876, précités; 20 juill. 1886, *D. P.*, 1887, 1, 83).

1282. Ouverture et exécution du testament olographe. — Tout *dépositaire* d'un testament olographe doit le présenter au président du tribunal civil dans le ressort duquel la succession s'est ouverte (art. 1007, § 1); « *ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis* » (même texte). C'est seulement à l'issue de ces formalités, destinées à assurer la conservation de l'acte, à en prévenir la destruction ou la falsification, que l'exécution peut avoir lieu régulièrement. Ces dispositions ne comportent d'ailleurs aucune sanction; celui qui les transgresse en ouvrant spontanément le testament n'encourt, *de ce seul fait*, aucune pénalité.

L'ordonnance du président, prescrivant le dépôt du testament dans l'étude du notaire par lui commis, a un caractère contentieux et comporte donc l'appel, dans les termes du droit commun (Civ., 13 avril 1897, Ref., *S.*).

§ II. — *TESTAMENT AUTHENTIQUE*

(Art. 971 à 975)

1283. Aperçu. — Le testament *authentique*, ou par *acte public*, est un acte particulièrement solennel : il appartient, en effet, à la catégorie des actes pour la validité desquels la loi exige l'intervention, à côté du *notaire rédacteur*, soit d'un second notaire et de deux témoins, soit de quatre témoins (art. 971), la présence *réelle* de ces auxiliaires étant exigée pendant toute la réception de l'acte (dictée, confection, signature; Civ., 27 avril 1857, *D. P.*, 1857, 1, 365).

1284. Formalités. — 1° *Dictée.* — Le testament doit être *dicté* par le testateur au notaire rédacteur (art. 972). En conséquence, le notaire ne pourrait pas se contenter de copier un projet rédigé à l'avance (Caen, 17 nov. 1884, *S.*, 1885, 2, 171), et il doit laisser au testateur l'initiative de l'acte; son rôle est de le recevoir, non de le composer; il ne saurait donc procéder par voie d'interrogations, en consignant les réponses qui lui sont faites (Civ., 12 fév. 1879, *D. P.*, 1879, 1, 84; 6 déc. 1886, *D. P.*, 1887, 1, 399); il lui est seulement permis d'adresser au disposant des questions afin de s'éclairer sur ses véritables intentions (Req., 13 juin 1882, *D. P.*, 1882, 1, 312; 3 mars 1890, *D. P.*, 1890, 1, 354; Pau, 18 juill. 1887, *D. P.*, 1888, 2, 214; Lyon, 18 fév. 1907, *S.*, 1908, 2, 78);

2° *Ecriture.* — C'est le notaire rédacteur qui doit tenir la plume (art. 972), lui-même et à l'exclusion de tous auxiliaires, même de ses clercs. Il est tenu de reproduire fidèlement la pensée du disposant, mais non pas nécessairement mot pour mot (Req., 3 mars 1890, précité), non pas « servilement »; il peut l'exprimer sous une forme plus compréhensible que celle dont s'est servi le testateur (Req., 6 déc. 1937, *S.*, 1938, 1, 59). Le testament doit être rédigé en *langue française* (arrêté du 24 prairial an XI), sauf la faculté pour les notaires d'écrire, à mi-marge de la minute française, la traduction en idiome du pays (même arrêté);

3° *Lecture.* — Il doit être donné *lecture* du testament (art. 972, § 3), en présence du testateur et des témoins, et avant la signature, mais il n'est pas indispensable que la lecture soit entendue du disposant; on admet que celui-ci, s'il est atteint de *surdité*, procède lui-même à une seconde lecture en présence des témoins (Civ., 14 fév. 1872, *D. P.*, 1872, 1, 457; Aix, 10 nov. 1869, *D. P.*, 1870, 2, 106);

4° *Mention de l'accomplissement des formalités.* — Il doit être fait *mention expresse*, dans l'acte, de l'accomplissement des formalités précédentes, et cela à peine de nullité (art. 972 *in fine*) ;

5° *Signature.* — Le testament doit être *signé* par le *notaire*, les *témoins* et le *testateur*. Cette condition est entendue rigoureusement (V. pour le cas d'un testateur qui perd connaissance avant d'avoir pu signer l'acte, Paris, 5 janv. 1934, *S.*, 1934, 2, 215). Cependant : *a*) si le testateur ne sait ou ne peut signer, il doit être fait mention expresse de sa déclaration dans l'acte, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (art. 972) ; mais une telle déclaration ne sauverait pas l'acte de la nullité si elle émanait du notaire; il faut qu'elle soit l'œuvre du testateur lui-même (Nîmes, 7 nov. 1898, *S.*, 1900, 2, 142; trib. civ. Seine, 18 fév. 1930, *S.*, 1932, 2, 11) ; *b*) *dans les campagnes*, il suffit des signatures de la moitié des témoins (art. 974).

1285. Qualités requises chez les témoins. — La *capacité* des témoins est à apprécier, soit en valeur absolue, soit relativement au testateur.

1° En valeur absolue, et quel que soit le testateur, les témoins doivent réunir certaines conditions de capacité qui sont fixées pour le testament dans des termes parfois dérogatoires en droit commun. Pour jouer le rôle de témoins dans cet acte, il faut être *majeur* et *Français*, sans distinction de sexe, mais avec cette réserve, spéciale au testament, que le mari et la femme ne peuvent pas être témoins ensemble (art. 980).

On considère encore comme incapables, outre les mineurs et les étrangers, les personnes qui ne jouissent pas de leurs droits civils (C. pénal., art. 34-3°, et 42-7°), les aveugles, les sourds, les idiots ou ceux qui ne comprendraient pas la langue employée par le testateur;

2° Il existe des *incapacités relatives*; ceux qui en sont frappés peuvent bien être témoins, en principe, mais non dans le testament d'une personne déterminée. Ce sont : les *légataires*; les *parents ou alliés des légataires*, jusqu'au quatrième degré inclusivement; les *clercs* des notaires par lesquels les actes sont reçus (art. 975).

1286. — L'incapacité d'un témoin entraîne, en principe, la *nullité* du testament ainsi que la *responsabilité* du notaire rédacteur (Req., 6 juin 1901, *S.*, 1902, 1, 239). Toutefois, la jurisprudence fait application, en cette matière, de la

règle *error communis facit jus*; le testament est valable et la responsabilité du notaire est à couvert si le témoin incapable avait la *possession d'état* d'un témoin capable, si, par exemple, il passait aux yeux de tous comme ayant la nationalité française alors qu'il était en réalité étranger (Req., 1er juill. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 157); à cet égard et dans cette mesure, la capacité *apparente* suffit, l'*erreur commune* fait droit (même arrêt).

1287. Force probante. — Le testament authentique fait foi, jusqu'à inscription de faux, et de sa provenance, et des mentions qu'il renferme, y compris la *date*. Toutefois, cette proposition n'est exacte que pour les constatations rentrant dans la mission du notaire; c'est ainsi qu'on peut, sans recourir à la voie de l'inscription de faux, être admis à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit, malgré l'énonciation contraire du testament authentique : cette énonciation n'exprime, en effet, que l'opinion personnelle du notaire qui n'est pas chargé par la loi de constater l'état mental du testateur (Req., 13 janv., 1926, *S.*, 1926, 1, 16).

§ III. — *TESTAMENT MYSTIQUE*

1288. Formalités. — Le testament *mystique*, c'est-à-dire *secret*, est rédigé par une *personne quelconque*, — testateur, notaire, ami (art. 976) — et sans témoins; il est *signé* par le testateur, en principe du moins, car le Code civil, prévoyant le cas où le disposant ne sait pas ou n'a pas pu signer, décide qu'on appelle alors chez le notaire un témoin supplémentaire et qu'on mentionne la cause pour laquelle cet appel a eu lieu (art. 977).

Le testament, ainsi rédigé et signé, est *présenté* à un *notaire*, sous une enveloppe fermée; le disposant déclare, en présence de *six témoins*, que c'est bien là son testament. Le notaire dresse un *procès-verbal* constatant la remise du document ainsi que la déclaration faite par le testateur, procès-verbal qui est qualifié *acte de suscription* parce qu'il est écrit sur le dos de l'acte fermé ou de l'enveloppe; il est écrit, daté et signé par le notaire, après quoi il est signé par le testateur et par les six témoins, ainsi que par le septième, dans le cas spécial de l'article 977.

Les *témoins* doivent, en principe, remplir les conditions exigées chez les témoins d'un testament authentique : toutefois, les incapacités relatives, édictées dans l'article 975, ne les concernent pas.

1289. Sanction. — Les formalités prescrites par la loi comportent, comme sanction, la nullité du testament; il y a cependant lieu d'observer que, si l'acte est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il peut alors valoir à titre de testament olographe (arg., art. 1318).

1290. Ouverture du testament. — Elle doit avoir lieu comme celle du testament olographe, mais avec cette complication que le notaire et les témoins qui ont signé l'acte de suscription et qui se trouvent sur les lieux doivent être présents ou dûment appelés (art. 1007, § 4).

1291. Force probante. — Le testament mystique se compose de deux *instruments* nettement distincts : tandis que le *testament* est un acte *privé*, qui peut donc être contesté dans les termes du droit commun, au moyen de la vérification d'écriture (Toulouse, 30 juin 1930, *D. P.*, 1931, 2, 25, note critique Jean Loup), l'*acte de suscription*, œuvre du notaire, est un acte *authentique* qui fait foi de sa provenance et de son contenu jusqu'à inscription de faux (Req., 10 déc., 1902, *S.*, 1903, 1, 285).

§ IV. — *OBSERVATIONS COMMUNES AUX DIFFÉRENTES FORMES DE TESTAMENT*

1292. I. Mérites et inconvénients respectifs des différentes formes de tester. — Chacune des formes testamentaires qui viennent d'être sommairement décrites, présente ses avantages et ses inconvénients, en sorte que chacune d'elles se prête de préférence à telle ou telle éventualité déterminée.

Si le testateur désire avant tout que ses dernières volontés demeurent *secrètes*, il doit se garder de recourir à la forme authentique qui mettrait dans la confidence deux notaires et deux témoins ou un notaire et quatre témoins; il utilisera la forme olographe ou la forme mystique. Encore, s'il ne sait pas écrire, devra-t-il se décider nécessairement pour cette dernière forme, et, s'il ne sait pas lire, ce parti lui sera-t-il fermé (art. 978) : la forme authentique sera pour lui obligatoire, avec des inconvénients qu'elle entraîne : publicité, au moins restreinte, frais et complications, — mais aussi les avantages qui lui sont inhérents : en cas de nullité pour vice de forme ou pour vice de fond, la responsabilité du notaire pourra être engagée; en outre, les héritiers, exclus, totalement ou partiellement, par un testament de ce genre,

seront assez mal placés pour arguer de la captation ou de la faiblesse d'esprit du testateur; enfin, la sincérité de l'acte ne pourra guère être contestée, car, si un faux avait été commis, il serait alors l'œuvre du notaire, au lieu que la contestation du testament olographe est soumise au droit commun, réserve faite de la date et de la jurisprudence favorable au légataire universel saisi et envoyé en possession (*sup.*, n° 1280).

Il faut ajouter qu'un *muet* ne peut pas utiliser la forme authentique qui suppose une dictée de la part du disposant (Nancy, 3 janv. 1903, *D. P.*, 1903, 2, 213, *S.*, 1904, 2, 209), tandis que la forme mystique lui est ouverte par l'article 979 qui indique les règles à suivre en pareille éventualité; au lieu qu'à l'inverse un *aveugle* peut faire son testament par acte authentique, non par acte mystique.

Somme toute, cette dernière forme, malgré son caractère confidentiel, est nettement inférieure aux deux autres : d'une part elle implique un luxe de formalités vraiment excessif : d'autre part, elle ne confère l'authenticité qu'à l'acte de suscription, non au testament lui-même (*sup.*, n° 1291); le manque de proportions est manifeste entre les formes employées et les résultats obtenus.

1293. II. Prohibition des testaments conjoints. — Le même acte ne peut contenir que les dernières volontés d'une même personne, non celles de deux disposants (art. 968); ainsi l'exigent et le caractère *confidentiel* du testament, et son caractère *unilatéral*, et surtout la règle de la *révocabilité* absolue : la faculté de révocation serait limitée, en fait, si un testateur ne pouvait anéantir son testament qu'en anéantissant du même coup celui d'une autre personne. Aussi le testament *conjonctif* est-il nul, invariablement.

1294. III. Prohibition du testament verbal. — Le testament ne peut se faire que par *écrit* : le testament *verbal* ou *nuncupatif*, jadis pratiqué, a été condamné par l'ordonnance de 1735; sa *nullité* est certaine, en toute occurrence, et même au-dessous de cinq cents francs.

Cependant, il faut savoir que ce testament est susceptible, d'après la jurisprudence, d'engendrer une *obligation naturelle* à la charge des héritiers. En conséquence :

a) Cette obligation naturelle peut servir de *cause* à une obligation *civile* pleinement valable; et le bénéficiaire d'une disposition de cette nature peut être admis à démontrer, par témoins, que l'héritier a pris envers lui, en vue d'assurer

les dernières volontés orales du testateur, l'engagement d'exécuter la disposition (Req., 20 nov. 1876, *D. P.*, 1878, 1, 376);

b) Si l'héritier exécute le legs verbal, en pleine connaissance de cause, il ne peut pas revenir ensuite sur sa prestation; car une obligation naturelle sert de cause à un paiement et la répétition n'est pas admise à son égard, lorsqu'elle a été *volontairement* acquittée (art. 1235, § 2; Paris, 16 fév. 1860, *D. P.*, 1860, 5, 122);

c) L'héritier qui exécute ainsi les volontés verbales du testateur, puisqu'il fait un paiement, ne consent pas une donation au légataire; la délivrance du legs n'est donc pas passible du droit proportionnel de mutation qui frappe les libéralités entre vifs (Civ., 19 déc. 1860, *D. P.*, 1861, 1, 17).

1295. IV. **Sanction des irrégularités commises.** — Le testament rédigé contrairement aux règles légales est atteint d'une nullité, non pas relative, mais *absolue* : il appartient à tous intéressés de s'en prévaloir et l'action qui leur appartient à cet effet échappe à la prescription *décennale* de l'article 1304 qui, d'ailleurs, ne vise que les actions en nullité dirigées contre les *conventions* : or, le testament est un acte à formation unilatérale.

Mais la jurisprudence décide :

1° Que les héritiers ne sont plus recevables à arguer de la nullité du testament lorsqu'ils l'ont exécuté *volontairement*, c'est-à-dire en pleine connaissance de cause, étant instruits du vice dont il était entaché et dont ils renoncent alors implicitement à se prévaloir; ils *ratifient* ainsi, plus exactement ils *confirment* l'acte irrégulier. Cette solution est étayée sur l'article 1340 qui la donne pour les donations entre vifs (*inf.* n° 1311) : les arrêts n'hésitent pas à l'étendre au testament (Req., 9 juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 219; Civ., 10 nov. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 40; 9 janv. 1884, *D. P.*, 1884, 1, 231; Paris, 3 déc. 1897, *D. P.*, 1898, 2, 59);

2° Que l'action en nullité se prescrit par *trente années*, conformément au droit commun de l'article 2262 (Comp. Bordeaux, 14 mars 1843, *D. P.*, 1843, 2, 177).

1296. — Cette dernière solution, comme d'ailleurs toute l'économie de cette jurisprudence, nous paraît fort sujette à caution. A notre avis, les formes requises pour les testaments sont, comme les formes exigées pour les donations entre vifs, une condition mise à l'existence même de l'acte qu'on s'accorde à considérer comme solennel; c'est donc le

cas d'appliquer l'adage : *forma dat esse rei*. La sanction doit être, non la nullité, mais bien *l'inexistence* du testament; la prescription ne devrait donc trouver ici aucune prise; ce qui n'a jamais existé n'existera jamais, réserve faite cependant de la faculté, reconnue aux héritiers, de s'approprier l'acte irrégulier en l'exécutant; hors de là, cet acte ne doit pas pouvoir sortir du néant; la jurisprudence reconnaît elle-même qu'un testament non revêtu des formes légales est impuissant à révoquer un testament antérieur (*inf.* n° 1642), ce qui implique bien qu'il est sans existence. Il serait d'ailleurs profondément choquant qu'un testament falsifié ou rédigé par une main, par une volonté étrangère, pût jamais acquérir une autorité quelconque, et c'est cependant à la reconnaissance de cette autorité que l'on arrive en admettant, après trente années, l'extinction de l'action en nullité. Tout ce qu'on peut dire c'est que cette inélégance, pour ne pas dire davantage, est amendée par une autre jurisprudence qui admet, à défaut de la perpétuité de l'*action* en nullité, la perpétuité de l'*exception : quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Mais il n'en reste pas moins étrange qu'un légataire puisse, ayant été mis en possession, garder définitivement des biens que le testateur n'a peut-être jamais eu la libre volonté de lui léguer.

Section II. — FORMES DES DONATIONS ENTRE VIFS

1297. Principe. Plan. — Tandis que, pour le testament, la règle est la *diversité* des formes mises à la disposition du testateur, pour les libéralités entre vifs, le principe est l'*unité* : de tels actes doivent revêtir la forme solennelle de la donation.

Mais, si tel est le principe, il comporte bien des dérogations, plus ou moins profondes, plus ou moins réglementaires aussi : le droit positif, tel que le conçoit et tel que l'impose la jurisprudence, n'est pas toujours le droit écrit; souvent, une libéralité est valable encore qu'elle soit dénuée de formes, et on la qualifie cependant de donation, du moins si elle réalise un transfert de valeurs d'un patrimoine à l'autre. Il y a donc le *principe*, concrétisé dans l'*acte solennel portant donation*; et il y a des *exceptions* représentées par les *donations sans formes solennelles*, ou, si l'on veut, *sans formes*, tout court : nous étudierons d'abord la règle, ensuite les dérogations, sous laquelle elle disparaît en partie.

§ I. — *FORMES PRESCRITES POUR LES ACTES PORTANT DONATION*

1298. Solennité. — La donation est un des rares contrats *solennels* qui existent dans notre droit. La loi exige, pour sa validité :

1° La rédaction d'un acte notarié;

2° L'*acceptation*, expresse et par acte notarié, du donataire;

3° Pour les donations *mobilières*, la rédaction d'un *état estimatif;*

Puis, nous aurons à déterminer :

4° La *sanction des formes* prescrites;

5° Le montant des *droits d'enregistrement*.

1299. I. **Rédaction.** — L'article 931 veut que *tous actes portant donation entre vifs* soient passés *devant notaire*, et non pas en brevet, mais en *minute;* de plus, la *présence réelle* d'un *second notaire* ou de *deux témoins* instrumentaires est exigée par la loi (L. 21 juin 1843, art. 2; 1, 25 ventôse an XI, art. 9 modifié par l. du 12 août 1902).

1300. Raison d'être de ce formalisme. — Ce formalisme inusité semble bien répondre à une double préoccupation :

1° On veut protéger le donateur, assurer la liberté de son geste, attirer son attention sur la gravité de l'acte qu'il se propose d'accomplir;

2° Surtout, on veut assurer et rendre effective l'*irrévocabilité* de la donation; il ne faut pas que le donateur puisse revenir sur sa libéralité en détruisant le titre; c'est pourquoi le Code civil exige, non seulement la forme notariée, mais la rédaction en *minute*, laquelle demeure dans l'étude du notaire rédacteur.

1301. Différences avec le testament authentique. — Il est à remarquer que, si exigeante que soit la loi, elle l'est moins cependant que pour le testament authentique, puisqu'elle se contente ici de la collaboration d'un second notaire sans témoins ou de deux témoins; de plus, il est admis qu'un *sourd-muet* peut faire une donation par acte notarié (Req., 17 déc. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 409).

1302. Procuration. — Lorsque le donateur donne mandat à un tiers de faire la donation en son nom, la procu-

ration doit être donnée elle-même en la forme authentique, avec la présence du second notaire ou de deux témoins instrumentaires; il n'y a là que l'application d'un principe général déjà signalé (*sup.*, t. II, n° 1404). L'article 2 (abrogé par l'article 2 de la loi du 12 août 1902) de la loi du 21 juin 1843, s'en expliquait formellement et la solution ne fait plus de difficulté; mais il est généralement admis que la procuration notariée peut être rédigée en *brevet*, car, en ce qui la concerne, la raison qui a fait exiger, pour l'acte de donation lui-même, la rédaction en minute, n'existe pas : la révocabilité de la donation n'est plus en cause.

1303. II. Acceptation expresse du donataire, par acte notarié. — La donation étant un *contrat*, il est dans l'ordre juridique que le consentement du donataire ou de son représentant soit exigé sous la forme d'une *acceptation* de l'offre qui lui est adressée. Mais la loi déroge au droit commun lorsqu'elle veut que cette acceptation soit donnée *expressément* et dans la forme *authentique*.

1° La donation doit être acceptée par le donataire *en termes exprès* (art. 932, § 1); sans doute, on n'exige pas l'emploi d'une formule sacramentelle; il n'est pas nécessaire que le mot *accepter* figure dans l'acte; mais il faut une déclaration suffisamment claire et catégorique, et l'acceptation ne s'induirait pas d'énonciations plus ou moins ambiguës; on ne veut pas qu'il y ait matière à interprétation;

2° De plus, l'acceptation du donataire doit revêtir la forme *authentique* (art. 932, § 2), soit qu'elle figure dans le même acte que l'offre, et alors l'exigence de la loi est par là même satisfaite, soit qu'elle intervienne par la suite, isolément, et en ce cas elle doit figurer dans un acte notarié, rédigé en minute et en la présence réelle du second notaire ou de deux témoins instrumentaires; de toute façon, elle est donc assujettie au même formalisme que la donation elle-même.

1304. Particularités de l'acceptation ultérieure, par acte isolé. — Lorsque l'acceptation n'intervient qu'ultérieurement, par acte isolé, il y a lieu de noter des particularités importantes.

a) Cette acceptation doit être donnée du vivant du donateur et du donataire : les offres tombent, deviennent caduques par le *décès* de l'une des parties (*sup.*, t. II, n° 46), comme aussi par la survenance d'une *incapacité* ou par la *révocation* dont elles sont l'objet de la part de leur auteur, révocation qui n'est assujettie, même en matière de dona-

tion, à aucun formalisme : elle peut être faite par acte sous seing privé et aussi tacitement;

b) Notification de l'acceptation. — L'acceptation faite par acte postérieur doit être *notifiée* au donateur, par *acte d'huissier*; de cette façon, la formation du contrat devient hors de discussion art. 932, § 2). C'est une nouvelle *solennité* qui est exigée par le Code civil afin de couper court à toute contestation, et qui ne comporte point d'équivalent, point de substitut : même s'il était prouvé que le donateur eût eu, en fait, conscience de l'acceptation du donataire, il ne serait pas lié par cette acceptation (Limoges, 16 déc. 1872, *D. P.*, 1873, 2, 89).

1305. Sanction ; situation jusqu'à la notification. — L'article 932 déclare que la donation n'a d'effet, donc qu'elle n'existe, *à l'égard du donateur*, que du jour de la notification de l'acceptation; en général, on prend cette formule à la lettre et on argumente *a contrario* en décidant qu'*à l'égard du donataire*, la donation est parfaite dès le jour de l'acceptation; en conséquence, la notification serait possible, dans cette opinion dominante, même après le décès du donataire ou après la survenance d'une incapacité dans sa personne; d'autre part, le même donataire pourrait, dès avant la notification, disposer des biens donnés qui sont devenus les siens ou les grever de droits réels (*Sic*, Req., 4 mars 1902, *D. P.*, 1902, 1, 214). Tandis qu'à l'inverse, la donation tombe par le décès, ou la survenance d'une incapacité dans la personne du donateur, postérieurement à l'acceptation et avant la notification.

Encore que cette interprétation de l'article 932, § 2, soit admise par une doctrine et une jurisprudence dominantes, elle nous paraît bien difficile à approuver : les arguments *a contrario* sont suspects lorsqu'ils s'éloignent du droit commun; tel est bien le cas pour celui qu'on produit ici, puisqu'il aboutit à cette conclusion paradoxale que le contrat est formé pour l'une des parties alors qu'il ne l'est pas encore pour l'autre; on rompt ainsi l'unité d'une opération contractuelle, non pas en distinguant les rapports des parties et ceux des tiers, mais dans le cercle des parties contractantes elles-mêmes. Mieux vaudrait donc considérer que, jusqu'à la notification, la donation n'est pas parfaite, qu'elle est inexistante, absolument (comp. Limoges, arrêt précité).

1306. III. Etat estimatif exigé pour les donations mobilières. — Lorsque la donation porte sur des *meubles*,

elle devient tributaire d'une formalité supplémentaire; l'article 948 exige que soit dressé un *état estimatif* des biens donnés.

Raisons d'être. — 1° On a voulu, par cette exigence, assurer *l'irrévocabilité* des donations; en dehors d'un état estimatif, il eût été aisé au donateur de se repentir partiellement en réduisant l'étendue de sa libéralité, en détournant ou en détériorant certains objets donnés. C'est pour conjurer cette *révocation de fait* que le Code civil exige que soit dressé un état estimatif contenant l'énonciation et l'estimation des biens compris dans la donation;

2° Il arrive que le donataire soit tenu ultérieurement à *restitution*; la donation peut être sujette à *rapport* ou à *réduction*, ou à *révocation*, ou à *retour*, légal ou conventionnel : grâce à l'état estimatif, on saura ce que le donataire a reçu, donc ce qu'il doit restituer.

1307. Forme de l'état. — 1° Il peut figurer dans l'*acte même de donation*, et alors il participe de la forme authentique; 2° les parties peuvent aussi le rédiger par acte *séparé, sous seing privé*. Mais il faut alors : *a*) que l'état soit *contemporain* de la donation, sinon le but poursuivi par la loi en l'exigeant serait manqué; *b*) qu'il soit *signé* des deux parties (art. 948); *c*) qu'il soit *annexé* à la minute de la donation (même texte).

1308. Contenu de l'acte. — On doit trouver dans l'état estimatif l'*énumération* et l'*estimation* des meubles compris dans la donation; une indication globale serait insuffisante; il faut que les biens donnés soient énumérés *un à un* (Civ., 17 mai 1848, *D. P.*, 1848, 1, 105).

1309. Domaine d'application. — 1° On ne distingue pas d'après la nature des meubles donnés : l'état est exigé pour les meubles les plus importants, même pour un navire, comme pour les plus modiques; pour les meubles *incorporels* comme pour les meubles corporels. Cependant, si la donation a pour objet une *créance* de somme déterminée, l'*estimation* est inutile; il suffit d'identifier la créance et le débiteur en indiquant le montant de la somme due (Req., 11 avril 1854, *D. P.*, 1854, 1, 246). Quant aux *valeurs de bourse*, on indique la nature, le numéro du titre et la valeur au cours du jour;

2° Il est des libéralités mobilières qui échappent à l'exigence de l'état estimatif : ce sont précisément celles qui sont

dispensées également et d'abord de la forme notariée (dons manuels, donations déguisées, etc.) : l'article 948 ne vise que les libéralités consenties par un *acte de donation* (Dijon, 26 avril 1932, *D. H.*, 1932, 339);

3° Enfin, la Cour de cassation, considérant que l'état estimatif « ne tient pas à la solennité de l'acte de donation », admet qu'il peut y être suppléé par un acte équivalent, notamment par un inventaire auquel se réfèrent les parties, ou par tout autre acte établissant la consistance et la valeur des biens donnés (Req., 11 avril 1854, *D. P.*, 1854, 1, 246).

1310. IV. Sanction des formes solennelles. — Lorsque les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées, la donation est atteinte de *nullité absolue* (art. 931, 932 et 948); plus exactement, à notre sentiment, elle est *inexistante* : la forme solennelle a ici la valeur d'un *élément constitutif* de l'acte et non pas seulement d'une condition mise à sa validité; une donation sans formes, donc *informe* au sens littéral du mot, n'a pas d'existence juridique : *forma dat esse rei.*

En conséquence, et quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur ce point :

1° L'inefficacité de l'acte peut être invoquée par tous intéressés;

2° La donation irrégulière n'est pas susceptible de *confirmation* : nulle en la forme, elle doit être « *refaite en la forme légale* » (art. 1339). Il en irait ainsi même au cas d'exécution de la part du donateur; eût-elle lieu en connaissance de cause et avec l'intention de couvrir le vice, que la donation n'en demeurerait pas moins nulle et inexistante. Il pourrait seulement advenir que la remise des meubles au donataire se ramenât à un *don manuel*, du moins s'il s'agit de biens corporels; mais alors, il n'y aurait pas confirmation de la donation primitive, définitivement inefficace; il y aurait une seconde donation; conformément à l'article 1339, la donation aurait été refaite en la forme légale, ou, si l'on veut, en la forme jurisprudentielle;

3° La prescription *décennale* de l'article 1304 est sans application puisqu'elle est à base de confirmation et que l'acte n'est pas susceptible d'être confirmé (*sup.*, t. II, n° 349).

A notre avis, la prescription trentenaire est elle-même inutilisable; mais, pour la jurisprudence, on doit faire état de la règle de l'article 2262 d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, s'éteignent par trente ans.

1311. Particularités. — En ce qui concerne la sanction des formes solennelles des donations, deux particularités sont à relever, qui présentent une sérieuse importance.

1° Lorsque le donateur est *décédé*, la donation, qui n'était pas susceptible de confirmation de son vivant et par lui, peut être confirmée par ses *héritiers*, dans les termes du droit commun, soit expressément, soit tacitement, notamment au moyen de l'*exécution volontaire* de la disposition, mais seulement si elle a eu lieu en connaissance de cause, alors que les héritiers savaient de quel vice l'acte était atteint (Civ., 28 fév. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 81; Req., 9 juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 219).

Cette solution, qui est donnée expressément dans l'article 1340, est d'une explication difficile sur le terrain juridique : il semble qu'une nullité absolue ou une inexistence se trouve ainsi réduite, du fait du décès du donataire, à l'état de nullité relative; sans doute le législateur a-t-il considéré que les formes solennelles étaient exigées surtout dans l'intérêt de la famille du donateur; si cette famille passe outre, on ne peut pas défendre ses intérêts malgré elle et contre tous; de là la possibilité d'une confirmation posthume;

1312. — 2° Lorsque la donation a été *acceptée* par un *incapable* — mineur non représenté, prodigue non assisté, etc., — la donation devrait être atteinte d'une nullité simplement *relative* : car c'est un principe général que les incapacités — du moins les incapacités *civiles*, celles qui n'excluent pas le consentement mais qui le vicient seulement — sont sanctionnées par une simple *annulabilité*. Or, la jurisprudence décide que l'acte est alors atteint de nullité *absolue*, ce qui conduit à décider que l'inefficacité peut en être alléguée, non pas seulement par le donataire incapable dans l'intérêt de qui elle est édictée, mais aussi par le donateur lui-même (Req., 15 juill. 1889, *D. P.*, 1890, 1, 100, *S.*, 1889, 1, 412; Civ., 30 nov. 1896, *D. P.*, 1897, 1, 449; Caen, 20 déc. 1878, *D. P.*, 1880, 2, 1 — *contra*, Lyon, 23 mars 1877, *D. P.*, 1878, 2, 33). Cette solution dérogatoire au droit commun n'est pas vraiment justifiée dans les considérants des arrêts qui se contentent de déclarer que la donation acceptée par un incapable manque d'une des conditions nécessaires à sa perfection et que les articles 225 et 1125 ne sont pas applicables aux donations, ce qui est évidemment résoudre la question par la question. Nous estimons que cette jurisprudence, en intégrant ainsi d'autorité la capacité du

donataire acceptant dans les formes solennelles des donations, commet une confusion entre la *forme* et le *fond* : la capacité des parties est une condition de fond qui comporte traditionnellement comme sanction une simple annulabilité, tandis que les solennités des articles 931 et 932 ont trait à la forme des libéralités entre vifs. Ce qui démontre sans réplique la fausseté du point de vue jurisprudentiel, c'est qu'une donation émanant d'un *donateur* incapable ne serait certainement qu'annulable (*inf.*, n° 1444) ; on ne comprend pas pourquoi l'incapacité du *donataire* comporterait une sanction plus grave.

1312*bis*. V. Droits d'enregistrement. — Les droits fiscaux auxquels se trouvent assujetties les *donations ordinaires, hors contrat de mariage*, varient essentiellement selon le degré de parenté unissant les parties; un décret du 20 mai 1938, réalisant « l'arrondissement » des tarifs, en suite de la majoration de 8 % portée, par l'article 9 du décret-loi du 2 mai 1938 *relatif au budget*, les a fixés, *jusqu'au 31 décembre 1939*, ainsi qu'il suit :

1° *En ligne directe descendante*, si le donateur a plus de deux enfants vivants ou représentés, 7,60 %; deux enfants vivants ou représentés, 9,75 %; un enfant vivant ou représenté, *12,50* %;

2° *En ligne directe ascendante*, 12,50 %;

3° *Entre époux*, suivant les mêmes distinctions que dans la ligne directe descendante, 7,60 % ou 9,75 % ou 12,50 % et, s'il n'y a pas d'enfant vivant ou représenté, 15,20 %;

4° *Entre frères et sœurs*, 32,50 %;

5° *Entre oncles ou tantes et neveux ou nièces*, 39 %;

6° *Entre grands-oncles ou grand'tantes et petits-neveux et petites-nièces et entre cousins germains*, 45,50 %;

7° Entre parents au delà du 4e degré et entre personnes non parentes, 52 %;

8° Dons aux *établissements publics*, etc., 24 %.

On remarquera que ces taux sont établis sans égard à l'importance de la donation; sous ce rapport, le régime fiscal des donations s'oppose à celui des transmissions à cause de mort qui est établi sur des fractions de parts s'étageant depuis 1 à 5.000 francs jusqu'à 150.000.000 et au delà (*sup.*, nos 788 et 789).

Il est à noter que l'art. 21 de la loi budgétaire du 16 avril 1930 dispense des droits de mutation à titre gratuit les départements, les communes, les établissements publics hospitaliers et les bureaux de bienfaisance.-Dès avant cette dispo-

sition, les Universités et les Facultés bénéficiaient de semblable exonération.

D'autre part, deux décrets-lois en date du 28 février 1939 *portant dégrèvement en vue d'encourager la construction et la réparation d'immeubles*, ont pris, pour les donations entre vifs, entre proches parents — jusqu'au quatrième degré inclus — des mesures d'immunité identiques à celles qui ont été établies pour les mutations par décès (V. les art. 403*bis* et 403*ter* ajoutés au Code de l'enregistrement par ces deux décrets-lois; et *sup.*, n° 789*bis*, ce qui a été dit à propos des droits afférents aux mutations successorales).

§ II. — *LES LIBÉRALITÉS SANS ACTE PORTANT DONATION (DONATIONS SANS FORMES)*

1313. Interprétation libérale; droit coutumier. — Le principe d'après lequel les donations entre vifs impliquent, pour leur validité, pour leur existence même, la forme authentique, est loin d'avoir une application constante ou même générale; notre jurisprudence, s'inspirant à la fois de la tradition et de nécessités pratiques impérieuses, refoule ce principe dans un domaine très resserré, et cela grâce à une interprétation littérale de l'article 931.

Ce texte, observe-t-on, n'exige la forme authentique que pour les « *actes portant donation entre vifs* »; il suppose donc qu'un acte, qu'un *instrumentum* a été dressé et c'est cet acte écrit qu'il soumet à des conditions de forme rigoureuses. Mais si les parties arrivent à réaliser la libéralité sans dresser un acte portant donation, l'article 931 cesse d'être applicable et l'on en revient au droit commun de la consensualité des conventions. Ce texte ne signifie nullement que toute donation implique fatalement l'intervention d'un notaire, mais seulement que l'écrit destiné à constater une donation doit être passé dans la forme notariée. Il ne s'agit donc que de s'entendre : si les parties veulent suivre le droit chemin, effectuer ouvertement une donation dont il reste des traces, on les accable de formalités; mais qu'à cela ne tienne! Il leur est loisible de prendre des chemins de traverse, d'employer des procédés plus ou moins obliques, et elles échapperont alors à tout formalisme; sans doute, quant au *fond*, les règles applicables ne changent pas; mais, quant à la *forme*, toute entrave, toute gêne disparaît : et, au point de vue *fiscal*, l'acte risque fort d'échapper plus ou moins

complètement aux droits élevés qui frappent les donations, surtout en matière immobilière.

Dans ces conditions, on comprend que les parties empruntent les voies détournées de préférence à la ligne droite : elles y gagnent d'éviter des frais considérables, honoraires du notaire, droits de timbre et d'enregistrement; si bien que l'article 931, malgré sa teneur générale et tranchante, se trouve réduit à un champ d'action de plus en plus resserré; ce n'est guère que pour les donations faites à l'occasion d'un mariage qu'on en respecte, et nécessairement, l'injonction; mais il n'en résulte aucune gêne, la forme authentique étant déjà exigée pour le contrat de mariage dans lequel la libéralité se trouve encadrée.

1314. Plan. — Bien que réalisée sans formes solennelles, la donation s'extériorise nécessairement de façon ou d'autre . comment prend-elle corps? Sur quoi vient-elle se greffer? Quel est le cadre dans lequel elle vient se situer?

Ce *cadre* peut être :

1° Une *renonciation*;

2° Un *contrat à titre onéreux*;

3° Une *tradition*;

4° Une *souscription*.

I

Donations par voie de renonciation

1315. Hypothèse. — Une personne *renonce* à un droit qui lui appartient, qui figure dans son patrimoine, et non pas abstraitement ou pour échapper à des charges corrélatives, non pas dans son propre intérêt, mais en vue de gratifier une autre personne qui bénéficiera de son abdication, donc dans une pensée de libéralité, mue par l'*animus donandi*; cette renonciation *in favorem* constitue une libéralité entre vifs, une donation au sens large du mot : elle est valable et elle produit ses effets indépendamment de la forme notariée. On dit alors qu'il y a *libéralité indirecte*, *donation indirecte*, précisément parce que l'avantage recueilli par le gratifié ne dérive pas d'un acte portant donation, parce qu'il se réalise par contre-coup. Du moment qu'il n'y a pas d'acte *portant donation*, on n'est plus dans les termes de l'article 931 et le ministère du notaire cesse d'être obligatoire, de même que l'acceptation du bénéficiaire, lorsqu'elle est requise, peut intervenir sous une forme

quelconque et même tacitement; quant à l'état estimatif, il n'en est plus question.

1316. Applications. — La renonciation *in favorem* peut porter sur un *usufruit*, et elle profite alors au propriétaire; sur une *servitude*, et c'est en ce cas le fonds servant qui en bénéficie; sur une *succession* ou sur une *part héréditaire*, mais sans désignation du ou des bénéficiaires, car autrement le renonçant serait considéré comme ayant accepté la succession et la libéralité serait une donation directe (*sup.*, n° 851); sur un *legs*, et c'est alors l'héritier qui, dispensé de l'exécuter, se trouve être le gratifié; ou enfin sur une *créance*, et c'est en ce cas le débiteur qui bénéficie de la *remise de dette*.

1317. Précision. — Il ne faut pas croire que la renonciation ainsi intervenue soit nécessairement dispensée de toutes formes; son auteur doit se conformer aux règles applicables à l'acte à accomplir, par exemple, si c'est à une *succession* qu'il renonce, il doit faire une *déclaration au greffe* (art. 784). Mais ce qui est vrai, c'est que les formes à suivre ne sont nullement modifiées par cette circonstance que l'acte constitue une libéralité : même aménagé à titre onéreux, il obéirait au même statut.

II

Donations qui ont pour cadre un contrat à titre onéreux

1318. Différentes variétés; plan. — Lorsqu'une donation vient se greffer sur une opération à titre onéreux, différentes combinaisons sont possibles; on peut supposer :

1° Que le contrat à titre onéreux intervient entre le donateur et le donataire;

2° Qu'il est conclu entre le donateur et une personne autre que le donataire (*Stipulation pour autrui*);

3° Qu'il est *fictif*, qu'il sert à *déguiser la donation*.

1319. I. Donation ayant pour cadre un acte à titre onéreux intervenu entre donateur et donataire. — Un contrat à titre onéreux peut être aménagé de telle façon que l'une des parties se trouve favorisée aux dépens de l'autre, comme si une maison qui vaut 100.000 francs est vendue pour 50.000 : l'acheteur y gagne 50.000 francs. A supposer que ce résultat ait été recherché délibérément par

les parties, le vendeur ayant été mû par l'*animus donandi*, il y a libéralité, il y a donation; mais comme il n'y a pas d'acte *portant donation*, mais bien un acte *portant vente*, et que ce dernier contrat n'est pas assujetti à la forme solennelle, on pourra se passer du ministère d'un notaire. Il ne faudrait pas objecter que l'acte est *mixte*, vente pour moitié; les parties jouissent, pour la fixation du prix, d'une très grande latitude; pourvu que le prix soit sérieux et qu'il ne soit pas vil au point d'entraîner la rescision pour cause de lésion, il y a vente, uniquement, *dans la forme tout au moins*, et vente pleinement valable; la modicité du prix, pas plus d'ailleurs que son exagération, n'enlève à l'opération son caractère onéreux : il y a vente contenant un *avantage indirect* au profit de l'acheteur ou du vendeur.

Il est si vrai qu'une telle libéralité vaut indépendamment de la forme notariée que, nous allons le voir, faite au profit d'un tiers, elle serait parfaitement régulière et efficace : nous arrivons ainsi à l'hypothèse suivante.

1320. II. Donation ayant pour cadre un contrat à titre onéreux conclu entre le donateur et une personne autre que le donataire. — STIPULATION POUR AUTRUI. — Ici, le donataire n'est pas partie au contrat onéreux qui sert de cadre à la libéralité : c'est l'hypothèse de la *stipulation pour autrui*. Par exemple, Primus vend un immeuble à Secundus et il stipule, à titre de prix : 1° le paiement, à lui vendeur, d'une somme de 50.000 francs; 2° le service à Tertius d'une rente viagère de 5.000 francs. C'est, on le suppose, une véritable libéralité que reçoit le tiers bénéficiaire, lequel ne fournit aucune contre-partie. On sait que l'opération est valable, aux termes mêmes de l'aritcle 1121 (*sup.*, t. II, n^os^ 270, 283); or, elle l'est et elle produit tous ses effets en dehors de la forme notariée, comme le décide l'article 1973, § 2 : «... *quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations...* »; la libéralité s'absorbe, *quant à la forme*, dans l'opération onéreuse, plus vaste, sur laquelle elle vient se greffer. Cette solution est tellement juridique qu'on n'hésite pas à la généraliser, à l'étendre à toutes les applications de ce concept générique qu'est la stipulation pour autrui, et, par exemple, aux *assurances sur la vie* : le tiers bénéficiaire a droit au capital assuré et l'opération est parfaitement régulière encore que les formes solennelles de l'article 931 n'aient pas été observées pourvu, bien entendu, que les règles prescrites pour la validité de l'assurance

(*inf.*, n° 1380*c*) aient été respectées; ici encore, il n'y a pas d'acte portant donation.

1321. III. **Donation ayant pour cadre un contrat à titre onéreux fictif :** DONATION DÉGUISÉE. — La *donation déguisée* relève de la théorie plus générale de la *simulation* (*sup.*, t. II, n^{os} 319 et suiv.). La libéralité est effectuée sous le masque d'un acte marqué au coin du titre onéreux :

a) D'une *vente* : un individu déclare vendre sa maison à telle personne, pour 100.000 francs; or, il n'a jamais été dans l'intention des parties de faire une vente; le pseudo-vendeur n'a jamais songé à exiger le prix, purement fictif et dont il donne quittance au pseudo-acheteur sans l'avoir touché;

b) D'un *bail* : un immeuble, un appartement est prétendument loué moyennant un loyer qui n'est jamais exigé (Req., 20 juill. 1893, *D. P.*, 1895, 1, 598, 20 juin 1932, *S.*, 1932, 1, 335; Caen 26 janv. 1880, *D. P.*, 1882, 2, 49);

c) D'une *reconnaissance de dette* : une personne signe un billet par lequel elle reconnaît devoir telle somme d'argent à une autre personne qui n'était aucunement sa créancière;

d) D'une *reconnaissance d'apport fictif* inscrite dans un contrat de mariage (Civ., 2 mai 1855, *D. P.*, 1855, 1, 193; Req., 22 janv. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 473).

Il faut remarquer que la donation déguisée, dont nous venons de donner des exemples, est tout autre chose qu'une libéralité indirecte; cette dernière est sincère; elle s'étale au grand jour, au lieu que les parties, dans la donation déguisée, donnent le change au public en plaçant sur l'opération une fausse étiquette, soit pour le tout, soit pour partie.

1322. Question. — Malgré ce mensonge, l'opération est-elle régulière? Les donations déguisées sont-elles valables?

Au Palais, la question n'existe plus depuis longtemps : après des hésitations et des divergences à une époque où la Chambre des requêtes proclamait la nullité des donations déguisées tandis que la Chambre civile en admettait la validité, la jurisprudence est fixée depuis plus d'un siècle dans le sens de la validité, si fermement et si constamment qu'un avocat ne saurait utilement plaider la thèse de la nullité (Req., 20 juin 1893, *D. P.*, 1893, 1, 598; 28 mai 1895, rapport MARIGNAN, *D. P.*, 1896, 1, 153; Civ., 3 nov. 1896, *D. P.*,

1897, 1, 584; 28 janv. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 238; 3 déc. 1912, *S.*, 1914, 1, 388; Req., 11 juin 1925, *D. H.*, 1925, 447).

1323. Discussion. — La doctrine a fini par s'incliner devant une jurisprudence aussi fermement établie : le droit coutumier qu'elle a élaboré est accepté par la plupart des auteurs, non pas tous cependant. Et il est certain qu'on peut faire à cette jurisprudence si tolérante des objections impressionnantes : on lui reproche de faire bon marché de l'article 931 qui devient à peu près lettre morte, et d'élever le mensonge à la hauteur d'une institution, de le consacrer juridiquement, de le favoriser, de lui donner une prime, à condition, comme on le verra, qu'il soit intégral; il n'y a rien là qui soit très moral. La raison n'y trouve pas mieux son compte : on ne voit pas comment une donation déguisée sous la forme d'une vente peut être validée, à quel titre elle peut être retenue par le juge : ce n'est pas en tant que vente, puisqu'il n'y a pas de prix effectif, sérieux; ce n'est pas non plus en tant que donation, puisque la forme notariée fait défaut : un obstacle de *fond* — l'absence de prix — s'oppose à ce que l'acte vaille comme vente; un obstacle de *forme* — l'absence d'acte notarié — exclut l'hypothèse d'une donation valable. En somme, la jurisprudence commet une pétition de principes : elle valide l'acte en tant que donation sous prétexte qu'il affecte la forme d'une vente; or, la vente implique un prix, inexistant par hypothèse. Vainement dirait-on que la simulation n'est pas, par elle-même et à elle seule, une cause de nullité des actes juridiques : il en va autrement lorsqu'elle tend à tourner une règle d'ordre public, ce qui est précisément le cas; l'exigence de la forme notariée est au-dessus des conventions privées; la simulation impliquée par la donation déguisée est une simulation *frauduleuse*; elle doit entraîner la nullité radicale de l'acte qui en est entaché.

Et cependant, en dépit de ces critiques, la jurisprudence qui admet la validité des donations déguisées, se défend assez bien :

1° La *validité des renonciations* intervenant à titre gratuit et sans formes fournit un argument puissant : supposons une vente sérieuse; le vendeur avait, lors du contrat, l'intention d'exiger le paiement du prix; puis il se ravise; il veut gratifier l'acheteur; il lui fait remise du prix convenu; cette libéralité vaut, en dehors de la forme notariée (*sup.*, n° 1316). Dès lors, ne doit-on pas admettre que le même résultat soit obtenu, également sans formes solennelles, au moyen d'une

quittance fictive, c'est-à-dire à l'aide d'une donation déguisée?

2° Les *textes* fournissent aussi des arguments à la jurisprudence : les articles 911 et 1099 décident qu'une donation déguisée est nulle dans certaines éventualités, lorsque le bénéficiaire est un *incapable* ou un *conjoint* : à quoi bon ces dispositions si toute donation déguisée était nulle? L'argument *a contrario* paraît assez légitime. D'autre part, l'article 918 reconnaît implicitement la validité d'une certaine donation déguisée (*inf.*, n° 1697);

3° Enfin, on invoque, en faveur de la jurisprudence, l'*intérêt des tiers* sur qui retentirait injustement et de manière imprévisible la nullité d'actes, en apparence irréprochables : comment deviner que le prétendu acheteur était un donataire dont le titre était radicalement nul? Il est injuste que les droits réels qui leur ont été concédés par l'acquéreur tombent en suite de l'annulation imprévue du titre de ce dernier.

1324. Conditions mises à la validité des donations déguisées. — Ce n'est d'ailleurs pas indistinctement, c'est seulement sous bénéfice d'inventaire que notre jurisprudence admet la validité des donations déguisées; elle y met bien des conditions.

1° D'abord, et avant tout, il faut, par définition même, que le disposant ait eu véritablement l'intention de donner : pas de libéralité sans l'esprit de libéralité; la notion de la *cause* s'affirme ici dans toute son importance. (Req., 28 janv. 1879, *D. P.*, 1880, 1, 54; Nancy, 29 mai 1895, *D. P.*, 1895, 2, 551);

2° Il faut que la libéralité soit complètement masquée par le prétendu acte à titre onéreux, instrument du déguisement; si elle apparaît, même obscurément, l'opération est nulle; c'est seulement si elle est complète que l'illusion a raison de la réalité; le mensonge doit être intégral, sinon l'effet que l'on cherchait est manqué; solution juridique encore que peu édifiante; si l'acte se présente comme une libéralité dans le fond et dans la forme, on ne voit pas comment il pourrait échapper aux règles de forme qui sont applicables aux donations. La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de cette directive à un prétendu contrat onéreux qui, se présentant sous la forme d'un *compte-joint*, se ramenait en réalité à une constitution de rente viagère consentie à titre gratuit (Req., 22 avril 1913, *S.*, 1916, 1, 388), comme aussi au billet libellé « *bon pour telle somme* »

ou « *je paierai telle somme* » : de telles formules n'impliquent nullement l'intervention du titre onéreux et s'accommoderaient aussi bien du titre gratuit; il aurait fallu dire « *Je reconnais devoir* » ou « *je suis débiteur* » (Req., 23 mars 1870, *D. P.*, 1870, 1, 327; Civ., 11 fév. 1896, *D. P.*, 1896, 1, 153). Seulement, la jurisprudence aboutit ainsi à un véritable *formalisme verbal* : le sort de l'acte dépend des termes employés; le tribunal veut être trompé absolument;

3° Il faut que l'acte réunisse les conditions de validité exigées pour le contrat dont il emprunte la forme, vente, bail, dépôt, etc. Cette condition est voisine de la précédente, sans se confondre tout à fait avec elle; la donation déguisée doit offrir « les caractères constitutifs du contrat dont elle emprunte le titre » (Req., 26 avril 1893, *S.*, 1893, 1, 413, *D. P.*, 1893, 1, 359). Et, par exemple, est nulle la vente d'immeuble consentie moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus dudit immeuble, car alors il n'y a pas de prix réel, le prétendu vendeur étant nécessairement sacrifié en toute éventualité (Req., arrêt précité et 22 avril 1913, *S.*, 1914, 1, 388; 10 fév. 1925, *S.*, 1925, 1, 80; *contra*, Civ., 3 déc. 1912, *eod. loc.*); même solution pour la convention par laquelle un moribond déclarait vendre divers immeubles, à charge, pour l'acheteur, de le loger, nourrir, etc., sa vie durant (Req., 15 juin 1933, *D. H.*, 1933, 377). Pour la formalité du *bon* ou *approuvé*, voy. Paris, 7 déc. 1871 (*D. P.*, 1872, 5, 149) et Req., 7 mars 1898 (*D. P.*, 1898, 1, 220), et pour l'application des articles 1131 et 1133 en matière de *cause*, Bordeaux, 25 mai 1892 (*D. P.*, 1892, 2, 563);

4° Si l'acte doit remplir les conditions de forme afférentes au contrat simulé, il doit réunir les conditions de *fond* des donations : la disposition est nulle si les parties ne sont pas *capables* de disposer et de recevoir à titre gratuit (Req., 3 déc. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 271); et, d'autre part, il faut qu'il y ait, de la part du disposant, *dessaisissement* actuel et irrévocable (Civ., 30 juin 1857, *D. P.*, 1857, 1, 308; 3 nov. 1896, *D. P.*, 1897, 1, 584; 28 janv. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 238; Req., 20 juin 1932, *S.*, 1932, 1, 335);

5° Enfin, encore faut-il que l'acte ne soit pas nul pour cause de *fraude*; un acte déguisé sous la forme d'un autre contrat n'est valable que s'il l'aurait été, à supposer qu'il eût été fait ouvertement et directement (Req., 3 déc. 1878, précité; Civ., 3 nov. 1896 précité); mais la donation déguisée est efficace, *dans les limites du disponible*, alors même

qu'elle tendrait, dans la pensée des parties, à entamer la réserve des héritiers (Req., 1er juin 1932, *D. P.*, 1932, 1, 169, note SAVATIER, *S.*, 1932, 1, 340; 11 déc. 1934, *S.*, 1935, 1, 63).

1325. Dans quelle mesure les libéralités déguisées échappent au statut des donations entre vifs. — L'immunité dont jouissent, dans l'état actuel, les donations déguisées, comporte des limites : sans doute, elle est complète quant à la *forme* : ce n'est pas seulement la nécessité de la forme notariée qui est mise de côté, c'est aussi celle d'une acceptation expresse de la part du donataire (Civ., 28 janv. 1903, *D. P.*, 1903, 1, 238)., comme celle d'un état estimatif (Limoges, 11 fév. 1856, *D. P.*, 1857, 1, 308).

Mais l'immunité n'existe ni en droit civil quant au *fond*, ni en droit *fiscal*.

1° Quant au *fond*, les donations déguisées sont traitées comme de véritables libéralités : elles sont révocables pour les causes déterminées par le Code civil, notamment pour ingratitude du donataire; elles subissent l'emprise du droit successoral, étant en principe *rapportables* à la succession du disposant et entrant dans le calcul du disponible pour être réduites lorsqu'elles entament la réserve des héritiers (*sup.*, n° 1108 et *inf.*, n° 1696);

1326. — 2° Au point de vue *fiscal*, la donation déguisée tombe sous le coup de l'article 188 du Code d'enregistrement qui frappe d'un *double droit en sus*, la dissimulation d'un contrat sous l'apparence d'un acte donnant ouverture à des droits moins élevés (V. SENTON, *Du régime des donations déguisées en droit fiscal dans ses rapports avec le droit civil*).

III

Donations par voie de tradition

DONS MANUELS

1327. Bibliographie. — Paul BRESSOLE, *Théorie et pratique des dons manuels;* M. COLIN, *Etude de jurisprudence et de législation sur les dons manuels*; thèses GILLIER, Paris, 1913, DELAPORTE, Paris, 1913; G. PACILLY, Caen, 1936.

1328. Idée générale. Validité. — Le *don manuel* est celui qui se réalise par simple tradition, *de la main à la*

main; dans certaines régions de notre ancienne France, on le qualifiait de donation *de main chaude*.

La *validité* n'en fut jamais contestée; elle fut reconnue par le chancelier d'Aguesseau, auteur de la grande ordonnance de 1731, qui, cependant et comme notre article 931 actuel, exigeait la forme authentique pour tous actes portant donation; les travaux préparatoires du Code civil démontrent qu'on a voulu maintenir cette tradition; la règle de la validité des dons manuels fait partie intégrante de notre droit coutumier français.

1329. Caractéristique. — La donation manuelle a ceci de particulier qu'elle constitue un contrat *réel*; elle se forme *re*, comme le *mutuum*, mais avec cette différence que l'*accipiens* n'aura pas, sauf dans des cas exceptionnels, à restituer la chose reçue : c'est la tradition qui constitue l'armature juridique de l'opération. Sans doute, le consentement des parties est requis, comme dans tout contrat, mais il ne devient efficient que par son intégration, sa matérialisation dans la remise des biens donnés. *Aucun écrit n'est nécessaire*, pas même un état estimatif; la tradition suffit à tout, tient lieu de tout : ce qui est décisif, c'est *la volonté des parties concrétisée dans la remise des biens donnés*, et à l'exclusion des écrits qui ont pu accompagner ou suivre cette remise (Req., 28 oct. 1935, *D. P.*, 1936, 1, 29, rapport E. Pilon, *S.*, 1938, 1, 83).

1330. Conséquence ; domaine d'application du don manuel. — Puisque le don manuel est constitué par une remise de la main à la main, il n'est concevable que pour les biens qui comportent une telle remise, ce qui exclut :

1° Tous les immeubles;

2° Les biens incorporels : créances, civiles ou commerciales, et fussent-elles nominatives ou à ordre, transmissibles par la voie du transfert ou de l'endossement. On ne transmet pas une créance, même à ordre, en remettant purement et simplement le titre à l'acquéreur; seuls, les *meubles corporels* comportent le don manuel, parce que seuls ils se transmettent de la main à la main (V. pour les *titres nominatifs*, Toulouse, 1er mars 1897, *D. P.*, 1898, 2, 135).

1331. — Toutefois, cette règle comporte des dérogations dans un double sens.

a) Il est des meubles qui, bien que *corporels*, ne peuvent être donnés de la main à la main : ce sont ceux pour la

transmission desquels la loi exige la rédaction d'un écrit : *navires* (L. 10 juill. 1885, l'art. 2) ; *bateaux de navigation intérieure*, au moins à partir de vingt tonnes (L. 5 juill. 1917, art. 15) ; *aéronefs* (L. 31 mai 1924, art. 15) ;

b) A l'inverse, il est des *créances* qui comportent parfaitement le don manuel : ce sont celles qui sont constatées par des *titres au porteur*; ici, le droit s'incorpore dans l'*instrumentum* au point de se confondre avec lui, et que, posséder le titre, c'est être créancier.

Mais il faudrait décider autrement des *droits d'auteur*, de la *propriété littéraire ou artistique* : cette propriété ne se confond pas avec la production à l'occasion de laquelle elle existe; il ne suffit pas de posséder un manuscrit ou une maquette pour être investi, par cela même, des droits d'auteur, lesquels ont un caractère immatériel qui ne s'accommode pas d'une tradition (Civ. 26 fév. 1919, *S.*, 1920, 1, 203, *D. P.*, 1923, 1, 215; Paris, 8 mars 1911, *D. P.*, 1913 2, 94; Comp. trib. civ. Seine, 15 nov. 1927, *D. P.*, 1928, 2, 89 et la note de M. Nast).

On voit l'immense importance acquise par la donation manuelle qui s'applique à presque tous les meubles corporels, y compris les *billets de banque* et les *titres au porteur* : comme et plus que la donation déguisée, elle fait reculer la donation par acte solennel de l'article 931.

1332. Immunité dont jouissent les dons manuels. — Comme pour les donations déguisées, l'immunité est limitée à la *forme;* quant au *fond*, les dons manuels sont traités comme des libéralités ordinaires; ils sont sujets à *révocation*, à *rapport* (*sup.* n° 1108), à *réduction* (*inf.* n° 1696) ; ils ne peuvent intervenir qu'entre parties *capables* et ils supposent, pour leur validité, tant l'*intention de libéralité* chez le déposant (Lyon, 23 juill. 1897, *D. P.*, 1897, 2, 343), que son *dessaisissement* actuel et irrévocable (Toulouse, 11 juin 1852, *D. P.*, 1852, 2, 225; Lyon, arrêt précité; Dijon, 22 janv. 1895, *D. P.*, 1896, 2, 325).

Quant à l'*enregistrement*, le droit de donation, auquel échappent, en principe, les dons manuels, devient exigible : 1° sur tout acte renfermant la déclaration du don manuel; 2° sur tout jugement qui constate l'existence de la libéralité (L. 18 mai 1850, art. 6; Req., 12 mars 1918, *D. P.*, 1921, 1, 148).

1333. Preuve. — La *preuve* des dons manuels soulève beaucoup de difficultés dans la pratique, surtout lorsqu'elle

doit être administrée par le donataire : 1° Car, lorsqu'elle incombe au *donateur* qui prétend obtenir la restitution de la chose donnée, la donation étant sujette à rapport, à réduction, à révocation, elle est régie par le *droit commun* : le demandeur doit produire un *écrit* — par exemple un *reçu* — lorsque l'intérêt en jeu dépasse cinq cents francs, à moins qu'il ne dispose d'un *commencement de preuve par écrit* ou qu'il n'obtienne *l'aveu* du donataire ou que l'existence du don ne soit établi par le *serment* (Civ. 9 août 1887, *D. P.*, 1888, 1, 133; Paris, 22 janv. 1850, *D. P.* 1850, 2, 27). Cependant, la jurisprudence écarte ces restrictions et admet tous les modes de preuve lorsque les héritiers du donateur veulent établir que la libéralité présente un caractère *frauduleux*, comme tendant à éluder les règles relatives au rapport et à la quotité disponible (Civ. 13 août 1866, *D. P.*, 1866, 1, 465, note Thiercelin; Req. 18 mars 1872, *D. P.*, 1872, 1, 309);

1334. — 2° Le plus souvent, c'est le *donataire* qui prétend et qui doit faire la preuve du don manuel, à l'encontre des héritiers du donateur qui lui disputent le bien prétendûment donné et qui allèguent qu'il le détient sans titre.

a) Ordinairement, ce donataire est en possession, puisque, par hypothèse, il y a eu tradition de la chose. Alors, et si sa possession remplit les conditions exigées par l'article 2279, il est à même de se prévaloir de la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*; à vrai dire, ce point de vue est contesté par une partie de la doctrine et des auteurs soutiennent que l'article 2279 ne protège que le tiers possesseur, non l'acquéreur dans ses rapports avec son propre auteur (V. Planiol et Ripert, t. III, n° 2543). Mais la jurisprudence, répudiant cette distinction, considère que ce texte vient au secours de tout possesseur d'un meuble corporel et non pas seulement de l'acquéreur qui a traité avec un *non dominus*; c'est la possession qui constitue le titre du possesseur, qui lui tient lieu de titre, sans qu'il faille en rechercher l'origine (*Sic.*, Req. 15 nov. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 67; 12 août 1891, *D. P.*, 1892, 1, 623; 22 déc. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 510; 5 déc. 1893, *D. P.*, 1894, 1, 48; 18 déc. 1894, *D. P.*, 1895, 1, 364, *S.*, 1895, 1, 136). Grâce à sa possession, le donataire se trouve donc dans une situation favorable : c'est à son adversaire qu'il appartiendra de prouver par exemple que sa possession a une origine délictueuse et qu'il s'est rendu coupable d'un abus de confiance ou d'un vol (Civ. 21 oct. 1929, *D. P.*, 1931, 1, 56);

1335. — *b*) Mais ce n'est pas toujours que le donataire prétendu est à même de se prévaloir de l'article 2279 : peut-être a-t-il perdu la possession; ou bien sa possession est *précaire*, se rattachant à un dépôt ou à un mandat; ou elle est ambiguë, *équivoque*, à raison des circonstances de la cause, comme si un domestique, à la mort de son maître, est trouvé en possession d'objets ayant appartenu à celui-ci et qu'il prétend lui avoir été donnés : la communauté d'habitation rend suspecte une possession qui peut s'expliquer aussi bien par les fonctions du domestique et par la cohabitation que par un titre de propriété. Il appartient d'ailleurs aux adversaires du possesseur de faire la preuve du caractère équivoque ou précaire de la possession; mais ils peuvent user, à cet égard, de la preuve testimoniale comme des simples présomptions, du moins s'ils allèguent qu'il y a eu fraude ou détournement. Les circonstances de nature à établir le caractère équivoque de la possession sont très variables : c'est, par exemple, l'*importance* de la prétendue libéralité eu égard à la fortune du prétendu donateur qui n'a pas dû vouloir se dépouiller presque complètement au profit d'autrui, ou bien le fait qu'il n'avait pas lui-même la propriété des meubles qui sont disputés (Douai 17 nov. 1910, *D. P.*, 1913, 2, 4), ou la *nature* de ces meubles, ou encore la *moralité* du prétendu donataire, les rapports qu'il avait avec le défunt (V. sur le principe et sur l'application, Civ., 24 avril 1866, *D. P.*, 1866, 1, 347; Req., 18 déc. 1894, précité; Besançon, 24 juin 1865, sous Civ., 24 avril 1866, *D. P.*, 1866, 1, 347; Lyon, 5 janv. 1891; *D. P.*, 1892, 2, 509; Pau, 21 mars 1893, *D. P.*, 1894, 2, 438. Comp. *sup.* t. I, n° 1629).

Bien entendu, il faut distinguer selon que la possession s'affirme *précaire* ou bien *équivoque*; dans le premier cas, la prétention du faux donataire est définitivement écartée; dans le deuxième, il lui appartient encore de faire la preuve de la donation, mais conformément au droit commun de l'article 1341 (Civ. 21 oct. 1929, précité; Paris, 25 mars 1876, *D. P.*, 1877, 2, 9; Pau, 21 mars 1893, précité; Aix, 3 fév. 1902, *S.*, 1903, 2, 41, note Ferron, *D. P.*, 1904, 2, 289, note Planiol).

1336. Les pactes adjoints. — Parce que le don manuel s'analyse en une remise de la chose indépendamment de la rédaction de tout écrit, on a nié qu'il comportât l'*adjonction de pactes* venant en modifier les effets; d'après M. Labbé, ces pactes seraient nuls mais ne compromettraient pas le

sort du don lui-même; ils seraient réputés non écrits (Labbé, *Rev. crit.* 1882, p. 338, et note *S.*, 1883, 2, 241), tandis que, pour M. Bressolles (*op. cit.*, nos 182 et suiv.), ils entraîneraient avec eux la donation elle-même. Mais c'est en sens contraire que s'est fixée la jurisprudence qui attribue, et très raisonnablement, efficacité aux pactes adjoints si la donation manuelle prend corps dans une tradition; on ne doit pas oublier qu'elle est un contrat et que ladite tradition n'est que la manifestation sensible du consentement des parties : il doit donc dépendre de celles-ci de la conditionner, de la *qualifier*, par actes sous seing privé ou même verbalement. Il ne faudrait pas objecter que l'article 931 exige la forme notariée : de tels pactes n'obligent pas le donateur, mais ils limitent au contraire, en général, du moins, la portée de la donation. C'est, par exemple, un pacte portant réserve de l'usufruit au profit du donateur . la libéralité est alors limitée à la nue propriété (Req., 15 nov. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 67; 22 déc. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 510, *S.*, 1892, 1, 246; 28 oct. 1935, précité; Paris, 17 avril 1894, *D. P.*, 1895, 2, 278), ou, à l'inverse, portant réserve de la nue propriété; la libéralité ne porte alors que sur l'usufruit (Paris, 30 déc. 1881, *D. Jur. gén. suppl., Disposit. entre vifs*, 434); ou bien une convention imposant au donataire l'obligation de loger, nourrir et entretenir le donateur dans sa maison (Dijon, 22 janv. 1896, *D. P.*, 1896, 2, 325), ou de servir au donateur les intérêts des titres au porteur compris dans la donation (Montpellier, 26 nov. 1934, *D. H.*, 1935, 107), ou, plus généralement, soumettant la libéralité à des *charges* ou à des *conditions* (Civ., 11 août 1880, *D. P.*, 1880, 1, 461).

La preuve des pactes adjoints s'administre dans les termes du droit commun, donc, en principe et au-dessus de cinq cents francs, au moyen d'un *écrit* (arrêt précité, 28 oct. 1935).

IV

Libéralités par voie de souscription

1337. Hypothèse. — Une *souscription* est ouverte en faveur d'une œuvre quelconque, en vue d'un objectif à atteindre : secours à des victimes de la guerre; subventions à des laboratoires scientifiques; érection d'un monument; quelle est la nature juridique de l'opération intervenue entre l'établissement ou le comité qui a ouvert la souscription d'une part et les souscripteurs d'autre part? Ne faut-il pas

y voir une donation faite par ceux-ci à celui-là? Et, si l'on opine pour l'affirmative, ne convient-il pas, par application de l'article 931, d'exiger la forme notariée?

Cette solution serait pratiquement déplorable : le formalisme notarial consacrerait l'échec de la souscription dont l'accès doit être facilité, et non embarrassé par des *impedimenta* formels. Mais comment en arriver là? Par quelle tactique va-t-on écarter l'application de l'article 931?

Un moyen radical serait de refuser à la souscription le caractère d'une donation : pour la cour de Nancy, qui recourt à cette argumentation, c'est bien une *libéralité* que consent le souscripteur, mais cette libéralité n'est point une donation; il faut y voir un contrat innommé obéissant, non au statut des donations, mais à celui des obligations en général et qui n'est donc assujetti à aucune condition de forme particulière (V. dans le même sens, CLARO, note *D. P.*, 1903, 2, 121). D'où cette conséquence que, dès le jour où l'offre de souscription est acceptée par l'établissement ou par le comité, où, par conséquent, il y a échange de consentements, le souscripteur est lié, sans qu'il lui soit loisible de se soustraire à l'engagement ainsi contracté en arguant de l'absence de la forme notariée (Nancy, 17 mars 1920, *D. P.*, 1920, 2, 65, note Jean APPLETON).

La Cour de cassation, à qui cette décision fut déférée, l'a confirmée, mais sans prendre parti sur la nature juridique de la souscription, et en se bornant à déclarer que la souscription, par sa nature, n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'article 931 pour les actes portant donation entre vifs; en effet, il n'y a pas, en l'espèce, d'acte de ce genre; comme on le voit, le raisonnement est à peu près le même que celui auquel on recourt pour valider les libéralités indirectes et les donations déguisées (Civ., 5 fév. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 20).

1338. Conclusion. — Ainsi, la jurisprudence, appuyée sur la tradition et pénétrée des besoins de la pratique, s'efforce de réduire le domaine d'application de l'article 931 auquel elle applique une méthode d'interprétation très restrictive; sous son action, ce texte se rétrécit de plus en plus alors que d'autres dispositions du Code civil s'élargissent chaque jour, comme par exemple l'article 1121 qui consacre, dans des cas déterminés, la validité de la stipulation pour autrui (*sup.*, t. II, n^{os} 274 et 284); ce qui prouve bien qu'un code vit d'une vie propre et se modifie, avec le temps, sans que le législateur ait besoin d'y toucher : les parties mortes

tombent d'elles-mêmes tandis que les organes utiles se développent de par la fonction même qu'ils assurent.

Chapitre II

Conditions de fond requises pour la validité des libéralités

1339. Plan. — Les conditions de *fond*, requises pour la validité des libéralités, se groupent autour des éléments suivants, qui sont reproduits de la théorie générale des obligations :

1° Le *consentement*, et spécialement la *déclaration de volonté* du disposant;

2° La *capacité;*

3° La *cause*.

Section I. — LE CONSENTEMENT, ET SPÉCIALEMENT LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ DU DISPOSANT

1340. Droit commun. — Le *consentement* est à la base des libéralités comme à celle de tous les actes juridiques : les règles qui constituent le *droit commun* des obligations trouvent naturellement leur application en pareille matière, avec cette particularité, déjà signalée, que la *donation*, étant un contrat, implique l'échange, la rencontre des deux consentements du donateur et du donataire, au lieu que dans le *testament*, acte à formation unilatérale, une seule volonté s'affirme, celle du testateur : elle n'est rejointe qu'après coup par celle du légataire lorsqu'il accepte la libéralité qui lui a été adressée; mais, dans tous les cas, pour le testament comme pour la donation, on exige que la volonté de disposer, l'*animus donandi*, ressorte clairement de l'acte (*Sic.* Civ., 2 mai 1935, *S.*, 1935, 1, 192).

1341. Règles spéciales. — Les principes généraux des obligations subissent, dans leur adaptation au droit des libéralités, certaines déformations.

1° La volonté du disposant doit être *particulièrement libre* : le législateur se montre plus exigeant qu'en matière d'actes à titre onéreux, notamment en ce qui concerne l'in-

tégrité des facultés mentales du donateur ou du testateur (*inf.*, n° 1390) ;

2° Pour les libéralités *testamentaires*, la *désignation du légataire* soulève des difficultés et une réglementation particulières;

3° Pour les *donations* entre vifs, le Code civil exige, chez le disposant, une déclaration de volonté définitive et irrétractable; il pose le principe de l'*irrévocabilité* de ces libéralités.

Ce sont ces deux dernières catégories de règles qu'il convient d'examiner à cette place (la *liberté d'esprit* du disposant sera étudiée à l'occasion des incapacités de disposer; *inf.*, n° 1390), après quoi, dans un troisième paragraphe, il sera question des *vices du consentement*.

§ I. — *LA DÉSIGNATION DU LÉGATAIRE*

1342. Principe. — La désignation du légataire n'est soumise à aucun formalisme particulier : l'opposition établie par le droit romain, puis conservée par nos pays de droit écrit, entre l'*institution d'héritier* et le *legs*, est devenue sans intérêt; les deux catégories juridiques, qui s'affrontaient dans notre ancienne France, ont été fusionnées par le Code civil; que le testateur ait déclaré *instituer* tel individu pour son héritier, ou qu'il ait fait de lui son *légataire*, c'est tout un; sans doute, il restera à déterminer les effets de cette institution qui varieront suivant l'ampleur de la vocation du gratifié, mais non pas en fonction de la formule employée par le testateur (art. 967 et 1002; Civ., 13 août 1851, *D. P.*, 1851, 1, 281) : l'*institution d'héritier* n'est plus, comme à Rome et dans nos pays de droit écrit, « *caput et fundamentum totius testamenti* »; à cet égard, le formalisme, le verbalisme ont subi un recul important; il n'est même pas nécessaire que le nom du bénéficiaire figure dans le testament (*inf.*, n° 1348).

1343. Exhérédation. — L'institution d'un légataire peut même résulter *indirectement* d'une *clause d'exhérédation* : c'est ainsi que l'exhérédation du successible le plus proche vaut institution universelle implicite pour le successible du degré ou de l'ordre subséquent, et que l'exhérédation de tous les parents et du conjoint vaut institution au profit de l'Etat (Paris, 13 déc. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 177, note A. Colin; *S.*, 1902, 2, 37; — Ed. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*).

Quant à la portée à attribuer à la clause qui porterait exhérédation de tous les héritiers, y compris l'Etat, elle dépend du parti que l'on prend sur la question de savoir à quel titre l'Etat est appelé à recueillir une succession (*sup.*, n° 787).

1344. Principes. — Deux directives se dégagent de la jurisprudence relative à la désignation du bénéficiaire : 1° il faut que cette désignation soit l'*œuvre personnelle* du testateur; 2° autant que possible, on donne effet à la volonté qu'il a exprimée, même en termes peu satisfaisants.

1345. I. La désignation du légataire doit être l'œuvre personnelle du testateur. — Par définition même, le testament contient les dernières volontés du *de cujus*; il faut donc qu'il soit l'expression de ces volontés — et non pas de volontés étrangères : le testament est un acte *personnel* au premier chef.

1° C'est pourquoi il ne saurait être l'œuvre du représentant d'un incapable : on ne teste pas par procuration, ni, plus généralement, par *représentation*; et même, on ne teste pas avec l'assistance d'un conseil, d'un curateur : acte *personnel*, le testament est aussi un acte *secret*. Le législateur a été ainsi amené à permettre à certains incapables de faire leur testament, sans aucune assistance : à la *femme mariée*, jadis frappée d'une incapacité générale (art. 226), au *mineur*, même non émancipé, parvenu à l'âge de seize ans (art. 904; *inf.*, n° 1396) : l'incapacité d'exercice eût abouti, pour ces personnes, à une incapacité de jouissance, et c'est pourquoi on s'est décidé à la lever, autant que possible;

2° Le Code civil s'efforce d'assurer l'*indépendance* de pensée du testateur : on a vu, à l'occasion des différentes formes de tester, quelles précautions ont été prises pour écarter l'immixtion de toute volonté étrangère, même qualifiée, même impartiale, comme l'est celle du notaire qui reçoit l'acte (*sup.*, n^{os} 1284, 1293), et pour assurer la manifestation, chez le testateur, d'une volonté consciente et réfléchie (*sup.*, n° 1273). D'autre part, la *suggestion*, la *captation*, entraînent la nullité du testament (*inf.*, n° 1381);

1346. 3° Legs avec faculté d'élire. — Notre jurisprudence n'admet pas que le testateur puisse s'en remettre à un tiers du soin de désigner le bénéficiaire de ses dispositions; plus sévère en cela que notre ancien droit, elle proclame la nullité du legs *fait avec faculté d'élire*, dans lequel elle voit une abdication de la part du testateur prétendu; lorsqu'il

consent, par exemple, un legs à deux orphelins, un garçon et une fille, pris dans l'hospice du département et choisis par la supérieure de cet établissement (Civ., 12 août 1863, *D. P.*, 1863, 1, 356), on considère qu'il ne va pas jusqu'au bout de sa tâche, qu'il émet une déclaration de volonté imparfaite, qu'il ne *dispose* pas véritablement de ses biens, comme le suppose et comme l'exige l'article 895 (Comp. Req., 19 juill. 1938, *S.*, 1938, 1, 309). Sans doute, il n'est pas indispensable qu'il entre lui-même dans tous les détails, dans l'aménagement de sa libéralité; 1. il pourrait même confier à un tiers le soin de fixer les parts qui reviendront à chaque légataire (Civ., 17 juill. 1922, *D. P.*, 1924, 1, 5, note Bartin; *S.*, 1924, 1, 97, note Tissier); mais, tout au moins, doit-il faire l'effort de désigner lui-même, et non par procuration, le ou les bénéficiaires de sa libéralité; la disposition doit être « l'expression personnelle et directe de sa volonté » (arrêt précité du 12 août 1863); 2. lorsqu'il institue une personne déterminée, il peut laisser à un tiers le soin de préciser ceux au profit de qui la somme léguée devra être employée : à la différence des légataires directs, les bénéficiaires indirects, de seconde main, ne sont pas nécessairement élus par le testateur lui-même (trib. civ. Marseille, 16 juin 1933, *D. H.*, 1933, 471).

1347. 4° **Legs secret.** — A plus forte raison, le testateur ne pourrait-il pas laisser ses biens à une personne avec mission d'exécuter ses *volontés secrètes* : la disposition serait nulle comme ne contenant pas l'indication du véritable légataire (Req., 30 nov. 1869, *S.*, 1870, 1, 119, *D. P.*, 1870, 1, 202; Paris, 3 mai 1872, *D. P.*, 1872, 2, 109; Caen, 21 déc. 1905, *D. P.*, 1907, 2, 345; *contra*, mais pour des raisons d'espèce, Req., 10 nov. 1857, *D. P.*, 1858, 1, 79).

1348. II. **Autant que possible, on fait sortir effet à la volonté du testateur, fût-elle exprimée en termes défectueux.** — *Legs à personne non dénommée.* — Il est fréquent qu'une disposition testamentaire soit conçue dans des termes défectueux, obscurs, équivoques : la désignation du légataire est incomplète, de telle sorte qu'elle peut être appliquée à telle ou à telle personne; il appartient alors au juge de réaliser la précision, non seulement à l'aide du testament, mais en utilisant toutes circonstances de nature à révéler la véritable intention du disposant; les tribunaux ont, dans cette direction, un *pouvoir souverain d'appréciation*; car il est désirable que la volonté du disposant, qui

était d'avoir un successeur testamentaire, reçoive exécution (Req., 22 janv. 1851, *D. P.*, 1851, 1, 89; Civ., 6 avril 1891, *D. P.*, 1892, 1, 279; Req., 19 juill. 1937, *Rev. trim.*, 1939, p. 209; Dijon, 4 août 1893, *D. P.*, 1894, 2, 142; Montpellier, 14 nov. 1932, *D. H.*, 1933, 12). Ces décisions consacrent et le devoir du juge de faire sortir effet, autant que possible, à la disposition ambiguë, et la faculté qui lui appartient de recourir, dans ce but, à la preuve *extrinsèque*. C'est ainsi qu'il appartient aux juges du fond de faire sortir effet à un legs consenti à une *personne non dénommée*, en recourant même, à cette fin et en vue d'identifier le bénéficiaire, à des circonstances extrinsèques au testament (Req., 21 fév. 1934, *D. P.*, 1934, 1, 69, rapport E. Pilon); de décider qu'en faisant un legs à « l'Œuvre des Orphelins de la guerre », le testateur a entendu en faire bénéficier l'*Office national des Pupilles de la Nation* (Req., 3 fév. 1926, *D. H.*, 1926, 113); que la disposition consentie au profit des *pauvres* est considérée comme s'adressant à leurs représentants légaux (*inf.*, n° 1417; Civ., 6 juin 1932, *S.*, 1933, 1, 220); le legs fait au profits des *Mutilés de guerre*, à l'*Office national des mutilés, combattants et victimes de la guerre* (trib. civ. Grasse, 20 mai 1935, *D. H.*, 1935, 407); celui qui est adressé « à une jeune fille ou femme qui aura soigné ses parents avec dévoûment et bonté », à la commune (Paris, 12 nov. 1937, *D. P.*, 1938, 2, 1, note Lalou); celui qui est consenti à la personne chargée de la reconstruction du clocher de telle église, à la ville tenue de l'entretien de celle-ci (Toulouse, 11 avril 1938, *Rev. trim.* 1938, p. 833).

Le principe auquel se rattachent ces diverses solutions, est nettement posé dans l'arrêt précité du 21 février 1934 : « La loi ne déclarant pas nulle la disposition testamentaire faite au profit d'une personne non dénommée, il appartient aux juges, pour lui donner effet, de discerner, d'après les énonciations du testament et les circonstances extrinsèques de la cause, quelle est la personne que le testateur a voulu gratifier. » V. aussi Req., 30 octobre 1934 (S., 1935, 1, 281, note Gény).

§ II. — *CARACTÈRE IRRÉTRACTABLE DE LA VOLONTÉ DU DONATEUR*

PRINCIPE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE VIFS

(Art. 943 à 952)

1349. Principe. — La règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs se concrétise dans la maxime traditionnelle « *Donner et retenir ne vaut* », qui avait reçu droit de cité dans plusieurs de nos anciennes coutumes (Paris, art. 273, dans la deuxième rédaction; Orléans, art. 283), qui n'est pas reproduite, sous cette forme générale dans notre Code civil, mais qui est toujours vivante, puisque les articles 943 à 946 en consacrent des applications saisissantes.

Il semble que le point de départ du système remonte jusqu'au droit romain qui, avant Justinien, ne reconnaissait pas une force obligatoire à la promesse de donner et qui ne faisait donc produire d'effets à la donation qu'autant qu'elle avait été exécutée : c'est seulement lorsque le disposant s'était dépouillé effectivement, lorsqu'il s'était dessaisi, que la libéralité était parfaite : elle prenait corps et vie par la *tradition*. C'est ce régime juridique qu'exprimait tout simplement, dans notre ancienne France et primitivement, la maxime *donner et retenir ne vaut*. Par la suite, il advint que ce brocard acquit une signification toute différente : on l'entendit en ce sens que la donation était un contrat plus irrévocable que les autres, qui doit consommer l'irréparable : le donateur doit perdre tout espoir de se rétracter, de revenir sur son geste généreux; il se dépouille actuellement, de son vivant, et de façon irrémissible; par ce moyen, on poursuit un triple but qui est de conférer une certaine *publicité* à la disposition, d'attirer l'attention du disposant sur la *gravité* d'un acte irrétractable et aussi de conjurer des combinaisons dangereuses, pour les tiers comme pour les héritiers, de prévenir des *fraudes*. De ces trois objectifs, le deuxième est celui que nos anciens auteurs placent au premier plan : tout en laissant aux particuliers le droit de donner, et de faire ainsi sortir des biens de la famille, on veut mettre à ce droit un frein qui en rende l'exercice plus difficile; c'est pour cela que les lois « ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât

pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner » (POTHIER, *Donations entre vifs*, n° 65). On pratique ainsi délibérément la politique du pire, la politique du tout ou rien; le donateur se ferme tout repentir; il doit lâcher prise, absolument, sans espoir de retour.

1350. Caractère suranné de la règle de l'irrévocabilité — Ainsi comprise, la maxime *donner et retenir ne vaut*, prend une allure singulièrement archaïque; la sortie d'un bien d'une famille n'est plus considérée, de nos jours, comme une catastrophe; et d'ailleurs, les intérêts de la proche famille sont suffisamment protégés par l'institution de la *réserve*, dont l'efficacité n'est plus, comme jadis, limitée aux dispositions testamentaires et qui est efficiente même au regard des donations; quant aux intérêts du disposant, il semble qu'ils soient suffisamment sauvegardés par la solennité de la donation dont les formes compliquées doivent appeler son attention sur la gravité de l'acte qu'il accomplit; il semble aussi qu'un individu majeur et maître de ses droits, capable et sain d'esprit, devrait pouvoir être laissé à sa seule inspiration. La maxime *donner et retenir ne vaut* appartient surtout au passé, qui l'explique sans la justifier de nos jours; son avenir paraît très limité; elle est une survivance, presque une curiosité juridique.

I

Clauses condamnées au nom du principe de l'irrévocabilité

1351. Applications. — L'irrévocabilité des donations conduit à la condamnation d'une série de conventions, marquées au coin du repentir, et par lesquelles le disposant prétendrait se réserver la possibilité de rétracter son geste, de reprendre d'une main, plus ou moins complètement, ce qu'il donnait de l'autre. Quatre de ces combinaisons sont prévues et frappées de nullité dans les articles 943 à 946 :

1° La *donation de biens à venir*;

2° La donation *sous condition potestative*;

3° La donation avec *charge de payer un passif indéterminé du donateur*;

4° La donation *avec réserve du droit de disposition*.

1352. I. Prohibition de la donation de biens à venir. — La nullité édictée par l'article 943 contre la donation de biens à venir est postulée essentiellement par la règle de l'*irrévocabilité des donations entre vifs* : si une donation pouvait porter sur des biens de cette nature, et notamment sur ceux que le disposant laissera à son décès, il dépendrait de lui de revenir à son gré sur sa libéralité en disposant de son vivant des biens donnés; le sort de la donation serait ainsi à sa discrétion, contrairement à la règle « *donner et retenir ne vaut* »; on ne veut pas que le disposant puisse se repentir; son geste doit être définitif, irréparable; il ne peut donc se référer qu'à des biens *présents*, susceptibles d'un dessaisissement actuel et irrévocable.

1353. Sanction. — La sanction consiste dans la *nullité* de la disposition qui porterait sur des biens à venir (art. 943), nullité d'ordre public, donc absolue, mais qui n'est édictée que dans la mesure où la donation comprend des biens à venir; en tant qu'elle porte sur des biens présents, celle-ci est valable (même texte).

1354. Ce qu'il faut entendre par biens à venir. — On entend par *biens à venir*, au sens de l'article 943, ceux sur lesquels le disposant n'a aucun droit; du moment qu'il est investi d'un droit, *même imparfait*, ce droit est considéré comme à l'état de bien présent et peut donc faire l'objet d'une donation : c'est ainsi qu'on peut donner un bien sur lequel on n'a qu'une propriété affectée d'un *terme* ou même d'une *condition*, voire même d'une certaine *éventualité* : la cession de bénéfices à retirer d'une société déjà formée, d'une affaire en cours, est considérée comme valable. Au contraire, tombe sous le coup de l'article 943, la donation d'un bien que l'on se propose seulement d'acquérir, et surtout, celle des biens que l'on laissera à son décès, car il dépendrait de la volonté, de la fantaisie du disposant de ne pas acquérir le bien visé dans la donation, ou, à l'inverse, de l'aliéner de son vivant : c'est donc la règle de l'irrévocabilité qui constitue la pierre de touche de la distinction, pour l'application de l'article 943, des biens présents et des biens à venir; rentrent dans la deuxième catégorie les biens dont l'acquisition ou l'aliénation sont à la merci du donateur.

1355. Donation de sommes payables au décès du donateur. — C'est à l'aide du critère qui vient d'être posé que l'on résout la question de la validité ou de l'inefficacité

des donations de sommes d'argent stipulées payables au décès du donateur, « sur les biens de la succession », ou « sur le plus clair de l'actif de la succession » (Lyon, 22 fév. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 490), ou « sur les plus clairs deniers que la succession laissera ». De telles libéralités sont valables si le disposant a entendu se dessaisir immédiatement et définitivement, en attribuant au gratifié un droit, une créance à l'abri de son repentir; elles sont nulles, comme portant sur des biens à venir, s'il a voulu conférer au donataire une simple éventualité sur sa succession future. L'*intention* du donateur est donc décisive.

Pour la dégager, on se réfèrera sans doute à la formule employée, mais aussi et surtout aux autres circonstances de la cause; et, parmi celles qui sont considérées volontiers par la jurisprudence et par les auteurs comme impliquant l'intention d'un dessaisissement irrévocable, il faut citer : la constitution de *sûretés* garantissant l'exécution de la libéralité (Civ.,30 août 1881, *D. P.*, 1882, 1, 62; Civ., 30 nov. 1937, *S.*, 1938, 1, 241, note R. Morel); la remise au donataire de l'acte de donation (Req., 22 avril 1817, *D. Jur. gén., Disposit. entre vifs*, n° 1349, 4°); le service des *intérêts* de la somme donnée (Besançon, 15 mai 1854, *D. P.*, 1856, 2, 238); la *réserve d'usufruit* au profit du disposant (Req., 28 fév. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 221; Pau, 7 juin 1872, *D. P.*, 1873, 2, 76); la stipulation d'un *droit de retour* (Civ., 11 déc. 1844, *D. P.*, 1845, 1, 124; Pau, arrêt précité); l'attribution du bénéfice de la libéralité aux héritiers du gratifié, pour le cas de prédécès de celui-ci (arrêt précité 30 nov. 1937).

Le critère adopté par la jurisprudence conduit à un résultat inattendu dans le cas où plusieurs donations de ce genre, portant sur des sommes d'argent payables au décès du disposant, ont été consenties par celui-ci au profit de différentes personnes : si l'actif successoral ne suffit pas à donner satisfaction à tous les créanciers, on ne leur applique pas la loi du dividende, car ce serait admettre que le donateur a pu révoquer partiellement la première libéralité en en consentant ensuite de semblables, mais on exécutera les donations en suivant l'ordre de leurs dates et en commençant par la première : le premier donataire sera préféré au deuxième, et ainsi de suite, encore que sa créance ne comporte, en soi et par sa nature, aucune cause de préférence; mais ainsi l'exige la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs (*Sic*, Req. 7 mars 1860, *D. P.*, 1860, 1, 153); cet ordre doit

être suivi, lors même que la créance la plus ancienne serait garantie par une hypothèque (même arrêt).

1356. II. Prohibition des donations sous condition potestative. — L'article 944 décide que « *toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle* ».

1357. Généralités. — Cette disposition, dont l'importance pratique est minime, fait obstacle à ce que le donateur utilise la condition suspensive ou résolutoire, pour se réserver la possibilité d'un repentir. Elle vise toutes les donations de droit commun, fussent-elles réalisées sous la forme *déguisée* (Civ., 30 juin 1857, *D. P.*, 1857, 1, 308; Req., 15 nov. 1893, *D. P.*, 1894, 1, 430), ou sous la forme *indirecte* (Civ., 26 mars 1884, *D. P.*, 1884, 1, 275).

1358. Modalités visées. — 1° Le texte ne vise aucunement les donations affectées d'un *terme*, même *incertain* : c'est seulement dans les testaments, non dans les donations, que le terme incertain est assimilé à la condition (*inf.*, n° 1529);

2° Il ne vise pas, non plus, les conditions *casuelles* — dont la réalisation dépend du hasard; ni les conditions *mixtes*, lesquelles sont subordonnées, en même temps qu'à la volonté du donateur, à celle d'un tiers;

3° Mais il condamne *toute condition potestative*, non seulement celle qui est *purement potestative — si voluero* — mais également celle qui est *simplement potestative*, dont l'accomplissement implique, de la part du donateur, une certaine intervention, une certaine gêne; *si j'accomplis tel voyage, si j'embrasse telle profession, si je m'établis dans telle ville.*

Il importe peu, d'ailleurs, que la condition soit apposée à l'acte sous une forme *positive* ou sous une forme *négative* : *si je n'accomplis pas tel voyage; si je ne m'établis pas dans telle ville* : la nullité est encourue dans un cas comme dans l'autre.

La condition *résolutoire* elle-même entraîne la nullité de la disposition, si elle est potestative; on ne pourrait pas stipuler que la donation sera résolue si le donateur se marie ou s'il embrasse telle profession.

1359. Applications. — Il y aurait lieu, par application des règles qui viennent d'être posées et qui s'appuient sur

la tradition, de considérer comme valable la donation faite sous la condition que le donataire aura un enfant lors du décès du donateur; ou, dans l'opinion générale, la donation subordonnée à l'accomplissement d'un mariage du donateur *avec une personne déterminée*, car la réalisation de cette condition ne dépend pas du seul vouloir du disposant (Civ., 30 août 1880, *D. P.*, 1880, 1, 464; Douai, 25 mai 1881, *D. Jur. gén., Disposit. entre vifs*, n° 348, S., 1883, 2, 115); ou encore, la donation subordonnée à *la survie du donataire* (condition casuelle; Civ., 14 nov. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 73; Lyon, 13 août 1845, *D. P.*, 1846, 2, 220), ou résoluble par la survie du donateur au donataire : cette dernière combinaison est expressément consacrée par le Code civil et par la tradition sous le nom de *retour conventionnel* (art. 951 et 952; *inf.*, n° 1367).

1360. En quoi l'article 944 déroge au droit commun des obligations. — C'est une triple dérogation au droit commun des obligations qui est instituée dans l'article 944.

1° D'après les principes généraux du droit, c'est la condition *purement* potestative qui, seule, est prohibée (art. 1174); mais la condition simplement potestative est licite, car elle implique, pour le débiteur, une certaine gêne, un *vinculum juris*;

2° De plus, la condition *résolutoire* échappe à la prohibition : l'une des parties pourrait fort bien se réserver le droit de résoudre le contrat, pendant un certain délai, si tel est son bon plaisir. Mais, dans les donations, la condition résolutoire, si elle est potestative, est condamnée au même titre que la condition suspensive, puisque, comme elle, elle ouvre la porte au repentir du donateur;

3° Il est de principe que, dans les libéralités, les conditions illicites sont simplement réputées *non écrites*; on en fait abstraction et la disposition demeure valable sans elles (art. 900; *inf.*, n° 1542). Or, il résulte de l'article 944, que l'insertion d'une condition potestative dans une donation entraîne la nullité de la donation elle-même. La *sanction* est donc ici particulièrement grave.

1361. III. Prohibition des donations emportant obligation d'acquitter un passif indéterminé du donateur. — La donation, mode de transmission des biens à titre particulier, n'impose pas au donataire l'obligation de payer les dettes de son bienfaiteur; mais on conçoit qu'une clause particulière en décide autrement; l'efficacité en est

limitée par l'article 945 qui distingue entre les dettes *présentes* et les dettes *futures* et qui sous-distingue, pour ces dernières, selon qu'elles sont ou non spécifiées dans l'acte de donation.

1° Le donataire s'engage valablement à payer les dettes *présentes* du disposant, telles qu'elles existent au jour de la donation; il n'est même pas nécessaire, pour que cette clause soit valable, que les dettes en question aient été spécifiées, comme semble l'exiger l'article 945, soit dans l'acte de donation, soit dans un état y annexé (Toulouse, 29 janv. 1872, *D. P.*, 1873, 2, 111). Mais une stipulation formelle est indispensable, du moins pour les donations à titre particulier, les seules dont il soit question à cette place : l'engagement du donataire ne pourrait pas s'induire des circonstances de la cause. De plus, les créanciers du donateur ne peuvent agir contre le donataire que s'ils produisent un titre ayant *date certaine*, dans les termes de l'article 1328, antérieurement à la donation;

2° Quant aux *dettes futures*, il faut sous-distinguer :

a) Le donateur ne pourrait pas imposer au gratifié le règlement de toutes ses dettes futures, sans préciser davantage; car alors, il dépendrait de lui, en assumant un lourd passif, de réduire à néant la libéralité, c'est-à-dire de *retenir* indirectement ce qu'il aurait *donné*;

b) Mais l'article 945 admet la validité de la clause mettant à la charge du donataire des dettes futures *déterminées* spécifiées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé; un tel arrangement exclut la liberté de détermination future du disposant et ne fait pas échec à la règle de l'irrévocabilité des donations. C'est ainsi que le gratifié peut s'engager à acquitter les frais funéraires du donateur.

1362. Sanction. — La sanction consiste dans la nullité, non seulement de la clause illicite, mais de la donation elle-même (art. 945).

1363. IV. Prohibition des donations avec réserve du droit de disposer. — Le donateur ne pourrait pas se réserver la faculté de disposer, en tout ou en partie, des biens données (art. 946); la prohibition, sous cet aspect encore, vise toutes les donations, fussent-elles déguisées (Civ., 30 juin 1857, *D. P.*, 1857, 1, 308).

1364. Sanction. — La sanction est, ici encore, la *nullité*, non pas seulement de la clause illicite, mais de la donation elle-même. En conséquence :

1° Le donateur conserve le droit de disposer des biens irrégulièrement donnés; il peut les revendiquer, même à l'encontre du donataire, les comprendre dans une autre donation, etc.;

2° S'il n'a pas fait usage de ses droits, les biens donnés seront à considérer, lors de son décès, comme compris dans sa succession; ils appartiendront à ses héritiers, non au donataire (art. 946).

Si la clause illicite ne concerne que certains des biens donnés, la donation n'est nulle que dans cette mesure; elle demeure efficace pour les autres biens (Arg., art. 946).

II

Clauses compatibles avec le principe de l'irrévocabilité

1365. Enumération. Rappel. — Nous avons déjà rencontré, chemin faisant, plusieurs de ces clauses qui, bien que *restrictives* de l'efficacité, de l'ampleur de la donation, ne sont cependant pas considérées comme faisant échec à la règle de l'irrévocabilité : donation de droits conditionnels ou même éventuels, parfois celle de sommes d'argent payables au décès du donateur (*sup.*, n° 1361); les libéralités affectées d'un *terme*, d'une *condition mixte* ou *casuelle* ou assorties de l'obligation, pour le donataire, d'acquitter certaines dettes, nettement spécifiées, du donateur. Il y a lieu de souligner spécialement deux clauses qui sont parfaitement licites : celle de *réserve d'usufruit* et celle de *retour conventionnel*.

1366. I. Clause de réserve d'usufruit. — D'après l'article 949 : « *Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés.* » C'était à peine utile à dire; une donation avec réserve d'usufruit se ramène à une donation de nue propriété, absolument ferme et ne pratiquant pas le moindre accroc à la règle *donner et retenir ne vaut*. Aussi interprète-t-on largement l'article 949, en décidant :

1° Que le donateur pourrait, tout aussi bien, consentir sa libéralité en usufruit, en retenant par devers lui la nue propriété;

2° Que, lorsqu'il se réserve l'usufruit, il peut s'assurer des droits supérieurs à ceux d'un usufruitier ordinaire, par exemple la faculté de faire dans l'immeuble tels change-

ments qu'il lui plaira, sans aucune réclamation possible de la part du donataire (Req., 19 fév. 1878, *D. P.*, 1878, 1, 377; 1er avril 1895, *D. P.*, 1895, 1, 335).

En l'absence de dispositions de ce genre, l'obligation de restitution qui pèse sur le donateur usufruitier est la même que celle qui incombe à un usufruitier ordinaire (art. 950, qu'on s'accorde à compléter avec l'art. 589).

Mais il est remarquable que la loi dispense formellement le donateur avec réserve d'usufruit de donner *caution* (art. 601; *sup.*, t. I, n° 1882); d'autre part, l'*inventaire* est remplacé par l'*état estimatif* qui a dû être dressé lors de la donation, conformément à l'article 948 (*sup.*, n° 1306).

1367. II. **Clause de retour conventionnel** (art. 951 et 952). — La clause de *retour conventionnel* est celle par laquelle le *donateur* stipule que les biens donnés lui feront retour au cas de prédécès du donataire, c'est-à-dire dans une éventualité qui échappe à sa liberté de détermination et qui dépend du hasard; cette clause se ramène à l'insertion dans l'acte de disposition d'une *condition résolutoire casuelle*, qui ne contrevient aucunement au statut des donations et dont la validité n'a jamais été contestée. Le retour qui s'effectue dans de telles conditions est qualifié de *conventionnel*, pour le distinguer du retour qui s'opère au titre d'une *succession anomale*, donc en vertu de la loi et non plus de la volonté expresse du disposant (*sup.*, n° 795).

La clause de retour est d'un usage assez fréquent : elle cadre avec un des caractères de la donation qui est d'être faite en considération de la personne du donataire, *intuitu personæ* : le donateur a entendu gratifier une personne déterminée; il lui serait pénible de voir, *de son vivant*, sa libéralité profiter à d'autres bénéficiaires imprévus, notamment à des collatéraux plus ou moins éloignés; le but qu'il se proposait d'atteindre est alors en grande partie manqué; grâce à la clause du retour, il lui est possible de revenir au *statu quo ante*.

1368. Plan. — 1° *Forme*; 2° *Aménagement* de l'opération; 3° *Effets* du retour.

1369. A. **Forme.** — Le retour conventionnel doit être *stipulé* (art. 951); c'est dire qu'il ne saurait s'induire de telle ou telle circonstance déterminée, de telle ou telle clause plus ou moins voisine, par exemple de la clause d'*avancement d'hoirie*, d'après laquelle les biens donnés seront sujets

à *rapport*; autre chose est le retour conventionnel, autre chose le rapport.

Du moins la loi n'exige-t-elle pas l'emploi de termes sacramentels; il suffit que la volonté du donateur ressorte clairement de l'acte; aussi a-t-il été jugé que la condition de *survie du donataire*, apposée dans une donation faite par contrat de mariage, peut être traitée ainsi qu'une condition résolutoire constitutive d'un droit de retour conventionnel, en sorte que le donataire devient aussitôt propriétaire des immeubles donnés qui sont donc grevés de l'hypothèque légale de la femme (Civ., 28 août 1849, *D. P.*, 1850, 1, 57). Quant à la question de savoir si une clause d'*inaliénabilité* des biens donnés vaut stipulation d'un droit de retour conventionnel, c'est là une question d'interprétation de volonté qui est du domaine exclusif du juge du fait (Req., 2 mars 1887, *D. P.*, 1887, 1, 204, *S.*, 1890, 1, 506).

1370. B. **Aménagement de l'opération.** — Cet aménagement intéresse : 1° les *biens* sujets à retour; 2° les *éventualités* dans lesquelles le retour se réalisera; 3° les *personnes* qui en bénéficieront.

1° *Biens sujets à retour.* — Ce ne peuvent être que les biens compris dans la donation, à l'exclusion de tous autres (Civ., 7 janv. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 123), à l'exclusion aussi de ceux qui, tel un office ministériel, seraient attachés à la personne du donataire (Nîmes, 20 mars 1855, sous Req., 27 nov. 1855, *D. P.*, 1856, 1, 28).

1371. 2° **Eventualités dans lesquelles le retour se réalisera : cas d'ouverture du retour.** — Ces cas d'ouverture sont énoncés dans l'article 951, § 1; ils se ramènent à trois :

a) Le donateur peut stipuler le retour pour le cas où le donataire décéderait avant lui, et alors même qu'il laisserait des enfants ou descendants : il se préfère, même à ces derniers;

b) Le retour peut être limité au cas où le donataire décéderait sans postérité. Il faut alors qu'on s'en explique formellement; dans le doute, et si l'acte porte simplement que la donation sera résolue au cas de prédécès du donataire, on l'interprète dans le sens le plus strict et la présence d'enfants du donataire prédécédé ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de retour (Req., 10 nov., 1875, *D. P.*, 1876, 1, 480);

c) La condition prévue peut être le prédécès du donataire

et de ses descendants; alors, c'est seulement si le donataire et sa postérité s'éteignent du vivant du donateur, que celui-ci recouvre les biens dont il avait disposé.

Il y a parfois des difficultés pour déterminer quels enfants font obstacle par leur présence à l'ouverture du retour : sans aucun doute, les enfants *légitimés* sont à assimiler, à cet égard, aux enfants légitimes; mais, pour les enfants *naturels*, la question est une question de fait, d'interprétation de la volonté du donateur. Tout ce qu'on peut dire en thèse générale, c'est qu'il y aura lieu de tenir compte de l'antériorité de la reconnaissance de l'enfant par rapport à l'acte de donation : on considérera plus volontiers que le disposant a entendu préférer à lui-même un enfant naturel du donataire dont il connaissait l'existence lors de la donation, tandis que les circonstances seront moins favorables à l'enfant naturel né ou reconnu ultérieurement.

1372. 3° **Au profit de qui le droit de retour peut être stipulé.** — Il ne peut l'être qu'au profit du *donateur lui-même*, à l'exclusion de toutes autres personnes (art. 951, § 2), y compris ses héritiers.

Lorsque la clause a été aménagée en violation de cette règle stricte, on se demande quelle sanction doit intervenir; la jurisprudence, qui ne rallie d'ailleurs pas les suffrages de tous les auteurs, fait à cet égard une distinction.

a) Si le droit de retour a été stipulé *uniquement* au profit d'une personne ou de personnes autres que le donateur, la disposition tout entière serait nulle, comme recélant en elle une substitution prohibée; elle aboutirait, en effet, à l'institution de deux bénéficiaires successifs tenant en réalité leurs droits, l'un et l'autre, du donateur lui-même. Cette solution serait à maintenir dans le cas même où le droit de retour aurait été stipulé en faveur des héritiers du disposant (Civ., 21 juin 1841, *S.*, 1841, 1, 603; 18 avril 1842, *S.*, 1842, 1, 525);

b) Si le droit de retour a été stipulé *cumulativement* au profit du donateur et d'une autre personne — tiers ou héritier — on se borne à libérer la disposition de la clause illicite qu'elle renferme : non seulement la donation reste valable, mais encore le droit de retour appartient au disposant (Req., 8 juin 1836, *S.*, 1836, 1, 463; Montpellier, 25 avril 1844, *D. P.*, 1845, 2, 36).

1373. C. **Effets du retour. Principe.** — Le retour conventionnel agit comme la condition résolutoire dont il n'est

qu'une des variétés; il se réalise donc automatiquement, *rétroactivement*; la donation est résolue *ex tunc* et le donataire redevient propriétaire *ex causa antiqua* (art. 1179, 1183, 952). En conséquence :

1° Les biens donnés reviennent *de plein droit* au donateur, qui peut agir aussitôt, en *revendication*, soit contre le donataire, soit contre un sous-acquéreur, sans avoir besoin de faire résoudre la donation;

2° Le retour se réalise vis-à-vis de tous et est opposable aux tiers indépendamment de toute mesure de publicité qui lui soit particulière; sans doute, la loi du 23 mars 1855, modifiée par le décret du 30 octobre 1935, soumet à la *transcription* les actes déclaratifs de propriété immobilière ou de droits immobiliers (art. 1er-5°); mais le retour des biens donnés n'est pas seulement *déclaratif*; il a, ce qui est différent, un caractère *rétroactif*, et, comme tel, échappe à l'emprise de la loi de 1855 (V. *sup.*, t. I, n° 1732);

3° Les biens donnés sont libérés *ipso jure* des *charges* qui les grevaient du chef du donataire : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Les hypothèques, les servitudes qui avaient été constituées dans l'intervalle se trouvent donc elles-mêmes résolues, avec le titre de celui du chef de qui elles s'étaient établies : les biens sujets au retour reviennent au donateur *francs et quittes de toutes charges et hypothèques* (art. 952).

1374. Exception. — Cependant, il est une hypothèque qui, née du chef du donataire, va survivre au retour et résistera à la résolution du titre du constituant : c'est l'*hypothèque générale*, qui appartient à sa femme; elle subsiste sous les conditions et dans les limites suivantes que trace l'article 952 :

a) On suppose que l'immeuble avait été donné au mari *par contrat de mariage*;

b) Que les autres biens du donataire ne suffisent pas à désintéresser la femme;

c) Enfin, l'hypothèque de celle-ci n'est maintenue que pour garantir le paiement de sa dot et l'exécution des conventions matrimoniales incluses dans le même cadre, dans le même contrat que la donation elle-même.

Il s'agit donc, on le voit, d'une mesure de sauvetage très limitée : l'hypothèque de la femme n'est maintenue qu'à titre *subsidiaire*, et seulement en garantie de créances ressortissant à des catégories déterminées.

1375. Limites apportées à l'idée de rétroactivité. — 1° Le donataire conserve les *fruits* perçus avant l'ouverture du droit de retour; il serait inique de l'obliger à restituer rétrospectivement des revenus qu'il a perçus régulièrement; les parties n'ont pas pu vouloir un tel sacrifice, qui risquerait de constituer le donataire en perte; elles ont entendu tacitement qu'il eût la jouissance de la chose jusqu'à l'ouverture du droit de retour.

A dater du jour de cette ouverture, le donateur peut prétendre aux fruits, mais sous le bénéfice des droits qui résulteraient, pour un *tiers*, de sa possession de bonne foi; ce tiers ferait les fruits siens jusqu'au jour de la demande (Civ., 7 janv. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 123);

2° Les *actes d'administration* et notamment les *baux* passés par le donataire survivent à l'exercice du droit de retour; c'est d'ailleurs un principe qu'ils ne sont pas atteints par la rétroactivité de la condition résolutoire (*sup.*, t. I, n° 1819).

1376. Renonciation et prescription. — Il est certain que le donateur peut *renoncer* au droit de retour qu'il s'était réservé, et cela même avant l'ouverture de ce droit.

D'autre part, l'*action personnelle en restitution* des biens donnés se prescrit par *trente ans* (art. 2262) et ce délai court seulement du jour de l'ouverture du droit (art. 2257, § 2). Quant à l'action en *revendication*, elle est insusceptible de s'éteindre par la prescription (*sup.*, t. I, n° 1507 et suiv.), mais elle s'éteint indirectement par le mécanisme de l'usucapion qui se réalise au profit d'un tiers détenteur, soit par trente ans, soit même, s'il y a juste titre et bonne foi, par dix ans, et qui commence à courir du jour de l'entrée en possession ou du jour du titre d'acquisition, alors même que le droit de retour ne serait pas encore ouvert.

1377. Retour conventionnel et retour légal. — Les deux institutions se ressemblent en ce qu'elles tendent à ramener à leur point de départ des biens qui avaient été donnés entre vifs; mais elles diffèrent profondément aux points de vue suivants :

1° Le retour *légal* fonctionne en dehors de toute clause particulière, tandis que le retour *conventionnel* suppose une stipulation et présente donc, de ce fait, un caractère exceptionnel, dérogatoire au droit commun;

2° A l'inverse, le retour légal est une institution rigide, dont le statut est fixé par la loi une fois pour toutes, sur un

modèle unique; au contraire, le retour conventionnel s'accommode de variantes, de modalités que la loi laisse à la disposition du donateur (art. 951, § 1);

3° Surtout, le retour légal s'effectue à titre *successoral*; celui qui en bénéficie fait figure d'*héritier*; il recueille une succession *anomale*, il est l'ayant cause du *de cujus* (*sup.*, n° 807); mais le donateur qui profite du retour conventionnel recouvre son bien, *ex causa antiqua*, par le jeu d'une condition résolutoire expresse; *il est son propre ayant cause*.

Cette différence fondamentale en détermine d'autres.

a) Le retour légal, qui fait de l'ascendant un héritier, un ayant cause à titre universel, entraîne obligation aux dettes (*sup.*, n° 808); mais le retour conventionnel n'implique, pour le donateur, aucune participation au passif du donataire;

b) Pour la même raison, il ne donne ouverture à aucun *droit de mutation*, et c'est là, pratiquement, la grande supériorité de la combinaison contractuelle sur l'institution légale (Comp. Rennes, 31 mars 1930, *S.*, 1931, 2, 78);

c) Il n'est pas assujetti à la formalité de la *transcription* (*sup.*, t. I, n° 1732), laquelle trouve son emploi dans la succession anomale (*sup.*, n° 807);

d) Le donateur qui profite du retour légal doit subir les charges établies sur la chose du donataire à qui il succède, et la loi ne lui permet pas d'inquiéter les tiers acquéreurs (*sup.*, n° 809); au lieu que s'il avait pris soin de stipuler le retour conventionnel, il serait certain de recouvrer son bien libre de toutes charges ou hypothèques (art. 952).

§ III. — *LES VICES DU CONSENTEMENT PROPREMENT DITS*

1378. Observation générale. — Le droit commun est amendé dans une assez large mesure, tantôt en *droit* et parfois en *fait*, à raison du caractère gratuit de l'acte qui consacre l'appauvrissement du disposant, et qui doit donc émaner d'une volonté particulièrement libre; plus que les actes à titre onéreux, les libéralités sont sensibles aux circonstances qui viendraient peser sur le consentement du donateur ou du testateur.

1379. Exclusion de la lésion. — Cependant, des quatre vices traditionnels du consentement, il en est un, la *lésion*, qui est à exclure : par définition même, toute libéralité lèse

le disposant qui se dépouille dans un esprit de générosité et sans compensation. C'est bien pourquoi l'incapacité du *mineur* qui, d'ordinaire, n'est qu'une incapacité d'exercice, devient ici une incapacité de jouissance (*inf.*, n° 1394), de telle sorte que la rescision pour cause de lésion se trouve masquée par la nullité dérivant de l'incapacité.

1380. L'erreur. — Elle est peu fréquente : elle entraîne certainement la nullité de la disposition si elle porte soit sur *l'identité* ou la *substance* de la chose léguée, soit sur la *personne* même du gratifié (art. 1110) ; elle est également irritante, d'après notre jurisprudence, lorsqu'elle intéresse les *mobiles déterminants* auxquels le disposant a obéi, la *cause impulsive et déterminante* de la libéralité, comme s'il a légué ses biens aux pauvres parce qu'il croyait n'avoir point de parent au degré successible, alors que des héritiers de lui ignorés se présentent, après son décès, pour recueillir sa succession (Civ., 31 juill. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 390; Paris, 9 fév. 1867, *D. P.*, 1867, 2, 195) : cette jurisprudence intéressante, qui tient compte des mobiles individuels et non pas seulement de la cause au sens classique du mot, de l'*animus donandi* abstraitement envisagé, a été et sera signalée d'autre part (*sup.*, t. II, n° 142; *inf.*, n°s 1457, 1544, et surtout 1586).

1381. Dol. — La libéralité est annulable si elle n'a été obtenue par le gratifié que grâce à des manœuvres dolosives, si elle est le résultat d'une *captation* ou d'une *suggestion*, soit que le bénéficiaire ait fait naître ou ait encouragé chez le disposant un sentiment de haine à l'encontre de ses héritiers présomptifs, soit qu'il lui ait inspiré à son endroit une affection obtenue par des moyens tendancieux et répréhensibles; car, ce qui est décisif en pareille matière, traditionnellement et pour notre jurisprudence, c'est moins le but poursuivi par le captateur que les *procédés* auxquels il a recours pour l'atteindre : on ne retient pas les bons offices, les services rendus, les menus cadeaux destinés à entretenir l'amitié; mais on fait état des *manœuvres artificieuses*, des *allégations mensongères* : calomnies à l'encontre de la famille, interception de la correspondance, éloignement des parents ou des domestiques fidèles, immixtion incessante dans les affaires du disposant, autorité dominatrice (Req., 28 oct. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 36; 31 juill. 1906, *D. P.*, 1912, 1, 320; 6 déc. 1909, *D. P.*, 1910, 1, 142; 5 janv. 1920, *S.*, 1920, 1, 256; Paris, 4 déc. 1912, *D. P.*, 1914, 2, 213).

1382. Conformément au droit commun : 1° les juges du fond apprécient souverainement si les manœuvres employées ont ou non un caractère dolosif;

2° Le dol ne vicie l'opération qu'autant qu'il est *déterminant, principal*; des manœuvres illicites ne seraient pas irritantes si, en fait, elles n'avaient pas déterminé la libéralité, si elles n'avaient pas eu une force propulsive (Req., 6 déc. 1909, précité; Civ., 22 nov. 1911, *D. P.*, 1915, 1, 58; Agen, 18 mars 1912, sous Req., 21 avril 1913, *D. P.*, 1913, 1, 421).

Mais, *contrairement au droit commun*, le dol vicie les libéralités alors même qu'il émanerait d'un *tiers*; on écarte donc la règle limitative formulée par l'article 1116 qui ne retient, comme vice de consentement, que le dol interne, commis par l'un des contractants à l'encontre de l'autre (*sup.*, t. II, n° 96). Cette interprétation extensive se justifie aisément pour le *testament*, lequel n'est pas un contrat et ne rentre donc pas dans les termes de l'article 1116; mais plus difficilement pour les donations, lesquelles sont au contraire de nature contractuelle et sembleraient donc devoir être régies par ce texte; on considère sans doute que la liberté du consentement est plus indispensable chez le donateur, qui réalise un acte anti-économique, un acte d'appauvrissement, que chez tout autre contractant (V. Req., 2 janv., 1878, *D. P.*, 1878, 1, 136; 27 juin 1887, *D. P.*, 1888, 1, 303).

L'ouvrage demeuré classique sur la captation et la suggestion en matière testamentaire est le *Traité des testaments* de Furgole, chap. V, sect. 3.

1383. Violence. — C'est par argument *a fortiori* que la violence, laquelle n'est qu'un dol aggravé, vicie le consentement du disposant (Req., 19 juin 1877, *D. P.*, 1878, 1, 160; 27 janv. 1919, *S.*, 1920, 1, 198; Paris, 27 juill. 1900, *D. P.*, 1900, 2, 493); les tribunaux prennent en considération des violences qui ne suffiraient pas à déterminer l'annulation d'un acte à titre onéreux (Bordeaux, 8 mai 1860, *S.*, 1860, 2, 434).

Section II. — LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR À TITRE GRATUIT

1384. Principe. — On comprend que le droit commun soit écarté plus ou moins complètement, à raison de cette

circonstance que, par cette opération anti-économique qu'est la libéralité, le disposant s'appauvrit tandis que le gratifié s'enrichit à ses dépens.

Cependant, la directive essentielle est la même que pour les actes onéreux, à savoir que la capacité constitue le principe et les incapacités l'exception : aux termes de l'article 902 : « *Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.* » Donc, *pas d'incapacité sans un texte* dont l'interprétation restrictive est de rigueur (Req., 12 mai 1931, *D. H.*, 1931, 348).

1385. Plan. — Nous étudierons :
1° Les incapacités de *disposer*;
2° Les incapacités de *recevoir*;
3° Les *sanctions* de ces incapacités.

§ I. — *INCAPACITÉS DE DISPOSER*

1386. Donations entre vifs et testament. — Des différences nombreuses séparent, quant à la capacité de disposition, les libéralités entre vifs et les legs; elles tiennent, pour la plupart, à l'un des motifs suivants :

1° La donation est, pour le disposant, un acte plus grave que le legs, parce qu'elle implique un dessaisissement immédiat; en donnant, le bienfaiteur se dépouille lui-même, au lieu qu'en consentant un legs il ne dépouille que ses héritiers;

2° Le droit de régler, par testament, la dévolution des biens, est considéré traditionnellement comme une prérogative sacrée, alors que la donation est traitée comme un acte anormal, anti-économique : celui qui l'effectue n'exerce pas un attribut essentiel de sa personnalité;

3° Le testament est un acte strictement *personnel*, pour lequel la *représentation* est inconcevable; donc, si on l'interdit au propriétaire, on le rend par là même impossible, nul n'étant qualifié pour y procéder en son nom.

Ces considérations expliquent que, d'une façon générale, la loi se montre moins exigeante, en matière de capacité de disposer, pour le testament que pour la donation.

1387. Plan. — Nous distinguerons deux catégories d'incapacités de disposer :

1° D'une part, celles qui sont insurmontables et qui constituent donc des *incapacités de jouissance*;

2° D'autre part, celles qui comportent un remède tiré d'une *autorisation*, d'une *représentation* : il faut y voir de simples *incapacités d'exercice*.

N° 1

Incapacités de jouissance

1388. Confusion à éviter. — Nous ne qualifions pas ces incapacités d'*absolues*, car : 1° elles ne sont parfois que *partielles* (*inf.*, n° 1396) ; 2° elles sont sanctionnées par une nullité qui n'est, le plus souvent, que *relative*.

1389. Enumération. — Sont frappés d'une incapacité de jouissance quant au droit de disposer à titre gratuit :

1° Ceux qui *ne sont pas sains d'esprit*;

2° Les *mineurs*;

3° Les *condamnés* à certaines peines.

1390. I. Personnes qui ne sont pas saines d'esprit. — Aux termes de l'article 901, « *pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit* ».

Pourquoi cette disposition? La règle qu'elle édicte ne vaut-elle pas pour tous les actes juridiques, lesquels, même onéreux, doivent émaner d'une volonté libre et consciente?

Cependant, on peut découvrir un triple sens et une triple utilité à l'article 901.

1° Sans doute le législateur a-t-il voulu inciter le juge à se montrer plus exigeant en matière de libéralités que pour les actes à titre onéreux; la donation et le testament demandent, chez le disposant, une volonté particulièrement indépendante et libre; non pas qu'on considère comme nuls, suivant la tradition ancienne, les testaments inspirés au disposant par une haine aveugle et injuste à l'encontre de ses héritiers présomptifs : le testament rédigé *ab irato* n'est pas vicié par cela même, à moins que la colère n'eût atteint une telle violence qu'elle eût enlevé au testateur l'usage de ses facultés (Req., 28 fév. 1876, *D. P.*, 1876, 1, 367). Mais on procède à un dosage plus rigoureux qu'on ne le ferait pour un acte de la vie courante : un acte d'abdication exige une liberté d'esprit complète;

2° L'article 901 revêt une autre signification, plus pré-

cise : on l'entend en ce sens que les *héritiers* du donateur ou du testateur peuvent attaquer la donation ou le testament à raison de l'insanité d'esprit de leur auteur, alors que les conditions requises par l'article 504 ne seraient pas réunies, c'est-à-dire en l'absence de toute interdiction ou de toute procédure d'interdiction et quand bien même la preuve de la démence ne ressortirait pas de l'acte attaqué : le système de la preuve *intrinsèque* est abandonné; la preuve de la démence, *au moment de l'acte*, peut être administrée par tous les moyens possibles (Req., 3 avril 1872, *D. P.*, 1872, 1, 415); le juge du fond apprécie souverainement (même décision et Req., 3 nov. 1908, *D. P.*, 1909, 1, 141; 31 juill. 1913, *D. P.*, 1917, 1, 62); pratiquement, il se contente volontiers de la preuve de l'*état habituel* de démence, sauf ensuite au gratifié à prouver que l'acte se situe dans un intervalle lucide (Req., 8 juill. 1901, *D. P.*, 1901, 1, 496; *S.*, 1902, 1, 124; 1er mars 1904, *S.*, 1904, 1, 100, *D. P.*, 1905, 1, 47);

3° Au cas où l'interdiction est survenue postérieurement à la rédaction du testament, il n'est pas nécessaire, pour faire tomber celui-ci, d'établir la notoriété de la démence lors de la confection : l'article 901 a le pas sur l'article 503 (V. le rapport de M. E. Pilon, *S.*, 1937, 1, 121; *D. P.*, 1937, 1, 33).

1391. Interdit judiciaire. — Si l'aliéné est en état d'*interdiction judiciaire*, la preuve, exigée du demandeur en nullité, est singulièrement facilitée : à dater du jugement, l'interdit est frappé d'une incapacité *générale* et *permanente* : *tous actes*, par lui passés ultérieurement, sont nuls de droit (art. 502); tous actes, donc même et surtout la donation ou le testament. On a bien essayé de faire un sort particulier à ces dispositions en alléguant que, les défendre à l'interdit, aboutissait à les rendre absolument impossibles, puisque le *tuteur*, simple administrateur, ne saurait procéder à des actes à titre gratuit (*sup.*, t. I, n° 544) : l'incapacité d'exercice équivaut donc ici à une incapacité de jouissance et c'est pourquoi on a proposé de permettre à l'interdit de procéder aux actes strictement personnels et exclusifs de toute représentation, au cours de ses intervalles lucides. Mais cette argumentation, produite notamment pour le *mariage* (*sup.*, t. I, n° 703), et pour la *reconnaissance* d'enfant naturel (*sup.*, t. I, n° 1198), et rééditée pour les actes de disposition à titre gratuit, ne nous paraît pas acceptable : elle a contre elle et le texte de l'article 502, qui prononce l'exclusive contre *tous actes*, et cette idée directrice que la donation et le testament exigent, plus encore que les actes onéreux, une liberté d'es-

prit entière (art. 904) ; d'ailleurs, dans un cas particulier, le Code civil résout la difficulté et fait brèche au principe qui s'en trouve ainsi confirmé : aux termes de l'article 511, si l'enfant d'un interdit se marie, la *constitution de dot* et autres conventions matrimoniales sont soumises au conseil de famille et à l'homologation du tribunal. Hors de là, toutes libéralités sont radicalement prohibées (Nancy, 8 mai 1880, *motifs*, sous Cass., 27 fév. 1883, *D. P.*, 1883, 1, 113).

1392. Interdit légalement. — L'interdiction *légale*, laquelle comporte l'ouverture d'une tutelle, doit-elle être assimilée à l'interdiction judiciaire?

A notre avis, il convient de distinguer :

1° Pour les *donations* entre vifs, l'assimilation doit être admise : d'une part, le condamné, bien que ses facultés mentales ne soient pas altérées, est dessaisi de l'administration de son patrimoine; d'autre part, le tuteur, simple administrateur, n'a pas le pouvoir de disposer à titre gratuit, sauf application, par voie d'analogie, de la disposition de l'article 511 (V. Nancy, arrêt précité) ;

2° Pour le *testament*, c'est la solution inverse qui s'impose, d'abord parce qu'il n'y a pas d'incapacité sans texte (art. 902) et qu'aucune disposition ne prive l'interdit légal de la capacité de tester; ensuite, parce que le testament ne doit produire d'effet qu'au décès, donc à une époque où l'interdiction aura pris fin; le raisonnement est le même que jadis pour la femme mariée qui, bien qu'incapable, pouvait cependant faire son testament.

1393. Aliéné interné sans être interdit. — On sait que, l'internement *imitant* l'interdiction (*sup.*, t. I, n° 558), l'interné est frappé d'une incapacité, mais avec cette différence que les actes par lui passés ne sont pas nuls de droit : ils peuvent seulement être attaqués pour cause de démence (L. 30 juin 1838, art. 39; *sup.*, t. I, n° 559) ; les actes à titre gratuit obéissent à cette règle générale.

1394. II. Les mineurs. — *En principe*, le mineur est incapable de disposer à titre gratuit (art. 903) ; l'incapacité est générale et profonde en ce double sens : 1° d'abord qu'elle frappe même le mineur émancipé, une libéralité n'étant pas un acte de *pure administration* (art. 484) ; 2° puis qu'elle se double de l'impossibilité pour le tuteur ou l'administrateur légal, lui-même administrateur, de procéder à un acte de

ce genre (*sup.*, t. I, n° 429) ; ici encore, l'incapacité d'exercice s'élargit donc en une incapacité de jouissance.

Mais le principe n'est pas absolu; il comporte deux dérogations.

1395. Dérogations. — 1° En matière de *donations* entre vifs, on sait que le mineur, lorsqu'il se marie, peut consentir, *dans son contrat de mariage*, toutes les dispositions accessibles à un majeur, pourvu du moins qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est requis pour le mariage lui-même (art. 1398; *sup.*, n° 373). Cet élargissement de la capacité profite même au mineur non émancipé; mais il est très fugitif : une fois le contrat de mariage signé, le mineur retombe en état de complète incapacité, du moins quant au droit des libéralités; sans doute, il est émancipé de plein droit par le mariage, mais on vient de voir que, même émancipé, le mineur demeure incapable de donner ses biens. Il en ira ainsi jusqu'au jour où il atteindra sa majorité.

1396. — 2° Pour le *testament*, la règle de l'incapacité comporte une dérogation plus importante, parce que générale et permanente. D'après l'article 904, § 1, le mineur, émancipé ou non, mais parvenu à l'âge de *seize ans* révolus, peut disposer par testament *de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer*; ce qui ne signifie nullement qu'il puisse toujours léguer à qui lui plaît la moitié de ses biens, car, même majeur, il arrive que cette possibilité lui soit refusée; il faut tenir compte, en effet, de la présence d'héritiers *réservataires*, auquel cas c'est de la moitié du *disponible normal* que le mineur aura la faculté de disposer à sa guise : si, par exemple, il laisse son père et sa mère, réservataires chacun pour un quart de la succession, soit en tout de la moitié, c'est seulement du quart de ses biens qu'il lui sera loisible de disposer par testament.

Le Code civil établit ainsi, pour le mineur parvenu à l'âge de seize ans, un *disponible spécial* égal à la moitié du *disponible de droit commun*. Ce disponible pour mineurs est calculé en se plaçant *au jour du décès*, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la situation qui existait au jour de la confection du testament ni les événements survenus après le décès : il a été jugé que la capacité testamentaire du mineur n'est pas modifiée, n'est pas étendue rétroactivement par la renonciation d'un héritier réservataire (Paris, 1er mai 1923, *S.*, 1923, 2, 71, *D. P.*, 1924, 2, 76).

1397. — La *sanction*, au cas de disposition plus étendue, consiste, non dans la nullité, mais seulement dans la *réductibilité* des legs excessifs consentis par le mineur.

1398. Droit de la guerre. — Une loi du 28 octobre 1916, issue de la guerre mondiale, élargit la capacité de tester du mineur parvenu à l'âge de seize ans, s'il est *appelé sous les drapeaux pendant une campagne de guerre*; deux éventualités sont alors à distinguer, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 904, ajouté par cette loi.

a) Le mineur mobilisé ne laisse ni conjoint ni parents jusqu'au *sixième degré* inclusivement : en ce cas, sa capacité de tester est celle d'un majeur; il peut disposer de la totalité de ses biens au profit de quiconque, tandis que le Code civil ne lui permet, en temps de paix, que de disposer de la moitié de ses biens;

b) S'il laisse un conjoint ou des parents jusqu'au sixième degré, sa capacité de tester est bien encore, en quotité, celle d'un majeur, mais il ne peut en user qu'au profit du conjoint ou d'un parent au degré prévu : on a craint un entraînement irréfléchi dont on a voulu préserver la famille immédiate qui bénéficie ainsi d'une sorte de *réserve collective*.

1399. III. **Condamnés à de certaines peines.** — Des distinctions sont à établir :

1° S'il s'agit d'une peine d'ordre *correctionnel* ou *contraventionnel*, la capacité de disposer demeure entière;

2° Lorsque c'est une peine *criminelle* mais non *perpétuelle* qui a été prononcée, le condamné est en état d'*interdiction légale*, et nous avons fixé les conséquences de cette situation (*sup.*, n° 1392);

3° Si la peine criminelle est *perpétuelle*, le condamné est frappé d'une *double incapacité* qui constitue un vestige de la mort civile abolie par la loi du 31 mai 1854; il résulte, en effet, de l'article 3, § 1, de cette loi, que le criminel ne peut disposer de ses biens ni par donation entre vifs, ni par testament, dans quelque mesure que ce soit. D'ailleurs, les deux catégories de libéralités ne sont pas mises tout à fait sur la même ligne : le testament, fait antérieurement, en période de pleine capacité, devient caduc (art. 3, § 2 de la même loi); mais la donation consentie à la même époque demeurerait valable et continuerait à produire tous ses effets : c'est qu'elle est un contrat, au lieu que le testament n'était qu'un simple projet.

N° 2

Incapacités d'exercice

1400. Leur signification. — Les incapacités que nous visons maintenant ne privent pas ceux qui en sont atteints de la faculté de disposer de leurs biens à titre gratuit : elles ont pour unique signification de leur imposer une habilitation; le droit de disposer existe, intégralement; seul, l'exercice en est conditionné.

1401. Applications. — Cette catégorie comprenait autrefois deux groupes constitués par les femmes mariées et les individus pourvus d'un conseil judiciaire.

1402. — Pour les *femmes mariées*, le *testament* s'opposait, quant à la capacité, aux *donations*. Tandis que la femme a toujours pu tester librement, sans aucune autorisation, parce qu'en disposant de ses biens pour l'époque qui suivra son décès, elle ne porte pas atteinte à l'autorité maritale, et aussi parce que le testament est un acte strictement personnel pour lequel on ne conçoit pas l'intervention d'une tierce personne, l'article 905 prescrivait que la donation entre vifs n'était possible qu'avec l'autorisation du mari de la donatrice ou de justice : ce n'était là qu'une application du principe d'après lequel la femme mariée était frappée d'une incapacité générale.

La loi du 18 février 1938, qui a conféré à la femme le plein exercice de sa capacité civile (art. 215, § 1, nouv. réd.), a abrogé du même coup, et expressément (art. 2 de la loi) l'article 905, en sorte que complète est désormais la capacité, pour la femme, de consentir des libéralités, à cause de mort ou par acte entre vifs : l'unification de la législation s'est ainsi réalisée dans le sens le plus libéral.

1403. Individu pourvu d'un conseil judiciaire. — Ici, l'opposition subsiste entre donation et testament.

1° Pour la *donation*, laquelle implique dessaisissement actuel, *aliénation*, le disposant doit obtenir l'assistance du conseil, conformément aux art. 499 et 513;

2° Mais il pourra *tester* librement, — sauf application, pour le faible d'esprit, de l'art. 901 (*sup.*, n° 1390) — puisque, d'une part, le testament, acte unilatéral et secret, exclut toute idée de collaboration; puisque, d'autre part, les effets

en sont différés jusqu'au jour du décès et que le testament ne figure pas au nombre des actes pour lesquels les articles 499 et 513 requièrent l'assistance du conseil (Dijon, 14 mai 1847, *D. P.*, 1848, 2, 58, et, sur pourvoi, Req., 14 fév. 1849, *D. P.*, 1851, 5, 176).

1404. Du moment auquel s'apprécie la capacité du disposant. — Pour déterminer le moment auquel est requise la capacité du disposant il faut encore distinguer entre donation et testament.

1° Pour la *donation*, à supposer qu'elle se réalise par étapes successives — et c'est le seul cas où la question puisse présenter des difficultés — la capacité du disposant est exigée : *a*) d'abord et évidemment au moment de l'*offre* de donation; *b*) puis au moment de l'*acceptation* par le donataire, puisque c'est alors que se forme le contrat; *c*) enfin, lors de la *notification* de cette acceptation, puisque, jusque-là, la donation est sans effet à l'égard du donateur (art. 932, § 2);

2° Pour le *testament*, la capacité de disposer est bien évidemment requise au moment de la *confection*; mais elle ne l'est pas lors du décès; tout ce qu'on exige alors, c'est que le testateur soit capable de *laisser* un testament; mais il ne serait pas juridique d'exiger qu'il fût demeuré capable d'en *rédiger* un. Comme on l'a écrit très justement, « le testament n'est pas une opération en deux temps » (Nast, note citée *inf.*); il serait inexact d'y voir une sorte de création continue; et d'ailleurs, les articles 1035 à 1047, qui énumèrent les événements emportant révocation ou caducité du testament ne font pas mention de la survenance d'une incapacité : pas plus que la disparition d'une incapacité ne saurait valider un testament nul (Amiens, 2 juin 1919, *sol. implic.*, *D. P.*, 1920, 2, 31), la survenance ultérieure d'une incapacité ne peut invalider un testament valablement rédigé : si la loi du 31 mai 1854 décide autrement pour le testament du condamné à une peine perpétuelle, c'est que ce condamné est devenu incapable, non seulement de *faire*, mais bien de *laisser* un testament; nécessairement, il décède *intestat*.

En conséquence, il y a lieu de considérer que le testament, rédigé à un moment où son auteur jouissait de la plénitude de ses facultés mentales, demeure valable et doit recevoir exécution en dépit de cette circonstance que le testateur est décédé en état d'*interdiction judiciaire*; comme le déclare la Chambre des requêtes, en déclarant « nuls de droit » tous actes passés après l'interdiction, l'article 502 prive l'aliéné

de faire désormais un acte testamentaire, mais il ne le rend pas incapable de transmettre les biens dont il avait disposé auparavant par un testament régulier (*Sic*, Paris, 10 déc. 1934, *D. P.*, 1935, 2, 1, note Nast, approbative, *S.*, 1935, 2, 193, note Solus, critique; et, sur pourvoi, Req., 19 janv. 1937, *D. P.*, 1937,, 1, 33, note Savatier, approbative, rapport conforme du conseiller E. Pilon; *S.* 1937, 1, 127, avec le même rapport; — *contra*, Colin, Capitant et de la Morandière, t. III, n° 867; Solus, note précitée). A l'étranger, plusieurs codes résolvent expressément la question dans le sens que nous adoptons (C. civ. *allemand*, art. 2230; C. civ. *suisse*, art. 467 et 519; C. civ. du *Brésil*, art. 1628 aux termes duquel : « l'incapacité survenue ultérieurement n'annule pas le testament fait valablement, non plus que le testament d'un incapable ne devient valable, s'il redevient par la suite capable »).

1405. Périodes intercalaires. — Lorsque la capacité de disposer est requise à différents moments, c'est un principe traditionnel qu'elle n'est pas exigée dans l'intervalle : *media tempora non nocent*.

§ II. — *INCAPACITÉS DE RECEVOIR*

1406. Division. — Ces incapacités se divisent, comme les précédentes, en incapacités de *jouissance* et incapacités d'*exercice*, selon qu'elles sont insurmontables ou qu'elles comportent des palliatifs.

N° 1

Incapacités de jouissance

1407. Division. — Il en est de deux sortes : les unes qui, *générales*, s'opposent à ce que ceux qui en sont atteints reçoivent une libéralité de qui que ce soit, d'autres qui, *relatives*, font seulement obstacle à ce que l'incapable soit gratifié par une personne déterminée.

I

Incapacités générales

1408. Définition ; énumération. — Les incapacités de jouissance à qui nous reconnaissons un caractère général

existent *erga omnes* : celui qui en est frappé ne peut recevoir une libéralité d'une personne quelconque.

Depuis que les *étrangers* ont été déclarés capables d'être gratifiés par des Français (L. 14 juill. 1819, abrogeant l'art. 912), on ne peut plus citer, sous notre rubrique, que :

1° Les *condamnés* à une peine affictive perpétuelle;
2° Les personnes humaines *non conçues*;
3° Les *associations non reconnues d'utilité publique;*
4° Les *personnes incertaines*.

1409. I. Certains condamnés. — De même qu'ils ne peuvent *disposer* de leurs biens à titre gratuit, les condamnés à une peine affictive perpétuelle, notamment aux *travaux forcés à perpétuité*, ne sauraient *recevoir* à titre gratuit : c'est la seconde face de l'incapacité instituée par la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile (art. 3, § 1).

Cependant : 1° ces condamnés peuvent recevoir des donations ou des legs *à titre alimentaire* (même texte); 2° le Gouvernement peut les *relever* de leurs incapacité en tout ou en partie (art. 4 de la même loi).

1410. II. Personnes humaines non conçues. Principe. — Pour acquérir un droit, il faut exister, tout au moins être conçu (*sup.*, t. I, n° 184); par application de cette règle de raison, une personne non encore conçue, une personne *future*, ne saurait être instituée ni *donataire* (art. 906, § 1), ni *légataire* (art. 906, § 2); et les personnes conçues elles-mêmes ne bénéficient d'une libéralité, qui leur a été adressée pendant la période de leur conception, que si elles naissent ensuite *viables* (art. 906, § 3).

La conception du gratifié, en temps utile, est un élément de validité, voire d'existence de la libéralité, un élément *constitutif* : c'est dire que la condition « *si nascatur* », insérée dans la donation ou dans le testament, ne serait d'aucun secours : on ne saurait mettre *in conditione* un élément essentiel, constitutif d'une opération juridique.

1411. Dérogations. — Le système de notre Code civil, qui exige l'existence, ou du moins la conception du gratifié, paraît rationnel et nécessaire : cependant, il était loin d'être admis constamment dans notre ancien droit (V. Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*, §§ 165 et suiv.); il ne s'impose pas logiquement avec une rigueur absolue. (V. Roguin, *La règle de droit*, n° 45); et il comporte, dans notre

droit positif actuel, certaines exceptions, qui sont à ranger dans deux catégories très distinctes.

1° L'incapacité des personnes *futures*, non encore conçues, est limité aux libéralités qui leur seraient adressées *directement*, sans intermédiaire entre le disposant et le gratifié. Mais nul doute qu'il ne soit possible de gratifier de telles personnes, humaines ou morales, *indirectement* et *par l'intermédiaire d'autrui*, au moyen et sous la forme d'une *charge* imposée à un tiers; journellement, des donations ou des legs sont adressés à des villes, à des établissements publics, à charge de distribuer des secours ou des prix à des personnes réunissant certaines conditions; ces personnes bénéficient de la libéralité, même si elles n'étaient pas nées ni conçues au jour où elle est intervenue, et cela parce qu'en réalité elles ne jouent pas le rôle de donataires ou de légataires par rapport au bienfaiteur, parce qu'elles ne recueillent le bénéfice de la disposition que de seconde main, le véritable institué étant l'établissement chargé de la distribution des prix ou des secours : c'est lui qui devait exister lors de la donation, du legs, de la fondation, mais non les bénéficiaires indirects, en sous-ordre, qui n'en profitent que par son canal (Caen, 12 nov. 1869, *S.*, 1870, 2, 145, note Labbé, et sur pourvoi, Req., 21 juin 1870, *S.*, 1870 ,1, 367; 15 nov. 1906, *D. P.*, 1907, 2, 265, note Planiol; pour les *fondations*, v. *inf.*, n° 1907).

Stipulation pour autrui. — Il est à remarquer que la jurisprudence, qui fait application de ces directives aux legs avec charges et aux fondations, lesquelles profitent même aux générations futures, indéfiniment, s'en éloigne au contraire en ce qui concerne la stipulation pour autrui véritable et notamment les *assurances sur la vie*, lesquelles ne peuvent intervenir, en thèse générale, au profit de personnes non conçues (*sup.*, t. II, n° 295). Cette différence de traitement s'explique, en quelque mesure, théoriquement sinon pratiquement, par cette considération que, dans la stipulation pour autrui, le tiers est l'unique, le premier bénéficiaire de l'opération, car il est investi d'un droit *direct*; il ne vient pas en sous-ordre; au lieu que les bénéficiaires d'une charge ou d'une fondation ne recueillent la charge, le prix ou le secours que de seconde main; ils sont des institués au deuxième degré et l'on s'explique que leur existence ne soit pas exigée lors de la donation ou de la fondation. La règle restrictive a cessé, d'ailleurs, d'être gênante en matière d'assurances sur la vie, depuis que la loi du 13 juillet 1930 a admis que le bénéfice de l'assurance pouvait être attribué

directement, par le souscripteur, à ses enfants à naître ou à sa future femme, sans autre précision (art. 63 de cette loi; *sup.*, t. II, nos 292, 295 et 296);

2° Même en matière de libéralités *directes*, et en dehors de toute stipulation pour autrui, la règle édictée par l'article 906 comporte deux dérogations, l'une en matière de *substitutions* (art. 1048 et suiv.); l'autre en matière d'*institution contractuelle* (art. 1082). L'étude de ces dispositions exceptionnelles trouvera sa place à l'occasion de ces deux institutions (*inf.*, nos 1774 et 1883).

1412. III. Associations non reconnues d'utilité publique. — On sait que, dans le système institué par la loi du 1er juillet 1901, seules, les associations *reconnues d'utilité publique* ont véritablement la capacité de recevoir des libéralités; simplement *déclarés*, ces groupements ne peuvent recueillir que les *cotisations* de leurs membres et certaines *subventions* (art. 6 de la loi; *sup.*, t. I, n° 671), exception faite cependant pour les associations ayant pour but exclusif *l'assistance* ou la *bienfaisance*, lesquelles peuvent accepter des libéralités sous réserve de l'approbation par décret rendu en Conseil d'Etat (L. 14 janv. 1933, art. 35).

Même reconnues d'utilité publique, les associations n'ont pas une capacité d'acquérir à titre gratuit illimitée : 1° la loi de 1901 (art. 11, § 3) leur interdit d'accepter une *donation*, mobilière ou immobilière, avec *réserve d'usufruit* au profit du disposant; 2° d'autre part, les immeubles *donnés* ou *légués* qui ne seraient pas nécessaires au fonctionnement de l'association, doivent être aliénés, pour le prix en être versé dans la caisse de l'établissement (art. 11, § 2).

Le contraste n'en est pas moins saisissant entre les deux groupes d'associations; la reconnaissance d'utilité publique engendre vraiment, pour le groupement qui en bénéficie, la capacité d'acquérir à titre gratuit. D'où la question de savoir quel est le sort d'une libéralité adressée *directement* à une association qui, non reconnue alors, l'a été par la suite : faut-il la déclarer nulle, sans remède possible, définitivement inopérante, comme adressée à une personne qui n'avait pas encore la capacité d'être instituée? Ou bien peut-on considérer que l'existence de fait dont elle bénéficiait alors a pu préparer les voies à une libéralité qui, somme toute, était adressée à une personne au moins déjà conçue, en sorte qu'un même décret reconnaisse l'établissement d'utilité publique et l'autorise à accepter la libéralité qui lui avait été adressée avant la lettre? C'est dans le premier

sens, le plus rigoureux, que se prononce la jurisprudence judiciaire en invoquant la teneur des articles 10 et 11 de la loi du 1er juillet 1901, et l'impossibilité de faire rétroagir la déclaration d'utilité publique, au détriment des héritiers *ab intestat*, investis, au jour du décès, de droits définitifs; tandis que la jurisprudence administrative, par une sorte d'adaptation aux personnes juridiques de la règle *infans conceptus*, se montre favorable à l'efficacité du *legs direct à œuvre future* (V. *inf.* ce qui est dit au sujet des fondations, n° 1910). En tout cas, il est piquant de remarquer que la jurisprudence judiciaire base son opinion sur des textes du droit administratif (art. 10 et 11, l. du 1er juill. 1901), tandis qu'à l'inverse la jurisprudence administrative étaye la sienne sur un article du Code civil (art. 906).

1413. Congrégations religieuses. — Les congrégations, traitées comme associations, sont soumises, par la loi du 1er juillet 1901, à un statut particulièrement rigoureux : elles ne peuvent être autorisées que par une *loi* (art. 13); en outre, les congrégations religieuses de *femmes* ne peuvent accepter que des libéralités *à titre particulier* (L. 24 mai 1825, art. 4-1°).

1414. Syndicats professionnels. — Les syndicats professionnels ont une capacité supérieure à celle des associations reconnues d'utilité publique : depuis 1920, ils peuvent acquérir, *sans limitation*, à titre gratuit comme à titre onéreux, tous biens meubles ou immeubles et, semble-t-il, même *avec réserve d'usufruit* au profit du disposant (L. 31 mars 1884, art. 5, § 1, modifié par l. 12 mars 1920, art. 1er).

1415. Sociétés de secours mutuels. — 1° Les *sociétés libres* ou *approuvées* peuvent recevoir des dons ou des legs *mobiliers* et aussi des immeubles, mais seulement jusqu'à concurrence des trois quarts de leur avoir (L. 1er avril 1898, art. 15, § 1, mod. par art. 9 d.-l. 28 août 1937); 2° les sociétés *reconnues d'utilité publique*, ont l'aptitude à acquérir dans les conditions déterminées par le décret qui a reconnu leur utilité (même loi, art. 33). Les libéralités *avec réserve d'usufruit* ne sont interdites par aucun texte, ni pour le deuxième, ni même pour le premier groupe.

1416. IV. Personnes incertaines. — Il est de tradition et il était déjà admis en droit romain que les *personnes incertaines* ne peuvent être instituées; la règle n'offre guère

d'intérêt pratique que pour les *testaments*, car on imagine difficilement qu'une donation, acte contractuel, soit consentie au profit d'une personne qui ne serait pas déterminée d'une façon claire et précise; quant à l'*assurance sur la vie* au profit d'un tiers, il est rappelé que les enfants à venir du stipulant sont ici traités comme personnes certaines (L. 13 juill. 1930, art. 63, § 2; *sup.*, t. II, n° 292).

Si le *principe* est hors de doute, en droit positif actuel et dans l'état de notre jurisprudence, l'*application* soulève de nombreuses difficultés, de droit ou de fait, mais surtout de fait; et nous ne pouvons guère qu'énoncer les directives auxquelles se conforment nos tribunaux.

1° Une personne n'est pas nécessairement incertaine par cela seul que le testateur n'a pas pu s'en faire une idée précise; et, à ce point de vue, le formalisme romain fait place à une conception plus libérale; ainsi, serait validée la disposition faite par le testateur au profit de la première personne qui viendra à ses funérailles, ou de la domestique qu'il aura à son service lors de son décès, ou, étant célibataire, à sa femme, sans autre précision, ou à l'homme qui épousera sa fille (V. D. *Jur. gén.*, *Dispositions entre vifs*, n^os^ 3465 et suiv.); du moment qu'une personne est *déterminable*, elle n'est pas incertaine;

2° Mais il ne faut pas que le testateur ait abdiqué son pouvoir de détermination; il doit faire acte de *volonté* dans ce testament qui, par définition, renferme ses *dernières volontés*; *le legs avec faculté d'élire est nul* (*sup.*, n° 1346), comme serait nul le legs consenti à un tiers en vue d'exécuter les *intentions secrètes* du testateur (Paris, 3 mai 1872, *D. P.*, 1872, 2, 199, *sup.*, n° 1347);

3° Si la disposition est conçue en des termes obscurs et de telle sorte que l'identification du ou des légataires soit malaisée, il appartient au juge du fait de la dégager par tous les moyens possibles, non seulement à l'aide des mentions contenues dans le testament (preuve *intrinsèque*), mais en s'inspirant de toutes les circonstances de la cause (Civ., 6 avril 1891, *D. P.*, 1892, 1, 279; 1^er^ mars 1897, *D. P.*, 1897, 1, 199). La *détermination* du ou des bénéficiaires est ainsi laissée complètement au juge du fond (*sup.*, n° 1348).

1417. Libéralités faites aux pauvres[1]. — C'est par application de ces directives que les libéralités faites aux

[1] V. Th. Tissier, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique*; Léon Bour, thèse, Paris, 1899; Planiol et Ripert, t. III, n^os^ 2990 et suiv.

pauvres sont, en principe, valables, malgré les grandes difficultés de *détermination* que leur incidence est susceptible de soulever : leur efficacité est d'ailleurs législativement consacrée dans les articles 910 et 937; on ne peut pas les considérer, en principe du moins, comme s'adressant à des personnes incertaines (Civ., 6 juin 1932, *S.*, 1933, 1, 220). Il est à noter à ce sujet :

1° Que la libéralité faite aux indigents peut se présenter sous l'aspect d'une simple *charge*, non d'une institution, et alors tout grief tiré de l'incertitude du bénéficiaire disparaît; c'est à ce titre qu'ont été souvent validées des dispositions faites au profit de *bonnes œuvres* (Civ., 13 juill. 1859, *D. P.*, 1859, 1, 322; Bourges, 11 janv. 1887, *D. P.*, 1887, 2, 80; Bordeaux, 13 mai 1895, *D. P.*, 1895, 2, 438);

2° Que le *bureau de bienfaisance* est institué, dans chaque commune, le représentant des pauvres (à Paris, ce rôle est dévolu à l'*Assistance publique*. L. 10 janv. 1849), et même, d'après la jurisprudence, le représentant *nécessaire*, investi à cet effet d'un *monopole*, de telle sorte que toute libéralité adressée abstraitement à des indigents doit passer par le canal de cet établissement (Avis du C. d'Etat du 15 fév. 1837; Req., 4 août 1856, *D. P.*, 1856, 1, 453; 14 juin 1875, *D. P.*, 1876, 1, 132), sauf cependant l'efficacité reconnue à la clause par laquelle le testateur spécifie que les secours devront être distribués par des personnes ou des établissements par lui désignés (Req., 22 août 1881, *D. P.*, 1882, 1, 476; Civ., 21 avril 1898, *D. P.*, 1898, 1, 455); mais les sommes léguées n'en sont pas moins, même alors, recueillies et gérées par le bureau de bienfaisance, nonobstant toute clause contraire qui serait invariablement nulle, dans l'état actuel de la jurisprudence, judiciaire et administrative.

II

Incapacités relatives

1418. Distinction. — Les incapacités de recevoir, qui présentent ce double caractère d'être des incapacités de jouissance et de n'exister que par rapport à un disposant déterminé, sont assez nombreuses. On peut les ranger dans deux catégories selon qu'elles s'expliquent par l'état de *dépendance* où se trouverait le disposant par rapport au gratifié, ou bien par la défaveur avec laquelle le législateur voit les *relations* et la *filiation hors mariage*.

1419. I. Incapacités tenant à l'état de dépendance où se trouverait le disposant par rapport au gratifié. — Une série d'incapacités sont à ranger sous cette rubrique (art. 907, 909, 995) :

1° *Incapacité du tuteur.* — Le *tuteur* ne peut pas recevoir de libéralité de son *pupille*, ni même de son *ex-pupille* aussi longtemps que le compte définitif de la tutelle n'a pas été rendu et apuré (art. 907).

Cette disposition vise tous les *tuteurs* de *mineurs*, y compris les *protuteurs*, mais à l'exclusion des *ascendants* du mineur (art. 907, § 3) ; elle n'est certainement pas applicable au curateur et au subrogé tuteur qui, à la différence du tuteur, n'ont pas la gestion des biens du pupille et qui ne le représentent pas, ni même, dans l'opinion dominante, au tuteur de l'interdit.

1420. 2° Incapacité des médecins. — Les *médecins* ne peuvent pas recevoir de libéralités, par donation ou par testament, de la part de leurs malades; l'article 909, qui formule cette interdiction, la porte également contre les *chirurgiens*, les *officiers de santé* et les *pharmaciens*; cette liste est limitative et on ne saurait l'étendre aux gardes-malades (Lyon, 22 déc. 1909, *D. P.*, 1912, 2, 358, *S.*, 1913, 2, 76; *contra*, pour la directrice d'une maison de santé, Bordeaux, 5 mai 1931, *S.*, 1932, 2, 15); mais il convient d'assimiler aux médecins tous ceux qui se livrent à l'*exercice illégal de la médecine* : empiriques, *charlatans*, magnétiseurs, rebouteurs, etc.; il n'est pas admissible que les irréguliers soient mieux traités que ceux qui sont en règle avec la loi (Lyon, 17 juin 1896, *D. P.*, 1897, 2, 419).

L'incapacité suppose d'ailleurs la réunion de plusieurs *conditions* : il faut que le médecin ait *traité* le malade, ce qui implique une certaine continuité dans les soins; il faut ensuite que la maladie ait eu une issue fatale (Req., 14 août 1908, *D. P.*, 1908, 1, 392), et enfin que la libéralité ait été consentie par le client pendant son cours (art. 909, § 1).

De plus, le Code civil admet deux *tempéraments* :

a) Le malade peut consentir à son médecin un don *rémunératoire, à titre particulier*, pourvu que cette libéralité soit en rapport avec les *facultés du disposant* et *les services rendus* (art. 909-1°) ;

b) Il peut même disposer à *titre universel* au profit du médecin traitant qui serait son *proche parent*, jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu qu'il n'ait pas lui-même d'héritiers en ligne directe; encore cette dernière réserve

disparaît-elle si le médecin figurait au nombre de ces héritiers (art. 909-2°). On assimile aux proches parents, le *conjoint* du malade (Civ., 22 août 1822, *D. Jur. gén., Dispositions entre vifs*, n° 308; trib. civ. Dax, 25 mai 1899, *D. P.*, 1899, 2, 357), mais non les alliés (Civ., 12 oct. 1812, *S.*, 1812, 1, 199);

3° *Incapacité des ministres du culte.* — Elle a la même portée et la même raison d'être que celle des médecins (art. 909, *in fine*); on suppose donc que le ministre du culte a prêté le secours de son ministère et que la libéralité lui a été consentie au cours de la maladie qui a eu une terminaison fatale; mais on ne distingue pas entre les ministres des différents cultes. Il est à peine besoin de noter qu'un avocat ne saurait être assimilé à un « directeur de conscience » et que sa capacité de recevoir, par rapport à ses clients, demeure entière : les incapacités sont de droit étroit (Req., 12 mai 1931, *D. H.*, 1931, 348, *S.*, 1931, 1, 400);

4° *Incapacité des officiers de marine.* — L'article 995 frappe de nullité les dispositions insérées dans un *testament* fait au cours d'un voyage maritime au profit des officiers du bâtiment, sauf toujours dans le cas où le légataire serait *parent* du testateur, et ici, à un degré quelconque, ou même simplement son *allié* (art. 995, § 1); mais on ne distingue pas d'après la forme du testament (art. 995, § 2).

1421. 5° Incapacité des congrégations religieuses de femmes. — Cette incapacité relative est aussi une incapacité *partielle* : les congrégations de femmes ne peuvent recevoir de leurs membres des libéralités, *même à titre particulier*, à moins qu'elles n'excèdent pas le *quart* de la fortune du disposant ou que le total des biens compris dans la libéralité ne dépasse pas 10.000 francs (L. 24 mai 1825, art. 5, § 1). Pour éviter les *interpositions de personnes*, le même texte établit la même incapacité entre membres de la même congrégation.

1422. II. Incapacités tenant à la défaveur jetée sur les relations et la filiation hors mariage. — Notre droit a connu, dans cet ordre d'idées, l'incapacité qui jadis frappait les *concubins*, puis celle dont sont atteints, de nos jours encore, les *enfants naturels*, soit *simples*, soit *adultérins* ou *incestueux*.

A. **Libéralités entre concubins.** — Elles étaient très généralement interdites dans notre ancien droit (*Code*

Michaud, art. 132) ; il était de jurisprudence coutumière que *don de concubin à concubin ne vaut*; mais le Code civil n'a pas reproduit l'ancienne doctrine et, comme les incapacités sont de droit étroit, il s'ensuit que celle-ci a cessé d'exister (Civ., 11 mars 1918, *D. P.*, 1918, 1, 100; Req., 8 juin 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113, note SAVATIER; Colmar, ch. détachée à Metz, 18 oct. 1929, *D. P.*, 1931, 2, 94).

Toutefois, il faut bien observer que, si la libéralité faite à un concubin échappe à notre système des incapacités, elle risque de se heurter à la théorie de la *cause impulsive et déterminante* (*sup.*, t. II, nos 142 et suiv.; *inf.*, n° 1458); tout dépend, d'après notre jurisprudence, des conditions dans lesquelles elle est intervenue, des raisons qui l'ont dictée au disposant : s'explique-t-elle, chez lui, par le désir de satisfaire à un devoir de conscience, en indemnisant la concubine du préjudice causé par les relations irrégulières et suivies d'abandon, ou en assurant sa subsistance après la cessation de ces relations, spécialement après le décès du concubin; alors, elle s'analyse dans l'exécution d'une obligation naturelle dérivant elle-même d'un devoir de conscience; elle a une cause licite et elle est inattaquable : la fin poursuivie justifie le moyen employé (V. Req., 2 fév. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 57; 8 juin 1926, précité; Civ. 20 juill. 1936, *D. H.*, 1936, 441; Req., 12 janv. 1937, *D. H.*, 1937, 145; Paris, 23 juill. 1914, *D. H.*, 1918, 2, 51). Mais si, au contraire et comme il advient ordinairement, la libéralité tend à l'établissement, à la continuation ou à la reprise, en un mot à la rémunération de rapports hors mariage, actuels ou futurs, alors le mobile est considéré comme illicite; l'acte est nul, quelqu'il soit et même s'il se ramène à la souscription, par le concubin, d'une assurance sur la vie au profit de la concubine (Lyon, 30 mars 1916, *D. P.*, 1918, 2, 51), par application des articles 1131 et 1133 (V. les décisions précitées, et Rennes, 7 mars 1904, *S.*, 1907, 2, 241, note HÉMARD; Paris, 5 mai 1925, *D. H.*, 1925, 474); il en va de même si le disposant a été guidé par le désir de dépouiller sa famille légitime au profit de sa famille naturelle (Civ., 11 avril 1932, *D. P.*, 1932, 1, 169, note SAVATIER, *S.*, 1932, 1, 213).

La distinction, ainsi établie très justement par la jurisprudence et tirée des mobiles du disposant, aboutit pratiquement à incriminer le plus souvent les donations entre concubins, mais à valider assez constamment les legs, lesquels ne s'exécutent qu'après le décès du testateur et ne sont donc guère suspects.

1423. B. **Les enfants naturels simples.** — Les *enfants naturels* étaient frappés par le Code civil, dans leurs rapports avec leurs *père* et *mère*, d'une incapacité relative de recevoir extrêmement rigoureuse : ils ne pouvaient rien recevoir, ni par donation, ni par testament, au delà de leur part successorale qui constituait une limite infranchissable (art. 908, anc. réd.). La solution était d'autant plus dure que cette part successorale était alors très minime, du moins en présence de descendants légitimes du défunt (*sup.*, n° 753) ; si bien que la sagesse était, pour les parents, à ce point de vue du moins, de ne pas reconnaître l'enfant : sa filiation n'étant pas établie officiellement à leur égard, l'incapacité de l'article 908 ne trouvait pas à s'employer.

Lorsqu'en 1896 on améliora la situation de l'enfant naturel au point de vue successoral, on voulut aussi atténuer l'incapacité de recevoir dont il était frappé au regard de ses parents et une distinction fut établie, par la loi du 25 mars 1896, entre les *donations entre vifs* et les *testaments*.

1° Pour les *donations entre vifs*, l'incapacité est maintenue; la vocation successorale constitue, dans cette direction, une limite infranchissable et la condition de l'enfant naturel n'est pas susceptible d'être améliorée, même par des donations qui lui seraient consenties dans son contrat de mariage (art. 908, § 1).

1424. — 2° Mais ce qui ne peut être fait par donation entre vifs peut être réalisé par *testament* : l'enfant naturel peut être avantagé, par ses père et mère, au moyen de *legs*. Il ressort de l'article 908, § 2, combiné avec l'article 760, que trois éventualités sont à distinguer.

a) Le père ou la mère de l'enfant ne laisse, dans sa famille légitime, que des collatéraux ordinaires : en ce cas, l'enfant naturel recueille la totalité de la succession, et la confection d'un testament en sa faveur est donc inutile;

b) Le père ou la mère laissent un ou plusieurs *enfants légitimes* : en ce cas, et afin de protéger la famille légitime immédiate, le législateur ne veut pas que l'enfant naturel reçoive au delà d'*une part d'enfant légitime le moins prenant* (art. 908, § 2), c'est-à-dire au delà de ce que touche l'enfant légitime le moins favorisé : c'est un vestige de l'incapacité qui le frappait avant 1896;

c) Dans l'hypothèse intermédiaire où le défunt laisse, dans sa famille légitime, non pas des descendants, mais des *ascendants* quelconques ou des *collatéraux privilégiés*, l'en-

fant naturel n'est plus frappé d'aucune incapacité de recevoir des legs : il peut être gratifié, par testament, ainsi qu'une personne quelconque, mais étant entendu que les *ascendants*, s'il en existe, seront nantis de leur *réserve*, telle qu'elle leur est accordée par l'article 915 (*inf.*, n° 1670).

1425. — Comme on le voit, la situation de l'enfant naturel a été sensiblement améliorée, au point de vue de sa capacité de recevoir par testament, par la loi du 25 mars 1896 : à supposer, par exemple, que le défunt laisse un enfant naturel et des frères ou sœurs légitimes, la part successorale de l'enfant est alors des trois quarts de la succession (art. 759) ; or, par testament, le quatrième quart a pu lui être attribué, puisque les frères et sœurs n'ont pas droit à une réserve. Si le défunt a laissé un ou plusieurs ascendants, ceux-ci ont droit à la réserve de l'article 915, ce qui revient à dire que l'enfant naturel peut, grâce à un legs, recueillir les sept huitièmes de la succession au lieu des trois quarts qui représentent alors sa part héréditaire *ab intestat* (art. 759).

1426. Pourquoi la différence de traitement entre la donation et le testament. — L'enfant naturel demeure donc frappé d'une incapacité relative en ce qui concerne les donations, tandis que l'incapacité dont il était atteint, en matière testamentaire, a été presque complètement levée par la loi du 25 mars 1896 qui s'est contentée de sauvegarder les intérêts des descendants légitimes et la réserve des ascendants. Pourquoi cette différence de traitement entre les deux catégories de libéralités? Il a été dit, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1896, que la donation entre vifs est un acte irréfléchi, n'offrant aucune garantie : mais c'est là une contre-vérité; les formes mêmes de la donation sont de nature à appeler l'attention du disposant sur la gravité de l'acte qu'il accomplit (*sup.*, n° 1300), au lieu que le testament, acte unilatéral, peut être rédigé solitairement et en l'absence de conseils, voire de réflexion. Il eût mieux valu dire que la donation est plus grave que le testament *pour le disposant*, en ce sens qu'elle le dépouille *actuellement* et *irrévocablement*, tandis que le testament ne peut dépouiller que sa famille; et aussi que la donation est vue, à raison de son caractère anti-économique, avec une certaine défaveur.

1427. Caractère relatif et sanction de l'incapacité. — L'incapacité établie par l'article 908 est de droit étroit;

elle est essentiellement relative, et à un double point de vue :

1° Elle n'existe que dans les rapports de l'enfant naturel avec ses père et mère, mais non pas dans ses rapports avec les ascendants de ceux-ci; il peut recevoir des libéralités de la part des parents de ses auteurs, sans aucune limitation particulière. De même, son incapacité ne se transmet pas à ses propres descendants qui sont capables d'être gratifiés, dans les termes du droit commun, par leurs grands-parents, n'étant point réputés personnes interposées Req., 28 mai 1878, 1, 401; 21 juill. 1879, *D. P.*, 1881, 1, 348);

2° L'incapacité n'existe que dans l'intérêt de certaines personnes que l'article 908, § 1, énumère limitativement et qui, seules, peuvent donc se prévaloir du caractère excessif de la libéralité : la sanction qui, avant la loi de 1896, était considérée généralement comme consistant dans une nullité d'ordre public, donc absolue (V. Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, p. 54, note 23), n'est plus qu'une sanction d'ordre privé, monopolisée par un petit nombre de personnes : *descendants* du donateur, *ascendants*, *frères et sœurs et leur descendance légitime* (art. 908, § 1); et cette formule demande à être précisée par les propositions suivantes :

a) L'énumération de l'article 908, nouvelle rédaction, est certainement *limitative* : la libéralité ne pourrait pas être incriminée soit par les autres enfants naturels, soit par le conjoint survivant, ni par les légataires universels ou par les créanciers;

b) Les personnes énumérées par le texte ne peuvent attaquer la libéralité qu'autant qu'elles y ont intérêt, ce qui suppose qu'elles sont elles-mêmes appelées à la succession du défunt : par exemple, les frères et sœurs ne peuvent agir qu'à défaut de descendants venant à la succession;

c) La *sanction* consiste, non pas, à vrai dire, dans la nullité de la disposition excessive, mais seulement dans sa *modération*, dans sa *réduction;* elle sera ramenée dans les limites légales; l'enfant imputera la libéralité sur sa part héréditaire, jusqu'à concurrence du montant de cette part; quant à l'excédent, ou bien il sera remis dans la succession (s'il y a eu *donation entre vifs* excessive), ou bien il sera refusé à l'enfant (s'il y a eu *legs* excessif). En tout cas, *ce n'est pas d'un véritable rapport qu'il s'agit ici, mais* d'une sorte de réduction, de nullité minimisée, à base d'incapacité. En conséquence, l'enfant n'y échapperait pas en renonçant à la succession du disposant. Mais il dépend des

intéressés de confirmer la disposition en renonçant eux-mêmes à leur action (Req., 14 juin 1880, *D. P.*, 1881, 1, 257);

d) Bien que l'article 908, § 1, n'établisse la sanction que pour les *donations* excessives, nul doute qu'elle ne joue aussi pour les *legs* excessifs; il n'existe aucune raison de distinguer, et s'il n'est question, dans ce premier alinéa, que des donations, c'est parce que les dispositions testamentaires ne sont prévues que par la suite, dans l'alinéa suivant, lequel a été ajouté par la loi du 25 mars 1896.

1428. C. Les enfants adultérins ou incestueux. — Cette catégorie d'enfants naturels est traitée avec une rigueur particulière : on sait que le Code civil refuse toute vocation successorale à l'enfant adultérin comme à l'enfant incestueux, par rapport à leurs auteurs (art. 762; *sup.*, n° 747), et que la loi ne leur accorde que des *aliments* (art. 762, § 2); ils sont donc *créanciers* de la succession paternelle ou maternelle; *ils ne sont pas des héritiers*, même irréguliers.

Dans ces conditions, on comprend que les parents aient le désir de remédier à la carence successorale au moyen de dispositions, entre vifs ou testamentaires, au profit de leurs enfants; mais cette ressource leur est refusée par l'article 908, § 3, aux termes duquel « *les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs ou par testament au delà de ce qui leur est accordé par les articles 762, 763 et 764* ».

En conséquence, toute libéralité qui excéderait la mesure alimentaire, serait frappée de nullité; car ici, c'est bien d'une véritable *nullité* qu'il s'agit, et qui est considérée comme étant d'*ordre public*, en sorte qu'elle est à la disposition de tous intéressés et non pas seulement des personnes énumérées dans l'article 908, § 1, et qu'elle ne serait pas couverte par le consentement des héritiers légitimes (Montpellier, 27 déc. 1855, *D., Jur., gén., Supp. Successions*, n° 228-2°; Amiens, 26 fév. 1857, *D. Jur. gén., Supp. Successions*, n° 228-1°).

Les enfants adultérins ou incestueux sont donc traités ainsi que des parias et l'on peut dire, sans exagération, qu'ils subissent, au point de vue familial, une *capitis deminutio* à peu près complète.

1429. Portée d'application pratique du système. — Cependant, il faut comprendre que le régime rigoureux

d'isolement familial et d'incapacité ne fonctionne qu'assez rarement.

1° Il est possible que l'enfant adultérin ou incestueux ait été *légitimé*, car diverses lois ont admis pour lui cette possibilité (*sup.*, t. II, n° 1286). En ce cas, il est rattaché à ses parents par un lien régulier et il est libéré de l'incapacité instituée contre lui par l'article 908, § 3;

2° A l'inverse, il est possible, et c'est le cas de beaucoup le plus fréquent, que la filiation de l'enfant n'ait pas été officiellement établie; car son caractère coupable fait précisément obstacle à une *reconnaissance*, volontaire (*sup.*, t. I, n° 1193), ou forcée (*sup.*, t. I, n° 1203); si bien que cet enfant est à considérer, vis-à-vis de ses auteurs, comme un étranger; il pourra donc être gratifié par eux dans les termes du droit commun (Paris, 26 déc. 1936, *S.* 1937, 2, 79).

1430. — Toutefois, la théorie de la *cause impulsive et déterminante* fait ici à nouveau son apparition : la libéralité adressée à l'enfant est nulle si elle a été déterminée par le rapport de filiation coupable, par l'opinion que le disposant avait de sa paternité ou de sa maternité (Req., 29 juin 1887, *D. P.*, 1888, 1, 295); un tel mobile, contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicie l'acte qui en procède. Seulement, cette jurisprudence n'a pas toute l'importance pratique qu'on pourrait d'abord lui supposer : 1° parce qu'une autre jurisprudence ne cherche le mobile illicite que dans la teneur même de la donation ou du testament; elle s'en tient strictement à la preuve *intrinsèque*, à l'exclusion de tous éléments d'information venant de l'extérieur (Req., 31 juill. 1860, *D. P.*, 1860, 1, 458; 6 déc. 1876, *D. P.*, 1877, 1, 492; 29 juin 1887 précité); aux termes de ce dernier arrêt, il faut que la preuve du contrat illicite ressorte de l'acte de disposition et de *lui seul*; la preuve ne peut être recherchée « ni dans les circonstances extrinsèques, ni dans un document étranger au testament lui-même » : on veut, par là, éviter des recherches bien délicates et même scandaleuses. Il suffit donc au disposant de dissimuler parfaitement la qualité en laquelle il consent la libéralité pour que celle-ci produise tous ses effets (V. sur cette jurisprudence, la note de M. A. Colin, *D. P.*, 1907, 1, 137, et L. Josserand, *Les mobiles*, n°s 126 et suiv., 163 et suiv.); 2° la libéralité est valable si elle a un caractère alimentaire, le disposant s'étant proposé uniquement de transformer en obligation civile l'obligation naturelle qui lui

incombe, et l'article 762 accordant à l'enfant adultérin ou incestueux des aliments (Dijon, 23 avril 1931, *S.*, 1931, 2, 192) : la cause impulsive et déterminante est alors licite et l'engagement pris par l'auteur de l'enfant est valable.

1431. Moment auquel doit exister la capacité de recevoir. — Générales ou relatives, les incapacités de recevoir doivent être appréciées à un certain moment, qui est décisif et en dehors duquel elles ne seraient plus irritantes : pour le déterminer, il faut encore opposer les *donations* aux *testaments*.

1° **Donations.** — Il n'y a pas de difficulté si la donation se parfait par un seul et même acte, mais seulement si elle se réalise par étapes successives; alors, la capacité est requise chez le donataire et lors de l'*acceptation* qu'il formule, et aussi, auparavant, au moment de l'*offre* qui lui est adressée, mais non pas à celui de la *notification* de l'acceptation, puisque, du moins dans l'opinion communément reçue, la donation est parfaite, en ce qui le concerne, dès qu'il l'a acceptée (*sup.*, n° 1305);

1432. 2° **Testament.** — Le légataire doit exister et être capable au moment du *décès* du testateur, puisque c'est alors que la libéralité testamentaire prend corps; jusque-là, elle était demeurée à l'état de simple projet (art. 906, § 2).

Au contraire, la capacité n'est pas requise lors de la confection du testament; c'est ce qui résulte de l'article 906, § 2, qui se contente de la *conception* lors du décès : s'il est permis d'instituer une personne qui n'existe pas encore, ce qui est bien le maximum d'incapacité, à plus forte raison peut-on gratifier par testament une personne existante mais actuellement incapable : la disposition sortira son effet si, lors du décès, l'incapacité a disparu.

Ainsi se trouve abolie la *règle catonienne*, d'après laquelle le légataire devait être capable au moment de la confection du testament : suivie par les pays de droit écrit, cette règle avait été écartée par nos pays de coutume dont les rédacteurs du Code civil ont suivi la tradition, ainsi qu'il ressort, *a contrario*, de l'article 906, § 2.

1433. — Si le legs est *conditionnel*, il faut certainement que le bénéficiaire soit capable au jour de la réalisation de la condition (arg. art. 1040); mais on discute le point de savoir s'il doit l'être également alors au jour du décès;

l'affirmative semble bien l'emporter (Bordeaux, 16 août 1881, sous Civ., 4 fév. 1884, *D. P.*, 1884, 1, 247; Planiol et Ripert, t. III, n° 2980); et, en effet, l'article 906 ne distingue pas; d'ailleurs, un droit conditionnel est une réalité qui permet notamment au titulaire les actes conservatoires; il est donc raisonnable d'exiger chez lui la capacité lors de l'acquisition d'une telle prérogative. (V. cependant *contra*, Chambéry, 8 juill. 1864, *S.*, 1864, 2, 298; Caen, 12 nov. 1869, *D. P.*, 1869, 2, 225).

N° 2

Incapacités d'exercice

1434. Distinction. — Les *incapacités d'exercice*, c'est-à-dire les incapacités d'accepter une libéralité sans *autorisation* ou sans *représentation*, frappent soit des personnes *humaines*, soit aussi des personnes *morales*.

1435. I. Personnes humaines. — 1° *Mineurs non émancipés.* — La libéralité qui leur est adressée est acceptée par le *tuteur* qui doit, au préalable, obtenir l'autorisation du conseil de famille (art. 463 et 935, § 1);

2° *Mineurs émancipés.* — Ils acceptent eux-mêmes, avec la seule assistance d'un *curateur* (art. 935, § 2).

1436. Observation commune aux mineurs, émancipés ou non. — Le tuteur et le mineur émancipé n'ont pas un monopole exclusif pour l'acceptation des libéralités : concurremment avec eux, ce droit est conféré aux *ascendants*, *cumulativement* et sans hiérarchie aucune, de telle sorte que le grand-père peut agir alors que le père et la mère demeurent inactifs (art. 935), et que la mère peut accepter malgré l'inertie, voire malgré l'opposition du père.

Il est à remarquer à ce sujet :

a) Que l'ascendant, qui accepte en cette qualité, n'a pas besoin d'obtenir l'autorisation du conseil de famille; si donc il est en même temps tuteur, il se prévaudra de son titre d'ascendant afin d'éviter une réunion de ce conseil;

b) Que cette prérogative des ascendants n'est pas limitée aux donations entre vifs, mais que, malgré la rédaction étroite de l'article 935, elle s'étend aux libéralités testamentaires : on ne verrait pas, en effet, la raison de distinguer (*Sic*, Civ., 27 juin 1923, *D. P.*, 1923, 1, 119);

1436*bis*. — 3° *Interdits*. — La libéralité est acceptée par le tuteur autorisé du conseil de famille (art. 509, cbn., art. 463);

4° *Individus pourvus d'un conseil judiciaire*. — Il faut décider qu'il peuvent accepter une libéralité sans l'assistance du conseil; car cet acte ne figure pas dans la liste dressée par les articles 499 et 513;

Les *femmes mariées* qui ne pouvaient jadis accepter une libéralité qu'avec l'autorisation du mari ou de justice (art. 934) ont acquis le plein exercice de leur capacité civile et n'ont donc plus besoin d'aucune autorisation; aussi l'article 934 a-t-il été expressément abrogé par l'article 2 de la loi du 18 février 1938.

1437. II. **Personnes morales.** — Le statut qui leur est applicable relève surtout du droit administratif; nous ne le décrirons donc que très sommairement; il est à noter qu'il n'est applicable qu'aux personnes morales du *droit public* (et aussi à certaines associations simplement déclarées, *sup.*, n° 1412) : les *sociétés* civiles ou commerciales, à supposer qu'elles aient la *capacité de jouissance*, c'est-à-dire l'aptitude à être gratifiées, ce qui est contesté, surtout pour les sociétés de commerce, n'ont besoin d'aucune autorisation administrative pour accepter (trib. civ. Seine, 30 mars 1881, *D. P.*, 1883, 3, 31, *S.*, 1881, 2, 249, note LABBÉ).

Il en va autrement des *établissements publics* ou *d'utilité publique*, pour lesquels la loi exige une autorisation donnée par les pouvoirs publics; les textes essentiels en cette matière sont l'article 910 et la loi du 4 février 1901, *sur la tutelle administrative en matière de dons et legs*. Il faut savoir : d'abord *quels établissements* sont soumis à la nécessité de l'autorisation, puis quelle est l'*autorité compétente* pour donner l'autorisation, *dans quels cas* au juste celle-ci est nécessaire; enfin quelle est la *procédure à fin d'autorisation* [1].

1438. A. **Etablissements soumis à la nécessité de l'autorisation.** — Ce sont, en principe, tous ceux qui ressortissent au droit public : *Etat*, *départements*, *communes*, *établissements publics* ou *d'utilité publique*, y compris les *congrégations religieuses* régulièrement reconnues (Paris, 19 fév. 1908, sous Req., 19 mai 1909, *S.*, 1910, 1, 579), et les

[1] V. sur ces différents points et pour plus de détails, HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11e éd., pp. 929 et suiv.

sociétés de secours mutuels, libres ou approuvées (L. 1er avril 1898, art. 15, § 2, et art. 17, § 1). Mais les *syndicats professionnels* bénéficient à cet égard d'une complète immunité (L. 31 mars 1884, art. 5, § 1, mod. par l. 12 mars 1920).

1439. B. **Autorités compétentes pour donner l'autorisation.** — 1° Les libéralités adressées à l'*Etat* ou aux *services nationaux non personnalisés*, sont autorisées par décret du chef de l'Etat (L. 4 fév. 1901, art. 1er) ; il y a là, d'ailleurs, *acceptation* même, plutôt qu'autorisation;

2° Les libéralités faites à un *département* sont acceptées par le préfet sur délibération du *Conseil général*, sans autre formalité, à moins que ce Conseil ne décide de transiger avec les héritiers du disposant (L. 10 août 1871, art. 46, § 5, modifié par l. 4 fév. 1901, art. 2; *D.*, 5 nov. 1926, *sur la décentralisation et la déconcentration administratives*, art. 2) ;

3° Pour les libéralités faites aux *communes*, l'acceptation émane du *maire* sur délibération conforme du *conseil municipal;* mais, si ce conseil décide de transiger, l'autorisation est donnée par décret (art. 111, l. 5 avril 1884, modif. par art. 3 de la l. 4 fév. 1901; et *D.*, 5 nov. 1926) ;

4° Pour les libéralités adressées aux établissements publics ou d'utilité publique, l'autorisation est donnée, suivant les cas, par un décret rendu en Conseil d'Etat ou par le préfet, d'après des distinctions qui relèvent du droit administratif. Nous noterons seulement que l'autorisation par voie de décret devient indispensable en toute occurrence, du moment que le don ou le legs donnent lieu à des *réclamations des familles* (L. 4 fév. 1901, art. 7) ;

5° C'est également par décret qu'intervient l'approbation dont ont besoin les associations simplement déclarées ayant pour but exclusif l'assistance ou la bienfaisance (L. 14 janv. 1933, art. 35 et suiv.).

1440. C. **Dans quels cas l'autorisation est nécessaire.** — En principe, l'autorisation est nécessaire pour l'acceptation de toute libéralité, quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente : les dons *manuels* eux-mêmes sont soumis à la règle (Civ., 18 mars 1867, *D. P.*, 1867, 1, 169; C. d'Etat, avis, 12 mai 1886).

Mais il faut excepter :

1° Les simples *charges* afférentes aux donations ou aux legs, lesquelles n'impliquent pas véritablement « institu-

tion » du bénéficiaire (*sup.*, n° 1411; HAURIOU, *op. cit.*, p. 930, note 2);

2° Les dons ou legs *modiques*, avec affectation immédiate : produit d'une quête, sommes déposées dans un tronc (Req., 27 nov. 1876, *D. P.*, 1877, 1, 152);

3° Les dons et legs faits aux *établissements publics* (et non d'utilité publique), *sans charges*, ni *conditions*, ni *affectation immobilière* (L. 4 fév. 1901, art. 4, § 1).

1441. D. Procédure à fin d'autorisation. — Cette procédure est réglée par un décret du 1er février 1896. En cas de disposition testamentaire, on avise les héritiers qui ont *trois mois* pour présenter leurs *réclamations*, après quoi l'autorité compétente prend une décision qui peut être soit une *autorisation* pure et simple, intégrale, soit un *refus*, soit aussi une autorisation *partielle* : afin de donner satisfaction, dans une certaine mesure, à la famille du disposant, on prononce une *réduction* de la libéralité; c'est une sorte de *réserve administrative* qui est ainsi constituée de toutes pièces par la pratique et dont la régularité est admise, en dehors de tout texte cependant, par la jurisprudence judiciaire elle-même (Req., 6 nov. 1878, *D. P.*, 1879, 1, 249; TISSIER, *Dons et legs*, nos 405 et suiv.; *inf.*, n° 1691).

L'administration supérieure peut, en général, prescrire l'*emploi* des objets ou des sommes provenant de libéralités; en principe, cet emploi n'est autre que le placement en *rentes sur l'Etat* (Ord. 2 avril 1917, art. 4; L. 1er avril 1898, art. 15, § 4).

1442. Acceptation provisoire. — « *Tous les établissements peuvent, sans autorisation préalable, accepter provisoirement ou à titre conservatoire les dons et legs qui leur sont faits* » (L. 4 fév. 1901, art. 8). Grâce à ce procédé, on peut parer au plus pressé, et cependant la liberté de détermination de l'autorité compétente demeure entière.

§ III. — *SANCTIONS DES DIVERSES INCAPACITÉS*

1443. Principe. — Les diverses incapacités qui viennent d'être décrites, de disposer ou de recevoir, générales ou relatives, de jouissance ou d'exercice, comportent, en principe, comme sanction, la nullité de la disposition faite ou reçue au mépris des règles légales.

1444. Différentes sortes de nullités. — La nullité dont l'acte est vicié ne présente d'ailleurs pas un caractère

uniforme : le plus souvent elle est simplement *relative*, puisque dérivant d'une incapacité; telle celle qui frappe les donations, *consenties* par des *mineurs* ou par des *interdits*. Mais, assez souvent, la nullité présente un caractère absolu, parce qu'on considère qu'elle intéresse l'*ordre public* : il en est ainsi de celle qui sanctionne la double incapacité de donner et de recevoir qui frappe les condamnés à des peines perpétuelles; ou de celle qui atteint les libéralités adressées par des parents à leurs enfants adultérins ou incestueux (*sup.*, n° 1428), comme de celle dont est frappée une donation *acceptée* par un incapable (*sup.*, n° 1312); et aussi de celle qui sanctionne le défaut d'autorisation administrative (trib. civ Beauvais, 31 janv. 1895, sous Cass., 10 mai 1897, *D. P.*, 1898, 1, 105; Dijon, 10 nov. 1908, *D. P.*, 1910, 2, 110). Dans des éventualités de ce genre, la nullité peut être invoquée par tous intéressés; l'acte qui en est atteint n'est susceptible d'aucune confirmation, expresse, tacite ou présumée : la prescription décennale de l'artile 1304 est sans emploi.

Il est même un cas où, à notre avis, la sanction serait l'*inexistence* de l'acte : c'est celui où la disposition émanerait d'un aliéné, ni interdit, ni interné, et sous le coup de la démence. Mais on sait que notre jurisprudence traite les actes de ce genre comme simplement annulables (*sup.*, t. I, n° 523).

1445. Sanctions atténuées. — Parfois, l'incapacité, de disposer ou de recevoir, comporte une sanction moins grave que la nullité, même relative.

1° Si un *mineur* parvenu à l'âge de seize ans dispose, par testament, au delà de la quotité fixée par la loi, la disposition excessive n'est pas nulle; elle est ramenée simplement à la limite légale; elle est *réduite* (*sup.*, n° 1397); encore, la réductibilité peut-elle être couverte par la confirmation émanée du testateur parvenu à la majorité, notamment au moyen d'un codicille annexé au testament (Paris, 25 mai 1938, *S.*, 1938, 2, 186).

2° Si un *enfant naturel simple* est gratifié, par ses parents ou par l'un d'eux, au delà des limites fixées par la loi, la sanction consiste, ici encore, dans la *réduction* de la libéralité, sous une forme ou sous une autre; par exemple, le *legs excessif* sera imputé sur la part héréditaire de l'enfant, pour être, si cette imputation ne lui enlève pas tout son caractère excessif, réduit encore dans la proportion nécessaire : l'excédent sera considéré comme faisant partie intégrante de la succession (*sup.*, n° 1427);

3° Si une disposition excessive est consentie, par une religieuse, à la *congrégation* à laquelle elle appartient, la sanction consiste également dans une simple réductibilité (*sup.*, n° 1421);

4° Enfin, si un immeuble est donné ou légué à une association reconnue d'utilité publique et qu'il ne soit pas nécessaire au fonctionnement de ce groupement, le législateur veut qu'il soit aliéné et que le prix en soit versé dans la caisse de l'établissement; mais la libéralité demeure valable (L. 1er juill. 1901, art. 11, § 2).

1446. Les fraudes possibles. — Les nombreuses incapacités établies par la loi devaient provoquer chez les intéressés le désir de les éluder au moyen de procédés variés, plus ou moins ingénieux, *en fraude de la loi*. Les procédés employés en vue de tourner les *incapacités de recevoir*, qui sont les plus gênantes, se ramènent toutes à un type commun, celui de la *simulation*, qui est utilisée de deux façons différents :

1° Parfois, la libéralité est déguisée sous le masque d'un acte à titre onéreux : en ce cas, la simulation affecte la *nature* juridique de l'opération;

2° Tandis que, d'autre fois, on s'efforce de donner le change sur l'identité du bénéficiaire, et il y a alors *interposition* de personne; c'est ainsi qu'un père, désireux de gratifier un enfant naturel par disposition entre vifs, feindra d'adresser la libéralité à une autre personne, à un tiers complaisant qui, d'accord avec les parties, en fera passer le bénéfice au donataire véritable.

1447. Sanction. — Ces deux variétés de fraude sont prévues dans l'article 911, § 1, qui prononce la *nullité* de la disposition : c'est qu'en effet, si la simulation n'est pas, en soi, une cause de nullité des actes juridiques (*sup.*, t. II, n° 323), il en va autrement lorsqu'elle tend à évincer la loi du domaine qui lui a été assigné; en principe, un acte ne peut pas mieux valoir, sous un déguisement, qu'il ne vaudrait s'il s'étalait au grand jour; or, les dispositions dont il s'agit seraient nulles si elles étaient ostensiblement et sincèrement consenties.

Cependant, ce raisonnement n'est pas toujours exact; il est des cas dans lesquels la sanction de l'incapacité est une sanction atténuée, où elle ne consiste que dans une *réduction*, l'acte excessif demeurant valable et étant simplement ramené aux limites assignées par la loi : il en va ainsi, on l'a vu, pour les libéralités excessives adressées à un enfant

naturel simple, ou pour celles qui sont consenties par une religieuse à la congrégation autorisée dont elle fait partie (*sup.*, n° 1445) ; à supposer que de telles libéralités excessives soient entachées de fraude, qu'elles interviennent sous l'aspect d'actes à titres onéreux ou qu'elles soient apparemment adressées à une personne interposée, nul doute qu'elles ne soient, pour le moins, ramenées aux proportions réglementaires; c'est là la sanction la plus douce qu'il soit possible d'appliquer. Mais ne faut-il pas aller plus loin et décider que la libéralité sera *nulle* pour le tout, à titre de *pénalité civile* venant frapper la fraude commise?

La question est discutée et de nombreux auteurs, opinant pour la solution la plus douce, décident que la libéralité frauduleuse doit être traitée exactement comme si elle avait été consentie au grand jour et que, par exemple, le legs excessif adressé à un enfant naturel par personne interposée sera simplement ramené aux limites assignées par la loi, notamment dans l'article 908, § 2 (*sup.*, n° 1427). Mais c'est dans le sens le plus rigoureux que se prononce la jurisprudence, c'est-à-dire dans celui de la *nullité totale* et *spéciale* de la disposition, et à juste titre, à notre sentiment : l'article 911, § 1, prononce, sans distinction, la nullité de la libéralité entachée de fraude, non la simple réductibilité; et, s'il avait une autre signification, il parlerait pour ne rien dire, car il est bien évident qu'un acte simulé ne peut pas valoir davantage qu'un acte sincère; c'est d'ailleurs un principe général que la *fraude à la loi* est sanctionnée par la nullité de l'acte commis sous son empire (*Sic*, Bordeaux, 12 juin 1876, *S.*, 1877, 2, 12; Limoges, 27 déc. 1898, *D. P.*, 1901, 2, 286; Douai, 6 avril 1914, *S.*, 1915, 2, 45; 6 juill. 1932, *S.*, 1933, 2, 47. — V. L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 171 et suiv.; Ripert, *La règle morale*, n^os^ 157 et suiv.; H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*).

1448. Preuve de la fraude. — La fraude commise — déguisement sous le masque d'un acte onéreux ou interposition de personne — doit être prouvée par le demandeur en nullité; mais la preuve peut en être établie par *tous les moyens possibles*, *par témoins*, par présomptions de l'homme; le juge recherchera souverainement les éléments de sa décision, non seulement dans l'acte lui-même, mais dans toutes les circonstances de la cause, même *extrinsèques* à cet acte (Req., 3 mars 1857, *D. P.*, 1857, 1, 198; 28 mars 1859, *D. P.*, 1859, 1, 442).

1449. Présomptions légales d'interposition de personnes. — Malgré tout, la démonstration pourrait être malaisée, et la difficulté souvent insoluble, si la loi ne venait au secours du demandeur en nullité au moyen de *présomptions*, non pas de déguisement, mais d'*interposition de personne* : certaines personnes sont légalement réputées interposées par rapport à certaines autres. Le législateur part de cette idée juste qu'en général on ne confie guère à un étranger le soin de jouer le rôle d'intermédiaire complaisant, rôle absorbant, ingrat et dangereux; il serait d'ailleurs à craindre que le tiers, jouant ce rôle trop au sérieux, ne conservât pour lui le bénéfice de la libéralité destinée à autrui. Aussi le disposant s'adresse-t-il de préférence à une personne touchant de près le gratifié véritable, à sa femme, à un de ses proches. Dès lors, du moment qu'une libéralité est consentie au conjoint ou au proche parent d'un incapable, elle devient par cela même suspecte, et l'on comprend que la loi voie dans le bénéficiaire apparent un complice du gratifié véritable qui se dissimule derrière lui, qu'elle présume la première personne interposée par rapport au second. La présomption ainsi établie cadre avec les probabilités, et elle est *irréfragable, juris et de jure*, car c'est un principe que les présomptions légales ne comportent pas la preuve contraire lorsque, sur leur fondement, la loi annule un acte (art. 1352, § 2; — *sup.*, t. II, n° 225), et telle est bien la signification de la présomption instituée dans l'article 911 et sur le fondement de laquelle le texte prononce la nullité de la libéralité considérée comme frauduleuse.

1450. Domaine d'application des présomptions. — Plus rigoureuse est la sanction et plus il importe d'en préciser le domaine, en déterminant, d'une part, *quelles personnes sont réputées interposées*, d'autre part, *à l'égard de quelles personnes*, c'est-à-dire à l'occasion de quelles incapacités elles le sont.

A. **Personnes réputées interposées.** — L'article 911, § 2, fournit une énumération évidemment *limitative*, comprenant les *père et mère*, les *enfants* et *descendants*, le *conjoint*; il est admis que l'enfant naturel est assimilé à l'enfant légitime : si sa filiation est officiellement établie, il est réputé interposé par rapport à ses père et mère (Civ., 22 janv. 1884, *D. P.*, 1884, 1, 117) et réciproquement (Civ., 30 janv. 1883, *D. P.*, 1883, 1, 201).

Mais la présomption ne fonctionne pas à l'encontre des

ascendants plus éloignés que les père et mère, ni contre les *alliés*, même les plus proches, ni contre les *collatéraux*, ni enfin contre *le fiancé* ou *la fiancée* de l'incapable (Bordeaux, 28 fév. 1887, *D. P.*, 1887, 2, 216); il n'en serait autrement que si la donation était faite dans le *contrat de mariage*, car alors elle s'adresserait en réalité, non au *futur* conjoint, mais au *conjoint*, son efficacité étant subordonnée à la célébration du mariage; on rentre ainsi directement dans les termes de l'article 911, § 2 (*Sic*, Lyon, 24 nov. 1860, *D. P.*, 1861, 2, 111).

1451. B. Incapables par rapport auxquels joue la présomption d'interposition. — Ce ne sont pas toutes les *incapacités* qui sont sanctionnées par les présomptions de l'article 911, § 2, mais seulement un petit nombre d'entre elles.

Il faut écarter :

1° Toutes les incapacités de *disposer*; l'article 911 suppose explicitement que l'on a voulu éluder une incapacité de recevoir;

2° Un certain nombre d'incapacités de *recevoir*.

a) Celles qui atteignent les *personnes morales*, lesquelles n'ont ni enfants et descendants, ni père et mère, ni conjoint et qui répugnent donc à l'application de l'article 911, § 2;

b) Pour la même raison, on doit écarter les incapacités qui frappent les personnes non conçues;

c) Plus généralement, il faut écarter les incapacités générales de jouissance, comme celle dont sont atteints les condamnés à des peines afflictives perpétuelles. C'est qu'en effet l'application de la présomption d'interposition conduirait alors à des conséquences particulièrement graves, à raison de la généralité même de l'incapacité; il en résulterait que les proches parents et le conjoint de l'incapable, par exemple du condamné, deviendraient eux-mêmes incapables de recevoir des libéralités quelconques pour leur propre compte, puisque ces libéralités seraient toujours censées s'adresser à l'incapable.

C'est donc seulement à l'occasion des incapacités de *recevoir* ayant un caractère *relatif* que fonctionnent les présomptions d'interposition de l'article 911, § 2, à savoir :

1° Pour l'incapacité qui atteint l'*enfant naturel*, simple ou adultérin ou incestueux, par rapport à ses père et mère;

2° Pour l'incapacité dont le tuteur est frappé par rapport à son pupille (Req., 15 fév. 1827, *D. Jur. gén.*, *Dispositions entre vifs*, n^{os} 352, 471);

3° Pour l'incapacité édictée contre les *médecins* et contre les *ministres des différents cultes*.

1452. Présomption spéciale d'interposition de personnes édictée contre les congrégations religieuses. — La loi du 1er juillet 1901 a institué une présomption nouvelle à l'encontre des congrégations religieuses, légalement ou illégalement formées; aux termes de l'article 17, sont légalement présumées personnes interposées par rapport à ces congrégations : 1° les *membres* de ces communautés religieuses, à moins qu'ils ne soient les héritiers directs du disposant; 2° le *propriétaire* de l'immeuble occupé par la congrégation, après qu'elle aura été déclarée illicite. En conséquence, les libéralités adressées à ces prétendus intermédiaires sont radicalement nulles.

Cette présomption a ceci de très grave qu'elle rend les personnes présumées interposées incapables de recevoir d'une personne quelconque — sauf de celles dont elles se trouvent être les héritiers présomptifs directs. Aussi la loi admet-elle ici la *preuve contraire* (art. 17) : le donataire ou le légataire apparent sera admis à prouver qu'il est aussi le gratifié effectif; à la différence des présomptions de l'article 911 C. civ., celles de la loi du 1er juillet 1901 ne sont établies que *juris tantum*.

Section III. — LA CAUSE

1453. Bibliographie. — H. Capitant, *De la cause des obligations*; L. Josserand, *Les mobiles*, nos 123 et suiv.; M. Nast, note *D. P.*, 1936, 2, 6.

1454. Rappel. — Dans l'étude que nous avons présentée de la théorie générale de la cause (*sup.*, t. II, nos 126 et suiv.), nous avons distingué deux sortes de causes :

1° La *cause des obligations*, telle qu'elle est admise par le Code civil, avec son caractère *abstrait* et *intrinsèque* : elle est toujours identique à elle-même pour un acte juridique donné;

2° La *cause de l'acte juridique* lui-même, telle qu'elle est dégagée et aménagée par notre jurisprudence, avec son caractère *individuel* et *extrinsèque* : elle varie à l'infini avec les personnes et avec les circonstances qui président à la genèse et à l'élaboration de l'acte : elle est la *cause impulsive* et *déterminante*; elle réalise l'adaptation des mobiles à un acte déterminé; elle est à la fois *concrète* et *adventice*, se confon-

dant avec les *raisons* qui ont guidé l'auteur ou les auteurs de l'acte.

1455. Adaptation aux libéralités. — Cette double théorie de la cause trouve son application dans le droit des libéralités; et même plus largement qu'on ne pourrait d'abord le supposer; car, instituée pour les *contrats* (art. 1131 à 1133), elle a été adaptée par notre jurisprudence, comme il ressort des décisions auxquelles nous nous référons, non seulement à la *donation*, acte contractuel, mais aussi bien au *testament*, acte à formation essentiellement unilatérale, et cela dans la double fonction qui lui est assignée, dans les deux aspects sous lesquels elle se présente.

1456. I. La cause de la libéralité au sens classique du mot. — Toute libéralité, entre vifs ou testamentaire, doit procéder d'une volonté libérale, d'un *animus donandi* au sens large du mot, en dehors duquel elle ne saurait exister. C'est un point sur lequel la jurisprudence est très ferme (*sup.*, n° 1256); comme nous l'avons montré, la ligne de démarcation entre le titre onéreux et le titre gratuit est fournie, avant tout, non par un critère formel ou d'ordre économique, mais par un critère d'ordre psychologique; par définition même, on ne conçoit pas de libéralité sans esprit de libéralité; suivant la formule de la Cour de cassation, « ... une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier... » (*sup.*, n° 1256); en dehors de cette intention, l'acte n'est pas nécessairement inexistant ou nul, mais il cesse d'être marqué au coin du titre gratuit; il rentre dans la catégorie des actes intéressés, comme Pothier en faisait déjà la remarque (*Traité des obligations*, n° 12) et comme l'admet une jurisprudence constante; il est donc faux que la théorie de la cause, ainsi entendue au sens classique du mot et adaptée aux libéralités, soit inutile et inopérante (Planiol et Ripert, t. II, n° 1039); elle est efficiente et même indispensable, et, à notre avis, la thèse anticausaliste constitue un non-sens (*sup.*, t. II, n° 140); en l'adoptant, on se condamne à sacrifier la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, ce qui, dans l'état actuel de notre droit positif français, comme en raison, est vraiment inconcevable.

1457. II. La cause individuelle, impulsive et déterminante. — Mais si la théorie classique de la cause est indispensable, ce n'est pas à dire qu'elle soit suffisante; avec elle

seule, on ne pourrait assurer le règne de la justice et de la moralité; elle a le tort de ne retenir que l'intention abstraite de libéralité pour négliger complètement les mobiles individuels du disposant, mobiles infiniment divers et ondoyants et qui doivent exercer, sur la validité de l'opération, une influence décisive; avec elle, on n'arrive pas à faire tomber les libéralités, même les plus choquantes, même les plus scandaleuses — l'intention libérale, abstraitement envisagée, n'est-elle pas invariablement irréprochable? — et on doit traiter de même l'acte le plus généreux et l'acte le plus méprisable, la donation charitable et celle qui voisine avec le crime.

C'est pour échapper à cette assimilation inadmissible, à ces conclusions décevantes, que notre jurisprudence a imaginé et aménagé la théorie de la *cause impulsive et déterminante*, laquelle retient, sous cette rubrique, les mobiles individuels qui ont animé le disposant et qui ont été, chez lui, propulsifs de l'intention libérale; bien qu'ils ne fassent pas corps avec l'opération, qu'ils n'aient pas une valeur intrinsèque et organique, ils n'en sont pas moins d'une importance capitale : ce sont eux qui colorent l'acte accompli sous son empire, qui le qualifient, moralement et juridiquement : tant vaut le *mobile-but* auquel a obéi le disposant, et tant vaut l'acte qui en est sorti; comme on l'a très justement écrit, l'intention de donner n'est pas plus la cause de la libéralité que l'intention de vendre n'est la cause de la vente ou l'intention de prêter la cause du prêt (M. Nast, note *D. P.*, 1936, 2, 6; notamment p. 7, col. 1); en réalité, c'est le mobile individuel qui constitue la cause profonde de la libéralité. Une fois de plus s'abaissent les barrières que l'on a parfois voulu vainement élever entre le droit et la morale; ainsi se réalise la moralisation du droit sous l'influence d'une théorie qui, toutes proportions gardées, veut être rapprochée, par son esprit et par son aboutissement, de la théorie beaucoup plus vaste de l'*abus des droits* dont elle constitue, à vrai dire, une annexe et une spécialisation.

1458. Les applications jurisprudentielles. — En partant des prémisses qui viennent d'être posées, notre jurisprudence a édifié un système parfaitement cohérent; pour elle, il n'y a pas seulement des *donations* ou des *testaments*; il y a aussi des donateurs, des donataires, des testateurs, et elle s'inquiète des raisons qui les font agir : si ces raisons, si ces *mobiles* sont *illicites*, elle proclame la nullité de la

disposition, nullité *radicale*, nullité *d'ordre public*, à la disposition de tous intéressés, et *définitivement*.

1° C'est à l'aide de cette théorie que notre jurisprudence frappe les libéralités adressées à des *enfants adultérins ou incestueux*, au mépris de la disposition rigoureuse de l'article 908, § 3, du moins s'il résulte de la teneur même de la donation ou du testament que la libéralité a été déterminée par les rapports de paternité et de filiation unissant le disposant au gratifié, par l'*opinion* qu'avait ce disposant de sa paternité ou de sa maternité, opinion qui a la valeur d'une cause, non pas au sens classique du mot, mais au sens jurisprudentiel : l'acte est illicite parce qu'il procède de mobiles individuels illicites (*sup.* n° 1430) ;

2° Les libéralités entre *concubins*, subissent le même sort et pour la même raison, lorsqu'elles tendent à l'établissement, à la continuation, à la rémunération de rapports hors mariage ou au dépouillement de la famille légitime, tandis qu'elles sortent leurs effets si elles s'expliquent par le désir de satisfaire à un devoir de conscience; ici encore, c'est le mobile et c'est la fin qui justifient les moyens employés (*sup.*, n° 1442) ;

3° C'est en faisant appel également à la théorie de la *cause impulsive et déterminante* que nos tribunaux déclarent nulles les libéralités consenties entre époux en vue d'organiser, d'aménager une *séparation amiable*; ces donations procèdent d'une cause individuelle illicite, comme tendant à consacrer, à organiser juridiquement une situation fausse, qui n'est pas reconnu par la loi (art. 307, § 1, et 1443, § 2) : une convention qui réalise l'aménagement d'une situation illicite, ne peut être considérée comme valable (Civ., 2 janv. 1907, *D. P.*, 1907, 1, 137, note A. Colin, *S.*, 1911, 1, 585, note Wahl; pour la critique de cette jurisprudence, v. Savatier, *Des conventions de séparation amiable entre époux*, *Rev. trim.*, 1931, p. 535) ;

4° Une libéralité ne saurait avoir pour mobile et pour but de soustraire à l'action des créanciers les biens qui devaient normalement être leur gage, soit dans le patrimoine du donateur, soit dans celui de son héritier présomptif; elle est alors entachée de fraude et il appartient au juge du fond d'en prononcer la nullité à raison du caractère immoral et illicite de sa cause impulsive et déterminante (Req., 28 déc. 1938, *D. H.*, 1939, 132) ;

5° On verra comment notre jurisprudence restreint le domaine d'application de l'article 900, en dégageant de son emprise les *conditions illicites ou immorales* qui ont exercé,

sur la détermination du disposant, une influence décisive; tandis que les conditions ordinaires, vraiment secondaires et accessoires, sont simplement réputées non écrites, la disposition continuant à produire, sans elles, ses effets habituels, les *conditions* et les *charges* auxquelles le disposant a attaché une importance capitale, les conditions et les charges *sine qua non*, entraînent avec elles, si elles sont impossibles, illicites ou immorales, l'opération tout entière : c'est que la jurisprudence y voit la cause impulsive et déterminante de la libéralité; ce n'est pas avec l'article 900 qu'elle les traite, mais bien avec l'article 1131; on verra à quels résultats elle est parvenue dans cette direction (*inf.*, n° 1544).

1459. La cause impulsive et déterminante dans les actes à titre gratuit et dans les actes à titre onéreux. — Si la théorie est commune aux deux catégories d'actes, elle comporte des particularités et elle appelle des observations dans son adaptation aux libéralités.

1° Elle était d'une nécessité plus impérieuse dans le droit des libéralités que dans celui des actes onéreux; pour ces derniers, la théorie classique de la cause et celle de l'objet étaient de nature à donner satisfaction, dans la plupart des cas, aux exigences de la morale et de l'ordre public; au lieu que, dans les libéralités, comme nous l'avons souligné, ces concepts traditionnels seraient inopérants, l'esprit de libéralité échappant, en soi et si on l'envisage abstraitement, à toute critique : la politique jurisprudentielle, telle qu'elle s'affirme dans la thèse de la cause impulsive et déterminante, était tout particulièrement urgente;

2° L'acte à titre gratuit n'est pas l'œuvre de deux volontés égales, au même degré que la plupart des actes onéreux; le testament émane d'une volonté unique; la donation est bien un contrat, mais dans lequel la volonté du disposant joue un rôle prépondérant. De là cette conséquence que, dans la libéralité, ce sont les mobiles du bienfaiteur qui importent, ce sont eux qui suffisent à colorer l'acte intervenu sous son empire (V. cependant, *contra*, Req., 24 juin 1936, *motifs*, *D. H.*, 1936, 409 : dans cette décision, on se réfère à « la commune intention des parties »); mais, dans les actes onéreux, les recherches du juge doivent porter sur les mobiles des deux parties, de toutes les parties, ce qui revient à dire que, seul, sera retenu le mobile *commun*, le mobile *ex pacto*, qui a pénétré dans le contrat et qui lui a donné son coefficient de légalité et de moralité.

1460. Preuve de la cause impulsive et déterminante. — Notre jurisprudence a, pendant assez longtemps, établi une opposition entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, quant à la *preuve* des *mobiles illicites* qu'elle décore du nom de *causes impulsives et déterminantes* : tandis qu'elle admettait, dans les actes à titre onéreux, tous modes de preuve, elle s'en tenait, pour les actes à titre gratuit, à la teneur même de l'acte incriminé : ici, la preuve même *extrinsèque* était admise; là, on s'en tenait strictement à la preuve *intrinsèque*, administrée avec les seuls éléments fournis par l'acte de donation ou par le testament.

Cette distinction ne se justifiait pas en raison; elle a été condamnée, à juste titre, par la Cour de cassation; pour cette haute juridiction, « ... il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux »; et, pour rechercher si un acte a une cause illicite, « les tribunaux peuvent, *en principe*, recourir, en dehors des énonciations du contrat lui-même, à tous les modes de preuve autorisés par la loi... » (Civ., 2 janv. 1907, *D. P.*, 1907, 1, 137, note A. Colin, *S.*, 1911, 1, 585, note Wahl). Il faut noter la réserve impliquée par l'incidente : « en principe »; elle vise, sans doute, les cas où la preuve extrinsèque nécessiterait des investigations indiscrètes qui seraient l'occasion de scandales; il est donc fort probable que, pour des libéralités adressées à des enfants adultérins ou incestueux, de même que pour les libéralités entre concubins, la Cour de cassation, maintenant son ancienne formule, n'admettra toujours que la preuve intrinsèque, administrée à l'aide de la teneur de l'acte. Mais il n'en est pas moins intéressant de constater que les termes de la distinction ancienne ont été modifiés : ce n'est plus entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux que s'établit désormais l'opposition, qui est tirée du danger que présentent certaines recherches par des éléments puisés en dehors de l'acte incriminé.

Dans tous les cas, la Cour de cassation reconnaît au juge du fond, pour cette détermination du caractère licite ou illicite de la cause impulsive et déterminante, un *pouvoir d'appréciation souverain* (Req., 28 déc. 1938, précité).

CHAPITRE III

Objet et étendue des libéralités

1461. Opposition. — Sur ce nouveau terrain, nous allons voir s'opposer encore la *donation* et le *testament* : sans doute, l'une et l'autre peuvent intéresser toutes sortes de biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, pourvu qu'ils appartiennent au disposant : la *donation de la chose d'autrui* serait inefficace, par la force même des choses, mais elle ne mettrait pas en jeu la responsabilité du donateur qui, à la différence du vendeur, n'est point tenu à *garantie* et ne répond que de son fait personnel (*inf.*, n° 1556) ; quant au *legs de la chose d'autrui*, il est *nul*, aux termes de l'article 1021 (*inf.*, n° 1500).

Mais la libéralité testamentaire peut revêtir une tout autre envergure que la donation entre vifs, car elle est susceptible d'être consentie à titre universel et même de porter sur tous les biens du testateur; et, dans tous les cas, elle a pour objet des *biens à venir*, ceux que le disposant laissera à son décès. Au contraire, la donation, mode de disposer entre vifs, ne peut être aménagée qu'*à titre particulier*, réserve faite de la *cession de droits successifs*, de l'*institution contractuelle* et du *partage d'ascendant*, c'est-à-dire d'opérations profondément dérogatoires au droit commun; on donne une somme d'argent, ou tel ou tel bien; on ne peut pas donner son patrimoine ou une quote-part de ce patrimoine; de plus, la donation entre vifs ne peut porter, même dans le partage d'ascendant, que sur des biens *présents*, sur lesquels le disposant a un droit actuel, puisqu'elle implique le dessaisissement *actuel* et *irrévocable* du donateur : l'article 943 édicte la nullité de la donation portant sur des biens à venir et dans la mesure où elle porte sur de tels biens (*sup.*, n° 1352).

1461*bis*. *Droits d'enregistrement.* — Au point de vue *fiscal*, l'opposition s'affirme encore entre les donations entre vifs et les libéralités testamentaires :

1° Tandis que les premières sont soumises à l'acquittement de taxes qui leur sont propres et qui, après avoir subi la majoration de 8 % (d.-l. 2 mai 1938, art. 9), ont été fixées et « arrondies » par le décret du 20 mai 1938, art. 1er (*sup.*, n° 1312*bis*), les secondes sont traitées ainsi que les mutations successorales *ab intestat*, le légataire

ayant à acquitter exactement les mêmes droits que s'il se présentait comme héritier légitime; nous pouvons donc nous borner à renvoyer aux explications qui ont été précédemment fournies à l'occasion de la dévolution successorale et notamment aux tarifs fixés par l'article 42 de la loi du 31 décembre 1936 (*sup.*, n° 789), *étant entendu que les taxes qu'ils instituent comportent la majoration de 8 %*, établie, pour tous les impôts, par l'article 9 du décret-loi du 2 mai 1938, car, à la différence des droits afférents aux donations, elles n'ont pas été arrondies et fixées, à titre définitif, par le décret du 20 mai de la même année. Il y a même lieu de remarquer que certaines des dispositions du tarif figurant dans l'article 42 de la loi du 31 décembre 1936 ne peuvent concerner que les libéralités testamentaires, à l'exclusion de la dévolution légale : ce sont celles qui visent les mutations s'effectuant entre personnes non parentes, donc sans vocation successorale légitime;

2° Alors que les droits d'enregistrement auxquels sont assujetties les donations varient, non seulement d'après le degré de parenté unissant les parties, mais aussi suivant les conditions dans lesquelles la libéralité intervient et l'objectif auquel elle répond (donation *propter nuptias*, partage d'ascendant, etc.), les impôts afférents aux legs sont établis d'après une règle uniforme, sans qu'il y ait à faire état des raisons qui ont pu décider le testateur à consentir la libéralité.

Dégrèvements en vue d'encourager la construction et la réparation d'immeubles. — Les mesures prises à cet effet par deux décrets-lois du 28 février 1939 concernent, dans des termes symétriques, les mutations par décès et les donations entre vifs (V. *sup.*, n^os^ 789*bis*, et 1312*bis*).

1462. Libéralités testamentaires. — Ces libéralités peuvent revêtir une tout autre ampleur que les donations du droit commun : suivant l'étendue de la vocation du bénéficiaire on les répartit en *trois classes*; on distingue, d'après l'article 1002, § 1 :

1° Le legs *universel*;

2° Le legs à *titre universel*;

3° Le legs à *titre particulier*.

C'est au juge du fond qu'il appartient de différencier ces trois catégories et de dégager le véritable caractère d'un legs : sa décision, pourvu qu'elle ne dénature pas la disposition,

échappe au contrôle de la Cour de cassation (Civ., 15 juill. 1930; *S.*, 1930, 1, 387).

1463. Oppositions. — C'est le Code civil qui a opéré la démarcation du legs universel et du legs à titre universel, jusque là confondus dans une même catégorie à laquelle on appliquait indifféremment l'une ou l'autre qualification. Et il faut reconnaître que, malgré la scission opérée en 1804, ces deux catégories se rapprochent encore pour s'opposer au legs particulier.

1° C'est ainsi que les légataires des deux premières catégories, succédant les uns et les autres à une universalité, sont tenus des dettes et charges de la succession dans une mesure à déterminer; ils sont *loco heredis*; au lieu que le légataire particulier, simple ayant cause à titre particulier, puisqu'il succède à des choses individuellement déterminées ou à une somme d'argent, ne prend pas sa part du passif héréditaire, mais il y demeure étranger, comme un acheteur ou un donataire;

2° C'est ainsi encore que les légataires, universels ou à titre universel, ont droit aux *fruits* des biens compris dans leur institution, dès le jour du décès, pourvu qu'ils aient formé la demande en délivrance — à la supposer nécessaire — dans l'année du décès (art. 1005), tandis que le légataire particulier n'a droit aux fruits des choses léguées qu'à dater du jour de cette demande et sans rétroactivité (art. 1014, § 2).

A ces deux points de vue, l'opposition s'affirme entre les deux premières classes de legs d'une part et la troisième d'autre part; mais, entre les legs universels et les legs à titre universel, des différences s'accusent aussi :

1° Soit dans l'*ampleur de l'institution*, puisque le legs universel comprend, au moins en puissance, la succession tout entière, alors que le legs à titre universel ne renferme qu'une quotité, qu'une tranche;

2° Soit quant à la *saisine* : tandis que le légataire universel peut avoir la saisine (en l'absence d'héritiers à réserve), le légataire à titre universel ne l'a jamais : il se voit donc invariablement dans l'obligation de demander la délivrance.

1464. Plan. — Nous examinerons successivement les trois catégories de legs.

SECTION I. — LE LEGS UNIVERSEL

(Articles 1003 à 1009)

1465. Définition. — L'article 1003 donne du *legs universel* une définition qui n'est pas très heureuse, car ce texte paraît exiger que le légataire recueille *effectivement* tous les biens du disposant. Or, il n'en est rien : il peut advenir que ce légataire, malgré l'épithète d'*universel*, ne recueille qu'une partie de la fortune du défunt, peut-être une partie infime, voire même rien du tout.

Ce qu'il y a d'universel dans son cas, c'est la *virtualité*, le *dynamisme de sa vocation*; du moment qu'elle est susceptible, à l'occasion et en mettant les choses au mieux, d'englober la succession tout entière, elle est universelle, quand bien même elle serait contrariée, dans son expansion, par telle ou telle circonstance.

1° Cette circonstance, à effet compressif, ce peut être la présence d'un *héritier réservataire* : si le testateur, qui a institué un légataire universel, laisse un enfant légitime, comme cet enfant a droit à une réserve de moitié (art. 913), le légataire, encore qu'universel, ne recueillera que l'autre moitié; tout de même, il demeure universel;

2° Ou bien il y a un autre légataire universel, sans assignation de parts : chacun recueillera la moitié, tout en conservant la qualité de légataire universel;

3° Ou encore le testateur, après avoir désigné son légataire universel, a consenti des legs particuliers à diverses personnes; ces libéralités secondaires seront prises sur l'émolument du légataire universel qui, en fin de compte, ne conservera peut-être presque rien ou même rien du tout; il aura la consolation de se dire qu'il est néanmoins un légataire universel, encore qu'*en fait* il ait joué le rôle moins avantageux d'exécuteur testamentaire (Civ., 5 juill. 1886, *D. P.*, 1886, 1, 465);

4° Ou enfin, le légataire subit la *réduction administrative* au profit des héritiers exclus par le testateur; il n'en conserve pas moins son titre universel (Paris, 10 mars 1905, sous Req., 17 oct. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 497, note GUÉNÉE, *S.*, 1907, 1, 133).

On voit qu'il faut éviter de confondre la *vocation* avec l'*émolument*; or, ce qui est décisif, dans la *qualification* des legs, c'est la vocation, et la vocation éventuelle, virtuelle:

le legs universel est *celui qui tend naturellement à l'universalité.*

1466. Applications. — Etant donné cette conception jurisprudentielle, d'ailleurs parfaitement juridique, il y aura lieu de considérer comme *universels* :

1° Le legs portant sur « *tous les meubles et tous les immeubles* » du disposant; on sait, en effet, que la division des biens en mobiliers et immobiliers a un caractère tout à fait général (*sup.*, t. I, n° 1346);

2° Le legs de la *nue propriété* de tous les biens du testateur, car la nue propriété tend fatalement à la pleine propriété, puisque l'usufruit n'a qu'une durée assez courte, mesurée, au maximum, sur la vie de l'usufruitier (*sup.*, t. I, n° 1857; Riom, 23 déc. 1889, sous Cass., 12 juill. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 451). Au contraire, un legs d'usufruit ne saurait jamais être universel puisque, quoi qu'il advienne, le gratifié ne recueillera pas l'universalité des biens (même arrêt);

3° Le legs du *disponible*, et cela même si le testateur a, lors de la confection du testament, des héritiers présomptifs à réserve; car ces héritiers peuvent prédécéder et alors la vocation du légataire se développera dans toute son ampleur; le disponible équivaudra à la totalité de la succession;

4° Le legs *de eo quod supererit*, de ce qui restera après que les autres institués auront été servis. Par exemple, le testateur a fait d'abord des legs particuliers, à telles ou telles personnes; après quoi il ajoute qu'il donne le *surplus* ou le *restant* de ses biens à tel légataire; celui-ci est universel; car l'*ordre* des dispositions importe peu; la situation est la même que si le testateur avait d'abord institué un légataire universel qu'il eût ensuite chargé d'acquitter des legs particuliers : le rang des legs ne fait rien à l'affaire (Req., 4 déc. 1854, *D. P.*, 1855, 1, 73; 4 fév. 1879, *D. P.*, 1879, 1, 220; 10 fév. 1885, *D. P.*, 1886, 1, 111; 17 oct. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 497, note Guénée; 27 déc. 1934, *motifs*, *S.*, 1935, 1, 256).

1467. Qualification inexacte. — Il arrive assez souvent qu'un testateur, ignorant des règles qui viennent d'être exposées, qualifie inexactement la disposition qu'il écrit; en pareil cas, il appartient au juge de lui restituer sa véritable nature sans s'arrêter à la dénomination que lui a infligée à tort son auteur : la réalité importe, non l'étiquette (Civ., 9 août 1858, *D. P.*, 1858, 1, 334; Req., 4 juin 1883, *D. P.*, 1884, 1, 51; 27 avril 1896, *D. P.*, 1896, 1, 549).

1468. Plan. — A supposer qu'un legs soit certainement universel il faut déterminer sa situation juridique et voir :

1° Quelles sont les *formalités* à remplir pour que le légataire universel soit définitivement en place, en possession;

2° Quels sont ses *droits*;

3° Quelles *obligations* lui incombent.

§ I. — *FORMALITÉS À REMPLIR*

1469. I. Acceptation. — Il est une formalité qui s'impose, en toute éventualité : c'est l'*acceptation* du legs, qui peut avoir lieu, soit *purement et simplement*, soit *sous bénéfice d'inventaire* et qui est *irrévocable*, au même titre que l'acceptation d'une succession *ab intestat* (Req., 29 oct. 1929, *S.*, 1929, 1, 392).

Comment se réalisera-t-elle? On serait tenté, dans le silence du Code civil, d'appliquer simplement les règles établies pour l'acceptation des successions : le légataire universel n'est-il pas *loco heredis*? Tel n'est cependant pas l'avis dominant : généralement, on considère qu'en l'absence d'une réglementation spéciale, c'est le droit commun qui s'applique, et non pas le droit successoral dont les règles sont écartées dans la mesure où elles dérogent au droit commun tout court : par exemple celle de l'article 778 qui exige, pour l'acceptation *expresse*, un acte écrit : un legs, même universel, peut être accepté *verbalement*; par exemple aussi la règle de l'article 784 qui exige, pour la *renonciation* à une succession, une déclaration au greffe du tribunal; la renonciation au legs pourrait donc s'induire de l'attitude du légataire. Mais sur ce dernier point, il y a des hésitations et des divergences : certaines décisions exigent la déclaration au greffe, dans tous les cas, d'autres dans le cas seulement où le légataire universel est *saisi*, car alors sa situation se rapproche plus étroitement de celle de l'héritier (V. dans l'un ou l'autre sens, Besançon, 25 mars 1891 et Poitiers, 17 fév. 1890, *D. P.*, 1892, 2, 115); étant donné ces divergences, et étant observé que la déclaration au greffe est requise, de l'avis unanime, pour l'*acceptation sous bénéfice d'inventaire*, le légataire renonçant agira prudemment en faisant une déclaration au greffe; il serait étrange que l'article 793 lui fût applicable, au cas d'acceptation bénéficiaire, et que l'article 784 ne le fût pas dans l'éventualité d'une renonciation, alors que ces deux textes instituent des formalités similaires.

L'acceptation peut intervenir soit *expressément*, soit *tacitement*; sous cette dernière forme, elle résultera, suivant les

cas, de la demande en délivrance ou de la demande d'envoi en possession, introduite par le légataire, comme aussi d'une demande en partage (Civ., 18 janv. 1869, *D. P.*, 1869, 1, 110).

1470. II. **Délivrance ; saisine.** — Le Code civil établit une distinction essentielle selon que le légataire universel a ou non la *saisine*, c'est-à-dire selon qu'il n'y a pas ou qu'il y a un *héritier réservataire* (art. 1006 et 1004).

A. **Premier cas.** — Le légataire, ayant en face de lui des *héritiers réservataires acceptants* (descendants ou ascendants du défunt), *n'a pas la saisine*; il doit alors demander à ces héritiers la *délivrance*, c'est-à-dire la remise, la tradition des biens légués (art. 1004) ; s'il se heurte à un refus, il s'adressera au tribunal; la délivrance est donc, suivant les éventualités, *volontaire* ou *judiciaire*.

Par cette formalité, on a voulu sauvegarder les droits des proches parents, héritiers à réserve : si le légataire avait pu se mettre de lui-même, *proprio motu*, en possession effective des biens héréditaires, on aurait eu à redouter des dissimulations, des détournements qui auraient entamé, en fait, la réserve de ces parents, laquelle est d'*ordre public* (*inf.*, n° 1683) : l'obligation imposée au légataire universel de demander la délivrance constitue une *sanction de la réserve intangible*; c'est pourquoi les *frais* de la demande en délivrance incombent au légataire, sans quoi, et s'ils étaient laissés à la charge de l'héritier, ils diminueraient sa réserve, laquelle doit lui parvenir intégralement.

1471. B. **Deuxième cas.** — Il n'y a pas d'héritiers réservataires; en conséquence, le légataire universel est *saisi* de plein droit et n'est point tenu de former une demande en délivrance (art. 1006). C'est qu'alors les intérêts des héritiers sont moins sacrés que dans le cas précédent : ils auraient pu être exhérédés, complètement et directement; leur vocation n'est pas d'ordre public.

Est-ce à dire que le légataire universel pourra entrer en possession effective, d'emblée et sans aucune formalité préalable? Pas nécessairement; il lui faudra, parfois, obtenir un *envoi en possession*, et nous arrivons ainsi à une nouvelle distinction.

1472. III. **Envoi en possession.** — Cette formalité n'est pas exigée dans tous les cas; elle est sans emploi si le léga-

taire a été institué par testament *authentique*; mais elle devient nécessaire s'il l'a été par testament *olographe* ou *mystique* (art. 1008); dans ces deux dernières éventualités il doit, *bien qu'ayant la saisine*, se faire *envoyer en possession* par le président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (Riom, 29 nov. 1879, *D. P.*, 1881, 2, 69) qui rend, à cet effet, une ordonnance, mise au bas d'une requête à lui adressée (même texte). A ce point de vue encore s'affirme l'utilité de la forme authentique qui évite au légataire universel la formalité de l'envoi en possession. Cette différence de traitement tient à la confiance, au crédit qui s'attachent aux actes notariés; l'intervention du notaire établit une présomption favorable au légataire; le testament est loyal, sincère; il a dû être rédigé correctement, en conformité des prescriptions légales; les testaments olographes et mystiques présentent moins de garanties et l'on comprend que la loi les soumette, préalablement à toute exécution, au *contrôle judiciaire*.

Ce contrôle s'exerce notamment sur la *forme extérieure* : l'examen sera ordinairement superficiel, mais il est admis qu'en l'absence de toute disposition légale, le président jouit de très larges pouvoirs et qu'il peut donc s'inquiéter de la *sincérité* de l'acte; il n'hésitera pas à refuser l'envoi en possession s'il existe de graves présomptions de *fraude*; il lui sera également loisible d'examiner s'il se trouve vraiment en présence d'un legs universel, point essentiel à fixer, car la procédure à suivre en dépend.

1473. Nature de la décision du président. — Etant donné l'importance du rôle attribué au président, il faut admettre, bien que la solution soit contestée, que l'ordonnance d'envoi en possession doit être rangée dans la catégorie, non des actes de juridiction gracieuse, mais des actes de juridiction *contentieuse* et qu'elle comporte donc des *voies de recours*, notamment l'*appel* (*Sic*, Civ., 3 avril 1895, *S.*, 1895, 1, 221, *D. P.*, 1896, 1, 5, note Glasson; Pau, 10 juin 1904, *S.*, 1905, 2, 199).

1474. Effets de l'envoi en possession. — L'envoi en possession qui suppose, nous le rappelons, d'abord l'absence d'héritiers réservataires acceptants, puis l'institution du légataire par testament olographe ou mystique, sans être comparable, en importance, à la délivrance, produit encore des effets importants : il confère au légataire un *titre exécutoire*, au moins provisoirement, et il lui assure une position

excellente dans l'instance en vérification d'écriture qui s'engagerait par la suite : la jurisprudence lui reconnaît, en effet, la vertu de déplacer le fardeau de la preuve qui incombera donc aux héritiers de sang (*sup.*, n° 1280). En outre, il ouvre au légataire, en fait sinon en droit, la possibilité de procéder à des mesures conservatoires (apposition des scellés, rédaction d'un inventaire, ouverture d'un coffre-fort du défunt) auxquelles, dans l'état actuel de la pratique judiciaire, notariale et bancaire, il ne peut pratiquement recourir jusqu'à l'accomplissement de cette formalité.

1475. — Il n'en reste pas moins que les héritiers du sang sont admis, malgré l'envoi en possession, à contester les droits du légataire universel, à soutenir, par exemple, que le testament est nul. Cette efficacité réduite attachée à l'envoi en possession explique qu'un légataire universel, bien que *saisi*, ait cependant l'idée de demander la *délivrance* aux héritiers non réservataires, afin d'affermir sa situation vis-à-vis d'eux, et cela avant tout envoi en possession. Cette prétention est-elle légitime? On l'a pensé, en considérant que le légataire universel saisi est simplement *dispensé* de demander la délivrance et qu'il ne résulte nullement de là qu'il lui soit interdit de la réclamer, si tel est son intérêt : on ne doit pas pouvoir retourner contre lui une disposition établie en sa faveur (Amiens, 3 juill. 1912, *S.*, 1913, 2, 73).

1475*bis*. Transcription. — Il est rappelé que, depuis l'extension donnée à la transcription par un décret du 30 octobre 1935, le legs universel ne devient opposable aux tiers, dans la mesure où il comprend des immeubles ou des droits immobiliers, que par la transcription de l'*attestation notariée* qui a dû être dressée à cette occasion; ceci, du moins au cas où il n'y a qu'un seul légataire, plus exactement au cas où le légataire ne se trouve pas dans l'indivision en ce qui concerne les immeubles compris dans l'institution (l. 23 mars 1855, art. 1er-6°, nouv. réd.); s'il en était autrement, c'est l'acte de partage qui serait sujet à transcription et non le legs lui-même (V. *inf.*, n° 1561, et *sup.*, t. I, nos 1730 et suiv.).

§ II. — *DROITS DU LÉGATAIRE UNIVERSEL*

1476. Plan. — Il y a lieu d'envisager :
1° La *possession* des biens légués;
2° Leur *propriété*;

3° Les *fruits*;
4° Les *actions*.

Sur ces différents points, la situation du légataire universel est commandée par cette idée qu'il est *loco heredis*; il a la position juridique d'un *héritier testamentaire*.

1477. I. Possession. — On sait déjà que, seul, le légataire universel légalement saisi peut se mettre de lui-même, *proprio motu*, en possession effective des biens du défunt; dans le cas contraire, il doit demander au préalable la *délivrance* à la suite de laquelle il aura la saisine dont il était d'abord dépourvu; alors seulement, il aura l'exercice des *actions*, qui appartenaient au défunt, de même qu'il aura qualité pour défendre à celles qui auraient pu être dirigées contre lui.

1478. II. Propriété. — Le légataire universel acquiert aussitôt la *propriété* des biens du défunt, dès le jour du décès, comme l'héritier lui-même, alors même qu'il n'accepterait que tardivement (l'acceptation a un effet *rétroactif*), et sans distinguer selon qu'il a ou non la saisine légale, laquelle intéresse la possession, non la propriété (*sup.*, n° 826). Il n'en irait autrement que si le legs était assorti d'une *condition suspensive*; les effets en seraient alors tenus en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition; selon que celle-ci se réaliserait ou viendrait à défaillir, la vocation du légataire serait reportée rétroactivement au jour du décès ou se trouverait anéantie (arg. art. 1040).

A ce sujet, il faut signaler que, dans les testaments, le *terme incertain* est traditionnellement assimilé à la condition : « *in testamento dies incertus conditionem facit* » (*inf.*, n° 1529).

1479. III. Fruits. — En ce qui concerne les *fruits*, on voit réapparaître la distinction tirée de la saisine légale.

1° Si le légataire universel est saisi, s'il n'a pas en face de lui des héritiers réservataires, il acquiert les fruits dès le *jour du décès*;

2° S'il se heurte à des héritiers réservataires et s'il n'a donc pas la saisine légale, il bénéficie bien encore du même traitement, mais à la condition de former la demande en délivrance *dans l'année* qui suit le décès; s'il tarde davantage, il n'a droit aux fruits qu'à compter du *jour de la demande*, et il faut entendre par là :

a) Pour la délivrance *judiciaire*, le jour où elle est demandée en justice;

b) Pour la délivrance *amiable*, le jour où elle est volontairement consentie par les réservataires (art. 1005).

Cette distinction, tirée de la saisine légale, se justifie par le caractère intangible de la réserve : on veut que la situation demeure entière pour les héritiers réservataires, aussi longtemps que les droits du légataire n'ont pas pu être reconnus, soit par le tribunal, soit par les héritiers eux-mêmes.

1480. IV. **Actions.** — Le légataire universel est investi de toutes les actions qui incombent à l'héritier *ab intestat* : *pétition d'hérédité*, *action en partage*, actions qui appartenaient au défunt, mais sous cette réserve, qui lui est d'ailleurs commune avec l'héritier, qu'il ne peut les exercer qu'une fois saisi, donc, s'il a en face de lui des réservataires, qu'après la délivrance.

§ III. — *OBLIGATIONS DU LÉGATAIRE UNIVERSEL*

1481. Principe. — Le légataire universel est tenu des *dettes* et *charges* de la succession du testateur (art. 1009) : des *dettes*, c'est-à-dire des obligations qui incombaient, avant lui, au défunt; des *charges*, c'est-à-dire des obligations qui sont nées dans sa personne, à l'occasion de la transmission de la succession : *frais funéraires*, frais d'*inventaire*, de *liquidation*, de *partage; impôts*; et aussi les *legs particuliers*, lesquels lui incombent intégralement (art. 1009).

1482. Concours avec d'autres successeurs. — Le légataire universel peut concourir avec d'autres successeurs :

1° Avec un autre ou plusieurs autres *légataires universels* : le passif est réparti entre les divers ayants droit dans la même proportion que l'actif;

2° Avec un ou plusieurs *héritiers réservataires* : il est alors tenu des dettes, *personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout* (art. 1009). Les derniers mots visent l'éventualité où l'immeuble grevé d'une hypothèque garantissant la dette serait attribué au légataire universel qui devrait alors payer le tout, par application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (*sup.*, t. II, n° 1647) ; *personnellement*, il n'est tenu que « *pour sa part et portion* », c'est-à-dire dans le mesure de sa vocation, — et non pas nécessai-

rement dans celle de son émolument effectif, lequel peut être diminué à raison des legs particuliers consentis par le défunt et dont le règlement incombe entièrement au légataire universel, afin que l'héritier réservataire reçoive sa réserve intacte. Si, par exemple, il y a un enfant du défunt et un légataire universel, et si deux legs particuliers de 100.000 francs chacun ont été consentis par le testateur, l'enfant, héritier réservataire, a droit à la moitié de la succession; le légataire universel se verra attribuer l'autre moitié, mais sous l'obligation d'acquitter les deux legs particuliers. En fin de compte, il n'aura donc qu'une moitié moins 200.000 francs; cependant, il devra payer la moitié du passif, parce que sa vocation est de moitié.

1483. Question de l'obligation « ultra vires ». — Nous retrouvons ici la question précédemment étudiée à propos des successions *ab intestat* : le légataire universel est-il tenu des dettes et des charges de la succession *indéfiniment*, ou bien seulement *intra vires*, dans la mesure de son émolument?

Il faut observer, au préalable, que la question ne se pose, pour le légataire universel comme pour l'héritier *ab intestat*, qu'autant qu'il n'y a pas eu acceptation sous bénéfice d'inventaire, sans quoi la limitation au montant de l'émolument ne saurait faire doute; et que, cependant, un inventaire a été dressé, sinon la distinction deviendrait matériellement impossible entre les deux patrimoines et la confusion ferait son œuvre, ce qui revient à dire que le légataire serait tenu indéfiniment, et même sur ses biens, du passif successoral. Cette double prémisse enlève beaucoup de son importance à la question que nous retrouvons ici pour le *successeur testamentaire* après l'avoir étudiée pour le successeur *ab intestat*.

1° En ce qui concerne les *legs*, cette question est prévue et réglementée simultanément dans un même texte, l'article 1017, pour les héritiers légitimes et pour les autres « débiteurs »; la solution est donc uniforme et nous pouvons renvoyer le lecteur aux explications données à l'occasion des successeurs *ab intestat* (*sup.*, n° 926);

2° Pour les *dettes* venant du défunt, le texte fondamental, pour le légataire universel, est l'article 1009 où l'on trouve une formule à peu près identique à celle qui figure dans l'article 1017, d'après lequel ce légataire, supposé en concours avec un héritier réservataire, est tenu des dettes et charges de la succession, *personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout*. Cette formule est similaire à

celle que l'article 873 emploie pour caractériser la situation de l'héritier légitime et elle doit avoir la même signification, c'est-à-dire qu'elle évoque, pour le légataire, l'obligation indéfinie au passif du défunt, ce qui n'est d'ailleurs pas pour surprendre, puisque, comme l'héritier, il succède à une universalité et puisqu'il est traditionnellement *loco heredis*; d'ailleurs, il serait singulier que, mieux traité que l'héritier *ab intestat*, il fût dispensé de la formalité et des frais de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

1484. — Mais, précisément parce qu'il fait figure d'héritier, le légataire universel, de même que l'héritier, n'est tenu *in infinitum* qu'en qualité de continuateur du défunt et parce qu'il a la saisine légale; le rattachement de l'obligation *ultra vires* à la saisine doit être exact pour le successeur testamentaire aussi bien que pour l'héritier *ab intestat*, ce qui conduit à distinguer selon qu'il y a ou non un héritier réservataire acceptant; c'est seulement dans le cas de la négative que le légataire universel est saisi et qu'il doit donc acquitter le passif héréditaire sans limitation de somme; dans le cas contraire et s'il se heurte à un héritier réservataire acceptant, il ne continue pas la personne du défunt, il n'a pas la saisine et n'est donc tenu que dans les limites de son émolument, *intra vires hereditatis*.

C'est dans le sens de cette distinction que s'oriente nettement notre jurisprudence (Civ., 12 mai 1897, *motifs*, *D. P.*, 1898, 1, 164, *S.*, 1898, 1, 193, note Wahl; 1er août 1904, *D. P.*, 1904, 1, 513, note Guillouard; comp. Civ., 14 déc. 1910, *motifs*, *D. P.*, 1911, 1, 425; *contra*, Civ., 13 août 1851, *D. P.*, 1851, 1, 22; — V. Voirin, *op. cit.*, t. VII du *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., n° 336); l'article 724 devient ainsi la disposition centrale qui commande à la transmission du passif héréditaire et le sujet y gagne en clarté comme en unité; néanmoins, une partie de la doctrine et quelques décisions de jurisprudence consacrent l'opinion absolue d'après laquelle le légataire universel serait tenu intégralement au passif héréditaire, en toute occurrence, et même non saisi (trib. Remiremont, 8 nov. 1900, *S.*, 1903, 2, 54; Planiol et Ripert, t. III, n° 2766; Trasbot, n° 661).

SECTION II. — LE LEGS À TITRE UNIVERSEL

(Art. 1010 à 1013)

1485. Plan. — 1° *Définition* : quels legs sont à *titre universel*;

2° *Formalités* à accomplir par le légataire à titre universel;

3° *Droits* qui lui compètent;

4° *Obligations* qui lui incombent.

1486. I. Définition : quels legs sont à titre universel. — Principe. — De l'énumération fournie par l'article 1010, il résulte que la catégorie comprend *cinq* types; sont à titre universel:

1° Le legs portant sur une *quote-part de l'universalité* des biens : la moitié, le quart, le sixième, etc.;

2° Le legs de *tous les immeubles*;

3° Celui de *tous les meubles*;

4° Le legs d'une *quote-part des immeubles* : la moitié, le quart, etc.;

5° Celui d'une *quote-part des meubles*.

1487. Précisions. — *Caractère limitatif de l'énumération.* — Il est certain que l'énumération donnée par le législateur dans l'article 1010 a un caractère *limitatif*, ainsi qu'il ressort du deuxième alinéa, d'après lequel « *Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier.* » Il en serait ainsi du legs de *toutes les maisons* du testateur, ou de tous les immeubles situés dans une commune ou dans une ville (Req., 21 mai 1930, *S.*, 1930, 1, 286; *D. P.*, 1932, 1, 111), ou de *tous ses vignobles*, ou du *mobilier meublant*; ou du legs conçu dans la *forme énumérative*, alors même qu'il engloberait, en fait et dans l'espèce, tous les immeubles du disposant (Douai, 28 janv. 1895, *D. I.*, 1896, 2, 110); ce qui est décisif, c'est l'étendue de la vocation, non les résultats concrets auxquels elle conduit dans tel ou tel cas. On voit par là quelle importance revêt la question de forme : le testateur doit peser soigneusement les termes de la formule dont il se sert; il agira prudemment en s'inspirant des expressions mêmes de l'article 1010.

On doit alors se demander, étant donné un tel formalisme, un tel *verbalisme*, quel sera le sort d'un legs de *nue propriété* ou d'*usufruit*.

1488. Legs de nue propriété. — Pour les raisons précédemment indiquées (*sup.*, n° 1466), le legs d'une quotité en nue propriété est à titre universel, exactement comme le legs de l'universalité en nue propriété est universel; il faut décider ainsi, par exemple, pour le legs de la nue propriété de tous les immeubles : toute vocation à la nue propriété contient virtuellement une vocation à la pleine propriété (Req., 3 déc. 1872, *D. P.*, 1873, 1, 233).

1489. Legs d'usufruit. — Sur la nature du *legs d'usufruit* et sur la position juridique à lui reconnaître par rapport à la division tripartite du Code civil, les divergences sont graves, d'autant plus qu'elles se manifestent dans la jurisprudence elle-même, qui est profondément divisée.

Un seul point est acquis : les legs d'usufruit ne rentrent jamais dans la catégorie des legs universels (*sup.*, n° 1466), mais, cette concession faite au *jus incontroversum*, deux grands partis se dessinent, parmi les auteurs comme en jurisprudence :

1° Pour la plupart des civilistes, tout legs d'usufruit est fatalement *à titre particulier*, si étendu que soit l'émolument du bénéficiaire, et quand bien même il s'étendrait à tous les biens du disposant : il ne saurait être universel, puisqu'il ne confère pas au légataire une vocation à l'universalité des biens du disposant qui, quoiqu'il advienne, ne lui appartiendront jamais; mais il n'est pas davantage possible de lui reconnaître la signification d'un legs à titre universel, car il ne rentre pas dans les termes de l'énumération limitative fournie par l'article 1010; en sorte qu'un *usufruitier à titre universel* est en même temps un *légataire à titre particulier*; à cela nulle contradiction, car l'article 1010 envisage la *nature* du droit légué et non pas seulement sa quotité (*Sic.*, Demolombe, t. XXI, n° 586; Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, p. 468; Maurice Colin, t. II, n° 2397; Trasbot, n° 618; Voirin, t. VII, n° 306; Bordeaux, 19 fév. 1853, *D. P.*, 1854, 2, 146; Riom, 26 juill. 1862, *D. P.*, 1862, 2, 146; Dijon, 14 juill. 1879, *D. P.*, 1880, 2, 124; Riom, 23 déc. 1889, *D. P.*, 1892, 1, 451; Besançon, 18 mai 1892, *D. P.*, 1892, 2, 516; Amiens, 15 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 314).

1490. — 2° Mais c'est en sens contraire que la Cour de cassation est fixée; pour elle, si les legs d'usufruit ne sont jamais universels, du moins ils sont à titre universel lorsqu'ils affectent l'universalité ou une quote-part des biens du

disposant (Civ., 19 juin 1895, *D. P.*, 1895, 1, 470; *S.*, 1895, 1, 336; 23 juin 1909, *D. P.*, 1910, 1, 286; Req., 29 juin 1910, *D. P.*, 1911, 1, 49, note H. Capitant, de 1913, 1, 33; 27 déc. 1934, *S.*, 1935, 1, 256, *D. H.*, 1935, 100). La Cour suprême se borne d'ailleurs à donner cette solution, sans la justifier; les auteurs qui l'approuvent se réclament de l'article 612 qui impose à l'usufruitier, universel ou à titre universel, l'obligation de contribuer à l'acquittement du passif, ce qui implique bien, chez lui, une vocation à titre universel : mais l'argument ne prouve-t-il pas trop? Ne conduirait-il pas à reconnaître au légataire d'un usufruit portant sur tous les biens de la succession, le caractère d'un légataire universel et non pas seulement à titre universel? Car, du moment qu'on se réfère à l'article 612, on doit s'y tenir complètement, sur toute la ligne; or, ce texte distingue, à côté de l'usufruitier à titre particulier, deux autres catégories : usufruitier *universel* et usufruitier à *titre universel*. On serait ainsi amené, en prenant pour base la classification établie pour l'usufruit, à qualifier le legs d'usufruit, de legs universel, à titre universel ou à titre particulier, selon qu'il affecte la totalité des biens du testateur, ou une des quotités prévues dans l'article 1010, ou des biens individuellement considérés (*Sic.*, Planiol et Ripert, t. III, n° 2809); mais on transpose alors la question du domaine des legs dans celui de l'usufruit et on fait abstraction des textes qui réglementent directement les dispositions testamentaires; et c'est pourquoi, à notre avis, la véritable solution, en droit positif français, sinon en législation, est celle que donne la doctrine et qui, seule, respecte les critères des articles 1003 et 1010; en toute occurrence, le legs d'usufruit est un legs à titre particulier (V. la note de M. H. Capitant, *D. P.*, 1908, 2, 345).

1491. Intérêts du problème. — Dans l'opinion de la Cour de cassation, le legs d'un usufruit portant sur la totalité ou sur une quote-part, des biens, étant traité comme un legs à titre universel, est soumis aux règles suivantes :

1° Le légataire a droit aux fruits à compter du décès pourvu qu'il ait formé sa demande en délivrance dans l'année (arrêt précité, 29 juin 1910);

2° Le légataire, étant *loco heredis*, est tenu *personnellement* à l'acquittement des intérêts du passif, dans la mesure de sa quote-part;

3° Pour la même raison, s'il *détourne* des biens successo-

raux, il encourt les pénalités de l'article 792 (arrêt précité du 19 juin 1895);

4° Pour le retrait *successoral*, V. Orléans, 7 juill. 1906 (*S.*, 1907, 2, 121, note Wahl).

Il faut d'ailleurs reconnaître que, sur ces différents points, la thèse de la Cour de cassation aboutit à des résultats plus juridiques et plus équitables que ceux qui découlent de l'opinion doctrinale : en législation, sa supériorité est certaine.

1492. II. Formalités à accomplir par le légataire à titre universel. — 1° Quant à l'*acceptation* et à la *renonciation*, il suffit de se reporter à ce qui a été dit pour le légataire universel (*sup.*, n° 1469) ; il n'est pas exact que la jurisprudence incline à traiter le legs à titre universel ainsi que le legs à titre particulier : les arrêts cités parfois en ce sens (par exemple, Req., 15 fév. 1882, *D. P.*, 1882, 1, 413), disent tout autre chose;

2° En toute occurrence, le légataire à titre universel doit demander la *délivrance*, car, à la différence du légataire universel, *il n'a jamais la saisine légale*, même en l'absence d'héritier à réserve (art. 1011).

Ce texte indique aussi *à qui* la délivrance doit être demandée; il ne prévoit cependant pas toutes les éventualités, mais on tombe d'accord sur les solutions à donner.

1493. Principe. — Le légataire à titre universel doit s'adresser à *qui a la saisine*.

Applications :

a) *Il y a un héritier réservataire.* — C'est à lui que le légataire doit s'adresser, sous le bénéfice de cette remarque que, s'il existe aussi un *légataire universel*, à partir du moment où ce dernier a obtenu lui-même la délivrance, c'est à lui que le légataire à titre universel devra s'adresser, puisque c'est à lui qu'incombe exclusivement la charge de tous les legs (*sup.*, n° 1482);

b) *Il n'y a pas d'héritier réservataire, mais il y a un légataire universel.* — En ce cas, celui-ci est saisi, *de plano* : c'est à lui que le légataire à titre universel doit s'adresser, et *dès l'origine*;

c) *Il n'y a ni héritier à réserve, ni légataire universel.* — C'est alors à l'héritier que le légataire à titre universel doit s'adresser, mais avec cette réserve que, si cet héritier n'est qu'un *successeur irrégulier* (conjoint survivant, Etat), il lui faudra attendre, pour formuler sa demande en délivrance,

que ce successeur ait été lui-même *envoyé en possession*, car, jusque là, n'étant pas saisi, il n'a pas qualité pour répondre à une telle demande.

1494. Remarque. — Il n'est pas question, pour le légataire à titre universel, d'*envoi en possession*; car, à la différence du successeur irrégulier et du légataire universel, il n'a pas de vocation à l'ensemble de la succession; mais sa vocation est simplement secondaire en ce sens qu'elle est prise sur une vocation plus ample sur laquelle elle vient se greffer et dont elle réduit l'efficacité.

En revanche, le legs à titre universel est sujet à *transcription* dans la mesure où il comprend des immeubles ou des droits immobiliers, et à supposer l'unicité de légataire, plus exactement l'absence d'indivision en ce qui concerne les immeubles légués (V. *inf.*, n° 1561 et *sup.*, t. I, n^{os} 1730 et suiv.).

1495. III. Droits du légataire à titre universel. — Les droits de ce légataire sont en principe ceux qui compètent au légataire universel; car, comme celui-ci, il est *loco heredis*.

Notamment, il est investi de la *pétition d'hérédité*, de l'*action en partage* et des actions qui appartenaient au défunt; de plus, et bien qu'on en ait douté, il a droit aux *fruits* dès le jour du décès, pourvu qu'il ait formé la demande en délivrance dans l'année; c'est-à-dire qu'il est traité, et fort logiquement, comme le légataire universel non saisi (Civ., 6 avril 1891, *D. P.*, 1892, 1, 279, *S.*, 1892, 1, 515).

Cependant, l'assimilation entre les deux catégories de légataires ne peut pas être absolue; il faut tenir compte de deux particularités;

1° Le légataire à titre universel n'est jamais saisi de plein droit; il ne peut donc pas se mettre, d'autorité, en possession effective des biens qui lui reviennent, ni exercer immédiatement les actions du défunt, mais il doit au préalable obtenir la délivrance;

2° Il n'exerce les droits qui lui appartiennent que dans la mesure de sa vocation héréditaire, par exemple, pour une moitié ou pour un quart; et il est évident qu'il ne pourra agir en revendication contre une tierce personne que pour les biens mis dans son lot.

1496. IV. **Obligations qui incombent au légataire à titre universel.** — Il faut envisager :

1° L'obligation aux *dettes*;

2° Le paiement des *legs particuliers*.

A. **Obligation aux dettes.** — Etant *loco heredis*, le légataire à titre universel est tenu au paiement des dettes héréditaires, *personnellement pour sa part et portion*, et *hypothécairement pour le tout* (art. 1012); c'est toujours la même formule : si, par exemple, le légataire a été institué pour le quart de la succession, il doit faire face au quart du passif. Si l'institution porte, non pas sur une fraction numérique de la succession, mais sur tous les immeubles ou sur tous les meubles, ou sur une quote-part des uns ou des autres, alors il faut procéder à une *ventilation* afin d'établir le rapport qui existe entre la valeur totale de la succession et l'importance de la vocation du légataire; on arrivera, par exemple, à cette constatation que la succession dans son ensemble, vaut 400.000 francs et que la vocation du légataire porte sur une valeur de 100.000 francs : le rapport de 1 à 4 servira à fixer la part dans laquelle il est tenu du passif héréditaire.

Dans le cas spécial où il s'agit d'un legs d'*usufruit*, on fait application de l'article 612 (*sup.*, t. I, n° 1914).

La question du paiement des dettes *ultra vires* se pose, pour le légataire à titre universel, sinon dans la même étendue, du moins dans les mêmes termes que pour le légataire universel; elle comporte la même discussion et, *mutatis mutandis*, la même solution (*sup.*, n° 1483) : n'ayant jamais la saisine, le légataire à titre universel ne saurait être tenu qu'*intra vires* (Comp. Civ., 14 déc. 1910, *D. P.*, 1911, 1, 425, note E. Binet).

1497. B. **Paiement des legs particuliers.** — Dans quelle mesure et suivant quelles règles le légataire à titre universel doit-il acquitter les *legs particuliers*?

L'article 1013 prétend résoudre la question, mais dans des termes biens insuffisants, car il ne prévoit qu'une seule des trois éventualités possibles.

1° *Il n'y a pas d'héritier réservataire.* — Alors, sans aucun doute, le légataire est tenu au paiement des legs particuliers dans la mesure où il est tenu au passif héréditaire, soit proportionnellement à l'étendue de sa vocation;

2° *Il y a un héritier réservataire.* — L'hypothèse se dédouble.

a) Si l'héritier réservataire en est réduit strictement à sa réserve, s'il ne recueille rien au delà, il est certain que le légataire doit acquitter tous les legs, sans quoi la réserve ne parviendrait pas intégralement au réservataire, ce qui est inadmissible, car elle est d'ordre public;

b) Le cas est plus délicat si le réservataire recueille, outre la réserve, une part du *disponible*, si, par exemple, la succession valant en tout 400.000 francs, et la réserve étant du quart, il a droit, en totalité, à 200.000 francs, dont 100.000 francs représentant sa réserve et 100.000 francs une partie du disponible, le reste, soit 200.000 francs, allant au légataire. Il résulte de l'article 1013, qui veut prévoir cette éventualité, que l'héritier réservataire et le légataire contribueront alors au paiement des legs particuliers qui sont, par exemple, de 30.000 francs; mais le critère de cette contribution reste dans le vague; on se demande s'il faut prendre en considération l'émolument intégral de l'héritier, soit 200.000 francs, ou seulement la part qu'il recueille dans le disponible, 100.000 francs; avec la première interprétation, les legs particuliers incombent pour moitié, soit 15.000 francs, à chacun des successeurs; dans la seconde version, ils seront à la charge de l'héritier et du légataire dans la proportion de 1 à 2, soit 10.000 et 20.000 francs. Etant entendu que, de toute façon, la réserve doit parvenir intacte à son bénéficiaire, et qu'il s'agit d'une opération à faire sur le papier, sauf à en rectifier les résultats s'ils conduisaient à entamer la réserve, c'est dans le premier sens que nous nous prononcerons, car l'héritier réservataire ne vient pas à la succession à un double titre, mais à un titre unique, celui d'héritier, et du moment que sa réserve lui parvient intacte, on ne voit pas qu'il puisse se plaindre; dans l'espèce, la charge des legs incombera donc aux deux successeurs à égalité, soit à concurrence de 15.000 francs pour chacun.

Il n'y a pas de jurisprudence sur la question.

Section III. — LES LEGS À TITRE PARTICULIER

(Art. 1014 à 1024)

1498. Plan. — Nous suivrons sensiblement le même ordre que pour les legs ressortissant aux catégories précédentes : 1° dans quels cas y a-t-il legs particulier *valable*? 2° *étendue* du legs; 3° *formalités* à remplir par le légataire; 4° *droits du légataire*; 5° ses *obligations*.

1499. I. Dans quels cas y a-t-il legs particulier valable? — Le Code civil, après avoir donné du legs universel et du legs à titre universel des définitions *positives*, dans les articles 1003 et 1010, § 1, se borne à définir *négativement* le legs particulier : « *Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier* » (art. 1010, § 2).

Il résulte de là qu'un legs particulier ne porte pas nécessairement sur un corps certain, mais qu'il peut s'étendre à un *genre* : tout le mobilier meublant; telle somme d'argent; telle quantité de marchandises, tel nombre de livres; lorsque le legs est ainsi d'une chose indéterminée, « *l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* » (art. 1022).

Mais c'est lorsque le legs porte sur un *corps certain* qu'est de nature à s'élever la difficulté la plus grave, du moins dans le cas particulier où la chose léguée ne figure pas dans la succession du testateur.

Legs de la chose d'autrui

1500. Précédents. — Le *legs de la chose d'autrui*, c'est-à-dire le legs d'une chose dont le testateur n'avait pas la propriété *lors de son décès*, était valable ou était nul, en droit *romain* et dans notre *ancien droit français*, selon que le testateur était ou non au courant de la situation; et c'était au légataire qu'il appartenait, en cas de conflit avec l'héritier, de prouver que le disposant avait écrit la disposition en connaissance de cause, sachant qu'il n'était pas propriétaire du bien légué.

1501. Solution actuelle. — Ce système traditionnel, s'il était parfaitement respectueux de la volonté du testateur, avait le grave inconvénient de susciter des difficultés de preuve irritantes; ce n'était pas facilement que l'on interprétait la volonté du défunt, que l'on pénétrait son état d'esprit. Afin de couper court à ces difficultés, souvent insolubles, le Code civil a décidé, dans l'article 1021, que *lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas* ».

L'objectif poursuivi est certain; mais les rédacteurs du Code civil l'ont-ils pleinement atteint? Et même, ont-ils eu la pensée de frapper, *sans aucune réserve et dans tous les cas*, le legs de la chose d'autrui? C'est ce qu'il est impossible d'admettre; la disposition de l'article 1021 appelle une mise au point.

1502. Mise au point. — Afin de la réaliser, diverses réserves doivent être faites; il est des legs de choses d'autrui qui sont cependant valables.

1503. A. **Legs de choses déterminées « in genere ».** — Si le testateur a légué des biens déterminés seulement *in genere* : telle quantité de blé ,ou de vin, ou de matériaux de construction, ou de valeurs de bourse, ou un bœuf, un cheval, la disposition est valable encore que l'on ne trouve pas, dans la succession de celui qui l'a écrite, des choses de la nature de celles qu'il a léguées. La formule de l'article 1021 vise les legs de *corps certains*, à l'exclusion des legs portant sur des choses déterminées seulement dans leur espèce (Lyon, 25 juin 1879, *D. P.*, 1881, 2, 135).

1504. B. **Legs de choses sur lesquelles le testateur avait un droit incomplet, imparfait.** — 1° On peut supposer que le disposant avait, sur la chose léguée, un droit *conditionnel* ou même simplement *éventuel* : c'est assez pour qu'il n'y ait pas de legs de la chose d'autrui, au sens de l'article 1021, et pour que la disposition soit valable, par exemple si, émanant d'un nu propriétaire, elle a pour objet l'usufruit de la chose — il y a alors legs *de chose future* — (Rennes, 19 mai 1863, *D. P.*, 1863, 5, 230; Bordeaux, 16 juin 1863, *D. P.*, 1863, 2, 157), ou si elle concerne un immeuble que le testateur possédait depuis plus de trente ans, et encore qu'il oblige le légataire, par une clause du testament, à renoncer à la prescription en faveur du précédent propriétaire (Civ., 24 mars 1869, *D. P.*, 1869, 1, 351).

1505. — 2° Mais c'est surtout pour les choses *indivises* entre le disposant et des tiers que des difficultés d'interprétation s'élèvent. On comprend que le legs ayant un tel objet ne soit pas à assimiler au legs de la chose d'autrui, c'est-à-dire à celui qui émane d'un *non dominus*; la copropriété est tout autre chose que la propriété, mais surtout que l'absence de propriété; elle est de nature à réagir sur le legs, dans un sens favorable à son efficacité, tout le monde l'admet et c'est la solution traditionnelle (Civ., 6 mai 1913, *D. P.*, 1914, 1, 277); mais de quelle manière au juste, et dans quelle mesure se produit cette réaction?

Distinguons entre la chose indivise *à l'état isolé* et celle qui fait partie d'une *universalité*.

a) Pour la chose indivise à *l'état isolé*, il faut décider que le legs, parfaitement valable, porte sur les droits du dispo-

sant; le légataire les recueille exactement, tels qu'ils existaient; il prend la suite. Il n'y aura guère de difficulté — et de pur fait — que si l'indivision avait pris fin avant le décès du testateur et si la chose tout entière lui avait été attribuée; l'étendue du legs dépend alors de l'intention du disposant; en principe, elle est limitée à la part qui était la sienne lors de la confection du testament (Req., 28 fév. 1826, *D. Jur. gén., Disposit. entre vifs*, n° 3787), à moins qu'il ne résulte des circonstances de la cause qu'il a voulu attribuer éventuellement la propriété de la chose tout entière au légataire. Si, par suite du partage et avant le décès du testateur, la chose léguée a été attribuée à un copropriétaire ou à un tiers, le legs devient vraiment un legs de la chose d'autrui et il tombe sous le coup de l'article 1021, à moins qu'on ne le considère comme *révoqué*; mais, de toute façon, il tombe;

b) Lorsque la chose léguée fait partie d'une *universalité*, la disposition peut être l'objet de l'un des trois traitements suivants entre lesquels il faut choisir.

1. Dans une opinion, la plus libérale mais la moins suivie, on généralise la solution donnée dans l'article 1423 pour le legs, consenti par le mari, de biens faisant partie de la communauté conjugale (*sup.*, n° 171) : le legs sortirait donc effet, en toute éventualité : en *nature*, si, plus tard, les biens légués sont placés dans le lot du disposant ou de ses héritiers; *par équivalent*, dans le cas contraire. Mais il est assez téméraire de généraliser ainsi une solution donnée pour le droit communautaire.

2. En général, on tranche la difficulté en faisant appel à l'*effet déclaratif* du partage (art. 883; — *sic*, Voirin, *op. cit.*, t. VII, n° 310); on est ainsi amené à distinguer selon que le bien légué est mis ultérieurement, à la suite du partage, dans le lot du testateur — ou de ses héritiers — ou selon qu'il est attribué à toute autre personne, copropriétaire ou tiers; dans le premier cas, tout se passe comme si le disposant avait été plein propriétaire dès l'origine, et le legs produit donc son maximum d'effets; dans la deuxième éventualité, il y a legs de la chose d'autrui, nul d'après l'article 1021 (Paris, 6 mai 1861, *D. P.*, 1862, 2, 161, *S.*, 1861, 2, 321; Civ., 6 juin 1883, *D. P.*, 1884, 1, 33) : ce système est symptomatique de la tendance de la jurisprudence à donner à l'article 883 un large domaine d'application (*sup.*, n° 1221).

3. Enfin, on peut traiter cette hypothèse comme la précédente et décider que le legs de la chose intégrée dans une masse indivise vaudra *dans tous les cas*, mais seulement pour la part dont le testateur était investi lors de la rédaction du

testament : on écarte alors l'article 883 pour mettre le légataire « aux droits » du disposant, abstraction faite de toute rétroactivité attachée au partage (*sic*, AUBRY et RAU, 5e éd., t. X, §§ 675 et 676; comp. Lyon, 4 juill. 1873, *D. P.*, 1874, 5, 526; trib. civ. Epinal, 22 avril 1931, *Gaz. Pal.*, 27 juin). A notre sentiment, cette dernière solution est la meilleure, comme étant la plus conforme à l'intention probable du disposant; il n'existe d'ailleurs pas de raison décisive de traiter la chose comprise dans une universalité autrement que le bien isolé; or, on a vu que le legs d'un tel bien à l'état indivis est toujours valable et sort ses effets dans la mesure des droits du disposant; ainsi convient-il de décider lorsque la chose faisait partie intégrante d'une universalité; dans un cas comme dans l'autre, le légataire prend la suite; il est « aux droits » du testateur.

1506. C. Legs imposant à l'héritier l'obligation de procurer au légataire la propriété de la chose d'autrui. — Le testateur sait parfaitement qu'il n'est pas propriétaire de tel bien, qu'il n'a aucun droit sur lui; mais, comme il désire cependant que telle personne en deviennent propriétaire, il charge son héritier de faire le nécessaire dans ce but. Il serait vraiment bien difficile d'annuler cette disposition en s'inspirant de la formule draconienne de l'article 1021; le testateur n'a pas entendu que le légataire devînt de plein droit propriétaire de la chose, au jour du décès, mais il s'est contenté de prendre des dispositions pour qu'il le devînt ultérieurement, par les soins de l'héritier à qui il impose une *obligation de faire*.

1507. Conclusion. — On en revient ainsi, par un détour, au point de départ de la théorie, du moins *quant au fond du droit* : le legs de la chose d'autrui est valable ou nul selon que le testateur était ou non au courant de la situation; seulement, le Code civil exige qu'il s'en explique expressément; s'il se contente de léguer la chose d'autrui, le légataire n'est plus admis à prouver que cette disposition a été écrite en connaissance de cause, et qu'elle tendait seulement, dans l'esprit de son auteur, à la création d'une obligation de faire à la charge de son héritier. En somme, c'est un retour offensif du *formalisme* qui est ainsi assuré par l'article 1021 : le testateur doit employer une formule claire, portant le témoignage de ses intentions; on peut léguer la chose d'autrui, mais à la condition de s'en expliquer formellement en recou-

rant à une formule appropriée : l'article 1021 consacre le système de la preuve *intrinsèque* et *formelle*.

La réforme opérée par le Code civil intéresse donc la *forme*, non le fond même du droit; elle a une valeur purement *formelle*. L'*ordre public* n'est pas en cause, et c'est pourquoi serait valable la *clause pénale testamentaire* ayant pour but d'assurer l'exécution d'un legs de la chose d'autrui, par exemple de la chose de l'héritier (Civ., 25 fév. 1925, *D. P.*, 1925, 1, 185, note SAVATIER; 17 janv. 1934, *D. H.*, 1934, 145; — *inf.*, n° 1549).

1508. II. Etendue du legs. — La détermination de l'étendue du legs particulier est de nature à soulever parfois de très graves difficultés qui sont des difficultés d'*interprétation du testament*; elles sont à examiner et à résoudre à la lumière des principes traditionnels, développés par Pothier et retrouvés par la jurisprudence contemporaine (*inf.*, n° 1551). De plus, un certain nombre de règles sont posées dans le Code civil lui-même :

1° La chose léguée doit être délivrée avec les *accessoires nécessaires* (art. 1018). L'application de cette formule est elle-même parfois délicate; la Cour de cassation la commente et serre la difficulté de plus près en considérant que « par accessoire nécessaire de la chose léguée, il faut entendre les objets, sans lesquels cette chose ne pourrait servir à son usage habituel, et ceux qui y sont attachés par une disposition de la loi ou par la volonté du testateur » (Civ., 24 janv. 1923, *D. P.*, 1925, 1, 184); de plus, elle exige que les juges du fond indiquent les raisons, de droit ou de fait, pour lesquelles ils estiment que certains objets constituent l'accessoire du bien légué, de telle sorte qu'elle soit mise à même de contrôler s'ils ont fait une exacte application de l'article 1018 (même arrêt).

Il va sans dire que, par application de la formule légale, comme par celle, plus explicite, de la Cour de cassation, les *meubles immobilisés par destination* suivent le sort de l'immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire et échoient donc, avec celui-ci, au légataire particulier.

1509. — La chose doit être remise au légataire « *dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur* » (art. 1018); ce qui signifie que le légataire profite des améliorations, des plus-values, de même qu'il supporte les détériorations, et cela même si les changements, en plus ou en moins, se sont produits avant l'ouverture de la succession.

a) Par application de cette directive, le légataire profite des embellissements et des constructions édifiées sur le fonds légué, et même du développement d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte (art. 1019, § 2) ; au contraire, les terrains contigus au domaine légué et qui ont été acquis par la suite, ne sont pas compris dans la libéralité, du moment qu'ils ne sont pas réunis à lui par une clôture commune (art. 1019, § 1) ;

b) Si le bien légué a été, dans l'intervalle entre la confection du testament et le décès du testateur, grevé d'une hypothèque ou d'un usufruit, le légataire n'est pas fondé à en exiger la libération, mais il doit subir la charge établie sur lui (art. 1020).

1510. III. **Formalités à remplir par le légataire.** — Deux directives commandent à ces formalités.

1° Le légataire à titre particulier, à la différence des deux catégories précédentes, n'est point *loco heredis* : le droit des successions ne lui est pas applicable : la question de savoir s'il a ou non *accepté* la libéralité qui lui était adressée, est une question de fait que le juge du fond tranche souverainement (Req., 11 août 1874, *D. P.*, 1877, 5, 278; Civ., 17 déc. 1894, *D. P.*, 1895, 1, 228, *S.*, 1895, 1, 220).

La formalité de la déclaration au greffe est inapplicable en la matière, pour le cas de renonciation (Riom, 26 juill. 1862, *D. P.*, 1862, 2, 146).

D'autre part, il ne peut être question que d'acceptation pure et simple ou de renonciation : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire serait inconcevable de la part d'un ayant cause à titre particulier qui n'a pas la position juridique d'un héritier et qui, d'ailleurs, en principe, n'est pas tenu aux dettes (*inf.*, n° 1559) ;

2° Le légataire particulier n'est *jamais saisi* de plein droit : il doit donc, en toute éventualité, demander la *délivrance*, en justice — et non par voie de sommation extra-judiciaire (Dijon, 14 mai 1847, *D. P.*, 1848, 2, 58), sans qu'une clause du testament puisse l'exempter de cette formalité (Chambéry, 11 mars 1884, *D. P.*, 1885, 2, 78), mais sans que la délivrance puisse être différée sous le prétexte qu'on ne sait pas encore si le legs pourra être maintenu, s'il ne dépasse pas les limites de la quotité disponible (Civ., 7 janv. 1936, D. P., 1936, 1, 129, note Fréjaville).

Cependant, il ne serait pas question de demande en délivrance, d'abord et évidemment si cette délivrance était volontairement et spontanément consentie par le débiteur du legs;

puis si le légataire se trouvait antérieurement en possession véritable, *pour son propre compte*, de la chose léguée.

1511. — Les *frais* de la demande en délivrance sont à la charge de la succession; il n'en serait autrement que si ces frais devaient entamer la réserve des héritiers; comme cette réserve est intangible, ils seraient alors supportés par le légataire (art. 1016, § 1) qui doit, en toute occurrence, payer les droits d' *enregistrement* (art. 1016, § 2), — tout ceci sauf clause contraire dans le testament art. 1016, § 3).

1512. IV. **Droits du légataire à titre particulier.** — Ces droits ont trait :

1° A la *propriété*;
2° A la *possession*;
3° Aux *fruits*;
4° A l'exercice de certaines *actions*.

1513. A. **Propriété. — Principe.** — Le légataire particulier acquiert la *propriété* du bien légué, dès le jour de l'ouverture de la succession, et cela de plein droit (art. 1014, § 1) et même à son insu.

La jurisprudence applique cette solution, non seulement aux legs de corps certains, mais aussi, ce qui est contesté en doctrine, aux legs de sommes d'argent ou de choses déterminées *in genere*, et dans le cas-limite où ces choses ne figureraient pas dans le patrimoine du testateur, lors du décès : pour la Cour de cassation, il y a alors *mutation directe*, du disposant au légataire, sans que la propriété repose, même un instant, sur la tête de l'héritier ou du légataire universel, débiteur du legs particulier. Il en résulte notamment que le *droit de mutation*, afférent à ce legs, doit être calculé, d'après le degré de parenté du légataire, non d'après celui de l'héritier, tenu de l'acquitter (Civ., 30 mars 1858, *D. P.*, 1858, 1, 151; 16 août 1859, *D. P.*, 1859, 1, 337; Req., 29 nov. 1865, *D. P.*, 1866, 1, 157).

Cette mutation immédiate et directe se réalise même dans le cas où le legs est affecté d'une *terme* (arrêt précité du 29 nov. 1865), mais non pas si le legs est conditionnel (art. 1040), sauf, la condition venant à se réaliser, application du principe de la rétroactivité de cette modalité.

Transcription. — Depuis qu'un décret-loi du 30 octobre 1935 a assujetti à la transcription les mutations *mortis causa*, le légataire à titre particulier — à moins qu'il ne se trouve

dans l'indivision relativement à la chose léguée, auquel cas c'est l'acte de partage qui serait sujet à transcription — ne devient propriétaire à l'égard des tiers que s'il a fait transcrire l'*attestation notariée* qui a dû être dressée à cette occasion (V. *inf.*, n° 1561 et *sup.*, t. I, n^{os} 1730 et suiv.).

1514. B. **Possession.** — Le légataire particulier ne peut pas se mettre, d'autorité, en possession effective des biens légués : il doit, auparavant, obtenir, à cet effet, la délivrance, et cela même dans le cas où il détenait précédemment en vertu d'un titre *précaire* qui sera *interverti* par la délivrance.

1515. C. **Fruits.** — Le légataire particulier n'acquiert pas les *fruits* à compter du décès, mais seulement du jour de la *délivrance* volontairement consentie par qui de droit, ou bien du jour où il a formé, devant le tribunal, la *demande en délivrance* (art. 1014, § 2); à cet égard, sa situation est donc nettement inférieure à celle du légataire universel ou à titre universel.

Il arrive cependant qu'il acquière exceptionnellement les fruits à compter du décès :

1° Soit que le disposant s'en soit *expressément* expliqué dans le testament (art. 1015-1°);

2° Soit que le legs ait pour objet une *rente viagère* ou une *pension* présentant un caractère *alimentaire* (art. 1015-2°); ce deuxième cas rentre d'ailleurs dans le premier; la loi présume que le testateur a entendu que le legs, à raison de l'urgence, produirait immédiatement tous ses effets en faveur du bénéficiaire.

Il faut ajouter que le légataire aurait certainement un recours contre la personne qui, par sa *faute*, aurait reculé le moment de l'acquisition des fruits : *héritier* qui a dissimulé le testament, ou *notaire* qui, dépositaire de cet acte, a négligé d'aviser les ayants droit (Caen, 17 fév. 1908, *S.*, 1908, 2, 282).

1516. D. **Actions qui compètent au légataire particulier.** — Parce qu'il n'est pas dans la situation d'un héritier, le légataire à titre particulier n'a pas à sa disposition la pétition d'hérédité, ni même, *en cette qualité*, l'action en partage.

En revanche, il a — ou il peut avoir : 1° une action *réelle*; 2° une action *personnelle* en paiement du legs; 3° une action *hypothécaire*.

1° *Action réelle.* — Cette action ne lui appartient que si le legs porte sur la propriété d'un corps certain ou sur l'établissement d'un droit réel; dans le premier cas, elle n'est autre que la *revendication*; dans le deuxième, elle est une action *confessoire*;

2° *Action personnelle en paiement du legs.* — Lorsque le légataire particulier n'est pas investi d'un droit réel sur un corps certain, il en est réduit à une action personnelle qui n'est autre que l'action *ex testamento* du droit romain et qui, comme d'ailleurs l'action réelle, se confond avec l'*action en délivrance* : il en va ainsi lorsque, comme il advient fréquemment, le legs est d'une *somme d'argent*.

Sont passibles de cette action les *débiteurs du legs* : héritiers, légataires universels ou à titre universel; elle se *divise entre eux*, conformément au droit commun, chacun n'étant tenu que pour sa *part et portion* (art. 1017, § 1), ce qui exclut toute idée d'*obligation solidaire* : l'*insolvabilité* de l'un d'eux n'engage aucunement la responsabilité des autres (Civ., 10 août 1885, *D. P.*, 1886, 1, 212); mais il dépendrait du testateur d'établir, entre les débiteurs, un lien de solidarité, de faire d'eux des *codébiteurs solidaires*, et notre jurisprudence admet même que sa volonté peut, sur ce point, s'affirmer *tacitement*, l'article 1202, qui exige une stipulation expresse, n'étant pas applicable aux testaments, actes unilatéraux soumis à un statut spécial (Req., 27 nov. 1905, *D. P.*, 1906, 1, 310).

D'autre part, la dette cesse d'être divisible lorsque son objet est lui-même indivisible (art. 1221; *sup.*, t. II, n° 795), ou bien lorsque le testateur en a mis l'acquittement à la charge d'un seul de ses héritiers.

1517. Question. — On se demande si les débiteurs de legs particuliers sont tenus de les acquitter, sans limitation de sommes, et même *ultra vires*, ou s'ils ne sont pas quittes lorsque leur émolument est épuisé. C'est un problème que nous avons précédemment rencontré et examiné (*sup.*, n°s 926, 1483 et 1497).

1518. — 3° *Action hypothécaire.* — Elle est conférée au légataire particulier par l'article 1017, § 2, aux termes duquel les héritiers du testateur sont « *tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs* ».

On comprend mal, après avoir lu ce texte, que l'*existence*

même de cette hypothèque ait pu être mise en question, sous le prétexte qu'elle n'est pas mentionnée dans l'article 2121 qui est loin de donner une énumération complète des hypothèques légales; la controverse est d'ailleurs close depuis longtemps, et l'existence de l'hypothèque légale du légataire particulier n'est plus mise en doute par personne (Bordeaux, 5 mai 1887, *D. P.*, 1889, 2, 7).

L'utilité de cette sûreté est d'autant plus manifeste que le légataire, à la différence des créanciers du défunt, n'avait pas pu exiger de garantie conventionnelle et qu'il est particulièrement exposé au mauvais vouloir des héritiers qui ne voient pas sans déplaisir leur échapper une partie de l'émolument sur lequel ils comptaient.

Cependant, malgré son utilité, cette hypothèque du légataire n'est pas d'ordre public : le testateur pourrait la conditionner, en restreindre l'assiette, voire l'éliminer complètement (Req., 30 juill. 1907, *D. P.*, 1911, 1, 86).

1519. A qui appartient l'hypothèque légale. — Elle est accordée au *légataire à titre particulier*, et à lui seul, à l'exclusion des légataires universels ou à titre universel qui sont *loco heredis*, qui représentent la succession et qui ne jouent donc pas le rôle de contradicteurs; à l'exclusion aussi de tous donataires.

Ce ne sont d'ailleurs pas tous les légataires particuliers qui sont investis de l'hypothèque légale, mais seulement ceux qui ont uniquement l'*action personnelle*, c'est-à-dire, pratiquement, les *légataires de sommes d'argent*.

1520. Sur quels biens porte l'hypothèque. — Elle porte sur tous les *immeubles* de la succession et uniquement sur eux, à l'exclusion des meubles, même susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme à l'exclusion des immeubles appartenant en propre aux héritiers. Il est donc très possible que cette sûreté ne joue pas, faute d'aliment, faute d'immeubles héréditaires : c'est une hypothèque *générale*, mais qui, en fait, peut être *inexistante*.

Inscription. — Bien que légale et générale, l'hypothèque du légataire n'est nullement dispensée d'inscription; seulement, on n'exige pas, dans cette inscription, les mentions requises pour celle d'une hypothèque conventionnelle; notamment, il n'est pas question d'indiquer l'espèce et la nature des biens sur lesquels le légataire entend la conserver (Req., 20 nov. 1901, *D. P.*, 1907, 1, 217, note DE LOYNES).

L'inscription est attributive de rang; elle n'a point de vertu rétroactive.

1521. Efficacité de l'hypothèque du légataire. — *a*) Comme il a été dit, cette hypothèque est fonction de l'émolument immobilier qui se trouve dans la succession; elle est, suivant les cas, excessive, suffisante ou inefficace;

b) Elle protège le légataire contre les *créanciers des héritiers*, mais nullement contre les créanciers de la succession à qui elle ne saurait être opposée, car ils ont un droit plus fort; les dettes héréditaires doivent être acquittées avant le legs : *nemo liberalis nisi liberatus*;

c) L'hypothèque est douée d'une efficacité exorbitante en ce sens qu'elle permet au légataire d'exiger l'acquittement *intégral* du legs à l'un quelconque des héritiers dans les lots desquels a été placé un immeuble héréditaire; cette solution est formellement consacrée par l'article 1017, § 2, et elle paraît d'abord commandée par la règle de l'*indivisibilité* de l'hypothèque (*sup.*, t. II, n° 1647).

En réalité, elle est parfaitement arbitraire et elle constitue un *contre-sens juridique* : logiquement, l'obligation qui pèse sur les héritiers devrait être considérée comme naissant divisée; si, par exemple, le défunt a laissé deux enfants, chacun d'eux n'est tenu d'acquitter les legs que pour moitié; dès lors, le légataire particulier ne devrait être admis à poursuivre l'un d'eux, même au moyen de l'action hypothécaire, que pour moitié également. La situation n'est plus du tout la même que pour les créanciers qui tenaient leurs hypothèques du défunt; dans ce dernier cas, la dette garantie était *une* à l'origine; on comprend donc qu'elle conserve ce caractère, *hypothécairement*; mais la dette des héritiers envers le légataire n'est née qu'après le décès du testateur, et dans leurs personnes; elle est née fragmentée, et l'action hypothécaire ne devrait pas avoir plus d'ampleur que la dette personnelle à laquelle elle correspond; c'est un véritable abus du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque qui a été commis par le législateur dans l'article 1017, § 2.

Bien entendu, l'hypothèque du légataire comporte droit de *préférence* et droit de *suite* : elle peut être utilisée contre tout détenteur d'un immeuble de la succession.

1522. Hypothèque légale et séparation des patrimoines. — Les légataires particuliers ont aussi à leur dispo-

sition le bénéfice de la *séparation des patrimoines* (*sup.*, n° 981) ; chacune de ces sûretés présente ses avantages :

a) La séparation des patrimoines confère aux séparatistes un droit de préférence sur *tous les biens*, meubles comme immeubles; de plus, son inscription, prise dans les six mois à compter du décès, est *rétroactive* (art. 2111) ;

b) Mais l'hypothèque légale est *indivisible* à la suprême puissance, au lieu que la séparation des patrimoines ne fait aucunement obstacle à la division des dettes entre les héritiers (*sup.*, n° 999).

1523. V. Obligations du légataire à titre particulier. — Principe. — En principe, le légataire particulier, qui n'est qu'un ayant cause à titre particulier, qui ne succède pas à une universalité ni à une fraction d'universalité, qui n'est pas *loco heredis*, n'est tenu ni au paiement des dettes, ni à celui des legs (art. 1024).

1524. Réserves. — Plusieurs réserves sont cependant à faire :

A. En ce qui concerne les *dettes* :

1° Il est possible que le testateur ait imposé au légataire particulier l'obligation d'acquitter des dettes; le legs devient alors un legs *sub modo*; le légataire doit exécuter la charge si mieux il ne préfère renoncer à la libéralité;

2° Si le legs porte sur un usufruit universel ou à titre universel, le gratifié est tenu au passif dans les termes de l'article 612; or, on peut considérer — mais ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation — que ce legs est à titre particulier (*sup.*, n° 1489) ;

3° Il peut advenir que le legs ait pour objet un immeuble hypothéqué : à l'instar de tout détenteur, le légataire sera exposé à l'action hypothécaire;

4° Plus généralement, le légataire est tenu d'acquitter les dettes qui sont *inhérentes à la chose léguée*, par exemple à une part dans une succession ou dans une communauté légale ou dans une société; la chose léguée est alors une *universalité* contenue dans l'universalité plus ample qu'est la succession du *de cujus*; elle a été léguée telle quelle, avec son actif et avec son passif;

5° Enfin — et l'article 1024 fait allusion à cette éventualité — le légataire particulier supporte, indirectement mais très effectivement, le fardeau des dettes, en ce sens que, si le testateur a consenti des legs excessifs, dépassant l'actif net,

il doit subir la réduction proportionnelle, par application de la règle : *nemo liberalis...*

1525. B. **En ce qui concerne les legs.** — Il peut arriver que le testateur ait chargé le légataire particulier d'une prestation en faveur d'un tiers, par exemple du service d'une rente; dans ce cas encore, il y a legs *sub modo;* le tiers bénéficiaire est investi d'une action directe contre le légataire, son débiteur, conformément au statut de la *stipulation pour autrui.*

CHAPITRE IV

Les modalités et la cause impulsive et déterminante

(Conditions et charges, clauses pénales)

1526. Bibliographie. — Et. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs,* 1887; Labbé, *Rev. crit.*, 1884, t. XIII, p. 641; note *S.*, 1884, 1, 305; H. Capitant, *De la cause,* n^os^ 201 et suiv.; L. Josserand, *Les mobiles,* n^os^ 134 et suiv.; R. Morel, note *S.*, 1927, 1, 181.

1527. Fréquence des modalités. — Les *modalités,* telles qu'elles ont été étudiées à propos de la théorie générale des obligations (*sup.*, t. II, n° 720), sont d'une pratique fréquente dans le droit des libéralités, particulièrement dans celui des testaments : la *solidarité,* l'*indivisibilité,* l'*alternative,* la *facultas solutionis* trouvent à s'y employer. Mais ce sont surtout le *terme,* la *condition* et la *charge* qui doivent retenir ici notre attention, et, avec ces modalités, la *cause impulsive et déterminante,* création jurisprudentielle qui domine le droit des libéralités et qui est, avec elles, dans un rapport étroit; nous dirons enfin quelques mots des *clauses pénales* qui sont inscrites assez fréquemment dans des testaments.

I

Le terme

1528. Droit commun. — Le terme affecte, dans les libéralités, les mêmes aspects que dans les actes à titre onéreux;

il est *suspensif* ou *extinctif*. Dans le premier cas, il suspend, non pas le droit même du gratifié, lequel est à l'abri de tout aléa, mais simplement son exécution : c'est ainsi que le bénéficiaire d'un legs à terme ne peut demander la délivrance qu'à partir de l'échéance et qu'il n'a droit aux fruits qu'à compter de la même époque. Cependant, et toujours par application des principes généraux, il aurait la ressource de renoncer au terme, mais seulement dans le cas, assez exceptionnel, où cette modalité aurait été établie en sa faveur, et non dans celui, plus ordinaire, où elle l'aurait été dans l'intérêt de l'héritier.

1529. Particularité. — Le terme est *certain* ou *incertain* (*sup.*, t. I, n° 112) ; or, d'après une règle qui nous vient du droit romain, et qui aurait d'ailleurs pu lui être laissée pour compte sans inconvénient, le terme incertain, c'est-à-dire celui qui se réalisera à une époque qu'on ne peut déterminer à l'avance, équivaut à une *condition suspensive* lorsqu'il est assorti à un legs : *dies incertus in testamento conditionem facit*; il suspend donc l'existence même du droit et se réalise rétroactivement.

II

Conditions et charges

1530. Terminologie. — L'étude des *conditions* et des *charges* est à base de terminologie : ces notions doivent être situées par rapport aux *legs* et aux *donations*, ainsi que vis-à-vis de la *cause impulsive et déterminante*.

1531. Charges et legs. — La charge est assez facile à distinguer du legs et surtout de la donation sur lesquels elle vient se greffer et dont elle constitue l'accessoire, le *modus*, la *modalité*. Sans doute, il advient fréquemment, non toujours, que cette modalité profite à un *tiers*, mais c'est seulement par contre-coup; le bénéficiaire se trouve placé dans la situation du tiers en faveur duquel est intervenue une stipulation; encore qu'il ait un *droit direct*, il recueille la libéralité *indirectement*; il ne saurait être qualifié de légataire ou de donataire. C'est pourquoi :

1° La charge peut être apposée en faveur d'une personne *future*, non conçue au jour de la donation ou de l'ouverture de la succession (Caen, 12 nov. 1869, *D. P.*, 1869, 2, 225) ;

2° Les *personnes morales* n'ont pas besoin d'une autori-

sation pour accepter le bénéfice d'une charge d'hérédité, qui ne suppose pas, en leur faveur, une véritable institution; l'observation est d'autant plus importante que le Conseil d'Etat a une tendance à traiter comme charges les legs de *sommes modiques* (HAURIOU, 11e éd., p. 930, note 2).

Toutefois, il faut spécifier que, s'il y a libéralité indirecte, c'est du testateur ou du donateur lui-même qu'elle procède, et c'est donc par rapport à eux que doivent être appréciées les incapacités relatives de disposer ou de recevoir : il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de la charge ait la capacité d'être gratifié par le débiteur, c'est-à-dire par l'héritier ou par le légataire.

1532. Différentes catégories de charges. — La *charge* peut revêtir des aspects très variables, selon qu'elle est stipulée au profit d'un tiers, ou au profit du légataire ou donataire, ou enfin, dans l'intérêt du disposant lui-même ou de sa succession : c'est dans le premier cas seulement qu'elle a la valeur d'une libéralité.

1° Si la charge est stipulée dans l'intérêt d'un tiers, elle constitue vraiment une *libéralité indirecte*, elle-même greffée généralement sur une autre libéralité, au moins dans l'immense majorité des cas et à moins de supposer que le tiers était précédemment créancier du disposant, auquel cas c'est un *paiement* ou une *dation en paiement* qui lui serait consentis, non une libéralité. En conséquence, et pour demeurer dans l'hypothèse normale, la charge entre en ligne de compte pour le calcul du disponible et on exige chez son bénéficiaire l'absence d'*incapacité relative de recevoir*, par rapport au disposant.

Il va de soi que le bénéficiaire dispose d'une action personnelle pour obtenir l'exécution de la charge stipulée en sa faveur; et, à supposer que le légataire grevé d'une charge néglige de demander la délivrance de son legs, et se place ainsi dans l'impossibilité d'exécuter la charge, le tiers a la faculté de poursuivre la délivrance à son profit dans la mesure où elle lui est nécessaire pour obtenir son dû; mais il n'aurait pas qualité pour demander la révocation du legs pour inexécution des charges (Civ., 19 mars 1855, *D. P.*, 1855, 1, 297);

2° La charge peut être établie au profit du *donataire* ou du *légataire* eux-mêmes; elle réalise alors une spécialisation de leur vocation sans constituer, en elle-même, et bien au contraire, une libéralité : c'est une somme d'argent qui est don-

née ou qui est léguée en vue de faire un voyage, de procéder à des recherches scientifiques, de publier des travaux, d'imprimer une thèse par exemple. Une telle charge n'enlève pas à l'acte son caractère gratuit, mais elle en fait une libéralité consentie *en vue d'un but déterminé* (H. CAPITANT, *De la cause*, nos 34 et suivants), ou, si l'on veut, une *libéralité relative*. Il y a ceci de particulier que le soin de veiller sur l'exécution de la charge appartient alors, non pas au bénéficiaire lui-même, mais au disposant ou à ses héritiers;

3° Enfin, il arrive que la charge soit écrite dans l'intérêt du disposant lui-même ou de sa succession; c'est, par exemple, une clause testamentaire qui affecte une certaine somme à faire dire des messes à l'intention du testateur et de sa famille; il n'en résulte ni fondation, ni legs au profit de l'association diocésaine qui est donc sans action pour exiger l'exécution des volontés du défunt dont il n'appartient qu'à l'exécuteur testamentaire de réclamer l'accomplissement (Douai, 30 mai 1853, *D. P.*, 1854, 2, 174; Bordeaux, 23 juin 1856, *D. P.*, 1857, 2, 62).

Il va sans dire que si les charges de ce genre atteignent, ou à peu près, à la valeur des biens cédés, il n'y a plus donation avec charge, mais acte à titre onéreux; tel est le cas des *dots moniales* ou *aumônes dotales*, apportées par les religieuses à la communauté dans laquelle elles entrent et destinées à indemniser celle-ci des dépenses de logement, de nourriture et d'entretien (Civ., 22 déc. 1851, *D. P.*, 1852, 1, 37; 10 fév. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 179; Besançon, 1er déc. 1884, *D. P.*, 1885, 2, 239).

1533. Charges et conditions. — C'est surtout la discrimination de ces deux notions qui présente des difficultés : le legs *modal* s'apparente étroitement au legs *conditionnel*.

Non pas toujours, car la condition *suspensive* est facile à distinguer de la charge, puisqu'elle affecte l'existence, la naissance même de l'obligation du disposant (art. 1168 et 1181), tandis que la charge laisse à la disposition toute son *actualité* et qu'elle n'en diffère ni l'existence, ni même la réalisation. La donation ou le legs *sub modo* sont des opérations dès maintenant parfaites, tandis que le donataire ou le légataire sous condition suspensive doivent attendre la réalisation de la condition pour poursuivre l'exécution de la libéralité consentie en leur faveur. De plus, le droit du légataire conditionnel, à la différence du droit du légataire *sub modo*, n'est pas même transmissible à ses héritiers : s'il

vient à décéder avant la réalisation de la condition et fût-ce après le décès du testateur, le legs devient caduc (art. 1040; *inf.*, n° 1580). Il est intéressant, à ce double point de vue, de distinguer la condition de la charge, et, pour ce qui est de la condition suspensive, laquelle tient en suspens les droits du gratifié, on se trouve sur un terrain solide pour tracer les frontières qui séparent les deux sortes de modalités.

Mais la condition *résolutoire* ne se prête pas à une discrimination de ce genre, elle qui, à la différence de la condition suspensive, ne retarde pas la naissance, ni même l'exécution du droit dont elle diffère, non l'existence, mais, tout au contraire, l'anéantissement (art. 1183, § 2) : le gratifié avec charge et le bénéficiaire d'une libéralité affectée d'une condition résolutoire se trouvent donc, à cet égard, à égalité : l'un et l'autre sont fondés à poursuivre aussitôt la réalisation de leurs droits, et c'est dans une autre direction qu'il faut chercher l'indice de leur discrimination.

On le découvre vite pour la condition résolutoire *casuelle* dont la réalisation ou la défaillance échappent à la volonté du gratifié, alors que l'accomplissement d'une charge implique un acte de volonté de la part de celui-ci; mais la recherche est plus délicate pour la condition résolutoire *potestative* dont la réalisation dépend, elle aussi, du vouloir du donataire ou du légataire : c'est, par exemple, un legs qui a été consenti par un testateur à sa femme, à la condition que, devenue veuve, elle ne se remariera pas (clause dite de *viduité*), ou bien c'est une donation qui est assortie d'une clause d'*inaliénabilité*; dans un cas comme dans l'autre, le gratifié peut entrer immédiatement en possession des biens légués ou donnés; dans un cas comme dans l'autre, ces biens lui échapperont s'il ne se conforme pas aux volontés du disposant, si la veuve se remarie, si le donataire aliène l'immeuble : sommes-nous en présence de libéralités affectées d'une condition résolutoire potestative, ou bien avons-nous affaire à des libéralités avec charges?

La question est intéressante, non seulement en doctrine, mais aussi pratiquement, à bien des points de vue :

1° La condition résolutoire s'accomplit d'elle-même, *ipso facto*, en sorte que la libéralité est par cela même anéantie (art. 1168 et 1183; Civ., 29 avril 1931, *S.*, 1931, 1, 262, *D. H.*, 1931, 345); mais l'inexécution de la charge n'entraîne pas, *de plano*, la chute de la libéralité; il y faut une décision de justice provoquée par les intéressés (art. 956 et 1046) : alors que la résolution conditionnelle d'un acte juridique est *auto-*

matique, la révocation d'une libéralité pour inexécution des charges est *judiciaire*;

2° La condition présente un caractère d'*indivisibilité* (*sup.*, t. II, n° 742); elle se réalise ou elle défaille pour le tout, au lieu que l'inexécution de la charge peut fort bien n'être que *partielle*, auquel cas le tribunal refusera peut-être de prononcer la révocation demandée;

3° La condition se réalise *rétroactivement* (art. 1179; *sup.*, t. I, n°s 111 et 1815 et suiv.; t. II, n° 742), tandis que l'accomplissement de la charge, comme son inexécution, ne remonte aucunement dans le passé;

4° Le créancier n'a pas d'action pour imposer au débiteur l'exécution de la condition suspensive ou la défaillance de la condition résolutoire; mais la charge est exigible : une action est donnée au créancier pour en obtenir l'accomplissement de la part du débiteur.

1534. Critère. — Sans exposer les solutions qui ont été proposées pour opérer cette discrimination de deux modalités aussi étroitement apparentées, nous dirons qu'à notre avis le critère le plus sûr est celui qui est tiré du caractère *économique* et *objectif* de la charge, laquelle tend à imprimer aux biens compris dans la libéralité une certaine *affectation*, un statut juridique déterminé, tandis que la condition potestative intéresse surtout la personne, le statut personnel du gratifié (*Sic*, H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 201). En conséquence, la clause de *viduité* a la valeur d'une *condition* apposée au legs qui s'en trouve assorti (*Sic*, Cass., arrêt de 1931, cité dans *Rev. trim.*, 1931, p. 631); tandis que la clause d'*inaliénabilité*, qui imprime aux biens donnés ou légués, un certain statut, est instauratrice d'une *charge*. Le critère n'est pas infaillible; il est pris en défaut lorsque la clause, telle celle dite de *résidence* (*inf.*, n° 1540), intéresse à la fois le statut de l'immeuble et celui du gratifié, tenu de résider dans la maison qui lui a été léguée; mais il est encore, et de beaucoup, le plus satisfaisant qui ait été proposé. Il peut d'ailleurs être complété et renforcé par un autre indice : du moment que la clause confère une action à un tiers, c'est qu'elle institue une charge, car, comme nous venons de l'observer, on ne voit pas que l'apposition d'une condition puisse investir une tierce personne d'une action directe à l'encontre du gratifié.

(Sur cette distinction de la condition et de la charge,

v. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, pp. 284 et suiv. dans la *nouvelle édition*.)

Charges ou conditions illicites, immorales ou impossibles

1535. Bibliographie. — Et. BARTIN, *Des conditions impossibles, illictes ou contraires aux mœurs;* AUBRY et RAU, 5e éd., t. XI, revisé par Et. BARTIN, § 692, p. 171.

Les conditions et les charges, bien que régies par des statuts différents, sont soumises à certains principes communs : notamment, il est admis, sans divergence aucune, que la disposition de l'article 900, relative aux conditions *illicites, immorales ou impossibles*, est applicable également aux charges; le régime institué par ce texte a donc une valeur très générale; il vaut pour le legs *sub modo* comme pour le legs *conditionnel*; il est ainsi formulé : « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ».

1536. Plan. — Il faut rechercher :

1° *Quelles conditions et charges* sont visées par ce texte; *critère et applications*;

2° Quelle est la *sanction*.

1537. I. Quelles conditions et quelles charges tombent sous le coup de l'article 900; critère et applications. — La disposition de l'article 900 est générale à un double point de vue :

1° D'abord, et comme il vient d'être dit, en ce qu'elle vise, non seulement les *conditions* proprement dites, mais aussi les *charges*, telles que nous les avons caractérisées; d'autre part, il n'y a pas à distinguer entre la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*; enfin, les *clauses pénales* elles-mêmes, interdisant aux héritiers d'attaquer le testament ou le partage, sont assimilées aux modalités proprement dites; illicites, elles sont réputées non écrites (Civ., 9 déc. 1862, *D. P.*, 1863, 1, 36; 22 juill. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 453; v. *inf.*, n° 1549);

2° De plus, l'article 900 est applicable à toute *libéralité*, à toute *disposition*, qu'elle soit entre vifs ou testamentaire, et sans distinguer selon le cadre dans lequel elle intervient : les donations faites par contrat de mariage, et même les donations *mutuelles* entre futurs époux sont traitées, à cet égard,

comme les donations ordinaires (Civ., 10 mars 1869, *D. P.*, 1869, 1, 336). C'est donc par la distinction du titre *gratuit* et du titre *onéreux* que se détermine, dans cette directive, le champ d'application de l'article 900.

1538. Conditions impossibles, illicites ou immorales. — Mais ce ne sont pas des conditions ou des charges quelconques qui sont frappées par l'article 900 : ce sont uniquement les conditions et charges *impossibles*, *illicites* ou *immorales*.

1° *Impossibles*. Le législateur vise ici l'impossibilité *matérielle* et *absolue*; si elle n'est que *relative*, si elle n'existe que pour le donataire ou pour le légataire et si elle est susceptible d'être surmontée, elle ne fait pas obstacle à la validité de la condition.

La pratique offre peu d'exemples de conditions impossibles (V. cependant, Rouen, 16 nov. 1875, *D. P.*, 1876, 2, 154), ou devenues impossibles par la suite (Lyon, 17 mai 1935, *D. H.*, 1935, 453). Mais on conçoit que l'insertion d'une telle condition dans un testament entraîne une tout autre sanction et bien plus grave que celle de l'article 900 : elle permettra peut-être aux héritiers de plaider l'insanité d'esprit du testateur et de demander, en conséquence, la nullité du testament;

2° *Conditions illicites*, c'est-à-dire contraires à une *disposition légale impérative*, à une règle d'*ordre public* : telle la condition d'*inaliénabilité perpétuelle* (*sup.*, t. I, n° 1835), ou la condition imposée à une commune d'entretenir ou de subventionner des écoles congréganistes, contrairement à la loi du 30 octobre 1886, article 17 (sur *les conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques*, v. l'article de M. Trasbot dans les *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, p. 839), ou les conditions restrictives de la *liberté de conscience* ou de la *liberté individuelle* (obligation de suivre ou de répudier telle confession religieuse, ou de n'exercer aucune profession), ou les clauses pénales tendant à priver un héritier de la réserve à laquelle il a droit (Civ., 9 déc. 1862, *D. P.*, 1863, 1, 36; Paris, 22 mai 1896, sous Cass. 30 mars 1898, *D. P.*, 1899, 1, 22), ou, dans les donations, les conditions *potestatives* (art. 944);

3° *Conditions immorales*. — Ce sont celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, à la décence, à l'honnêteté, comme par exemple la condition d'exercer une profession immorale ou de servir une rente à une concubine adultère

(Grenoble, 17 janv. 1912, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, n° 129).

1539. Critères jurisprudentiels. — Lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère licite ou illicite, moral ou immoral, d'une condition ou d'une charge, la jurisprudence prend en considération certaines directives, deux notamment :

1° Le caractère d'*ordre public* ou d'*ordre privé* de la disposition légale à laquelle la condition prétend faire échec : parfois, le caractère d'ordre public est intégral; la disposition est absolument *impérative*, comme celle de l article 17 de la loi du 30 octobre 1886, pour les libéralités adressées aux communes en vues de l'entretien d'une école congréganiste ou comme celles des articles 943 et suivants, qui consacrent la maxime : *donner et retenir ne vaut*; mais parfois, au contraire, il est des accommodements : c'est ainsi que les clauses d'inaliénabilité, toujours illicites lorsqu'elles sont perpétuelles, sont au contraire susceptibles d'être validées lorsqu'elles sont temporaires (*sup.*, t. I, n° 1843); par application de cette jurisprudence, on frappe ou on valide les *clauses pénales testamentaires* selon que le vice, dont le testament est entaché et dont le testateur entend qu'il ne soit pas fait état, touche à l'ordre public ou seulement à des intérêts privés (*inf.*, n° 1549).

1540. — 2° Mais surtout, la jurisprudence, pour faire le départ entre le licite et l'illicite, le moral et l'immoral, fait souvent appel aux *mobiles* de la condition ou de la charge, aux raisons qui ont incité le disposant à assortir l'acte de la modalité litigieuse; selon que ces raisons sont correctes ou critiquables, tolérables ou inadmissibles, elle décide que la condition ou la charge sont elles-mêmes licites ou illicites; nous assistons ainsi, une fois de plus, à la pénétration de la morale dans le droit, et nous voyons prendre en considération des *mobiles individuels*, extérieurs à l'acte et se concrétisant dans une condition ou une charge, c'est-à-dire dans des éléments purement adventices de la donation ou du testament.

a) En ce qui concerne la *condition*, l'application la plus connue de ces directives est faite par la jurisprudence à la clause de *viduité*, d'une façon plus générale aux clauses prohibitives du mariage ou du remariage; leur valeur juridique est fonction des raisons, des mobiles qui ont déterminé le disposant à les insérer dans son testament : valables si elles se justifient par l'intérêt de la légataire, par l'affection

du disposant pour sa famille personnelle, par des motifs sérieux et légitimes, elles sont au contraire frappées, comme contraires aux bonnes mœurs, lorsqu'elles ont été inspirées au testateur par des motifs répréhensibles, par un sentiment de jalousie posthume ou par la malveillance (V. Req., 18 mars 1867, *D. P.*, 1867, 1, 332; Civ., 22 déc. 1896, *D. P.*, 1898, 1, 537; Req., 11 nov. 1912, *D. P.*, 1913, 1, 305, note Ripert; Civ., 16 déc. 1913, *D. P.*, 1915, 1, 28; Req., 30 mai 1927, *D. H.*, 1927, 448; Montpellier, 14 juill. 1858, *D. P.*, 1859, 2, 107; Paris, 1er avril 1862, *D. P.*, 1862, 2, 77; Paris, 13 juill. 1911, *D. P.*, 1912, 2, 192; Poitiers, 23 oct. 1934, *S.*, 1935, 2, 18).

La clause de *résidence* par laquelle le testateur enjoint au légataire de résider, sa vie durant ou pendant un certain nombre d'années, dans la maison léguée, est traitée suivant les mêmes principes : elle est considérée comme licite lorsqu'elle s'explique et seulement si elle s'explique, chez le testateur, par une préoccupation légitime : attachement à la terre, désir d'assurer la conservation de la demeure où il a vécu (Req., 17 mars 1925, *S.*, 1927, 1, 281, note R. Morel);

b) Pour ce que est des *charges*, notre jurisprudence est fidèle à la même directive, notamment lorsqu'elle apprécie les clauses d'*inaliénabilité*, en s'inspirant essentiellement des raisons qui les ont fait édicter par le disposant, des *mobiles* auxquels il a obéi : du moment que ces mobiles sont légitimes et que le but visé est admissible, s'il n'est pas comme dépassé par une réalisation excessive (clauses d'inaliénabilité *perpétuelle*), nos tribunaux valident la clause litigieuse; sinon, ils l'annulent (V. *sup.*, t. I, n° 1844).

C'est donc le *mobile-but* qui est ici décisif : tant vaut le but poursuivi et tant vaut la modalité qui tend à l'atteindre; elle ne le réalisera que si elle procède d'une pensée et si elle tend à une fin légitimes.

1541. Difficultés de preuve. — Pendant longtemps, notre jurisprudence décidait que la preuve du mobile illicite ou immoral ne pouvait être administrée qu'à l'aide de l'acte lui-même : elle s'en tenait aux système de la *preuve intrinsèque* qui envisage cet acte en soi (Montpellier, 14 juillet 1858, *D. P.*, 1859, 2, 107). A cet égard, les actes à titre gratuit étaient traités autrement que les actes à titres onéreux pour lesquels, au contraire, la *preuve extrinsèque* était admise. Cette opposition, qui ne se justifiait pas en raison, a été condamnée par la Chambre civile, dans un arrêt qui autorise le juge à puiser les éléments de sa conviction, même en dehors

de l'acte et dans des circonstances extrinsèques (*sup.*, n° 1460).

1542. II. Sanctions appliquées aux conditions impossibles, illicites ou immorales. — Deux systèmes possibles. — Lorsqu'un acte est affecté d'une modalité impossible, illicite ou immorale, on conçoit l'application de l'une ou l'autre des sanctions suivantes : ou bien — ce qui est un minimum — la nullité de cette modalité incorrecte, en sorte que la disposition, libérée de l'élément adventice qui l'accompagnait, devient alors pure et simple; ou bien — ce qui est plus radical — la nullité de la disposition elle-même, entraînée par la modalité dans sa chute. C'est cette dernière sanction que la loi édicte, pour les *actes à titre onéreux*, dans l'article 1172 (*sup.*, t. II, n° 739); et aussi, pour les donations, dans les articles 943 et suivants, lorsque la clause illicite fait échec à la maxime que *donner et retenir ne vaut*; mais c'est de la première qu'elle se contente, en général, pour les dispositions à titre gratuit, pour les *libéralités*, dans l'article 900, aux termes duquel la modalité prohibée est simplement *réputée non écrite* : le gratifié recueille le bénéfice de la disposition sans avoir à respecter la condition ou à accomplir la charge dont elle avait été irrégulièrement assortie : c'est donc tout profit pour lui; la libéralité survit à l'amputation dont elle est l'objet.

1543. Antécédents. — Ce statut particulier auquel sont souvent soumises les modalités dans les actes à titre gratuit, plonge ses racines fort loin dans le passé, et dans une double direction :

1° A *Rome*, il était admis que, dans les *testaments*, mais non dans les donations entre vifs, les conditions impossibles ou illicites étaient simplement réputées non écrites. Ainsi décidait-on par faveur pour le testament et en vue de faire sortir effet à la volonté du *de cujus* qui était avant tout celle de ne pas mourir intestat (V. Huvelin, t. I, pp. 670 et 671). Le système romain passa dans notre *ancienne France*, avec la distinction qu'il consacrait entre les testaments et les donations (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 111).

2° Mais, au cours de la *période révolutionnaire*, une conception s'affirma qui différait de la précédente par le but à quoi elle tendait et qui était de briser toute tentative en vue de lutter contre l'esprit révolutionnaire et de faire revivre les institutions d'un passé aboli; prévoyant que les particuliers s'efforceraient, par des modalités appropriées, d'écarter

les grands principes du droit nouveau — liberté de conscience, libre choix d'une profession, abolition des anciens privilèges d'aînesse et de masculinité, égalité des enfants dans la dévolution des successions et dans le partage, etc. — le législateur de la période intermédiaire décida que les conditions illicites ou immorales seraient simplement réputées non écrites, et cela dans les donations comme dans les testaments : il considéra, en effet, que cette sorte de sanction, si elle était apparemment *la plus douce*, était aussi en réalité *la plus effective*, puisqu'elle permettait au gratifié de conserver le bénéfice de la libéralité sans être tenu de se conformer à la condition ou à la charge que l'on traitait ainsi par le mépris (l. 5-12 sept. 1791, 5 brumaire an II, art. 1er; 17 nivôse an II, art. 12). C'était bien toujours la sanction romaine, mais édictée dans un esprit très différent : ce n'était plus la volonté du *de cujus* que l'on s'attachait à respecter, ce n'était plus la succession testamentaire que l'on voulait favoriser de préférence à la dévolution *ab intestat*; mais c'était le passé que l'on entendait abolir, l'ordre nouveau que l'on s'efforçait de garantir contre tout retour offensif de l'ordre ancien, au moyen d'une mesure, non plus *interprétative* de la volonté du défunt, mais nettement *impérative*, valable pour les donations comme pour les testaments, véritable mesure de *police juridique*.

1544. Caractère de la règle instituée dans l'article 900; THÉORIE DE LA CAUSE IMPULSIVE ET DÉTERMINANTE. — Etant donné le double précédent, romain et révolutionnaire, de l'article 900, on conçoit qu'il soit embarrassant de rattacher ce texte à l'une ou à l'autre de ces origines. Il semble bien cependant que l'influence du droit révolutionnaire ait été plus effective que celle du droit romain : d'une part, l'article 900 est rédigé dans des *termes impératifs* qui rappellent le langage des législateurs de la Constituante et de la Convention; d'autre part, ce texte, suivant en cela les errements du droit révolutionnaire et s'éloignant de la tradition romaine, biffe la condition incorrecte, aussi bien dans les donations que dans les testaments. Il semble donc qu'il statue d'autorité et que le régime qu'il institue échappe à la volonté du disposant qui ne pourrait pas spécifier que, de deux choses l'une, ou bien la libéralité s'exécutera telle quelle, ou bien elle tombera absolument : la sanction intermédiaire qui consiste à biffer la modalité tout en laissant subsister la disposition, aurait un caractère d'ordre public, de nos jours, comme pendant la période révolutionnaire.

1545. — Mais c'est à un résultat un peu différent que notre jurisprudence aboutit en faisant ici intervenir son système ingénieux de la *cause impulsive et déterminante* (*sup.*, n° 1457) ; pour elle, la sanction limitée édictée par l'article 900, ne concerne que les conditions et les charges qui n'ont joué, dans la détermination du disposant, qu'un rôle secondaire et accessoire, et dont on peut donc faire abstraction sans, pour cela, déformer, dénaturer ses intentions; ce qu'il voulait, avant tout, c'était donner ou léguer; la condition ou la charge ont conditionné son geste, mais ne l'ont pas déclenché; on peut donc donner satisfaction à la loi ou à la morale sans méconnaître la volonté du bienfaiteur qui était avant tout une volonté libérale et dont la modalité effacée ne constituait qu'une simple manière d'être : là est le domaine de l'article 900.

Si, au contraire, la condition ou la charge ont joué, dans l'opération, un rôle de premier plan, si elles ont été propulsives de la volonté du disposant, si elles représentent le mobile même, en même temps que le but de la libéralité, alors elles ne sont plus de simples modalités, elles deviennent la *cause* même de l'*opération*; non pas la cause au sens classique du mot, la cause *abstraite*, toujours la même pour une catégorie juridique déterminée, mais la cause *individuelle*, la *cause impulsive* et *déterminante* qui représente la genèse de l'acte dans un cas particulier; la donation ou le legs ont une *cause illicite*; l'acte tout entier — et non pas seulement la modalité — doit tomber : il est radicalement nul; solution conforme à la volonté probable du disposant aussi bien qu'aux principes généraux du droit : il ne faut pas que cette volonté soit travestie, qu'on maintienne le geste tout en faisant abstraction du mobile déterminant qui l'avait dicté et qui s'était concrétisé dans la modalité : en pareil cas, ce n'est plus l'article 900 qui s'applique, mais bien l'article 1131 d'après lequel l'illicéité de la cause entraîne la *nullité radicale de l'acte*; ce n'est plus la sanction limitée qui intervient, mais une sanction intégrale; la prétendue modalité entraîne dans sa chute l'acte tout entier, parce qu'elle est, en réalité, plus qu'une modalité, parce qu'elle est la cause individuelle et spécifique de la libéralité.

Cette jurisprudence, qui restreint considérablement le champ d'application de l'article 900, a été inaugurée en 1863 par la Chambre des requêtes à l'occasion d'une donation entre vifs (Req., 23 juin 1863, *D. P.*, 1863, 1, 429, *S.*, 1864, 1, 269) ; elle fut confirmée, quelques années plus tard, par la Chambre civile, à l'occasion d'une disposition testamen-

taire (Civ., 7 juil. 1868, *motifs*, *D. P.*, 1868, 1, 446), et, depuis cette époque, elle s'est affirmée et précisée bien souvent (Civ., 17 juill. 1883, *S.*, 1884, 1, 305, note LABBÉ, *D. P.*, 1884, 1, 156; Req., 31 oct. 1922, *D. P.*, 1922, 1, 239) : le juge doit rechercher, par tous les moyens possibles et sans s'arrêter nécessairement à la formule utilisée par le disposant (arrêt précité du 17 juill. 1883), si l'opération a pour cause déterminante une intention de libéralité, ou bien si ce n'était pas la modalité qui en constituait le centre de gravité, jouant ainsi le rôle d'une « seconde cause » (Lyon, 6 août 1884, *D. P.*, 1886, 2, 121), d'une cause individuelle. C'est ainsi que, lorsqu'une libéralité est adressée à une commune pour l'entretien d'une école congréganiste et contrairement à l'article 17 de la loi du 30 avril 1886, la sanction consiste, ou bien simplement dans la nullité de la clause d'affectation, si elle a joué un rôle accessoire et subsidiaire (Req., 18 fév. 1891, *D. P.*, 1893, 1, 316; Civ., 20 fév. 1895, *D. P.*, 1895, 1, 473; 19 octobre 1910, *D. P.*, 1911, 1, 463; Req., 15 juill. 1931, *D. P.*, 1932, 1, 33, note SAVATIER), ou bien dans la nullité de la libéralité elle-même, si cette clause revêt la valeur d'une cause impulsive et déterminante (Civ., 3 nov. 1880, *D. P.*, 1887, 1, 157; 15 avril 1893, *D. P.*, 1893, 1, 487; 23 juill. 1913, *D. P.*, 1915, 1, 49, note MÉRIGNHAC, *S.*, 1920, 1, 21; Req., 31 oct. 1922, *S.*, 1923, 1, 28, *D. P.*, 1922, 1, 239; v. *inf.*, n° 1616). De même, la clause d'inaliénabilité est à considérer simplement comme non écrite si elle ne constitue pas la cause impulsive et déterminante du legs (Civ., 29 juin 1933, *D. H.*, 1933, 477, *S.*, 1933, 1, 325); on doit distinguer selon que la préoccupation qui inspira la charge fut génératrice ou simplement complémentaire de la pensée généreuse, de l'*animus donandi* (Montpellier, 28 déc. 1932, *S.*, 1933, 2, 69). Pour les conditions proprement dites, la même distinction est faite par la jurisprudence; mais, plus rarement que pour les charges, la modalité est alors considérée comme ayant été impulsive et déterminante (V. Req., 8 avril 1889, *D. P.*, 1890, 1, 205; 30 mai 1927, précité; Lyon, 6 août 1884, *D. P.*, 1886, 2, 121; Douai, 23 juill. 1907, *D. P.*, 1907, 2, 344; Paris, 8 mars 1924, *D. H.*, 1924, 355).

1546. Dans quels cas la cause est vraiment impulsive et déterminante. — Avec cette jurisprudence, on voit que la disposition de l'article 900 n'a plus qu'un domaine réduit, contrebattue et refoulée qu'elle est par la théorie de la cause impulsive et déterminante; mais ce n'est pas à dire qu'on la considère comme purement interprétative de la

volonté des parties. En réalité, notre système français n'est, ni celui du droit révolutionnaire, ni celui du droit romain :

1° Il n'est pas celui du droit révolutionnaire, puisqu'il est refoulé par la théorie de la cause impulsive et déterminante, puisqu'il n'est applicable qu'aux conditions ordinaires, à l'exclusion des conditions déterminantes et *sine qua non*;

2° Il n'est pas non plus celui du droit romain, puisqu'il régit aussi bien les donations que les testaments; et puisqu'à notre avis, il ne dépendrait pas du disposant de l'écarter par une clause expresse : vainement déclarerait-il que la libéralité elle-même tombera si la clause dont elle est assortie est considérée comme illicite; le tribunal n'en conserverait pas moins tout son pouvoir d'appréciation; il ne dépend pas du disposant d'attribuer arbitrairement à une modalité un caractère impulsif et déterminant; c'est la réalité qui compte, non les paroles; le disposant ne saurait destituer les juges du fond de leur pouvoir d'appréciation qui s'exerce souverainement, en dehors du contrôle même de la Cour de cassation (Civ., 7 juill. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 446; arrêt précité du 17 juill. 1883; trib. civ. Montmédy, 20 juill. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 529 et *Rev. trim.*, 1929, p. 1133; et, pour l'exclusion du contrôle de la Cour suprême, Req., 7 déc. 1885, *D. P.*, 1887, 1, 324; 8 avril 1889, *D. P.*, 1890, 1, 205; 9 avril 1906, *S.*, 1907, 1, 166).

1547. La prétendue opposition entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. — On trouve, dans les articles 900 et 1172, deux principes diamétralement opposés au sujet du sort réservé aux conditions impossibles, illicites ou immorales : insérées dans un acte à titre gratuit, ces conditions sont seulement réputées non écrites (art. 900); apposées dans un acte à titre onéreux, elles en déterminent la nullité (art. 1172). Le contraste paraît ainsi saisissant; mais il n'est que de pure façade; une double jurisprudence l'a réduit pratiquement à néant : en effet, d'une part, l'article 900 est déclaré inapplicable aux conditions impulsives et déterminantes; d'autre part, et par une loi de juste symétrie, on considère que l'article 1172 ne vise que les conditions de ce genre (*sup.*, t. II, n° 739); en sorte que les deux dispositions, parties de deux points opposés, se rejoignent à un point d'arrivée commun : elles ont, l'une et l'autre, cette signification que la nullité de la condition entraîne celle de l'acte où elle figure, dans le cas et uniquement dans le cas où cette modalité a eu la valeur d'un *mobile déterminant*, d'une *cause impulsive et déterminante*. Rien ne saurait

mieux prouver le pouvoir créateur de la jurisprudence : les textes législatifs ont le sens et la portée qu'elle leur attribue, puisque deux textes, contenant des formules diamétralement opposées, et également tranchantes, sont considérés par elle comme établissant un même statut juridique.

III

Les clauses pénales

1548. Définition. — On rencontre parfois, dans les testaments, une clause par laquelle le disposant, désireux d'assurer l'exécution intégrale et fidèle de ses dernières volontés, édicte des pénalités à l'encontre des héritiers ou des copartageants qui se permettraient d'attaquer le testament ou le partage : ce sont là des *clauses pénales* d'un genre particulier, des *clauses pénales testamentaires*.

1549. Validité ou nullité. — A la question qui s'est posée de savoir si de telles clauses sont valables ou sont illicites, la jurisprudence répond par une distinction; pour elle, la clause est valable si la disposition dont elle tend à assurer la sanction ne va pas à l'encontre de l'ordre public; mais elle est nulle et réputée non écrite par application de l'article 900 (*sup.*, n° 1537) si elle a pour objectif de faire sortir effet à une disposition qui choque l'ordre public, par exemple si elle tend à priver un héritier de la réserve à laquelle il a droit (Req., 29 juin 1910, *S.*, 1913, 1, 33, note L. Hugueney; Douai, 22 avril 1931, *S.*, 1932, 2, 73, note Demogue) ; du moment que des intérêts privés sont seuls en jeu, qu'il s'agit, par exemple, de faire sortir effet à un *legs de la chose d'autrui* ou d'un objet appartenant à l'héritier, le testateur peut décider que le légataire sera déchu de son legs s'il conteste le testament, ou encore que la part des contestants accroîtra celle des héritiers qui respecteront ses dernières volontés, ou enfin que celui des enfants qui attaquerait le partage serait privé, au profit de ses frères et sœurs, de sa part dans la quotité disponible (Civ., 22 déc. 1845, *D. P.*, 1846, 1, 5; 10 juill. 1849 *D. P.*, 1849, 1, 253; 22 juill. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 453; Civ., 25 fév. 1925, *D. P.*, 1925, 1, 185, note Savatier; 17 janv. 1934, *S.*, 1934, 1, 112; Req., 28 oct. 1935, *D. H.*, 1936, 34) ; mais une telle clause serait sans application possible aux *vices de forme*, puisque les règles de forme, en matière de dispositions testamentaires, intéressent l'ordre public (Civ., 18 janv. 1858, *D. P.*, 1858, 1, 24).

1550. Motifs légitimes. — A supposer la clause pénale valable, ce n'est pas toujours que l'héritier ou le légataire contestant en encourra les rigueurs; il appartiendra au juge de rechercher à quels mobiles il obéit en attaquant le testament; et, si ces mobiles sont *légitimes*, il maintiendra le légataire dans tous ses droits; le mobile joue alors un rôle *justificatif*; il sauve le légataire ou l'héritier de la nullité qui le menaçait (Req., 27 juill. 1886, *D. P.*, 1887, 1, 107; Gand, 18 avril 1863, *D. P.*, 1864, 2, 81).

CHAPITRE V

Interprétation des libéralités

1551. Bibliographie. — POTHIER, *De l'interprétation des legs*, dans le *Traité des donations testamentaires*, nos 356 et suivants; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, thèse, 1929; GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1898

1552. Donation et testament. — L'interprétation des *donations* obéit aux règles générales qui sont édictées, dans les articles 1156 à 1164, pour l'interprétation des conventions en général (*sup.*, t. II, n° 238); mais le *testament*, œuvre d'une volonté *unique* et d'une volonté *dernière*, est soumis, à bien des égards, à un traitement particulier. Sans doute, les grandes directives se trouvent, pour lui comme pour les contrats, dans les dispositions des articles 1156 et suivants qui, à défaut de textes relatifs à l'interprétation des legs, sont applicables par voie d'analogie et comme constituant le droit commun de la matière; mais ces directives subissent, dans leur adaptation au testament, des déformations et des précisions de grande importance.

1552*bis*. Evolution depuis le Code civil. — Il semble que le testament, acte soumis à un formalisme rigoureux, devrait comporter une interprétation très stricte : la volonté du testateur ne devrait être retenue que dans la mesure où elle est coulée dans les formes réglementaires; et, pour la dégager, le juge ne devrait tenir compte que de la teneur du testament, des éléments et des symptômes *intrinsèques*; telle était, semble-t-il, la conception des rédacteurs du Code civil, et telle fut celle de la jurisprudence pendant de longues années. Mais, depuis plus d'un demi-siècle, et surtout depuis

quelques années, une évolution se produit dans un sens plus libéral, moins formaliste, qui rejoint d'ailleurs la tradition coutumière; le juge, s'évadant de la formule, du contenu du testament, est guidé par la préoccupation essentielle de *rechercher la véritable volonté du testateur et de faire sortir effet à cette volonté*, dans toute la mesure possible; à cet effet, il étend son enquête même au delà du testament, qu'il interprète à la lueur de faits *extrinsèques* et qu'il va même jusqu'à compléter à l'aide de documents indépendants (Civ., 6 avril 1891, *D. P.*, 1892, 1, 279; Req., 15 avril 1893, *D. P.*, 1893, 1, 256; 10 déc. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 189; 29 avril 1907, *D. P.*, 1907, 1, 376; Civ., 23 fév. 1921, *D. P.*, 1924 1, 172; Req., 11 déc. 1923, *D. P.*, 1924, 1, 189; trib. civ. Marseille, 16 juin 1933, *S.*, 1934, 2, 142) : une réaction se poursuit ainsi, dans le domaine interprétatif, contre le formalisme testamentaire; elle se traduit par une véritable souveraineté du juge du fond dans l'interprétation des testaments, souveraineté de bon aloi d'ailleurs, puisqu'elle tend à dégager et à faire respecter les intentions du testateur (V. SAVATIER, note *D. P.*, 1928, 1, 121, notamment p. 122, col. 2, et p. 123, col. 1).

1553. Directives. — Pothier posait, dans cet ordre d'idées, vingt-cinq règles générales, sans compter des directives plus spéciales (*Donations testamentaires*, n^{os} 356 et suiv., t. VIII, p. 330, dans l'édition BUGNET); expression d'un droit coutumier séculaire, elles sont toujours à prendre en considération, notamment les suivantes : 1° Lorsqu'une disposition est rédigée clairement, elle doit recevoir application exactement, sans qu'il soit permis au juge de la modifier ou de la compléter, en substituant ainsi sa volonté à celle du testateur; on n'interprète que ce qui est obscur, ambigu ou contradictoire; le tribunal n'est pas qualifié pour refaire le testament (Civ., 23 juill. 1929, *S.*, 1929, 1, 379; 22 déc. 1937, *S.*, 1938, 1, 100);

2° Lorsqu'il y a matière à interprétation, le juge doit rechercher, par tous les moyens en son pouvoir, la véritable intention du testateur, d'abord, sans doute, à l'aide des indications contenues dans le testament (preuve *intrinsèque*), mais aussi en faisant appel à tous procédés d'investigation, et en s'inspirant de la position personnelle du testateur, de ses rapports avec sa famille et avec les légataires, des usages, voire même des renseignements contenus dans des écrits autres que le testament (preuve *extrinsèque*; Civ., 23 fév. 1921, précité; Req., 11 déc. 1923, précité; Civ., 25 avril 1925,

D. P., 1927, 1, 48; Req., 18 oct. 1933, *S.*, 1933, 1, 388, *D. P.*, 1933, 1, 187, note E. P.).

Notamment, les juges du fond peuvent admettre que des expressions consacrées et ayant une signification juridique précise — *famille, enfants, cousins germains, cousins issus de germains* — aient été employées par le testateur dans un sens différent; on doit s'inspirer de ce qu'il a *voulu dire*, bien plutôt que ce qu'il a dit apparemment : la formule employée a pu trahir la pensée qu'elle devait exprimer, et, par exemple, il est possible que le mot « enfant » n'ait visé, dans la pensée du testateur, que la descendance légitime, à l'exclusion des enfants naturels et adoptifs (Civ., 19 nov. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 316; 1er mars 1897, *D. P.*, 1897, 1, 199; 1er fév. 1904, *D. P.*, 1904, 1, 294; Req., 10 déc. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 189; Civ., 22 juill. 1913, *S.*, 1914, 1, 16; Comp. Req., 23 fév. 931, *S.*, 1931, 1, 165; 18 oct. 933, précité, Pothier, *op. cit.*, n° 358).

3° Mais il est interdit aux tribunaux de *dénaturer* une clause sous prétexte d'interprétation : à cet égard, le testament est traité comme une convention, mais c'est peut-être à son occasion, que s'est affirmée pour la première fois cette jurisprudence sur la dénaturation, ouverture à cassation (Civ., 20 janv. 868, *S.*, 1868, 1, 100, *D. P.*, 1868, 1, 12; 23 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 1, 85; Req., arrêt précité du 23 fév., *motifs*);

4° Le testament doit être interprété *potius ut valeat quam ut pereat* (arg., art. 1157; Pothier, *op. cit.*, n° 361); en conséquence, lorsque la contestation élevée par les héritiers tend à enlever tout effet à cet acte, *la faveur est due au légataire* (Bordeaux, 10 juin 1833, *S.*, 1833, 2, 504; Douai, 10 mai 1854, *S.*, 1854, 2, 435). C'est par application de cette règle que le legs fait au créancier n'est pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages (art. 1023); et qu'il appartient au juge de décider que le legs d'une créance remboursée ou éteinte par compensation avant le décès du testateur, avait pour objet moins la créance elle-même que la somme qu'elle représentait et que le legs n'est donc pas devenu caduc à raison de l'extinction de l'obligation (Req., 8 déc. 1852, *S.*, 1853, 1, 293; 20 déc. 1865, *S.*, 1866, 1, 25; comp. *sup.*, n° 1348);

5° Mais si la contestation porte seulement sur l'étendue du legs, non sur son existence même (legs du *mobilier*; des meubles ou effets mobiliers *se trouvant dans la maison du testateur*; d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve*; d'une armoire *avec tout ce qu'elle renferme*, etc.), le juge doit

adopter l'interprétation la plus restrictive; *la faveur est due au débiteur du legs : parcendum heredi* (arg., art. 1162; Req., 20 juin 1854, *S.*, 1854, 1, 476; 31 janv. 1900, *D. P.*, 1900, 1, 521, note GUÉNÉE; Angers, 11 mars 1870, *D. P.*, 1871, 2, 24; — V. cependant, pour le cas de legs d'une maison avec tout ce qu'elle contient, en objets de toute nature, Civ. 22 déc. 1937, précité).

CHAPITRE VI

Effets et exécution des libéralités

1554. I. Obligations. — Les libéralités mettent des obligations à la charge, soit du *disposant* (dans les donations entre vifs), soit de ses héritiers ou légataires universels ou à titre universel (libéralités testamentaires); elles sont également susceptibles d'en faire naître à la charge du *gratifié*.

1555. A. Obligations qui incombent au disposant ou à ses successeurs universels ou à titre universel. — Ces obligations varient selon que la libéralité a été consentie entre vifs ou par testament et aussi d'après son objet :

1° Le *donateur* doit effectuer la *délivrance* des biens dont il s'est dépouillé au profit du gratifié; cette obligation s'exécute comme en matière de vente et par des procédés adaptés à la nature des biens donnés : remise des clefs de la maison, du titre de la créance, du livret, etc. Un devoir semblable incombe à l'*héritier* ou au *légataire* universel ou à titre universel tenus d'exécuter un legs à titre particulier; et nous avons indiqué quelles actions appartiennent au gratifié pour obtenir satisfaction (*sup.*, n° 1516).

1556. — 2° *Garantie.* — Les *libéralités testamentaires* n'entraînent pas l'obligation de garantie; sans doute, le legs de la chose d'autrui est nul (*sup.*, n° 1500), mais il n'en résulte aucune responsabilité à la charge de la succession et au profit du légataire dont les espérances se trouvent déçues.

En matière de *donations*, on a coutume de dire également, et dans les mêmes termes, que ces libéralités ne donnent pas lieu à garantie; mais cette proposition est ici moins exacte et doit être comprise de façon moins absolue; elle exprime une idée juste en ce sens que le donateur ne doit pas au donataire la garantie qui est mise, dans la vente, à la charge du vendeur : en principe, le disposant n'est pas tenu d'indem-

niser le gratifié du préjudice que lui cause l'éviction, préjudice tout relatif, qui se ramène uniquement à un *manque à gagner*; le donateur a transmis son bien tel quel, sans vouloir s'engager à en garantir la paisible possession à un ayant cause dont il ne reçoit rien en contre-partie.

1557. — Mais, si telle est la règle, elle comporte des *dérogations*, toutes parfaitement rationnelles et conformes aux principes généraux du droit.

a) Si la libéralité revêt la forme d'une *constitution de dot*, la garantie est due par le constituant (art. 1440 et 1547; *sup.*, n° 414) : c'est que la dot a une affectation déterminée; elle est constituée en vue du mariage; si on envisage la situation, non pas sans doute du côté du constituant, mais du côté de l'époux gratifié, on constate que l'opération est mélangée du titre onéreux; ce phénomène explique que l'action paulienne soit subordonnée, pour son succès, à des conditions rigoureuses (*sup.*, n° 415); elle explique également qu'une obligation de garantie incombe au constituant;

b) Même dans une *donation ordinaire*, la garantie est due si elle a été stipulée *expressément* dans l'acte;

c) Nous admettrions volontiers la même solution, en dehors de toute stipulation expresse, si la donation était accompagnée de *charges* et si l'éviction subie par le donataire avait pour effet de le constituer en perte : il serait inadmissible de lui imposer l'exécution de charges qui étaient fonction de la libéralité, alors que celle-ci est réduite à néant; une telle dénaturation de l'opération irait à l'encontre de la volonté des parties;

d) Même dans l'hypothèse la moins favorable, celle d'une *donation ordinaire sans charges*, l'obligation de garantie n'est pas totalement évincée, car le donateur répond tout au moins de son *fait personnel*; il lui serait d'autant moins permis de ruiner les droits du donataire, par exemple en vendant aussitôt à une autre personne l'immeuble donné ou en le grevant d'hypothèques, que la loi lui interdit de se ménager les moyens de revenir sur sa libéralité, aussi bien indirectement que directement : *donner et retenir ne vaut*. Il est d'ailleurs à remarquer que, dans des cas de ce genre, le *fait* du donateur est en même temps un *dol*; or, nul ne peut s'exonérer des conséquences de son dol, fût-ce sous le couvert d'une prétendue libéralité.

1558. B. **Obligations qui incombent au gratifié.** — Le gratifié est tenu, dans tous les cas, à la *reconnaissance*

vis-à-vis de son bienfaiteur; plus exactement, et, sous une forme négative, il est tenu de *ne pas se rendre coupable, par son fait ou par son abstention, d'ingratitude envers lui* : l'oubli de ce devoir est sanctionné par la *révocation* de la libéralité pour cause d'*ingratitude* (art. 955 pour les *donations*; art. 1046 et 1047 pour les *legs*; *inf.*, n° 1622). La loi retient notamment, pour les dispositions testamentaires, *l'injure grave faite à la mémoire du testateur* (art. 1047, *inf.*, n° 1622).

1559. — En dehors de ce devoir d'ordre général et constant, d'autres obligations, plus précises, peuvent incomber au gratifié, mais seulement dans des éventualités déterminées, à savoir :

1° L'obligation d'exécuter les *charges* qui assortissent la libéralité; la sanction consiste notamment dans la *révocation* de la donation ou du legs pour inexécution des charges (*inf.*, n° 1604);

2° L'obligation d'acquitter les *dettes* du disposant : on sait que cette obligation n'incombe qu'exceptionnellement au *donataire*, acquéreur à titre particulier; au contraire, elle pèse sur le légataire universel et sur le légataire à titre universel, lesquels succèdent à l'universalité ou à une quote-part du patrimoine du défunt, mais non pas au légataire particulier, lui-même ayant cause à titre particulier (*sup.*, n°s 1481, 1496 et 1523).

1560. II. **Transfert de propriété.** — Il faut distinguer entre les *parties* et les *tiers*.

A. *Inter partes*, la donation et le legs sont, par eux-mêmes, translatifs de propriété, du moins s'ils portent sur des biens susceptibles de propriété : ce résultat est obtenu, pour les libéralités *testamentaires*, dès le jour du *décès*, sans distinguer selon l'étendue du legs ni suivant que le bénéficiaire jouit ou non de la saisine légale, et, pour les donations, au jour du contrat; réserve faite, bien entendu, de l'apposition toujours possible d'un terme ou d'une condition.

Il est même à remarquer que la donation est plus constamment translative de propriété que la vente, car, à la différence de celle-ci, qui porte fréquemment sur des choses déterminées seulement dans leur genre et qui ne saurait donc alors déplacer par elle-même la propriété, elle n'est susceptible, du moins en matière mobilière, et à raison de la formalité de l'*état estimatif*, que de porter sur des choses déterminées dans leur individualité, en sorte que son effet translatif ne rencontre aucun obstacle sur son chemin, mais qu'il peut se déployer librement.

1561. — B. *A l'égard des tiers; publicité par la transcription.* — Sous ce nouvel angle, le contraste s'affirmait autrefois entre les libéralités testamentaires et les donations entre vifs : tandis que ces dernières sont sujettes à *transcription*, en vertu même du régime institué par le Code civil, du moins lorsqu'elles portent sur des biens *susceptibles d'hypothèques* (art. 939; *sup.*, t. I, nos 1709 et suiv.), les dispositions à cause de mort produisaient tous leurs effets et acquéraient leur rayonnement maximum indépendamment de toute formalité de publicité; elles étaient opposables aux tiers encore que clandestines. C'était une très grave lacune de notre système, ou plutôt de nos systèmes de transcription; elle a été comblée par un décret-loi du 30 octobre 1935 qui a étendu le régime de la transcription aux transmissions immobilières à cause de mort et qui a modifié, à cet effet, les articles 1, 2, 13 et 14 de la loi du 23 mars 1855, antérieurement modifiée et complétée par une loi du 24 juillet 1921; désormais, ces transmissions ne deviennent opposables aux tiers que par la transmission des attestations notariées qui sont rédigées à leur occasion (art. 1er-6° nouv. réd. de la loi du 23 mars 1855), transcription qui doit être effectuée dans le délai d'un an à compter du décès (art. 13, avant-dernier al. de la même loi).

Ce régime, qui a été précédemment étudié (*sup.*, t. I, nos 1708 et suiv.) est applicable à tous les legs, universels, à titre universel ou à titre particulier, car les textes ne distinguent pas suivant le caractère et l'étendue de la disposition, *mais seulement dans le cas où la transmission s'effectue au profit d'un seul légataire* (art. 1er-6° nouv. réd. de la loi de 1855; il faut admettre que c'est par inadvertance que l'adjectif « seul » a été appliqué exclusivement à l'héritier; il ressort des antécédents du décret-loi que cet adjectif vise aussi bien le légataire. V. Nerson, *Les dispositions du décret-loi de 1935 relatives à la transcription*, pp. 56, 64 et 65).

Seulement, la formule restrictive, subordonnant l'exigence de la transcription à l'unicité de légataire, demande à être bien comprise : l'idée du législateur a été de soustraire à la formalité de la transcription d'une attestation notariée les transmissions qui, établissant un régime d'indivision pour un immeuble déterminé, aboutiront à un partage; en pareil cas, c'est l'acte de partage qui sera transcrit, et rien d'autre; on a voulu, par cet aménagement, simplifier la tâche du conservateur en le dispensant de transcrire une mutation immobilière, confuse et complexe, au nom de tous les colégataires et de tous les cohéritiers. Ce point

de départ admis — et il nous est fourni par les propositions de lois qui avaient précédé de peu le décret-loi — il faut poser ce double principe que la transcription portera sur le legs lui-même — plus exactement sur l'attestation rédigée à son occasion — toutes les fois que le légataire recueillera un ou des immeubles en propriété exclusive, de telle sorte que l'éventualité d'un partage se trouve, en ce qui le concerne, exclue; mais que c'est seulement l'acte de partage qui sera sujet à publicité, du moment que le légataire se trouvera, en ce qui concerne l'immeuble ou les immeubles légués, en état de copropriété, soit avec un autre légataire, soit avec l'héritier du sang; si bien qu'en fin de compte, ce n'est pas l'unicité de bénéficiaire qui est ici décisive, ou du moins cette unicité doit être appréciée seulement en fonction des biens légués.

Applications. — Quelques applications mettront en pleine lumière le sens ou la portée de cette double règle :

1° Si l'on suppose que le testateur avait légué *tous ses immeubles* à Primus (legs à titre universel, art. 1010), la transcription devra porter sur l'attestation notariée, car aucune indivision n'existe entre l'héritier du sang et le légataire, du moins en ce qui concerne les immeubles successoraux, lesquels n'auront pas à être partagés. Mais la solution serait autre si le legs portait seulement, soit sur une quote-part des biens successoraux, sans autre précision, soit sur une quote-part des immeubles; alors, un partage immobilier deviendrait nécessaire et c'est seulement l'acte de partage qui sera sujet à transcription;

2° Mêmes solutions, *mutatis mutandis*, si le testateur, qui n'avait pas d'héritier présomptif à réserve, avait institué : 1. un légataire universel; 2. un légataire à titre universel. Si ce dernier recueille tous les immeubles laissés par le défunt, *mais dans ce cas seulement*, la transcription portera sur l'attestation notariée; hors de là, c'est l'acte de partage qu'il y aurait lieu de transcrire;

3° En ce qui concerne le légataire à titre particulier, il y a lieu de réaliser, notamment, les applications suivantes :

a) La situation ne varie pas selon qu'il y a ou non plusieurs héritiers ou légataires universels ou à titre universel; l'indivision qui peut exister entre ceux-ci est étrangère au légataire à titre particulier qui n'y est nullement impliqué (Voirin, *op. cit., inf.*, p. 176);

b) Si c'est un immeuble tout entier ou plusieurs immeubles qui ont été légués à titre particulier, le légataire est

tenu de publier la mutation à cause de mort, c'est-à-dire de transcrire l'attestation notariée;

c) Mais si le même immeuble ou les mêmes immeubles ont été légués à plusieurs personnes, les colégataires s'en tiendront à la transcription de l'acte de partage.

Sur la transcription des legs, v. VOIRIN, *Le nouveau régime de la transcription*, *Lois nouvelles*, 1936, p. 171; NERSON, *op. cit.*, notamment pp. 57 et suiv.

1562. III. **Exécution des libéralités.** — L'exécution des *donations* n'appelle aucune observation particulière : elle est affaire d'ordre intérieur entre les parties contractantes.

L'exécution des *legs* est ordinairement confiée, tout naturellement, aux héritiers ou aux légataires, universels ou à titre universel. Cependant, il arrive que le testateur, soit qu'il se méfie de son héritier, soit qu'il ait des doutes sur sa diligence, soit encore qu'il désire lui épargner tout embarras, confie à un tiers la mission de veiller à l'exécution de son testament : il désigne à cet effet un *exécuteur testamentaire*.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

(Art. 1025 à 1034)

1563. Définition. — Pothier remarque qu' « il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment, par leurs testaments, des personnes à qui ils la confient; on les appelle *exécuteurs testamentaires* ». En s'inspirant de cette formule, Aubry et Rau ont pu définir très heureusement l'exécuteur testamentaire « un mandataire imposé par le testateur à ses héritiers ou légataires universels, dans le but d'obtenir une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de ses dernières volontés ».

L'exécuteur testamentaire est donc un *mandataire*, qui puise ses pouvoirs dans une clause testamentaire et qui a pour mission de veiller à l'exécution des dernières volontés du mandant. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que sa nomination figure dans le testament même dont l'exécution est en cause; elle peut intervenir dans un acte indépendant, revêtu des formes testamentaires et ne contenant aucun legs (Aix, 30 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 2, 103, *S.*, 1910, 2, 113, note NAQUET).

1564. Plan. — 1° *Qui* peut être nommé exécuteur testamentaire;

2° *Nature juridique* des fonctions de l'exécuteur testamentaire;

3° *Pouvoirs et obligations* de l'exécuteur testamentaire;

4° *Cessation* du mandat.

1565. I. Qui peut être nommé exécuteur testamentaire ; capacité. — Le critère est donné dans l'article 1028 : la capacité d'être nommé exécuteur testamentaire se confond avec la *capacité de s'obliger*. Il en résulte que sont incapables d'assumer ces fonctions :

1° Les *interdits*, les *internés*, les individus pourvus d'un *conseil judiciaire*;

2° *Les mineurs, même émancipés*;

Sous l'empire du Code civil, il fallait ajouter à cette liste les *femmes mariées*, lesquelles étaient frappées d'une incapacité générale, dont l'article 1029 faisait application à l'exécution testamentaire, avec cette circonstance aggravante que l'autorisation du mari ne pouvait pas être ici suppléée par l'autorisation de justice, à moins cependant que la femme ne fût séparée de biens. La loi du 18 février 1938, qui a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile (art. 215, § 1 nouv. réd.), a abrogé expressément l'article 1029 (art. 2 de la loi); désormais, la femme peut donc accepter librement, sans autorisation, les fonctions d'exécutrice testamentaire, et cela quel que soit son régime matrimonial; solution qui cadre d'ailleurs parfaitement bien avec le critère tiré, par l'article 1028, de la capacité de s'obliger.

1566. Aucune autre exigence. — Toute personne capable dans les termes qui viennent d'être fixés peut être instituée exécuteur testamentaire : ce mandat peut être confié indifféremment à un tiers, à un héritier, à un légataire, à un témoin instrumentaire, au notaire rédacteur du testament, à une personne incapable de recevoir un legs du défunt (POTHIER, *op. cit.*, n° 211).

1567. II. Caractères des fonctions d'exécuteur testamentaire. — 1° La charge d'exécuteur testamentaire n'est pas une charge publique, mais un simple *office d'ami* (POTHIER, *op. cit.*, n° 207);

2° En conséquence, elle est purement *volontaire*: nul n'est tenu de l'accepter; mais celui qui l'a acceptée ne

saurait ensuite la décliner que pour des raisons graves et survenues postérieurement à son acceptation (arg., art. 2007);

3° Si le mandat est facultatif pour l'exécuteur testamentaire, il est *obligatoire* pour les héritiers ou les légataires universels, lesquels ne sauraient *révoquer* un mandat qui émane, non d'eux-mêmes, mais du testateur; il n'en serait autrement que si l'exécuteur faisait preuve d'incapacité ou d'infidélité, peut-être aussi s'il venait à tomber en état de faillite ou de déconfiture (arg., art. 2003, § 4);

4° Les fonctions de l'exécuteur sont *gratuites*; la loi lui donne seulement une action pour lui permettre de rentrer dans ses débours (art. 1034). Mais il advient fréquemment que le testateur ait adressé un legs à son mandataire afin de le payer de ses soins, et cette forme de rémunération est parfaitement correcte;

5° Le mandat de l'exécuteur lui est *personnel*, strictement: ses pouvoirs ne passent point à ses héritiers (art. 1032).

1568. III. Pouvoirs et obligations de l'exécuteur testamentaire. — Distinction. — La situation de l'exécuteur testamentaire varie selon que la *saisine* lui a été ou non conférée par le défunt, soit expressément, soit *implicitement* (Pau, 13 janv. 1890, *D. P.*, 1891, 2, 51).

Effets attachés à la saisine. — La saisine de l'exécuteur testamentaire ne doit pas être confondue avec celle dont bénéficient les héritiers légitimes ou certains légataires universels : elle est attributive, non pas d'une possession de droit, mais d'un simple pouvoir de fait; grâce à elle, l'exécuteur est admis à appréhender, en qualité de *séquestre*, les biens de la succession, ce qui facilite grandement sa mission. En conséquence :

1° Il a qualité pour assurer le recouvrement des créances héréditaires, soit quant aux revenus, soit en capital, et pour agir en justice, à cet effet, contre les débiteurs;

2° Si la vente des meubles a lieu en vue d'acquitter les legs, il est qualifié pour recevoir le prix et pour donner quittance;

3° Il est chargé d'assurer l'*emploi* des deniers comptants de la succession et des sommes recouvrées, en vue du paiement des legs;

4° Il a qualité pour défendre à l'action en paiement ou en délivrance qui est dirigée contre lui par les légataires de sommes d'argent ou d'objets mobiliers;

5° Si le testateur a nommé plusieurs exécuteurs testamen-

taires et sans division de fonctions, ils sont *solidairement* responsables du compte du mobilier qui leur a été confié; cette solidarité légale existerait, même au cas de division de fonctions, si les exécuteurs ne s'étaient pas confinés dans les attributions qui leur avaient été fixées (art. 1033);

6° L'exécuteur saisi doit rendre compte de sa mission aux héritiers et aux légataires universels.

1569. Effets que ne produit pas la saisine. — 1° De toute façon, la saisine est limitée au mobilier; il ne dépendrait pas du testateur d'en étendre le domaine aux immeubles successoraux (art. 1026); l'exécuteur ne pourrait pas même consentir des *baux*, fussent-ils de courte durée (POTHIER, *op. cit.*, n° 210);

2° Même saisi, l'exécuteur testamentaire n'a pas qualité pour acquitter le passif de la succession; il ne saurait être actionné à cet effet par les créanciers du défunt; son rôle est limité à l'acquittement des legs et des dernières volontés du testateur;

3° La saisine ne persiste pas indéfiniment; elle ne peut durer au delà de *l'an et jour* à compter du décès (art. 1026, § 1). Cependant, on admet que le point de départ du délai est reculé si le testament n'a été découvert qu'un certain temps après le décès ou encore si l'exécuteur a été empêché de prendre aussitôt possession du mobilier; le délai, qui demeure fixé à un an et un jour, ne commence à courir qu'à partir du moment où l'exécuteur testamentaire a été à même de s'acquitter de sa mission;

4° Même avant l'expiration du délai d'un an et un jour, les héritiers ou les légataires universels peuvent mettre fin à la saisine de l'exécuteur testamentaire en lui offrant de lui remettre une somme suffisante pour le paiement des *legs mobiliers*, ou en justifiant de ce paiement (art. 1027).

1570. Fonctions et obligations de tous exécuteurs testamentaires, même dépourvus de la saisine. — La mission essentielle de l'exécuteur testamentaire consiste, comme l'indique suffisamment la terminologie, à assurer l'exécution du testament; il a donc qualité :

1° Pour surveiller cette exécution dans toutes ses parties (paiement des legs, construction d'un monument funéraire, destruction de lettres, de papiers, publication de manuscrits, etc.);

2° Pour défendre la validité du testament, devant les tribunaux et sous toutes les formes possibles, soit par voie prin-

cipale, soit par voie incidente (Paris, 16 mars 1899, sous Cass., 18 nov. 1901, *D. P.*, 1902, 1, 529, note GUÉNÉE);

3° Pour faire apposer les *scellés*, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents (art. 1031, § 1);

4° Pour procéder à l'*inventaire* des biens de la succession, en présence de l'héritier présompitf ou lui dûment appelé (art. 1031, § 2);

5° Et aussi, à notre avis, même en l'absence de saisine, pour *provoquer* la *vente du mobilier*, dans la mesure où elle est nécessaire pour l'acquittement des legs (*Sic*, DEMOLOMBE, t. XXII, n° 72); l'opinion contraire, qui réserve ce pouvoir à l'exécuteur saisi, nous paraît contraire et à l'article 1031, § 3 qui ne distingue pas et à l'essence même de l'exécution testamentaire qui est, en toute éventualité, d'assurer l'exécution des dernières volontés du défunt.

Seulement, la vente ne peut être réalisée que dans la mesure où les deniers liquides sont insuffisants à l'acquittement des legs (art. 1031, § 3); elle doit avoir lieu, non pas directement et sur la seule initiative de l'exécuteur testamentaire, mais d'accord avec les héritiers, sinon avec l'autorisation de justice. A ces différents égards, la situation est la même qu'il y ait ou non saisine de l'exécuteur, sous le bénéfice de cette réserve que l'exécuteur saisi a seul qualité pour toucher le prix provenant de la vente.

1571. Elargissement des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. — 1° Il est très généralement admis que le testateur ne pourrait, par une clause particulière :

a) Ni conférer à l'exécuteur, même saisi, la mission de payer ses dettes, laquelle ne se rattache pas à l'exécution du testament (*Sic*, DEMOLOMBE, t. XXII, n° 88);

b) Ni prolonger la durée de la saisine au delà d'un an et un jour;

c) Ni étendre cette saisine aux immeubles successoraux (arg., art. 1026, § 1);

2° Mais on fait sortir effet à la clause qui confère à l'exécuteur, saisi ou non, le pouvoir de provoquer la vente des immeubles en vue du règlement des legs. Sans doute, il ne dépendrait pas du testateur d'attribuer à son mandataire posthume la saisine des immeubles; mais autre chose est la saisine et autre chose le pouvoir de provoquer la vente des biens. La jurisprudence reconnaît la validité d'une clause de ce genre, pourvu qu'il n'existe pas d'héritiers réservataires, alors même qu'il y aurait un légataire *mineur*, en sorte que le *partage judiciaire* se trouve alors éludé, et que le man-

dataire a plus de droits que l'héritier lui-même, propriétaire des biens vendus, ce qui d'ailleurs ne constitue pas une inélégance, puisque l'exécuteur testamentaire tient ses pouvoirs, non des héritiers, mais du *de cujus* lui-même, directement (Req., 8 août 1848, *D. P.*, 1848, 1, 188, *S.*, 1849, 1, 66; 17 avril 1855, *D. P.*, 1855, 1, 201, *S.*, 1856, 1, 253; et, pour le cas de minorité du légataire, Paris, 22 juill. 1901, *D. P.*, 1907, 2, 385, note Boistel).

1572. IV. Cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire. — Ce mandat cesse :

1° Par son *exécution complète*;

2° Par le *décès* de l'exécuteur testamentaire (art. 1032);

3° Par sa *révocation*, prononcée en justice sur la demande des héritiers ou légataires universels;

4° Par sa *démission*, appuyée sur un *juste motif*; si elle était injustifiée ou intempestive, elle serait de nature à engager la responsabilité de son auteur, par application du droit du mandat (art. 2077, § 2).

1573. Reddition de compte. — La cessation des fonctions entraîne, pour l'exécuteur testamentaire, l'obligation de *rendre compte*, du moins s'il avait la *saisine*, car, s'il en était autrement, il n'aurait pas eu le maniement des deniers héréditaires. Le compte doit être rendu aux héritiers ou légataires universels, ou bien, si la succession est *vacante*, au *curateur*; il se rend conformément aux règles édictées pour le mandat en général. La seule question vraiment délicate est de savoir si l'exécuteur a pu être *dispensé*, par une clause du testament, de l'obligation de rendre compte. La solution affirmative, adoptée par une partie de la doctrine et par quelques arrêts anciens (Douai, 23 juin 1846, *D. P.*, 1846, 2, 155; Nîmes, 23 mai 1865, 2, 285), va à l'encontre des règles générales du mandat; elle est rendue suspecte par les tempéraments mêmes qu'y apportent ses partisans, d'une part, en réservant la responsabilité de l'exécuteur à raison de son dol ou de ses fautes lourdes, d'autre part, en proscrivant la dispense de compte lorsque le testateur laisse des héritiers à réserve. D'ailleurs, si la loi exige, chez l'exécuteur, la capacité de s'obliger (art. 1028), c'est évidemment que sa mission est de nature à lui faire assumer des obligations, et c'est seulement grâce à la production d'un compte qu'on pourra savoir s'il s'en est acquitté exactement (*Sic*, Demolombe, t. XXII, n° 119; Pothier, *op. cit.*, n° 229).

CHAPITRE VII

Des causes qui peuvent enlever à une libéralité valable tout ou partie de son efficacité

1574. Délimitation du sujet. — On suppose désormais qu'une libéralité a été consentie qui réunit toutes les conditions requises pour sa validité; il ne saurait donc être question ni de sa nullité, absolue ou relative, ni, à plus forte raison, de son inexistence : elle est née viable. Ce n'est pas à dire cependant qu'elle vivra indéfiniment; tels ou tels événements peuvent surgir qui arrêteront le cours de sa carrière, soit dans l'avenir, soit même rétroactivement dans le passé, ou qui, tout en la laissant subsister en principe, en réduiront la portée et l'efficacité, si bien qu'elle tombera, pour le tout ou pour partie.

1575. Donation et legs. — Ce sont les événements de cette catégorie qui feront l'objet d'un examen dans le présent chapitre : nous les étudierons à la fois, et comparativement, pour les donations et pour les legs; l'occasion nous sera ainsi offerte de relever de nouvelles différences entre ces deux modes de disposer; elles se groupent toutes autour des mêmes idées essentielles, maintes fois exposées, à savoir que la *donation* est un *contrat actuel* qui produit aussitôt des effets définitifs au lieu que le *testament* est un acte *unilatéral* qui, jusqu'au décès de son auteur, n'a que la valeur d'un simple projet sur lequel il peut revenir à volonté : d'un côté, une *actualité* définitivement acquise; de l'autre, une simple *éventualité*, exposée à de multiples risques et dont la réalisation demeure problématique jusqu'au jour du décès du testateur.

1576. Plan. — Dans notre étude, nous négligerons les libéralités à terme ou conditionnelles, dont il a été précédemment question (*sup.*, n° 1526) : il est évident qu'une donation ou qu'un legs tombent lorsque survient l'échéance du terme extinctif dont ces libéralités étaient assorties (rente constituée à titre gratuit pour une période déterminée), ou encore lorsque défaille la condition suspensive ou se réalise la condition résolutoire qui avaient été apposées à l'acte cons-

titutif. (Pour le *retour conventionnel* qui procède d'une condition résolutoire casuelle, v. *sup.*, n° 1367). Ces modalités agissent, dans le droit des libéralités, comme dans celui des actes à titre onéreux, réserve faite de la règle traditionnelle qui assimile, assez malheureusement d'ailleurs, le terme incertain à la condition, dans les testaments (*sup.*, n° 1529). La condition résolutoire agit rétroactivement et de plein droit, *ipso facto*, sans intervention du tribunal (Civ., 29 avril 1931, *D. H.*, 1931, 345).

Cette élimination faite, trois théories demeurent que nous devons étudier de près : 1° celle de la *caducité*, qui est spéciale aux legs; 2° celle de la *révocation*, qui est, dans une de ses parties, spéciale aux donations, tandis que, dans ses autres applications, elle s'étend même aux legs; 3° celle de la *réduction*, qui est absolument générale, et à laquelle ressortissent toutes les libéralités. C'est à l'occasion de cette dernière théorie que nous étudierons le *disponible* et la *réserve*.

Enfin, nous aurons à déterminer, en quatrième lieu, *à qui profite* la caducité, la révocation ou la réduction d'une libéralité; nous exposerons, à cette occasion, la théorie de l'*accroissement*.

Section I. — LA CADUCITÉ DES LEGS

1577. Domaine de la théorie. — La théorie de la *caducité* est spéciale aux *libéralités testamentaires*, réserve faite cependant des donations entre vifs incluses dans un contrat de mariage, lequel devient caduc si le mariage n'est pas ensuite célébré (*sup.*, n° 391); elle est rendue possible et nécessaire par cette circonstance qu'un certain laps de temps s'écoule entre le moment où intervient l'acte de disposition et celui où il produira effet : dans l'intervalle qui sépare l'*éventualité* de l'*actualité*, différents événements peuvent surgir qui ruineront les droits purement éventuels du légataire; ce sont :

1° Le *prédécès* du légataire :
2° La survenance d'une *incapacité*;
3° La *perte* de la chose léguée;
4° La *disparition de la cause impulsive et déterminante*;
5° La *répudiation*;
6° L'*épuisement du disponible* par des donations entre vifs (art. 925).

Les auteurs ajoutent ordinairement à cette liste la *défaillance de la condition suspensive*; mais nous pensons qu'elle

fonctionne comme un mode de résolution de la libéralité, non comme une cause de caducité; la preuve en est qu'elle est commune aux donations et aux legs, alors que la théorie de la caducité ne concerne que les dispositions de dernière volonté.

D'autre part, il sera traité du dernier cas de caducité — épuisement du disponible par des donations entre vifs — dans la section troisième, consacrée à la réduction (*inf.*, n° 1656).

1578. I. Prédécès du légataire. — A. Décès du légataire du vivant du testateur. — Aux termes de l'article 1039, « *toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur* ». Le legs a donc un caractère strictement personnel, ce qui cadre bien avec le concept de l'*intuitus personae*, qui est à sa base : le testateur a entendu gratifier telle personne et non telle autre, pas même ses descendants, pas même ses enfants légitimes; la *représentation*, qui trouve place dans les successions *ab intestat*, n'a pas cours dans les successions testamentaires : *on ne recueille pas un legs par représentation*, en occupant la place du légataire prédécédé (Civ., 2 juill. 1924, *D. P.*, 1926, 1, 102; Poitiers, 6 janv. 1864, *D. P.*, 1864, 2, 137; Rouen, 12 mars 1872, *D. P.*, 1873, 2, 219; V. Lerebours-Pigeonnière, *Du partage suivant les règles de la représentation dans la succession testamentaire, Travaux juridiques de l'Université de Rennes*, t. X, 1930). La règle est générale; elle vaut pour tous les legs, eussent-ils un caractère *rémunératoire* (Demolombe, t. XXII, n° 303).

1579. Sens et portée de la règle. — Toutefois, il faut comprendre que la règle écrite dans l'article 1039 est *interprétative* de la volonté du testateur et qu'elle doit donc être écartée s'il a manifesté une volonté contraire; en conséquence :

1° Le prédécès du légataire n'entraîne pas la caducité de la disposition lorsque celle-ci s'adresse moins à la personne qu'à la *fonction* dont elle est investie : le préfet de tel département, le doyen de telle Faculté. Le legs est adressé à ces bénéficiaires, non pas personnellement envisagés, mais *ès qualités*; derrière eux, c'est le département ou c'est la Faculté que le testateur a voulu gratifier;

2° La caducité est évitée encore s'il apparaît clairement que le disposant a entendu comprendre dans sa libéralité, non

seulement le légataire nommément désigné, mais aussi, à son défaut, ses enfants ou même, plus généralement, ses héritiers quels qu'ils fussent (Req., 8 nov. 1921, *D. P.*, 1922, 1, 183; Bourges, 28 juill. 1863, *D. P.*, 1863, 2, 223; Paris, 14 mai 1864, *D. P.*, 1864, 2, 184; Aix, 4 janv. 1933, *Sem. jur.*, 1933, 360; V. l'article précité de M. Lerebours-Pigeonnière). Il s'opère alors un substitution vulgaire tacite, mais il est nécessaire que la volonté du testateur ressorte clairement, sinon des termes mêmes de l'acte, du moins des circonstances de la cause, et c'est aux héritiers du légataire prédécédé qu'il appartient de faire la preuve de cette volonté et de renverser la présomption de caducité qui est écrite dans l'article 1039.

1580. B. **Décès du légataire avant l'accomplissement de la condition.** — Lorsque le legs a été affecté d'une condition suspensive, il devient caduc par le décès du légataire survenu, même après celui du testateur, mais avant l'accomplissement de la modalité : le droit du légataire sous condition suspensive présente donc cette particularité de *n'être pas transmissible à ses héritiers* (art. 1040).

Cette règle, spéciale au droit testamentaire, donne un nouvel intérêt à la distinction de la condition suspensive d'avec d'autres modalités plus ou moins voisines et avec lesquelles il est parfois malaisé de la différencier; pour y arriver, on doit s'inspirer de la volonté véritable du testateur bien plutôt que des termes dont il s'est servi et qui ont pu trahir sa pensée; c'est ainsi que ne devraient pas être traités comme conditionnels au sens de l'article 1039 et ne deviendraient donc pas caducs par le décès du légataire survenu après celui du testateur mais avant l'accomplissement de la modalité :

1° Le legs affecté d'un *terme*, mais avec cette réserve, admise, sinon par tous les auteurs, du moins par la plupart d'entre eux, que le terme *incertain* est assimilable à la condition suspensive et entraîne donc la caducité du legs au cas de prédécès du légataire (*sup.*, n° 1529). Mais il en va autrement du terme *certain*, et c'est sans doute ce que signifie l'article 1041 lorsqu'il vise, en termes obscurs, « *la condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition...* »;

2° Le legs affecté d'une condition *résolutoire* : le droit est alors acquis au légataire dès le jour du décès, pour être ensuite rétroactivement anéanti si la condition vient à se

réaliser (Req., 10 avril 1894, *S.*, 1894, 1, 503, *D. P.*, 1894, 1, 332);

3° Le legs assorti d'une *charge* : si le testateur a écrit « je lègue telle maison à Primus à condition qu'il remette telle somme d'argent ou qu'il serve une rente à Secundus », il y a legs *sub modo* et non pas legs conditionnel, encore que le mot « condition » figure — improprement — dans l'acte : en conséquence, le droit est acquis au légataire dès le jour du décès du testateur et quand bien même il viendrait lui-même à décéder avant d'avoir exécuté la charge imposée.

1581. Quand la condition est réputée accomplie. — Pour résoudre cette question, on se reportera au droit commun des obligations conditionnelles (art. 1175 et suiv.); notamment, la condition sera réputée accomplie si sa réalisation a été empêchée par l'héritier ou par le légataire universel chargés de la délivrance du legs (Arg., art. 1178). Lorsque la condition est à la fois *potestative* et *négative*, il arrive que la vérification de sa défaillance ou de sa réalisation ne soit possible qu'au décès du légataire, comme si la libéralité lui a été adressée à condition qu'il ne fasse pas telle chose. On admet alors qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'effet suspensif des conditions et que le légataire peut réclamer le legs dès l'ouverture de la succession, sauf à le restituer si la condition vient ensuite à défaillir, et cela sans avoir à fournir une caution — caution *mucienne* — qui n'est exigée par aucun texte de notre droit positif.

1582. II. Survenance d'une incapacité. — Le legs est caduc lorsque le bénéficiaire qui était apte, lors de la rédaction du testament, à être institué par le disposant se trouve, lors du décès, en état d'incapacité, soit générale, soit relative, par rapport au testateur (*sup.*, n° 1432) : il est alors, selon l'expression du législateur, incapable de *recueillir* le legs (art. 1043) qui retombe donc dans la succession.

1583. III. Perte de la chose léguée. — Il faut distinguer selon que la perte est antérieure ou postérieure au décès du testateur (art. 1042).

1° Si la perte de la chose se produit *antérieurement* au décès du testateur, le legs est vraiment *caduc*, sans distinguer d'après les conditions dans lesquelles la perte est survenue : cas de force majeure, fait du testateur, ou de l'héritier, ou d'un tiers; c'est la libéralité tout entière qui sombre alors : la

chose principale ayant disparu, le légataire ne serait pas fondé à en réclamer les accessoires.

1584. — Il y a cependant lieu d'observer :

a) Que la perte de la chose n'est une cause de caducité que pour les legs de *corps certains*; les legs de choses déterminées *in genere* échappent à cette éventualité, et, par exemple, le legs d'une voiture ou d'un livre ne serait pas caduc par cela seul qu'il n'existerait pas d'individus de ce genre dans la succession;

b) Qu'au cas de perte *partielle*, le legs subsiste pour ce qui reste de l'objet légué;

c) Qu'au cas de legs d'une *créance*, l'extinction de celle-ci, du vivant du disposant, par paiement ou par compensation, n'entraîne pas nécessairement la caducité de la disposition; car il y a lieu alors de rechercher si le testateur n'a pas voulu léguer la valeur représentée par la créance plutôt que cette créance elle-même (*sup.*, n° 1553).

1585. — 2° Si la perte se produit *postérieurement* au décès du disposant, on ne peut plus dire, quoique le législateur parle à tort ce langage dans l'article 1042, § 2, que le legs devienne caduc; mais il faut discriminer deux situations :

a) Si la perte tient à un cas de *force majeure*, le débiteur du legs se trouve libéré par l'impossibilité d'exécution (art. 1302, § 1); mais, comme le legs n'est pas à vrai dire caduc, comme il s'était déjà ouvert au profit du gratifié, celui-ci peut réclamer les *accessoires* qui subsistent;

b) Si la perte est imputable au débiteur du legs ou si ce débiteur se trouvait en *demeure*, les droits du légataire subsistent et s'affirment par la mise en œuvre de la responsabilité de l'héritier ou du légataire universel, sauf dans le cas où la chose léguée aurait aussi bien péri entre les mains de son légataire (art. 1042 *in fine*; art. 1302, § 2).

1586. IV. **Disparition de la cause impulsive et déterminante.** — Toute libéralité testamentaire procède d'un mobile, d'une raison qui en constitue, d'après une jurisprudence solidement établie, *la cause impulsive et déterminante*, et qui s'oppose à la cause classique, à l'intention libérale abstraitement envisagée, à l'*animus donandi* (*sup.*, t. II, n° 142). Cette cause impulsive et déterminante, qui constitue l'axe de l'opération, en détermine la nullité lorsqu'elle est immorale ou illicite (*sup.*, n° 1457); si, d'abord

effective et licite, elle vient à disparaître par la suite, elle doit logiquement déterminer la *caducité du legs*; le disposant n'avait consenti la libéralité que pour un motif déterminé, en vue d'un certain but; si ce motif disparaît, si ce but se dérobe, la combinaison elle-même doit tomber, privée qu'elle est désormais de sa raison d'être.

Ainsi décide une jurisprudence qui s'est affirmée par une série de décisions : tantôt c'est une personne qui lègue toute sa fortune aux pauvres dans la croyance qu'elle n'a point d'héritiers présomptifs, alors qu'elle laisse en réalité des parents au degré successible (Civ., 31 juill. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 390; Paris, 9 fév. 1867, *D. P.*, 1867, 2, 195); tantôt c'est un testateur qui consent un legs universel à son père uniquement dans le but d'écarter son frère de sa succession; or, voilà que, par la suite, ce testateur a un enfant légitime; le but qu'il poursuivait en instituant son père est désormais périmé; le legs a perdu sa cause impulsive et déterminante; il est devenu caduc (Rennes, 11 avril 1905, *S.*, 1905, 2, 241, *D. P.*, 1906, 2, 257, note Planiol); ou encore c'est un legs qui s'est, en quelque sorte, déversé dans une donation ultérieurement consentie au profit du donataire et qui a ainsi perdu sa raison d'être (Req., 27 avril 1852, *D. P.*, 1852, 1, 121).

Bien d'autres décisions seraient à citer dans le même ordre d'idées (V. Rouen, 3 déc. 1846, *D. P.*, 1847, 2, 163; Angers, 26 janv. 1860, sous Civ., 31 juill. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 390; Paris, 10 mars 1899, en sous-note, *D. P.*, 1906, 2, 257); bien qu'on puisse leur opposer certains arrêts qui s'inspirent d'un esprit tout différent (v. Civ. 16 janv. 1929, *S.*, 1930, 1, 30), elles apportent le couronnement naturel à la théorie de la cause impulsive et déterminante en matière de libéralités *testamentaires* (pour les *donations*, v. *inf.*, n° 1588), lesquelles ont besoin d'être étayées, d'être *causées*, non seulement le jour de la rédaction du testament, mais encore pendant la période qui suit et aussi longtemps qu'elles demeurent à l'état éventuel, soit jusqu'au jour du décès du testateur ou de la réalisation de la condition. (V. M. Nast, note *D. P.*, 1935, 2, 3, col. 2; Voirin, *Evolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament*, dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de* H. Capitant, 1939, p. 895); comme on l'a écrit très justement, la cause est le soutien nécessaire de l'acte, non seulement lors de sa formation, mais aussi pendant la période d'exécution (Voirin, *op. cit.*, p. 895).

1587. V. Répudiation du legs. — Nous nous sommes expliqué déjà sur les formes de la répudiation du legs (*sup.*, n^os^ 1469, 1492 et 1510) ; il ne nous reste plus qu'à poser certaines règles d'ordre général, valables pour toutes les libéralités testamentaires.

1° Quant à l'*époque* à laquelle elle peut intervenir, la répudiation, de même que l'acceptation, ne peut être que postérieure à l'ouverture de la succession, sinon elle serait radicalement nulle par application de la règle prohibitive des *pactes sur succession future* (Req., 13 mai 1884, *D. P.*, 1884, 1, 468) ; mais il est généralement admis qu'elle peut intervenir avant l'accomplissement de la condition, car elle ne se heurte plus alors à ladite règle;

2° La répudiation est *indivisible* en ce sens qu'elle ne saurait être partielle; le légataire ne pourrait accepter le legs pour partie seulement;

3° Le légataire renonçant peut rétracter sa renonciation aussi longtemps que d'autres personnes n'ont pas manifesté l'intention de recueillir les biens auxquels il était appelé (Arg., art. 790) ;

4° La répudiation, devenue définitive, ne peut être attaquée que pour cause de dol, de violence, d'erreur ou d'incapacité, c'est-à-dire dans les conditions où pourrait l'être la répudiation d'une succession;

5° Les *créanciers* du légataire renonçant sont qualifiés pour attaquer sa renonciation au moyen de l'action *paulienne* en vue d'accepter la libéralité de son chef (Arg., art. 788 et 1167) ;

6° La renonciation à un legs n'est pas sujette à publicité; aucune disposition de la loi du 23 mars 1855, même depuis qu'elle a été modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935, n'assujettit cet acte à la formalité de la *transcription* : l'article 1^er^-6° qui prévoit la rédaction et la transcription d'attestations notariées pour les *transmissions* d'immeubles par décès, ne prescrit rien de tel pour les renonciations; au reste, et comme on l'a remarqué (Voirin, *Lois nouvelles*, 1936, 1, 179 et suiv.), la publicité serait, en pareille matière, parfaitement inutile, du moins pour les legs universels ou à titre universel, car elle sera réalisée différemment, soit par la transcription de l'attestation notariée de l'héritier *ab intestat*, bénéficiaire de la renonciation, soit par celle de l'acte de partage qui fera mention et de l'origine de l'indivision et de la renonciation qui a réduit le nombre des copartageants.

SECTION II. — RÉVOCATION DES LIBÉRALITÉS

1588. Généralités. — A la différence des causes de caducité, qui sont à peu près spéciales aux legs, les causes de *révocation* intéressent aussi et surtout les donations entre vifs, car l'une d'elles ne concerne que ces dernières libéralités.

Elles sont à ranger dans trois catégories selon qu'elles agissent *de plein droit* ou qu'elles ont un caractère *judiciaire*, ou enfin que la révocation procède de la *seule volonté du disposant*. Le premier groupe est représenté uniquement par la révocation pour *survenance d'enfant*; le deuxième comprend la révocation pour cause d'*inexécution des charges* et la révocation pour cause *d'ingratitude du gratifié*. C'est la première de ces trois causes de révocation qui est spéciale aux donations; les deux autres sont communes à toutes les libéralités; quant à la révocation par *volonté unilatérale du disposant*, elle est spéciale aux legs.

Il est surtout essentiel de se rendre compte de la véritable nature juridique des causes de révocation des donations: on serait tenté d'y voir des dérogations apportées au grand principe de l'irrévocabilité de ces dispositions entre vifs; or, il n'en est rien en réalité, et, sur ce point, la terminologie est trompeuse. Tout ce que signifie la maxime *donner et retenir ne vaut*, c'est que le donateur doit se dépouiller actuellement et sans réserve, sans repentir possible; c'est qu'il lui est interdit de se réserver les moyens de revenir sur sa libéralité; mais les causes de révocation des donations fonctionnent en dehors de sa volonté; l'inexécution des charges, l'ingratitude du donataire sont des éventualités qui échappent totalement à sa détermination, et la survenance d'enfant elle-même ne saurait être considérée comme un fait purement volontaire de sa part. Sans doute, la révocation qui intervient alors est interprétative de sa volonté : il n'aurait pas donné s'il avait pu prévoir la survenance d'un enfant, ou l'inexécution des charges, ou l'ingratitude du donataire; mais il ne dépend pas de lui que ces éventualités se réalisent ou non; et, si elles se réalisent et alors que la libéralité est anéantie, on ne peut pas dire qu'il ait retenu, en aucune façon, la libéralité par lui consentie; il ne reprend pas d'une main ce qu'il avait donné de l'autre; mais un état de choses nouveau s'est instauré qui enlève à la donation sa raison d'être, qui l'atteint dans sa genèse même; à aller au fond des choses, c'est parce que la *cause impulsive et déterminante* a disparu que la libéralité

tombe; seulement, et comme la donation était parfaite, comme le droit au legs s'était ouvert au profit du légataire, la loi, désireuse d'éviter l'arbitraire du juge et d'assurer le respect des situations acquises, ne retient qu'un petit nombre de circonstances auxquelles elle confère, à l'exclusion de toutes autres, une valeur révocatoire.

Il sera traité successivement des trois catégories de causes de révocation, l'une qui fonctionne *automatiquement*, *ipso jure*, d'autres qui ont un caractère *judiciaire*; une autre enfin qui a un caractère *unilatéral*.

§ I. — *CAUSE DE RÉVOCATION LÉGALE*

La révocation pour cause de survenance d'enfant

(Art. 960 à 966)

1589. Origines. — La révocation des donations pour cause de survenance d'enfant au donateur a son origine dans le droit *romain* (Loi *Si unquam*, Code, VIII, 56, fr. 8), qui en limitait l'application aux libéralités consenties par les patrons à leurs affranchis; elle fut généralisée au cours de notre ancien droit; la Grande Ordonnance de 1731 lui consacra une série de dispositions (V. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, t. I, *Les donations et l'ordonnance de 1731*, pp. 365 et suiv.); supprimée dans le projet de l'an VIII, elle fut rétablie, non sans discussion et sans opposition, par le Conseil d'Etat.

1590. Motifs. — La révocation pour survenance d'enfant est à la foi interprétative de la volonté du disposant et protectrice des droits des enfants : *interprétative*, car il est vraisemblable de supposer que la donation n'aurait pas eu lieu si son auteur avait prévu la survenance ultérieure d'un enfant; *protectrice* des droits des enfants, car elle a un caractère impératif; elle ne saurait être conjurée par une clause contraire insérée dans l'acte; elle est, en ce sens, d'*ordre public* (Paris, 16 avril 1926, *D. P.*, 1927, 2, 127). En somme, il s'agit là d'une cause de révocation *légale* et *péremptoire*, basée sur la volonté probable du disposant, et qui est donc à base d'interventionnisme législatif : la loi prête, inflige au disposant, d'autorité, une volonté qu'elle ne lui permet pas de ne pas avoir.

Cette cause de révocation a trouvé place dans les Codes civils *italien* (art. 1078 et 1091) et *espagnol* (art. 644 et 654),

mais non dans le Code civil *allemand* ni dans le Code civil du *Brésil*. Quant au Code fédéral *suisse* des obligations, il n'admet la révocation que pour la *promesse de donner* et seulement s'il est survenu au donateur, depuis sa promesse, « des devoirs de famille nouveaux et sensiblement plus onéreux » (art. 250).

1591. Plan. — 1° *Conditions* requises pour la révocation :
2° *Comment* elle s'opère;
3° *Effets* qu'elle produit;
4° *Durée* de l'action en restitution.

1592. I. Conditions requises pour la révocation. — Elle concernent : 1° la *libéralité*; 2° la *situation de famille* du disposant lors de la donation; 3° la *modification* ultérieure de cette situation.

A. Libéralités révocables pour cause de survenance d'enfant. — 1° Ce sont seulement les *donations entre vifs* qui comportent cette cause de révocation, en prenant ce mot dans son sens juridique, c'est-à-dire comme désignant un acte qui réalise à titre gratuit et entre vifs, un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre. Il faut donc exclure :

a) Les *legs* : à quoi bon les révoquer de plein droit, légalement, alors que leur révocabilité absolue autorise le disposant à les anéantir à sa guise, d'un seul mot, d'un seul geste? C'est l'irrévocabilité des donations que rend nécessaire leur révocabilité pour survenance d'enfant : la loi fait ce que le donateur ne pourrait pas faire;

b) Les actes de bienfaisance qui n'ont pas le caractère de donations, qui ne réalisent pas un transfert de valeurs de patrimoine à patrimoine, et par exemple un *cautionnement*, un *commodat;*

c) *A fortiori*, les actes qui ne ressortissent pas au titre gratuit, tels ceux qui réalisent l'exécution d'une obligation naturelle (*sup.*, t. II, n° 716).

1593. 2° Donations qui sont assujetties ou qui échappent à la révocation. — En principe, toutes les donations sont révocables pour survenance d'enfant, même si elles sont *manuelles* ou *déguisées* (Req., 9 juill. 1879, *D. P.*, 1881, 1, 27; 3 déc. 1895, *D. P.*, 1896, 1, 284), ou *indirectes*, ou *rémunératoires*, ou *mutuelles* (art. 960), et quand bien même elles présenteraient un caractère de *modi-*

cité (même texte); les donations consenties *en faveur du mariage*, du moins par un tiers, sont elles-mêmes soumises à la loi commune; enfin, solution extrême, à notre avis, il a été jugé que le bénéfice d'une *assurance sur la vie au* profit d'un tiers est lui-même révocable pour cause de survenance d'enfant lorsqu'il a été conféré au bénéficiaire à titre gratuit (Paris, 3 janv. 1918, *D. P.*, 1918, 2, 33, note Dupuich; comp. au cas de cession de ce bénéfice, Req., 7 mai 1919, *D. P.*, 1921, 1, 131); cependant, d'après la conception depuis longtemps admise en doctrine et en jurisprudence, et consacrée par la loi du 13 juillet 1930, art. 63 et suiv. (*sup.*, t. II, nos 305 et suiv.), on considère que le droit au capital assuré prend directement naissance dans le patrimoine du tiers bénéficiaire sans traverser le patrimoine du souscripteur de l'assurance; ce capital échappe à l'emprise du droit successoral (art. 68 de la même loi; *sup.*, t. II, n° 308; t. III n° 1112, et *inf.*, n° 1694) : c'est cette conception que la jurisprudence abandonne en soumettant le bénéfice de l'assurance à la loi générale de la révocation pour survenance d'enfant.

1594. Dérogations. — Par exception, certaines donations échappent à la menace de la révocation.

a) Ce sont d'abord les *cadeaux d'usage* qui, à cet égard comme à tous autres points de vue, ne sont pas traités ainsi que de véritables libéralités;

b) Ce sont ensuite les *donations faites entre futurs époux* dans le contrat de mariage (art. 960);

c) Ce sont enfin les *donations faites entre époux pendant le mariage* (art. 1096, § 3).

Ces deux dernières dérogations se justifient d'elles-mêmes, puisqu'elles concernent des libéralités faites entre personnes qui vont s'unir ou qui se sont unies en vue de fonder une famille : ceux dont elles émanent seraient mal venus à prétendre qu'ils les avaient consenties dans la croyance qu'ils n'auraient point d'enfant.

Nous signalons pour mémoire une autre prétendue immunité établie, dans l'article 960, pour les donations faites en faveur du mariage par les *ascendants* des époux : si ces libéralités échappent à la révocation, c'est d'abord et surtout parce qu'elles émanent de personnes qui, par hypothèse, avaient des descendants lors de la donation; le législateur aurait dû se dispenser de leur consacrer une mention parti-

culière; elles sont en dehors de la règle à laquelle elles ne font donc pas à vrai dire exception.

1595. B. **Situation de famille du disposant lors de la donation. — Non-existence d'enfant.** — Pour que la donation soit révocable à raison de la survenance d'un enfant, il faut que, au moment où elle est intervenue, le donateur n'eût point « *d'enfants ou de descendants actuellement vivants...* » (art. 960).

Cette formule demande quelques commentaires : il faut préciser quels sont au juste les enfants qui, à la condition d'exister « *dans le temps de la donation* » (même texte), font obstacle à sa révocabilité pour cause de survenance d'enfant.

Dans l'opinion nettement dominante, la formule légale vise *tout descendant légitime, déjà né au jour de la donation*, sans distinguer entre les enfants et les petits-enfants (l'art. 960 est formel en ce sens), et en tenant compte d'un enfant *absent*, au sens juridique du mot, aussi bien que d'un enfant présent. De plus, l'enfant *légitimé* et l'enfant issu d'un mariage *putatif* sont à assimiler, d'après des principes précédemment exposés, à l'enfant légitime issu d'un mariage valable (*sup.*, t. I, n^os^ 1291 et 865) : l'existence, au temps de la donation, d'*un seul* descendant ressortissant aux catégories précédentes, suffit à conjurer l'éventualité de la révocation pour survenance d'enfant.

1596. — Au contraire, ne sont pas visés dans la formule de l'article 960 et ne feraient donc pas obstacle à la révocation éventuelle :

1° L'enfant, même légitime, *simplement conçu* lors de la donation. On ne peut pas faire application, en l'occurrence, de la règle « *infans conceptus...* », car elle a été établie uniquement dans l'intérêt de l'enfant « *quoties de commodis ejus agitur* », et ne saurait être retournée contre lui; or, dans l'espèce, elle lui serait défavorable, puisqu'elle consacrerait le maintien d'une libéralité consentie à une autre personne et à son détriment : il faut donc en revenir au principe de raison que l'existence commence avec la naissance; en conséquence, la donation sera révoquée par la naissance ultérieure de cet enfant, simplement conçu au jour où elle était intervenue (art. 961);

2° L'enfant *naturel*; il est très généralement admis en doctrine et il a été jugé que cet enfant n'est pas visé dans la formule de l'article 960 qui prévoit une descendance à plusieurs

degrés (enfants ou *descendants*), alors que la descendance naturelle s'arrête au premier degré (*sup.*, t. I, n° 1176); la survenance d'un enfant légitime révoquera donc la donation consentie à un moment où le disposant avait un enfant naturel (Douai, 7 juin 1850, *D. P.*, 1850, 2, 160; Aix, 11 mars 1874, *D. P.*, 1875, 2, 28); il en irait ainsi, alors même que cet enfant naturel serait légitimé par la suite, car c'est un principe que la légitimation ne rétroagit pas (*sup.*, t. I, n° 1293; Aix, arrêt précité);

3° L'enfant *adoptif*; on admet, à peu près unanimement, que le législateur n'a pas visé, dans l'article 960, la parenté qui découle artificiellement de l'adoption et qui n'a pas la même valeur affective que la paternité légitime, basée à la fois sur le mariage et sur la communauté du sang.

1597. C. Modification survenue dans la situation de famille du donateur. — On suppose que le donateur, sans descendance légitime au temps de la donation, acquiert ensuite un descendant légitime : c'est cette éventualité qui, déjouant les prévisions probables du disposant, constitue le fait nouveau qui entraînera la révocation de la disposition.

Le législateur suppose, dans l'article 960, la survenance d'un *enfant légitime* du donateur; et il précise sa pensée, en assimilant à l'enfant légitime né dans des conditions normales : 1° l'enfant *posthume*, par application de la règle *infans conceptus* qui joue, en ce cas, dans un sens favorable aux intérêts de l'enfant et qui doit donc être observée; 2° l'enfant *légitimé* qui, selon un principe général, est assimilé, à compter du jour de la légitimation, à l'enfant légitime. L'article 960 ne vise que la légitimation par mariage subséquent, la seule qui fût possible en 1804; mais il est évident que la légitimation intervenue *post nuptias*, par décision judiciaire, en vertu de la loi du 30 décembre 1915, produirait exactement les mêmes effets : elle entraînerait, comme la légitimation par mariage, la révocation des donations antérieurement consenties par le père ou par la mère de l'enfant.

Il y aurait lieu également de prendre en considération l'enfant né d'un mariage déclaré nul mais présentant, à raison de la bonne foi de l'un des époux ou de tous deux, le caractère *putatif* : un tel mariage produit, on le sait, ses effets civils ordinaires au regard des enfants (art. 202; — sup., t. I, n° 865); et nous maintiendrions cette solution, bien qu'elle soit alors contestée, dans le cas même où la donation émanerait de celui des époux qui était de mauvaise foi; c'est,

en effet, le vœu du législateur, que l'enfant, autant que possible, ne pâtisse pas de la mauvaise foi de ses parents.

1598. — Mais la donation ne serait révoquée ni par l'*adoption* d'un enfant — il est inadmissible que le disposant puisse, par ce moyen détourné et contrairement à la règle de l'irrévocabilité, revenir sur sa liberté — ni par le *retour* d'un enfant absent : on ne peut pas considérer que cet enfant a été inexistant pendant un certain temps, puis qu'il est revenu à la vie juridique; son retour prouve qu'il n'a jamais cessé d'exister; il existait donc lors de la donation, en sorte que celle-ci échappe à la révocation de l'article 960 (*sup.*, n° 1595).

1599. II. **Comment opère la révocation pour cause de survenance d'enfant.** — C'est *de plein droit* que s'opère la révocation pour survenance d'enfant; la donation *demeure* révoquée *ipso jure*, par le seul fait de la naissance ou de la légitimation de l'enfant; la révocation qui se produit alors est *légale*, encore qu'elle intervienne, en quelque mesure, par interprétation de la volonté du disposant (art. 960) :

Il résulte de là :

1° Qu'*aucune demande en justice* n'est nécessaire pour réaliser la révocation de la donation; sans doute, en cas de contestation, le tribunal devra être saisi, mais il ne prononcera pas une révocation déjà effectuée; il se bornera à en constater l'existence;

2° La donation révoquée n'est susceptible d'aucune *confirmation* : si le donateur veut maintenir son geste, il doit le renouveler; il lui faudra consentir au même gratifié une nouvelle donation qui ne produira d'effets qu'à sa date. Même le décès de l'enfant dont la naissance a détruit la donation ne saurait la faire revivre (art. 964).

1600. III. **Effets de la révocation.** — La révocation pour survenance d'enfant fonctionne ainsi qu'une *résolution* : la donation disparaît *rétroactivement*, *ex tunc*, et non pas seulement *ex nunc*, pour l'avenir; tout se passe, autant que possible, comme si elle n'était jamais intervenue. En conséquence :

1° Les biens donnés font retour au disposant qui en redevient aussitôt propriétaire. Rien ne saurait faire obstacle à cette rétrocession, pas même cette circonstance que les biens, jadis donnés à l'Etat, seraient entrés dans le *domaine public*

et seraient devenus, à ce titre, *inaliénables* et *insaisissables*; car ils n'étaient entrés dans ce domaine et ils n'avaient revêtu ce nouveau statut que sous la réserve de la condition résolutoire de l'article 960; l'Etat ne les a acquis que sous la menace de la révocation pour cause de survenance d'enfant; à cet égard, le civil tient l'administratif en échec (*Sic*, Paris, 16 avril 1926, *D. P.*, 1927, 2, 127);

2° Les biens donnés rentrent dans le patrimoine du donateur, francs et quittes de toutes charges, de toute affectation particulière : les hypothèques, les servitudes nées du chef du donataire tombent en même temps que son droit de propriété (art. 963); ces biens ne demeurent pas affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme du donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales (même texte);

3° Le donateur, redevenu propriétaire, dispose des biens comme il l'entend; il peut les donner à nouveau, par exemple au même donataire, les grever de droits réels, etc.

1601. — 4° Quant à la *restitution des fruits*, trois périodes sont à distinguer :

a) Jusqu'à l'événement — naissance ou légitimation — qui opère la révocation, le donataire acquiert les fruits *en tant que propriétaire*; il y a donc droit, même en dehors de toute perception;

b) Pendant la période qui s'écoule entre la révocation et la *notification* qui lui en est faite par le donateur au moyen d'un *exploit* ou de tout *autre acte en bonne forme* (art. 962), le donataire, qui a cessé d'être propriétaire, puisque la révocation opère de plein droit, ne peut plus acquérir les fruits qu'en qualité de possesseur, ce qui implique, d'abord une *perception* de sa part, puis sa *bonne foi*, c'est-à-dire l'ignorance où il se trouve de la révocation;

c) *Après la notification*, le donataire est officiellement constitué de mauvaise foi; il cesse donc d'acquérir les fruits dont il est désormais comptable, invariablement, envers le donateur, et alors même que la demande en restitution ne serait dirigée contre lui que plus tard (art. 962).

1602. IV. **Durée de l'action en restitution.** — A défaut d'une action en *révocation*, rendue inutile et inconcevable par le caractère automatique de la révocation, le donateur est investi d'une action en *restitution* qui réalise la mise en œuvre de la dite révocation.

Cette action en restitution n'est pas éternelle; elle est sujette à une *prescription* dont les règles, instituées dans l'article 966, sont, à plusieurs égards, dérogatoires au droit commun :

1° La prescription est de *trente ans*, invariablement, soit pour le donataire, soit pour ses héritiers ou ayants cause, soit même pour des tiers, pour des détenteurs quelconques : l'article 966 écarte absolument, au profit de quiconque, la prescription abrégée de dix à vingt ans;

2° Cette longue prescription ne commence à courir que du jour de la naissance du *dernier* enfant du donateur, *même posthume*;

3° Une fois que la prescription est accomplie, la donation, d'abord révoquée, se trouve consolidée; il appartient aux intéressés de s'en prévaloir, de la *faire valoir* (art. 966); elle constitue leur *titre d'acquisition*, solution doublement dérogatoire au droit commun : 1. c'est un principe, en effet, que la prescription trentenaire, à la différence de la prescription de dix à vingt ans, constitue, soit un mode de preuve, soit un mode d'acquérir, mais qu'elle ne joue pas un rôle de consolidation par rapport à un acte juridique antérieur (*sup.*, t. I, n^os^ 1567 et suiv.); 2. d'ailleurs, on ne voit pas comment un acte, révoqué de plein droit et dont la loi elle-même a fait table rase, d'autorité, pourrait revivre ensuite par l'action du temps. Il faut donc voir, dans la solution consacrée par l'article 966, une véritable inélégance juridique.

§ II. — *CAUSES DE RÉVOCATION AYANT UN CARACTÈRE JUDICIAIRE*

1603. Caractéristiques. — Les causes de révocation qui ressortissent à cette rubrique sont au nombre de deux : *inexécution des charges* et *ingratitude* du gratifié.

Elles présentent les caractéristiques suivantes :

1° Elles ont un caractère *judiciaire*, donc, pour le disposant, un caractère *facultatif* : libre à lui de ne pas les réaliser;

2° Elles intéressent toutes les libéralités, soit *entre vifs*, soit *testamentaires*, sous le bénéfice de certaines particularités de détail;

3° En législation, elles ont un caractère *nécessaire*; elles rentrent dans le *droit commun législatif* : on les retrouve, en effet, dans tous les Codes, anciens ou récents (C. civ. *allemand*, art. 525 à 534; C. féd. *suisse* des obligations, art. 249 à 251).

Il sera question successivement de ces deux causes de révocation.

I

Révocation pour cause d'inexécution des charges

1604. Sources. — Articles 953, 954, 956, 1046.
Bibliographie. — H. CAPITANT, *La cause des obligations* n[os] 208 et suiv.

1605. Plan. — 1° A quelles *conditions* la révocation peut être demandée;
2° *Comment* elle s'opère;
3° *Effets* qu'elle produit.

1606. I. A quelles conditions la révocation peut être demandée. — Ces conditions, assez variées, se groupent autour des points suivants :
1° *Quels actes* sont révocables;
2° Ce qu'il faut entendre par *charges*;
3° En quoi consiste l'*inexécution*;
4° *Qui* peut poursuivre la révocation;
5° *Contre qui* elle peut être demandée;
6° Dans quel *délai*.

1607. A. Quels actes comportent la révocation pour inexécution des charges. — Cette cause de révocation a un caractère de *généralité* très accusé; elle fonctionne indifféremment dans le droit *testamentaire* (art. 1046) et dans celui des *donations* (art. 953); ces dernières opérations la comportent sans distinction, qu'elles soient faites *directement* et par acte notarié, ou *manuellement* (trib. civ. Lyon, 17 juill. 1889, *Mon. judic.*, Lyon, 9 août), ou sous une forme *déguisée* (Riom, 12 janv. 1891, *D. P.*, 1892, 2, 25), ou *indirectement*; les donations *rémunératoires*, ou *mutuelles*, ou *modiques*, sont soumises à la loi commune; il n'est pas jusqu'aux donations faites par *contrat de mariage* qui n'en soient tributaires (trib. civ. Albi, 4 janv. 1911, *D. P.*, 1912, 2, 329, note PERCEROU), et il n'y aurait lieu d'excepter que les présents et cadeaux d'usage, lesquels ne sont pas traités ainsi que de véritables libéralités et échappent donc — ce qui est d'ailleurs sans grand intérêt pratique — à ce genre de révocation.

1608. B. Ce qu'il faut entendre par charges. — Bien que le législateur parle d' « *inexécution des conditions* »

(art. 953, 954, 956), on admet unanimement qu'il vise l'inexécution des *charges*, telles que nous les avons caractérisées en les opposant précisément aux conditions (*sup.*, n° 1533) : ce ne sont pas les libéralités *conditionnelles* qu'il a en vue dans ces textes, mais les libéralités *sub modo*; le doute est d'autant moins permis que l'inaccomplissement d'une condition entraîne la résolution *de plein droit* de la donation ou du legs, tandis que l'inexécution d'une charge permet seulement au disposant de provoquer la révocation *judiciaire* de la libéralité qui, jusqu'à décision de justice, reste debout (*sup.*, n° 1533).

Du moins est-ce toute charge dont l'inexécution comporte une telle sanction, sans distinguer selon son importance par rapport à la libéralité qui en est assortie, ni suivant qu'elle a été stipulée au profit du disposant lui-même ou au bénéfice d'un tiers. Spécialement, le défaut de service des arrérages d'une rente viagère, mise à la charge du gratifié, peut entraîner la révocation de la libéralité, même si le crédirentier n'est autre que le disposant ou son héritier; *non obstat* l'article 1978 (*sup.*, t. II, n° 1392) qui, dans l'opinion générale, ne s'applique pas à la rente constituée à titre gratuit (Caen, 21 avril 1841, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, n° 1297-4°; Nancy, 22 fév. 1867, *D. P.*, 1867, 2, 101).

1609. C. **En quoi consiste l'inexécution.** — En principe, toute inexécution d'une charge quelconque est susceptible d'entraîner la révocation d'une libéralité.

1° Ce n'est pas seulement une inexécution *totale* qui est à prendre en considération : une inexécution *partielle* est de nature, à l'occasion, à entraîner la révocation : le tribunal appréciera;

2° Peu importe l'origine, la cause de l'inexécution : même due à un *cas de force majeure*, au fait du prince par exemple, elle peut motiver la révocation. Notre jurisprudence a eu fréquemment à faire application de cette directive essentielle aux libéralités assorties de charges dont l'exécution était rendue juridiquement impossible par la laïcisation des écoles communales (V. *sup.*, n° 1545; Civ., 28 juin 1887, *D. P.*, 1888, 1, 435; Req., 29 nov. 1892, *S.*, 1893, 1, 32, *D. P.*, 1893, 1, 67; Civ., 19 oct. 1896, *D. P.*, 1897, 1, 604, *S.*, 1898, 1, 350). Il n'y aurait de réserve à faire que dans le cas où l'inexécution de la charge tiendrait à la volonté du donateur lui-même qui ne saurait évidemment, en pareil cas, arguer de son propre fait pour reprocher ensuite au donataire l'inexécution et pour demander la révocation de la libéralité.

1610. D. Qui peut poursuivre la révocation. — L'action en révocation appartient, pour les *donations*, au *donateur*, après lui à ses *héritiers*; elle peut être exercée, obliquement, par leurs *créanciers*, car elle n'est point exclusivement attachée à la personne, au sens de l'article 1166; pour les *legs*, elle appartient à tous ceux qui profiteraient de la révocation, notamment à l'héritier tenu d'acquitter le legs qui est accompagné de la charge inexécutée, ou au légataire universel ou à titre universel. Au contraire, *et c'est une remarque essentielle*, la révocation ne pourrait pas être demandée par le *tiers bénéficiaire* de la charge, lequel n'était pas partie à l'opération; sans doute, il peut agir contre le donataire ou le légataire pour exiger l'exécution de leurs obligations, à peine de dommages-intérêts, mais il ne saurait dépendre de lui, simple tiers bénéficiaire, de détruire une opération qui n'est point son œuvre et dans laquelle il n'est que partie prenante (V. Civ., 19 mars 1855, *D. P.*, 1855, 1, 297; *sup.*, t. II, n° 307).

1611. E. Contre qui la révocation peut être demandée. — La révocation peut être poursuivie soit contre le donataire ou le légataire, soit, après eux, contre leurs héritiers, mais non pas contre des tiers (Civ., 24 mai 1913, *S.*, 1914, 1, 317).

1612. F. Dans quel délai l'action en révocation doit être intentée. — L'action en révocation se prescrit par *trente ans*, dans les termes du droit commun (art. 2262); ce délai court seulement à dater du jour de l'*inexécution*, et non pas à compter du jour de la donation ou du décès; en cas de difficulté, il appartient aux tribunaux de localiser le point de départ de la prescription.

Exceptionnellement, la loi du 30 octobre 1886 (art. 19) a réduit à *deux années* le délai pour la demande en révocation des libéralités adressées aux communes à la charge d'établir ou de subventionner des écoles congréganistes; ce délai avait pour point de départ la publication au *Journal Officiel* de l'arrêté préfectoral laïcisant ou supprimant l'école.

1613. II. Comment s'opère la révocation. — Le principe essentiel est que la révocation est *judiciaire*; elle doit être demandée au tribunal par le donateur ou par les héritiers du testateur; l'article 956 spécifie qu'elle *n'aura jamais lieu de plein droit*; cependant, on admet la validité de la clause par laquelle le donateur ou le testateur stipuleraient

qu'en cas d'inexécution de la charge la libéralité serait résolue de plein droit, sans recours à la justice (Civ., 30 mai 1911, *S.*, 1911, 1, 353; 7 nov. 1911, *S.*, 1912, 1, 110; Riom, 10 juin 1909, Bourges, 11 janv. 1910, Rennes, 26 avril 1910, *S.*, 1910, 2, 202).

1614. — Pour nous en tenir à l'éventualité normale où l'intervention du tribunal est nécessaire, où la révocation n'existe pas tant qu'elle n'a pas été prononcée par lui, il faut examiner la portée, les conséquences de cette exigence et rechercher quels sont les pouvoirs du juge à qui la révocation est demandée.

1° Le tribunal examinera si les conditions exigées par la loi se trouvent réunies, et notamment s'il y a vraiment inexécution de la charge dont la libéralité était assortie; il jouit à cet égard d'un entier pouvoir d'appréciation. A notre avis, il n'est point nécessaire que le donataire ou le légataire ait été mis en *demeure* d'exécuter la charge demeurée en souffrance; aucun texte n'impose au demandeur en révocation une telle formalité qui ferait double emploi, semble-t-il, avec la demande en justice; c'est cependant un point sur lequel la jurisprudence est divisée (*Sic*, Douai, 31 janv. 1853; *D. P.*, 1853, 2, 241; Poitiers, 16 fév. 1883, *D. P.*, 1886, 2, 38; Limoges, 16 déc. 1896, *D. P.*, 1889, 2, 418; *contra*, Req., 3 mai 1852, *D. P.*, 1852, 1, 138; Riom, 20 nov. 1907, *S.*, 1907, 2, 309; *D. P.*, 1907, 2, 349).

1615. — 2° A supposer que l'inexécution de la charge soit certaine et que le tribunal la considère comme acquise, ce n'est pas toujours qu'il accordera au demandeur la révocation de la libéralité tout entière.

a) Il est possible qu'il ne l'accorde que *pour partie* : ainsi fera-t-il, notamment, si la charge n'affectait, dans l'esprit du disposant, qu'une partie des biens, si la disposition s'analysait en définitive en plusieurs libéralités laissant place à une sorte de ventilation dans la sanction : ce sont seulement les biens spécialement affectés à l'acquittement de la charge qui seront atteints par la révocation (Civ., 1er juill. 1896, *D. P.*, 1898, 1, 397; Req., 26 nov. 1912, *S.*, 1914, 1, 207).

1616. — *b*) Même si l'inexécution est totale et définitive, la révocation n'est pas invariablement prononcée par le tribunal, qui s'inspire, selon les circonstances de la cause, de la volonté émise par le disposant, de l'importance qu'il a attachée à la charge et à sa réalisation. Il est des charges

qui, dans la pensée du donateur ou du testateur, n'ont qu'une valeur secondaire et ne jouent, dans l'opération, qu'un rôle de second plan : leur méconnaissance ne sera point irritante et la sanction de la carence du gratifié consistera seulement dans une condamnation à des dommages-intérêts (Req., 16 juill. 1855, *D. P.*, 1855, 1, 149; 27 mars 1861, *D. P.*, 1861, 1, 264; 6 avril 1887, *D. P.*, 1888, 1, 301; 29 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 1, 81, note Planiol); mais il arrive que la charge prenne, aux yeux de celui qui l'a instituée, une tout autre valeur, une valeur déterminante : c'est elle qui l'a en réalité incité à consentir la libéralité; c'est elle qui a entraîné son consentement, qui a été la *cause impulsive et déterminante* de la donation ou du legs; son inexécution prive l'opération de son support (à moins cependant que la libéralité ne soit pourvue de deux causes impulsives et déterminantes; en ce cas, elle a un mobile de secours; *uno avulso non deficit alter*; V. Req., 29 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 1, 81, note Planiol); c'est alors que, par respect de la volonté du disposant, on lui confère ou on confère à ses héritiers une action en révocation qui permettra de remettre les choses en l'état, d'en revenir au *statu quo ante*; puisque le but poursuivi ne saurait plus être atteint, on fait table rase de l'instrument dont on s'était servi en vue de le réaliser.

Ainsi s'est instituée une jurisprudence d'autant plus remarquable et d'autant plus intéressante qu'elle sert de complément et de réplique à celle qui s'est formée sur l'article 900 et qui a été précédemment décrite (*sup.*, n° 1545); tandis que, par une interprétation resserrée, la Cour de cassation limite l'application de ce dernier texte aux charges et conditions secondaires, à l'inverse et par une saine compréhension de l'article 953, elle limite le domaine de cette disposition aux charges impulsives et déterminantes. Toute cette jurisprudence présente ainsi une parfaite unité, soucieuse qu'elle est d'assurer le triomphe des mobiles déterminants : qu'il s'agisse de déterminer la sanction d'une condition ou d'une charge illicite, ou bien les conséquences de l'inexécution d'une charge valablement insérée dans une donation ou dans un testament, le juge fait appel à la notion de la cause impulsive et déterminante pour opérer une sélection entre les conditions et les charges adventices, dont l'illicéité comme l'inexécution ne compromettent pas la disposition elle-même, et, d'autre part, les charges essentielles, représentatives du but même que poursuivait le disposant et dont la nullité ou l'inobservation entraînent, dans leur chute, l'opération elle-même (V. *sup.*, n° 1545; H. Capitant, *La*

cause des obligations, nos 208 et suiv., notamment n° 210; note PLANIOL, *D. P.*, 1895, 1, 217; Req., 17 fév. 1903, *S.*, 1904, 1, 38; 6 avril 1906, *S.*, 1907, 1, 166; 3 mai 1921, *D. P.*, 1921, 1, 143; Lyon, 1er fév. 1894, *S.*, 1894, 2, 165; Dijon, 8 juin 1910, *S.*, 1910, 2, 202).

1617. — 3° Il est admis constamment que le tribunal peut accorder au défendeur un *délai* pour s'acquitter de la charge qui lui incombe (Req., 31 janv. 1899, *D. P.*, 1899, 1, 272; 5 juill. 1905, *D. P.*, 1905, 1, 456), et que les créanciers du donataire ou du légataire sont admis à conjurer la révocation de la libéralité en offrant d'en exécuter eux-mêmes les charges; ils agissent alors du chef et pour le compte de leur débiteur, en vertu de l'article 1166 (Limoges, 12 janv. 1906, *S.*, 1907, 2, 25; Poitiers, 12 déc. 1933, *S.*, 1934, 2, 29);

4° Si le tribunal prononce la révocation, il peut l'aggraver par des *dommages-intérêts* mis à la charge du gratifié défaillant (Aix, 25 fév. 1880, *D. P.*, 1880, 2, 249; Douai, 16 janv. 1882, *D. P.*, 1883, 2, 2);

5° Le disposant n'est nullement obligé, en présence de la carence du gratifié, de prendre l'initiative de la révocation de la libéralité, mais il a le choix entre plusieurs attitudes; il peut :

1. Ou bien poursuivre l'exécution des charges en recourant, dans ce but, à toutes voies de droit;

2. Ou bien demander la révocation de la donation ou du legs;

3. Ou enfin s'abstenir, laisser les choses en l'état, et même renoncer définitivement au droit de poursuivre la révocation, du moins *si la charge avait été stipulée à son profit*; sa renonciation pourrait être expresse ou tacite (trib. civ. Bruxelles, 29 nov. 1883, *Pasicr.*, 1884, 3, 112; Orléans, 8 août 1893, *Rép. gén. du notariat*, 1894, p. 254); mais elle ne saurait se présumer.

1618. La révocation pour inexécution des charges et le pacte commissoire tacite de l'article 1184. — Si l'on se reporte aux règles qui viennent d'être énoncées, on constate qu'elles sont en quelque sorte reproduites de la théorie du pacte commissoire tacite de l'article 1184 : même pouvoir d'appréciation pour le juge; même liberté de détermination chez le créancier ou chez le disposant qui a le choix entre divers partis; même possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts, et, par dessus tout, même préoccupation, chez le législateur, d'assurer le respect de la

volonté des parties, de maintenir l'équilibre de l'opération : si cet équilibre est définitivement rompu, si l'opération ne réalise pas le but qui lui avait été assigné par les parties ou par le disposant, elle doit ou elle peut tomber.

Tel est bien, en effet, le point de vue auquel se placent les auteurs pour apprécier la théorie de la révocation des libéralités pour inexécution des charges (Comp., Douai, 16 janv. 1882, précité) ; et ce point de vue semble particulièrement légitime pour ce qui est des libéralités entre vifs, car une donation avec charge rentre dans la catégorie des contrats synallagmatiques; il est donc équitable et il est juridique qu'elle soit tacitement assortie de la condition résolutoire de l'article 1184.

1619. — Cependant, nous pensons que la conception doctrinale, qui rattache ainsi purement et simplement l'article 953 à l'article 1184, ne doit pas être accueillie sans réserve et sans mise au point.

1° Elle est indéfendable en matière testamentaire : un legs avec charge n'est pas une opération synallagmatique intervenue entre le testateur et le légataire;

2° Même pour ce qui est des donations, la conception dominante prête encore à la critique : il n'est pas exact de voir dans la charge la contre-partie de la libéralité, alors qu'elle constitue une simple *modalité* de l'opération; ce serait confondre la greffe avec l'arbre sur lequel elle est pratiquée; l'obligation du donateur et celle du donataire ne se servent pas réciproquement de cause; elles ne sont pas à égalité;

3° Et, ce qui le prouve bien, c'est qu'il ne saurait être question de révocation de la donation en faveur et sur l'initiative du donataire; or, la théorie de la résolution pour inexécution des obligations est à base de réciprocité; là où cette réciprocité est inconcevable, la théorie devient elle-même sans emploi.

En réalité, ce n'est pas au concept de la cause, au sens classique du mot, que doit être ramenée cette théorie de la révocation des libéralités pour inexécution des charges, mais, ce qui est bien différent, au concept de la *cause impulsive et déterminante*; la révocation sanctionne ici, non pas l'interdépendance des obligations issues d'une même opération, mais le mobile déterminant, le *mobile-but* qui a inspiré l'auteur de cette opération et qui lui a dicté son geste généreux.

1620. III. Effets de la révocation. — Principe. — Comme la révocation pour cause de survenance d'enfant, la révocation pour inexécution des charges se réalise *rétroactivement*, et c'est encore un point de contact qu'elle présente avec la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations. Suivant la formule de l'article 954, les biens rentrent dans les mains du donateur, *libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire*. On applique donc purement et simplement l'adage : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* : les droits concédés par le donataire ou nés de son chef ne peuvent pas être plus solides que le droit même dont ils procèdent; ils tombent nécessairement avec lui.

1621. Réserves. — Cependant, il faut noter :

1° Que l'action du disposant peut se heurter à des situations acquises et définitivement acquises par les ayants cause du gratifié qui se réclameront, à l'occasion, soit de l'*usucapion*, soit de la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*;

2° Que la rétroactivité ne joue pas pour les *fruits* : après des hésitations et des divergences, il est admis que le donataire ou le légataire conservent les fruits jusqu'au jour de la demande en révocation (Paris, 3 juill. 1890, *D. P.*, 1894, 2, 54, sous-note *a*; Nancy, 24 juin 1893, *D. P.*, 1895, 2, 395; Bourges, 6 juin 1898, *D. P.*, 1898, 2, 495), ou de la mise en demeure formée contre lui (Limoges, 16 déc. 1896, *D. P.*, 1899, 2, 418); quant aux *tiers acquéreurs*, ils acquièrent les fruits suivant les principes généraux, par une perception opérée de bonne foi.

Les *impenses* effectuées dans l'intervalle sur l'immeuble donné sont remboursées, conformément à la théorie traditionnelle, c'est-à-dire intégralement, si elles étaient *nécessaires*, et seulement jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée, si elles étaient *utiles* (Civ., 22 juin 1887, *D. P.*, 1887, 1, 305). En revanche, le donataire ou le légataire sont comptables des *détériorations* qu'ils auraient commises sur les biens donnés ou légués.

II

Révocation pour cause d'ingratitude

(Art. 953, 955 à 959; 1046 et 1047)

1622. Principe. — La *donation* impose au gratifié un devoir de reconnaissance envers son bienfaiteur; ce devoir ne constitue pas, à vrai dire, une obligation juridique parfaite, puisque la loi ne confère au disposant aucune action pour en exiger l'accomplissement; mais ce serait en sous-estimer l'importance que de le ramener à une obligation purement morale, puisqu'il comporte, à l'occasion et dans les cas extrêmes, une sanction d'ordre juridique qui est précisément la *révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire*. A notre avis, il faut y voir une obligation civile *négative* : le donataire ne doit pas commettre certains actes ou abstentions entachés d'une noire ingratitude; s'il contrevient à ce devoir, la sanction intervient sous l'aspect d'une révocation de la libéralité : l'obligation de ne pas faire se résout alors, en cas d'inexécution, en une obligation de restitution.

C'est dire que la révocation pour cause d'ingratitude offre le caractère d'une *pénalité civile*, comme les sanctions édictées à raison du défaut d'inventaire par le conjoint survivant, commun en biens (art. 1442) ou du détournement d'effets héréditaires ou d'effets de la communauté : le donataire ingrat est un *coupable* qui encourt les rigueurs, souvent de la loi pénale elle-même, mais aussi de la loi civile. On verra que ce caractère pénal influe notablement sur l'aménagement de l'institution.

Les mêmes observations sont valables pour les *legs* qui sont déclarés, eux aussi, révocables pour cause d'ingratitude du légataire, par l'article 1046.

1623. Plan. — 1° *Libéralités* révocables;
2° *Causes* de révocation (*cas d'ingratitude*);
3° *Comment* opère la révocation;
4° *Effets* qu'elle produit.

1624. I. Libéralités révocables. — Principe. — 1° Toutes les *donations*, au sens le plus large du mot, comportent la révocation pour cause d'ingratitude : dons *manuels*, donations *déguisées* (Req., 20 juill. 1893, *S.*, 1893, 1,

424, *D. P.*, 1893, 1, 598), donations *mutuelles*, libéralités *indirectes*, donations avec charge. 2° De même, ce sont tous les legs, même *sub modo*, qui peuvent être révoqués de ce chef : l'article 1046 ne distingue pas.

1625. Exception. — Aux termes de l'article 959, « *les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude* »; la raison en est que de telles libéralités bénéficient, non seulement au donataire, mais aussi à son conjoint ainsi qu'aux enfants issus du mariage; le législateur ne veut pas qu'une *peine* vienne frapper des innocents. Cette justification de l'article 959 conduit : 1° à l'appliquer sans distinguer selon que la donation est ou non faite par contrat de mariage; 2° à l'écarter dans le cas où la donation est faite par l'un des époux à l'autre, car la révocation ne préjudicie pas alors aux enfants, héritiers de leurs deux auteurs et qui trouveront dans la succession de l'un d'eux les biens qu'ils n'auront pas recueillis dans la succession de l'autre; ce sont seulement les donations faites, en faveur de mariage, par des *tiers*, qui échappent à la révocation pour cause d'ingratitude (Civ., 10 mars 1856, *D. P.*, 1856, 1, 49; 17 fév. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 483, *S.*, 1873, 1, 52; 16 fév. 1874, *D. P.*, 1874, 1, 197; Cass. *belge*, 13 juin 1912, *S.*, 1913, 4, 15).

1626. II. Causes de révocation (cas d'ingratitude). — — Trois causes de révocation sont énumérées, pour les donations, dans l'article 955, dont les deux premières seules trouvent leur application en ce qui concerne les legs.

Cette énumération est incontestablement *limitative*, ainsi qu'il résulte : 1° de la rédaction de l'article 955 « La donation *ne pourra* être révoquée... *que dans les cas suivants...* »; 2° du caractère de pénalité civile que présente la révocation pour cause d'ingratitude; *nulla pœna sine lege*. Mais le deuxième chef de révocation est tellement large qu'il confère à la théorie une ampleur inattendue; grâce à lui, les digues protectrices seront aisément rompues.

1627. A. Causes de révocation communes aux donations et aux legs. — 1° Il résulte des articles 955 et 1046 que la libéralité est susceptible d'être révoquée pour cause d'ingratitude lorsque le donataire ou le légataire a *attenté à la vie* du donateur ou du testateur.

La formule de l'article 955 doit être prise à la lettre :

a) Il faut, pour que la pénalité soit encourue, que le gra-

tifié ait *voulu tuer* son bienfaiteur; l'*intention homicide* est seule frappée par la loi. La disposition ne jouerait donc pas au cas d'*homicide par imprudence*; ou de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, sauf, en ce cas, application possible, pour sévices, de l'article 955-2° (*inf.*, n° 1628); ni si le meurtrier se trouvait en état de *démence* (Comp., Dijon, 17 juill. 1872, *D. Jur. gén., Supp. Dispos. entre vifs*, n° 1065) ou de *légitime défense*; ni même si c'est un défaut de soins et d'assistance de sa part qui a déterminé la mort du bienfaiteur (Req., 1er déc. 1885, *D. P.*, 1886, 1, 222);

b) Mais, du moment que la volonté homicide existe, la révocation de la libéralité est encourue : il n'est pas nécessaire que le bienfaiteur ait été tué ou blessé; un attentat (art. 955), donc une simple *tentative* de meurtre est assimilée ici au meurtre consommé.

1628. — 2° La libéralité est également susceptible d'être révoquée si le gratifié s'est rendu coupable envers son bienfaiteur de *sévices, délits ou injures graves* (art. 955-2°).

On sait que les *sévices* consistent dans des voies de fait, dans des mauvais traitements. Les *délits* sont tous faits prévus et punis par la loi pénale; l'*injure* est toute offense par la parole ou par les actes ou par l'attitude.

Il est à remarquer que les sévices, les délits ou les injures n'entraînent la révocation de la libéralité qu'autant qu'ils sont *graves* (art. 955-2°) : de cette gravité, le juge est l'appréciateur souverain. Comme délit suffisamment grave, il faut indiquer le *vol* commis envers le bienfaiteur avant son décès (Civ., 24 déc. 1827, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, 1839 et 4300; Bordeaux, 6 mars 1854, *D. ibid.*, 508, note 1) ou l'*abus de confiance* (Req., 20 oct. 1930, *S.*, 1931, 1, 29); comme exemple d'injure grave, on peut citer l'adultère de la femme, donataire de son mari (Civ., 16 fév. 1874, *D. P.*, 1874, 1, 197, *S.*, 1875, 1, 416; Req., 19 oct. 1927, *S.*, 1927, 1, 382), mais non pas les écarts de conduite d'une concubine qui n'était tenue, envers le donateur, à aucune obligation de fidélité (Bastia, 31 juill. 1907, *D. P.*, 1909, 2, 206; Paris, 8 juill. 1926, *S.*, 1926, 2, 91).

Malgré tout, il est manifeste que ce deuxième chef de révocation pour ingratitude ouvre la porte à l'arbitraire; l'*injure grave* est une notion aussi complaisante ici qu'en matière de divorce; et les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation pour dire si les faits allégués présentent un caractère injurieux au sens de l'article 955-2° (Civ., 22 juin 1897,

D. P., 1897, 1, 559). D'autre part, le chef de révocation pour sévices retentit sur le chef précédent pour attentat à la vie du bienfaiteur : les coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner peuvent motiver et justifier une action en révocation (Paris, 28 mai 1937, *S.*, 1937, 2, 209).

1629. Injure à la mémoire du disposant. — L'injure à la mémoire du *testateur* est une cause de révocation des legs que celui-ci avait consentis au coupable (art. 1047); notamment, l'inconduite du mari, légataire de sa femme, est susceptible, suivant les cas, d'entraîner la révocation de la libéralité (Comp. dans des sens divers et avec des réserves, Colmar, 7 janv. 1830, sous Req., 15 juin 1831, *D. Jur. gén.*, *Chose jugée*, 48-2°; Lyon ,14 janv. 1870, *D. P.*, 1876, 5, 396).

Au contraire, il est très généralement admis que l'injure faite à la mémoire du *donateur* n'est pas susceptible d'entraîner, à l'encontre du donataire qui s'en rend coupable, la révocation de la libéralité; c'est *a contrario* et non pas *a simili* qu'il faut argumenter de l'article 1047 : en matière de donation, l'action en révocation est strictement *personnelle* au disposant; l'article 957 la refuse à ses héritiers, à moins qu'elle ne soit née d'abord dans sa personne, ce qui n'est évidemment pas le cas lorsque l'injure est faite à sa mémoire; ils ne sauraient y prétendre de leur propre chef, mais ils sont seulement admis à l'exercer du chef et comme continuateurs du donateur, ce qui suppose que sa cause est antérieure au décès de ce dernier (Metz, 24 mai 1859, *D. Jur. gén.*, *Disp. entre vifs*, 510).

1630. B. Cause de révocation spéciale aux donations ; refus d'aliments. — Lorsque le donataire refuse de venir en aide à son bienfaiteur qui se trouve dans le besoin, lorsqu'il refuse de lui fournir des *aliments*, il se rend encore coupable d'ingratitude et il encourt donc, de ce chef, la révocation de la libéralité qui lui avait été consentie (art. 955-3°).

1631. — Pour que cette sanction soit encourue, diverses conditions sont requises :

1° Il faut que le donateur soit dans le besoin;

2° Le donataire doit être à même de fournir les aliments qui lui sont demandés;

3° En général, on exige encore que le donateur n'ait pas de parents tenus de l'obligation alimentaire et susceptibles de l'acquitter. Toutefois, il est des auteurs qui décident autrement et qui considèrent que le donataire est en état d'ingra-

titude du moment qu'il refuse à son bienfaiteur des aliments qu'il serait capable de lui fournir et quand bien même il existerait des parents ou des alliés tenus de l'obligation alimentaire; et cette dernière opinion se trouve renforcée à la fois par la nouvelle jurisprudence qui reconnaît à l'obligation alimentaire un caractère *cumulatif* (Civ., 2 janv. 1929, *D. H.*, 1929, 65; *sup.*, t. I, n° 1153) et par celle qui, on va le voir, dénie l'existence d'une obligation alimentaire véritable à la charge du donataire et qui exclut ainsi toute idée de hiérarchie entre les assujettis à des titres divers.

1632. Sanction sans obligation? — Du moment que le donataire encourt la révocation de la libéralité pour refus d'aliments, il semble qu'il soit tenu, vis-à-vis de son bienfaiteur, d'une *obligation alimentaire* dont cette révocation constitue la sanction. Mais tel n'est pas le point de vue de la Cour de cassation qui déclare que l'article 955-3° n'implique nullement l'existence d'une dette alimentaire exigible directement par le donateur et pesant sur le donataire, et qui en conclut que, si la donation ne peut être révoquée, comme ayant été faite en faveur du mariage (art. 959), le refus d'aliments ne comporte alors aucune espèce de sanction (Req., 1er déc. 1919, *D. P.*, 1920, 1, 5, note Ripert, *S.*, 1921, 1, 127). Dans le cas normal où la révocation peut jouer, on se trouve ainsi en présence d'une *sanction sans obligation*, donc d'un concept plus rare et plus paradoxal que celui d'une *obligation sans sanction*. Mais le paradoxe s'atténue si l'on réfléchit qu'à défaut d'obligation alimentaire, le donataire est du moins tenu de l'obligation négative de ne pas se rendre coupable, vis-à-vis de son bienfaiteur, d'une noire ingratitude; c'est cette obligation, *dont le refus d'aliments révèle l'inexécution*, qui se trouve sanctionnée par la révocation de l'article 955-3°; il y a donc bien, en définitive, obligation et sanction, seulement l'obligation n'est pas précisément celle que l'on pensait; c'est une obligation négative, assez imprécise, dont le refus d'aliments dénonce, dans de certaines conditions, l'inaccomplissement.

1633. III. Comment opère la révocation. — 1° La révocation pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu de plein droit (art. 956); elle doit être prononcée *en justice*; si révoltante que soit l'ingratitude du donataire, la donation subsiste aussi longtemps qu'elle n'a pas été révoquée par le tribunal qui jouit d'un pouvoir d'appréciation souverain, mais qui, si les faits sont patents, ne pourrait pas différer sa décision

en accordant un délai au donataire; à cet égard, la révocation pour cause d'ingratitude est traitée autrement que la révocation pour inexécution des charges.

1634. 2° Qui peut agir en révocation. — L'action en révocation est réservée au donateur lui-même (Paris, 18 fév. 1896, *D. P.*, 1896, 2, 197); son caractère strictement *personnel* se manifeste doublement :

a) L'exercice par la voie oblique de l'article 1166 en est refusé aux créanciers; cette action est bien exclusivement attachée à la personne au sens de ce texte;

b) Les *héritiers* du donateur sont également exclus, en ce sens du moins qu'ils ne peuvent pas exercer l'action *de leur propre chef* (art. 957); on leur permet seulement de l'intenter : 1. si le donateur est décédé au cours de l'instance qu'il avait engagée; 2. s'il est mort avant d'avoir agi, mais se trouvant encore dans le délai pour agir, c'est-à-dire dans *l'année* du fait constitutif de l'ingratitude du donataire (même texte). Tout cela revient à dire que les héritiers ne peuvent pas agir de leur propre chef, mais qu'ils succèdent du moins aux droits du donateur, et cela sans distinguer selon qu'ils ont ou non la *saisine* (Bordeaux, 27 nov. 1890, *D. P.*, 1892, 2, 539).

1635. 3° Contre qui l'action est dirigée. — A cet égard encore, l'action est, à raison de son caractère pénal, *très personnelle* : elle ne peut être dirigée que contre le *donataire lui-même*, à l'exclusion de ses héritiers (art. 957, § 2), et quand bien même le décès du donataire serait survenu dans l'année du fait constitutif de son ingratitude. Du moins, et bien que cette opinion soit contestée, faut-il admettre que l'instance en révocation, engagée contre le donataire de son vivant, pourrait être continuée, après lui, contre ses héritiers : le décès de l'offenseur n'implique nullement le pardon de l'offensé; et d'ailleurs, c'est un principe que les actions, susceptibles de disparaître *morte vel tempore*, demeurent sauves une fois qu'elles ont été exercées : « *semel inclusae judicio salvae permanent* ».

1636. 4° Durée de l'action. — Le Code civil fixe à *un an* le délai pendant lequel la révocation d'une donation peut être demandée pour cause d'ingratitude (art. 957).

Ce délai n'a pas le caractère d'une prescription : il faut y voir un *délai préfix* qui échappe donc à toute perspective d'allongement par voie de suspension ou d'interruption

(Civ., 22 juin 1897, *D. P.*, 1897, 1, 559) et qui répugne à l'application de la règle *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (Besançon, 12 fév. 1873, *D. P.*, 1873, 2, 122) ; il repose sur une présomption de pardon de la part du donateur offensé : le temps a dû effacer le souvenir de l'injure.

Point de départ. — Le délai court du jour du délit ou du jour que ce délit *aura pu être connu par le donateur* (art. 957, § 1) — et non pas seulement du jour où il aura été effectivement connu par celui-ci. S'il y a plusieurs faits d'ingratitude successifs, le délai ne court qu'à compter du plus récent (Civ., 10 mars 1856, *D. P.*, 1856, 1, 49; Req., 21 déc. 1897, *D. P.*, 1898, 1, 347). Ces règles sont applicables aux héritiers, purement et simplement : ils ne peuvent agir que dans l'année à partir du délit, ou à partir du jour où ils auront été à même d'en être informés, et cela, à notre avis, sans distinguer selon que leur auteur avait ou non eu connaissance de l'ingratitude de son obligé (Paris, 20 fév. 1893, *D. P.*, 1893, 2, 517).

Pardon de l'offensé. — Même avant l'expiration du délai d'un an, l'action en révocation s'éteint par le *pardon* de l'offensé (Lyon, 14 janv. 1870, *D. P.*, 1870, 5, 396).

1637. IV. Effets de la révocation. — Ces effets doivent être appréciés tant entre les *parties* qu'à l'égard des *tiers*.

A. *Entre les parties.* — Le donateur est remis, autant que possible, dans la situation où il serait si la donation n'avait pas eu lieu; en conséquence :

1° Il a droit à la restitution des biens qu'il avait donnés;

2° Si le donataire les a aliénés dans l'intervalle, il est comptable de leur *valeur au temps de la demande* (art. 958, § 2);

3° Il doit indemniser le donateur du préjudice que lui causent les *charges* établies sur l'immeuble, lesquelles lui sont opposables, ainsi qu'on va le voir : servitudes, usufruit, hypothèques, etc.;

4° Les *améliorations et les détériorations* donnent lieu à un règlement de compte qui est effectué sur les bases habituelles.

Quant aux *fruits*, le donataire ingrat n'en doit la restitution qu'à compter de la demande en révocation (art. 958, § 2) : on le traite donc, à cet égard, ainsi qu'un possesseur de bonne foi; il ne faut pas que son ingratitude ait, à son

encontre, des conséquences rétroactives qui seraient susceptibles de déterminer sa ruine.

1638. B. **A l'égard des tiers.** — La révocation pour cause d'ingratitude offre ce caractère particulier de ne pas retentir contre les tiers; elle doit cette particularité à son caractère *pénal*; que le coupable soit puni de son ingratitude, rien de mieux; mais il ne faut pas que des tiers, que des innocents soient frappés avec lui. Aussi le Code civil décide-t-il que les droits réels constitués dans l'intervalle subsisteront : l'acheteur, le donataire, le créancier hypothécaire, l'usufruitier, le titulaire d'une servitude, qui ont traité avec le donataire ingrat, ne seront nullement atteints par la révocation qui se produira sous la réserve de leurs droits; ce n'est pas une véritable résolution qui se produit; c'est seulement une peine personnelle qui est infligée au donataire ingrat et qui ne doit pas atteindre, même indirectement, des tiers (art. 958, § 1).

1639. Publicité. — Toutefois, pour que les tiers bénéficient de cette immunité, la loi exige que leurs droits soient nés antérieurement à une formalité de publicité qu'elle institue dans leur intérêt et qui consiste dans une *mention, en marge de la transcription de la donation, d'un extrait de la demande en révocation* (art. 958, § 1). Par là, le public est averti de la possibilité d'une révocation imminente; celui qui traiterait désormais avec le donataire ingrat le ferait en connaissance de cause, *à ses risques et périls* : il subirait, le cas échéant, le poids de la révocation; acheteur ou donataire, il verrait tomber son titre d'acquisition; créancier hypothécaire, il verrait s'évanouir son hypothèque.

Bien entendu, ce régime n'est applicable qu'à la révocation des donations sujettes à transcription, c'est-à-dire portant sur des biens susceptibles d'hypothèque (art. 939) : si la libéralité avait eu pour objet des biens ne comportant pas l'hypothèque, la révocation produirait ses effets au jour de la demande et indépendamment de toute publicité particulière, sauf pour les acquéreurs de meubles corporels la ressource de s'abriter derrière la maxime protectrice de l'article 2279 et d'objecter *qu'en fait de meubles la possession vaut titre*.

III. — *RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DES LEGS PAR LA VOLONTÉ UNILATÉRALE DU TESTATEUR*

(Art. 1035 à 1038)

1640. Principe. — Tandis que la *donation* est un *contrat*, et un contrat particulièrement solide, sur lequel il est impossible de revenir, même du consentement des deux parties (*sup.*, n° 1349), le *testament* n'a, jusqu'au décès de son auteur, que la valeur d'un simple *projet* qui peut être révoqué *ad nutum* par celui qui l'a formé : un retour de volonté peut toujours abolir la déclaration de volonté incluse dans un acte de ce genre : la *révocabilité* est de l'essence du testament, envers et contre tout, aussi bien que l'*irrévocabilité* est de l'essence de la donation.

1641. Distinction. — Ce retour de volonté peut se manifester directement ou implicitement; la révocation d'un testament, ou de telle clause qu'il contenait, peut être soit *expresse*, soit *tacite*.

1642. I. Révocation expresse. — Elle peut être formulée ou dans un *acte testamentaire*, ou dans un acte *notarié* (art. 1035).

A. **Révocation par acte testamentaire.** — Nous disons *acte testamentaire* et non pas *testament*; car il n'est pas nécessaire que l'acte révocatoire contienne des legs; c'est le *contenant* qui importe, non le *contenu*; il suffit que l'acte soit revêtu des *formes* du testament (Req., 10 janv. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 185; Bordeaux, 5 mai 1879, *D. P.*, 1881, 2, 144; Besançon, 26 juill. 1899, *D. P.*, 1900, 2 348), et de formes testamentaires quelconques : il n'est pas indispensable que le testateur recoure à la forme dont il s'était servi la première fois; c'est ainsi qu'un testament rédigé dans la forme authentique peut parfaitement être révoqué par un acte testamentaire rédigé dans la forme olographe, ou inversement.

Du moins faut-il que cet acte révocatoire soit valable, *quant à la forme*, sinon il serait inopérant, et, à notre avis, vraiment inexistant (*sup.*, n° 1296); le testament que son auteur se proposait de rétracter conserverait toute son efficacité; par exemple, un acte autographe non signé par le testateur serait sans force révocatoire.

Mais, si le cadre doit être irréprochable, il en va autrement de son contenu, et un testament opérerait abrogation expresse du précédent alors même que les dispositions nouvelles qu'il contient demeureraient inopérantes; ainsi décide l'article 1037 pour les cas où le nouvel acte resterait sans exécution « *par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataires, ou par leur refus de recueillir* »; la jurisprudence a fait application de ce principe à un testament révocatoire qui instituait une *personne incertaine* (Req., 9 mars 1903, *S.*, 1904, 1, 69), ou un *enfant adultérin* (Civ., 16 juill. 1906, *S.*, 1909, 1, 387); et nul doute qu'il ne faille décider de même lorsque le legs contenu dans l'acte révocatoire devient caduc à raison du prédécès du bénéficiaire. A ce point de vue encore, la *forme* seule est décisive; elle a plus de valeur que le fond; elle renferme en elle-même toute la vertu abrogatoire de l'acte.

1643. B. **Révocation par acte notarié.** — Le Code civil admet que la révocation d'un testament ou d'un legs y contenu se réalise au moyen d'un *acte notarié* ne réunissant pas les conditions exigées pour la validité d'un testament authentique (art. 1035). Mais il faut observer :

1° Que cet acte notarié requiert la présence effective d'un second notaire ou de témoins instrumentaires, lors de la lecture et de la signature (L. 25 ventôse an XI, art. 9-2°, mod. par L. 12 août 1902, art. 1);

2° Qu'un testament authentique ou mystique, qui serait nul comme tel, ne serait pas susceptible de produire l'effet révocatoire en tant qu'acte notarié; il doit être envisagé en lui-même *secundum naturam*, et non point à un titre différent (Req., 10 avril 1855, *D. P.*, 1855, 1, 285).

1644. Rétractation de la révocation. — Testamentaire ou notariée, la révocation est susceptible d'être rétractée à son tour, dans les formes de l'article 1035, par acte testamentaire ou par acte notarié; elle peut même être tacite — comme la révocation du premier testament — et résulte, par exemple, de la rature, de la lacération, de la cancellation de l'acte révocatoire, ou encore de la confection d'un nouveau testament dont les dispositions sont incompatibles avec celles de l'acte révocatoire (Req., 15 mai 1878, *D. P.*, 1879, 1, 32; 26 mars 1879, *D. P.*, 1879, 1, 285).

1645. II. **Révocation tacite.** — La révocation tacite s'induit de tout acte, de toute attitude impliquant chez le

testateur un retour de volonté effectif — et non pas seulement la vraisemblance d'un tel retour. Il faut citer, dans cet ordre d'idées : 1° la *rédaction* d'un testament postérieur, incompatible ou contradictoire; 2° l'*aliénation volontaire* du bien légué; 3° la *destruction*, lacération ou cancellation du testament.

1646. A. **Rédaction d'un testament postérieur, incompatible ou contradictoire avec le précédent.** — Lorsque le même testateur a rédigé plusieurs testaments portant des dates différentes, ce n'est pas toujours et nécessairement que le plus récent révoque le premier, mais il ne produit cet effet que dans la mesure où les dispositions qu'il renferme se trouvent incompatibles avec celles de l'acte primitif (art. 1036); la révocation tacite du testament se réalise, à cet égard, dans les mêmes limites étroites et précises que l'*abrogation* tacite d'une *loi* plus ancienne par une loi plus récente (*sup.*, t. I, n° 76); c'est seulement s'il faut choisir entre l'acte ancien et l'acte nouveau que l'on accorde la préférence à ce dernier.

1647. — Dans l'application, la révocation tacite des testaments soulève de fréquentes et épineuses difficultés d'interprétation; à cette occasion, les directives suivantes ont été posées par la Cour de cassation.

1° C'est au juge du fond qu'il appartient de rechercher souverainement la véritable intention du testateur; il le fait en s'inspirant de toutes les circonstances de la cause et sans que sa décision soit soumise au contrôle de la Cour suprême (Req., 23 juill. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 123; Civ., 3 avril 1889, *D. P.*, 1889, 1, 161; 18 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 198; Req., 1er fév. 1939, *D. H.*, 1939, 178), sauf dans le cas où il refuserait d'admettre la révocation en dépit de l'incompatibilité *matérielle* des dispositions contenues dans des testaments successifs;

2° Seule compte l'intention *effective* du testateur à qui on ne saurait prêter arbitrairement telle ou telle pensée, comme plus raisonnable ou plus opportune.

1648. — 3° En général, la volonté abrogatoire tacite ne doit être admise, dans le doute, que s'il y a vraiment incompatibilité, *matérielle* ou *intentionnelle*, entre les deux ordres de dispositions contenues dans un testament; là où la conciliation est possible, on s'y rallie plutôt qu'à l'abrogation :

il n'y a pas de présomption de révocation en dehors d'une incompatibilité matérielle absolue.

a) C'est ainsi qu'il n'y a pas incompatibilité véritable entre un legs particulier et un legs universel adressés à deux personnes différentes, et cela que le legs particulier soit le premier en date — *generalia specialibus non derogant* — ou qu'il ait été consenti dans le deuxième testament : il vient alors en déduction de l'émolument du légataire universel qui conserve sa vocation à l'universalité;

b) Le même raisonnement est de mise au cas d'institution d'un légataire particulier et d'un légataire à titre universel;

c) La question devient plus délicate si chacun des testaments contient institution d'un légataire universel : le tribunal appréciera si le testateur a entendu avoir deux légataires universels, ce qui n'est nullement impossible, ou bien si, en instituant le deuxième, il a voulu révoquer sa première libéralité (Paris, 9 janv. 1872, *D. P.*, 1872, 2, 202; Limoges, 20 déc. 1876, *D. P.*, 1878, 1, 375),

d) Des difficultés d'interprétation du même genre apparaissent si le testateur a, par deux actes différents, légué la même chose à deux légataires particuliers; ici encore, l'incompatibilité n'est pas matérielle, n'est pas inéluctable entre les deux dispositions, car l'on conçoit que la chose soit partagée entre les deux bénéficiaires; la révocation ne se présume pas; il faut, puisqu'elle ne saurait être ici qu'intentionnelle, qu'elle ressorte des circonstances de la cause : le juge du fait appréciera.

1649. B. **Aliénation volontaire du bien légué.** — Aux termes de l'article 1038, l'aliénation que le testateur consent du bien par lui antérieurement légué emporte révocation du legs : ici encore, il y a incompatibilité entre deux dispositions dont l'une, la plus ancienne, n'était qu'à l'état de simple projet, dont l'autre, la plus récente, intervient entre vifs et implique virtuellement rétractation de la première.

1650. Généralité de cette forme de révocation. — D'après l'article 1038; c'est « *toute aliénation* » qui emporte révocation du legs antérieurement consenti de la même chose.

1° Ce n'est pas seulement la *vente* du bien légué qui produit cet effet révocatoire, c'est aussi l'*échange* comme le précise le texte, ou la *donation*;

2° Il n'est pas nécessaire que l'aliénation soit définitive, qu'elle fasse sortir le bien du patrimoine du disposant, sans

espoir de retour : une vente à *réméré* entraîne révocation du legs antérieurement consenti (art. 1038), et encore que le vendeur use ensuite de la faculté de rachat : une vente *annulable* aurait le même effet : en dépit de l'annulation plus tard prononcée, le legs demeurerait révoqué (Req., 25 avril 1887, *D. P.*, 1888, 1, 169);

3° Il n'est pas indispensable non plus que l'aliénation soit totale, qu'elle porte sur la chose tout entière qui avait été léguée; une aliénation *partielle* vaut révocation, dans la mesure du moins où elle se produit.

1651. Conditions requises pour que l'aliénation ait une vertu révocatoire. — Ces conditions se résument en une seule directive : pour que le legs soit tacitement révoqué, il faut, chez l'aliénateur, une *intention révocatoire* s'affirmant dans une aliénation réalisée (Req., 31 mai 1909, *D. P.*, 1909, 1, 337, note Guénée).

1° Parce que l'intention révocatoire est indispensable, les aliénations qui ne sont pas volontaires ne font pas tomber le legs antérieurement consenti; si, par exemple, le bien légué a été *saisi* par les créanciers du testateur et *vendu aux enchères*, cette aliénation *forcée* n'entraîne pas révocation du legs qui pourra recevoir exécution dans l'éventualité où le testateur serait ensuite redevenu propriétaire de la chose léguée. La même observation pourrait être reproduite au cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique* ou de vente sur *licitation* provoquée par les copropriétaires du testateur;

2° Pour la même raison, l'aliénation n'opérerait pas révocation si elle émanait d'un testateur *interdit* ou si elle était consentie sous l'empire de la *violence* : l'intention révocatoire fait alors évidemment défaut.

1652. — 3° On peut se demander et on discute si le legs est révoqué par une aliénation qui est, non plus seulement annulable comme nous le supposions précédemment (*sup.*, n° 1650), mais *radicalement nulle* ou même *inexistante*. Dans l'opinion dominante, on répond affirmativement, notamment en répudiant toute distinction entre les vices de *fond* et les vices de *forme* (Req., 16 avril 1845, *D. P.*, 1845, 1, 293; 25 avril 1887, *D. P.*, 1888, 1, 169); c'est ainsi qu'une donation aurait une vertu révocatoire alors même qu'elle serait dépourvue de la forme notariée ou quelle n'aurait pas été acceptée par le donataire (Bordeaux, 3 août 1858, *D. P.*, 1859, 2, 82 et 119). A notre avis, la question doit être résolue par une distinction entre les actes nuls ou annulables d'une

part, et les actes *inexistants* d'autre part; les premiers témoignent d'une volonté révocatoire, mais non les seconds qui, par définition même, n'existent pas (*sup.*, t. I, n° 151). En conséquence, nous dénions la vertu révocatoire à la donation informe, puisque nous avons considéré que les formes requises par la loi sont, en ce qui concerne cet acte, sanctionnées par l'inexistence (*sup.*, n° 1310); d'ailleurs, un testament irrégulier dans la forme n'emporte pas révocation des legs consentis dans un acte antérieur (*sup.*, n° 1642); il doit en aller de même d'une donation informe (V. en ce sens, pour la donation qui n'avait pas été acceptée par le donataire, Paris, 11 déc. 1847, *D. P.*, 1848, 2, 129; Tissier, note *S.*, 1903, 1, 259, col. 3, et, pour les actes inexistants en général, Civ., 6 janv. 1930, *motifs*, *D. H.*, 1930, 180, *S.*, 1931, 1, 289).

1653. — 4° Si l'aliénation n'a été faite que sous *condition suspensive*, la révocation du legs est elle-même tenue en suspens; c'est seulement au jour de la réalisation de la condition qu'elle se produira (Req., 15 mai 1860, *D. P.*, 1860, 1, 277).

1654. — 5° Enfin, il est évident que l'aliénation n'emporte révocation du legs qu'autant qu'elle vient le *contredire* et que les exécutions des deux dispositions, de dernière volonté et entre vifs, sont *incompatibles*; sinon, il n'y a plus place pour une présomption de révocation chez le testateur. En conséquence :

a) L'effet révocatoire de l'aliénation ne se produit qu'au regard des *legs à titre particulier* : en aliénant un de ses biens, le testateur ne révoque nullement le legs universel ou à titre universel qu'il avait antérieurement consenti et dont l'exécution demeure toujours possible, sous le bénéfice de cette réserve que l'émolument du légataire en sera diminué (Req., 1er déc. 1851, *D. P.*, 1851, 1, 327);

b) L'effet révocatoire suppose aussi que le legs antérieurement consenti portait sur un *corps certain*; s'il avait pour objet une somme d'argent ou des choses déterminées *in genere*, l'exécution en demeurerait possible et il n'y aurait pas révocation (Req., 15 mai 1860, précité; Civ., 2 juill. 1867, *D. P.*, 1867, 1, 272);

c) La donation consentie, au légataire lui-même, de la chose léguée, n'emporte pas, en principe, révocation du legs, mais seulement si elle est faite à des conditions ou sous des charges nouvelles; il s'opérerait alors, dans cette dernière éventualité, comme une novation par changement de cause;

hors de là, le legs subsisterait et produirait tous ses effets si la donation postérieurement faite était nulle (Civ., 6 juin 1814, *S.*, 1814, 1, 577; Req., 10 nov. 1836, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, 4259; Besançon, 19 mai 1809, *D. Jur. gén., eod. verb.*, 4267).

1655. C. Destruction, lacération ou cancellation d'un testament. — La *destruction* du testament, par voie de *lacération* ou de *cancellation* (bâtonnement) emporte la révocation de l'acte, à la condition qu'elle soit l'œuvre volontaire du testateur lui-même et qu'elle porte sur l'original; si elle n'affecte que l'expédition du testament authentique, et alors que la minute subsiste encore, elle n'a point d'effet révocatoire; de même, s'il existait plusieurs exemplaires d'un testament olographe, la destruction de l'un d'eux ne priverait pas les autres de leur efficacité (Lyon, 14 déc. 1875, *D. P.*, 1876, 2, 199). Il va sans dire que la cancellation ne produit d'effet révocatoire que dans la mesure où elle a été faite : seules les clauses biffées sont à considérer comme non avenues.

La lacération ou la cancellation sont sans vertu révocatoire lorsqu'elles sont le fait d'une personne autre que le testateur, sauf les difficultés de preuve que présente alors la reconstitution du testament qui peut avoir lieu par tous les moyens possibles; il est admis que, lorsque le testament lacéré ou cancellé a été trouvé dans les papiers du testateur, la lacération ou la cancellation sont à considérer, jusqu'à preuve du contraire, comme étant son œuvre personnelle : c'est ce qu'on entend lorsqu'on parle, en cette matière, de « *présomption de révocation* » (Comp. Req., 17 fév. 1937, *D. P.*, 1937, 1, 57, note critique Savatier; Agen, 13 avril 1864, sous Cass. 6 mars 1866, *D. P.*, 1866, 2, 270); mais la situation serait inversée si le testament avait été découvert chez un tiers : la lacération ou la cancellation seraient alors présumées être l'œuvre d'une tierce personne.

Section III. — RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS POUR ATTEINTE À LA RÉSERVE

Disponible et réserve de droit commun
(Art. 913 à 930; l. 7 fév. 1938)

1656. Bibliographie. — Le Play, *La réforme sociale; Organisation du travail*; Boissonnade, *Histoire de la réserve héréditaire*; Cornulier-Lucinière, *Le droit de tester*;

Ed. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs*; PANTELITCH, *Etude philosophique et juridique de la réserve héréditaire*, thèse, Lyon, 1933.

1657. Généralités. — En principe, il nous est loisible de disposer de nos biens à notre guise, à titre gratuit comme à titre onéreux; nous pouvons les donner ou les léguer, sans aucune limitation; c'est tout le contenu de notre patrimoine qui est disponible.

Exceptionnellement, mais très fréquemment, cette liberté de détermination se trouve limitée, cantonnée à une certaine fraction de notre patrimoine. Par cette mesure restrictive, le législateur se préoccupe de protéger contre la générosité du disposant sa famille immédiate; il ne faut pas, notamment, que des parents puissent se dépouiller et, du même coup, dépouiller leurs enfants ou l'un d'eux au moyen de libéralités consenties soit à des étrangers, soit même à un parent, à un des enfants qui serait comblé au détriment des autres. De notre vivant, nous sommes tenus, envers nos proches, d'une *obligation alimentaire*; cette obligation ne s'éteint pas avec nous, mais elle se prolonge en se transformant; nous devons transmettre à nos descendants, voire à nos ascendants, un minimum de notre fortune; ainsi l'exige la solidarité familiale, la cohésion de la famille. Ce minimum auquel nos proches ont droit en toute éventualité a nom la *réserve*; le surplus de notre patrimoine, dont nous pouvons les dépouiller en consentant des libéralités à autrui, ou en les exhérédant, s'appelle la *quotité disponible*, ou plus brièvement, le *disponible*.

Ces deux fractions du patrimoine, réserve et disponible, sont des *valeurs complémentaires*; sans doute, elles n'ont pas une composition fixe; elles ne sont pas constituées par des corps certains : étant donné tel bien, on ne saurait dire s'il fait partie de la réserve ou du disponible; ces fractions sont des *quotités complémentaires* l'une de l'autre et dont l'ensemble constitue le patrimoine dans son intégralité. Si, par exemple, la réserve est d'un quart, on sait par cela même que le disponible est des trois quarts; mais, quant à savoir si telle libéralité entame ou non la réserve, c'est seulement au jour du décès du disposant qu'on sera à même de le dire; dans le cas de l'affirmative, la libéralité excessive, donation ou legs, sera *réduite*, c'est-à-dire qu'elle sera ramenée dans les limites du disponible : une *action en réduction* constitue ainsi la *sanction* de la réserve; elle est accordée

aux héritiers à réserve, aux héritiers *réservataires*, pour la sauvegarde de leurs droits.

1658. Examen critique. — Le principe même de la réserve a été vivement attaqué par Le Play qui, avec son école, s'est fait le champion de la liberté absolue de tester. A ses yeux, les limitations apportées à cette liberté, bien loin de favoriser l'esprit de famille, iraient à son encontre; il importe que le père puisse faire de ses biens l'usage qui lui plaira et, s'il le juge opportun, les transmettre intégralement à l'un de ses enfants; ainsi se trouvera restaurée et affermie son autorité de chef. Le système actuel a des inconvénients sociaux et économiques qui sont d'une extrême gravité : il conduit au morcellement des héritages; il tue, chez les fils de famille, assurés de recueillir leur part dans les hérédités paternelle et maternelle, l'esprit d'initiative, au lieu que dans d'autres pays, en Angleterre notamment, les enfants, lorsqu'ils sont largement exhérédés, se voient dans l'obligation de travailler; ils deviennent ainsi, par la force du régime successoral, des facteurs de la richesse nationale; grâce à leur activité, le magnifique empire colonial de l'Empire britannique trouve en eux des ressources humaines inépuisables; ils ne sont pas, comme nos fils de famille français, des rentiers par prédestination législative.

1659. — Il y a assurément un bien-fondé dans ces critiques, mais aussi une bonne part d'exagération.

1° La liberté de tester pourrait être excellente si elle se réalisait toujours dans la prévoyance et dans la sagesse; malheureusement, il serait à craindre qu'elle ne s'exerçât en faveur du plus intrigant, du plus avide, du plus dénué de scrupules, au détriment du plus digne, du plus délicat, du plus discret; l'expérience démontre que, bien souvent, les parents ont une prédilection marquée pour celui de leurs enfants qui est le moins estimable, le moins méritant; des excès, des injustices, des abus seraient à redouter s'ils pouvaient disposer de leur fortune à leur guise et jusqu'au dernier lopin de terre, jusqu'au dernier centime;

2° D'ailleurs, nos mœurs répugnent à une inégalité marquée entre enfants d'une même famille; il n'est ni très juste ni très moral que toutes les forces vives soient accaparées par un seul d'entre eux; une telle différence de traitement qui ferait, parmi eux, des pauvres et des riches, ne serait pas de nature à favoriser la bonne entente familiale. L'argu-

ment tiré de l'exemple donné par l'Angleterre n'est pas entièrement concluant : ce pays est dans l'impossibilité de nourrir tous ses ressortissants sur son sol, et comme il possède, d'autre part, un empire colonial immense, l'émigration de ses fils constitue pour lui une nécessité vitale; la situation n'est point tout à fait la même pour la France dont la terre métropolitaine est plus riche, moins surpeuplée et dont le domaine colonial, encore que très vaste, ne présente pas la même étendue que celui de l'Empire britannique. D'aure part, l'exemple des Etats-Unis dont la législation ignore la réserve et où cependant les liens familiaux sont singulièrement relâchés (V. *sup.*, t. I, n° 911), montre que la liberté de tester ne marche pas de pair, il s'en faut, avec la cohésion dans la famille;

1660. — 3° *Le droit comparé* fournit, en faveur de l'institution de la réserve, un apport capital : à toute époque et sous toutes les latitudes, cette institution a trouvé place dans presque toutes les législations.

A *Rome*, la liberté de tester fut contrecarrée assez rapidement par la théorie coutumière de l'*inofficiosité des testaments*, élaborée par la jurisprudence du tribunal des centumvirs; le testament par lequel un proche était *injustement* dépouillé de la part qui lui revenait dans la succession était considéré comme rédigé sous le coup de la démence, comme *inofficieux*, contraire à l'*officium pietatis*; il tombait sous le coup de la *querela inofficiosi testamenti*, à moins que l'exhérédation ne s'expliquât par une de ces *justae causae* dont Justinien dressa la liste, d'ailleurs assez longue.

Dans notre *ancien droit français*, tandis que les pays de droit écrit accueillirent la *légitime romaine*, les pays de coutume connurent, concurremment avec elle, la réserve coutumière des *quatre quints* (quatre cinquièmes), qui était d'origine germanique; qui ne concernait que les *propres*, c'est-à-dire les immeubles que le *de cujus* avait lui-même recueillis par voie de succession; qui ne protégeait l'héritier que contre les libéralités testamentaires et à la condition qu'il vînt effectivement à la succession (la réserve était *pars hereditatis*); mais qui, d'autre part, présentait une ampleur remarquable en ce qu'elle fonctionnait au profit de tous les parents, fussent-ils simplement des collatéraux, au lieu que la légitime n'était instituée, en pays de droit écrit, que pour les descendants, ascendants, frères et sœurs, en terre coutumière que pour les deux premières catégories seulement.

C'était donc, on le voit, par deux institutions venues de deux points opposés de l'horizon juridique, que les intérêts successoraux des proches se trouvaient protégés dans les pays de coutume, ou plutôt par trois mesures de sauvegarde : car, en plus de la *légitime* et de la réserve des *quatre quints*, une règle, précédemment exposée, défendait au père de famille, dans les coutumes d'*égalité parfaite* ou d'*égalité simple*, d'utiliser le disponible au profit d'un de ses enfants (*sup.*, n° 1084). L'appareil était donc imposant qui avait été aménagé pour réaliser en quelque mesure, avec la conservation des biens dans la famille, l'égalité entre les enfants.

Droit révolutionnaire. — On pourrait croire que la Révolution, qui avait exalté les Droits de l'Homme et qui s'inspirait de directives individualistes, conférerait à la liberté de tester un libre champ; ce fut cependant le contraire qui se produisit; au nom de l'égalité, poussée ici jusqu'à l'extrême, la Convention, considérant que les droits du propriétaire ne pouvaient lui survivre, réduisit le disponible en ligne directe, d'abord supprimé par un décret des 7-11 mars 1793, à un *dixième* de la succession (*D.*, 17 nivôse an II, art. 16), et encore en spécifiant qu'il ne pourrait pas être attribué à un héritier, en sorte qu'il ne dépendait pas du disposant d'avantager un de ses descendants ou de ses ascendants en quelque mesure que ce fût. Ces mesures draconiennes furent en réalité dictées à la Convention par le désir de réagir contre des institutions de l'ancien régime : grâce à elle, on voulait en finir avec le droit d'aînesse, avec les exhérédations des cadets ou des filles dotées, avec les substitutions. Il s'agissait donc de mesures de circonstances, bientôt tempérées par la loi du 4 germinal an VIII qui éleva sensiblement le taux du disponible en le fixant au quart de la succession si le père de famille ne laissait pas plus de trois enfants vivants, au cinquième s'il laissait quatre enfants, etc. De plus, le disponible élargi pouvait être attribué à l'un des réservataires : c'en était donc fait de « l'esprit d'égalité extrême » qui avait animé la Convention : le père de famille pouvait désormais établir des différences de traitement entre ses enfants, dans des limites d'ailleurs assez resserrées.

1661. Le Code civil français. — Les rédacteurs du Code civil ont reculé ces limites, assez sensiblement; ils ont développé la liberté de tester; fusionnant les deux institutions coutumière et romaine de la réserve des quatre quints et de la légitime, ils ont institué une réserve qui, comme la réserve

coutumière, est partie intégrante de la succession, mais qui, à l'exemple de la légitime romaine, garantit l'héritier contre les donations aussi bien que contre les libéralités testamentaires et qui fait état de toutes catégories de biens, sans distinguer d'après leur nature ou leur provenance : mais, seuls, les héritiers en ligne directe y ont droit; seuls, les descendants et les ascendants ont la qualité de réservataires. On peut estimer qu'en somme, le Code civil de 1804 a fait œuvre de sagesse et de pondération, en tout cas sûrement d'éclectisme; on pourrait seulement lui reprocher la complexité de son système, complexité dont on se rendra compte par la suite.

1662. A l'étranger, le principe de la réserve est accueilli à peu près par toutes les législations, exception faite du droit de la *Grande-Bretagne*; on le trouve consacré par le Code civil *italien* de 1865 et aussi dans le *projet* de code civil *italien* (art. 96 à 105), comme par le Code civil *espagnol* de 1889 (art. 805 et suiv.), par le Code *allemand* de 1900 (art. 2303 et suiv.), comme par le Code civil *suisse* de 1912 (art. 470 et suiv.) et par le Code civil de la République de *Chine* (art. 1223 à 1225), ainsi que par le Code civil des Etats-Unis du *Brésil* (art. 1721 à 1725); et la République des *Soviets*, après l'avoir d'abord répudié (C. civ., art. 419), s'y est rapidement ralliée (D. du Comité exécutif du 28 mai 1928) en atribuant aux héritiers légaux une réserve égale aux trois quarts de leur part successorale; en *Suisse*, elle est également, pour un descendant, des trois quarts de son droit de succession; pour le conjoint survivant — lequel n'est point réservataire d'après le droit français — de tout son droit de succession en pleine propriété, du moins lorsqu'il se trouve en concours avec des héritiers légaux (art. 471).

Un rapide tour d'horizon du droit comparé nous permet ainsi de formuler cette double conclusion, à savoir que la réserve est consacrée dans l'immense majorité des codifications civiles, puis que les pays qui l'ont répudiée et qui admettent une liberté de tester sans limites sont en général ceux dans lesquels, tels les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, les liens familiaux sont les plus relâchés : cette double constatation est tout en faveur de l'institution dont nous abordons l'étude.

1663. Elimination et plan. — Nous ne traitons pour le moment et dans cette section que de la réserve et du dis-

ponible *de droit commun*, laissant en dehors de nos développements deux disponibles spéciaux :

1° Celui qui est institué dans les rapports *entre époux* et qui sera examiné plus loin (*inf.*, n° 1821) ;

2° Celui qui résulte, pour le *mineur* parvenu à l'âge de seize ans, de la demi-capacité de tester que lui reconnaît la loi et dont il a été question précédemment (*sup.*, n° 1396).

Plan. — 1° *Quels héritiers* sont réservataires et quel est le *montant* de leur réserve;

2° *Nature* de la réserve héréditaire et *utilisation* du disponible;

3° *Comment on vérifie* si la réserve a été atteinte, entamée par les libéralités;

4° *Sanction* de la réserve : *action* en réduction.

§ I. — *QUELS HÉRITIERS SONT RÉSERVATAIRES ET QUEL EST LE MONTANT DE LEUR RÉSERVE*

1664. Plan. — La réserve doit être déterminée : 1° pour la famille *légitime*; 2° pour la famille *adoptive*; 3° pour la famille *naturelle*.

I

Famille légitime

1665. Principe absolu. — La règle est des plus simples : seuls ont droit à une réserve les héritiers *en ligne directe*, donc les *descendants* ou les *ascendants* du défunt.

Toute réserve est refusée, invariablement, aux *collatéraux*, même privilégiés, ainsi qu'au *conjoint*. Pour la première exclusion, si nous sommes en régression sur le droit romain qui admettait qu'un testament pût être déclaré inofficieux lorsqu'il écartait un frère ou une sœur, nous nous rencontrons du moins avec la majorité des législations étrangères (V. cependant l'art. 471 C. civ. *suisse* qui accorde une réserve aux frères et sœurs, — ainsi que le Code civil *turc* de 1926, sa réplique — tout en autorisant d'ailleurs les cantons, soit à la supprimer, soit, à l'inverse, à l'étendre aux descendants de frères et sœurs; art. 472) ; il faut d'ailleurs signaler que les collatéraux sont protégés, dans notre droit français, contre les libéralités testamentaires d'un *mineur*, lequel ne peut disposer que de la moitié des biens qu'il pourrait léguer s'il était majeur (*sup.*, n° 1396), et qu'ils bénéficient, à l'occa-

sion, d'une *réserve administrative* (*inf.*, n° 1691) ; mais, pour l'exclusion du *conjoint survivant*, nous sommes en retard sur la plupart des pays, en tout cas sur ceux qui ont codifié leur législation civile depuis un demi-siècle et qui s'accordent à faire du conjoint un héritier réservataire (C. civ., *allemand*, art. 2303; C. civ. *suisse*, art. 471; C. civ. *turc;* C. civ. des *Soviets*, modifié par d. 28 mai 1928; C. Civ. de la République de *Chine*, art. 1223; *projet* C. civ. *italien*, art .86; et pour le *Danemark*, l. 20 avril 1926, *Ann. de lég. étrang.* 1927, p. 307).

1666. I. Réserve des descendants. — Tout *descendant*, du moment qu'il vient à la succession, a droit à une réserve; étant héritier, il est du même coup héritier réservataire, et sans limitation de degré, le petit-enfant et l'arrière-petit-enfant aussi bien que le descendant qui occupe le premier degré (art. 913, § 3).

Quant au *montant* de la réserve de ces descendants, il est facile à retenir; le Code civil le fixe indirectement, dans l'article 913, en établissant le disponible qui, on le sait, en constitue le complément rigoureusement exact. Or, ce disponible *varie avec le nombre des enfants* :

Si le défunt laisse *un seul enfant*, le disponible est de la *moitié*, l'autre *moitié* de la succession étant représentée par la réserve du descendant unique;

S'il y a *deux enfants*, le disponible est d'*un tiers*; c'est donc que la réserve de chacun des enfants est également d'*un tiers* de la succession;

S'il y a *trois enfants ou davantage*, le disponible est du *quart* : c'est un minimum au-dessous duquel il ne descend pas; les autres *trois quarts* constituent la réserve globale, qui est à répartir *également* entre les enfants dont la réserve individuelle se réduit donc d'autant plus qu'ils sont plus nombreux. A trois, ils ont chacun une réserve d'un quart; à six, leur part individuelle réservée descend à un *huitième*; à douze, elle s'abaisse à un *seizième* de la succession.

1667. Difficultés. — Enfants renonçants ou indignes. — Il faut savoir de quels enfants au juste on doit faire état pour le calcul de la réserve : certainement l'enfant *prédécédé* n'entre pas en compte, ni celui qui est frappé *d'incapacité* ou qui est en état d'*absence*; ce dernier est comme s'il n'existait pas, du moins lorsqu'il s'agit pour lui d'acquérir un droit (*sup.*, n° 726). Mais que faut-il décider pour

l'enfant survivant et présent qui ne vient pas à la succession soit parce qu'il y *renonce*, soit parce qu'il est *indigne* de succéder? De tels enfants feront-ils nombre pour le calcul du montant de la réserve? ou bien agira-t-on comme s'ils n'existaient pas? La question est d'un grand intérêt pratique : si, par exemple, le défunt a laissé deux enfants dont un renonçant ou un indigne, la réserve à allouer à l'acceptant unique sera des deux tiers ou de moitié seulement selon qu'on fera état ou non du renonçant ou de l'indigne.

1668. Jurisprudence. — On peut dire que la question n'existe pas en jurisprudence; de tout temps, la Cour de cassation a jugé qu'il y a lieu de faire état, pour le calcul de la réserve, des descendants renonçants ou indignes (*Sic.*, pour les enfants *renonçants;* Civ., 18 fév. 1818, *S.*, 1818, 1, 422; Civ., 13 août 1866, *D. P.*, 1866, 1, 465, note Thiercelin; Req., 21 juin 1869, *S.*, 1870, 1, 432 *D. P.*, 1874, 5, 377; 10 juin 1902, *S.*, 1904, 1, 121, *D. P.*, 1904, 1, 425; Civ., 23 juin 1926, *motifs D. P.*, 1927, 1, 65, note Radouant; Paris, 1er mai 1923, *S.*, 1923, 2, 71, *D. P.*, 1924, 2, 76; et, pour les enfants exclus comme *indignes*, Douai, 25 juin 1891, *D. P.*, 1892, 2, 89, note Planiol).

Résultats. — Cette jurisprudence aboutit à des résultats singuliers : elle a pour conséquence pratique d'enfler démesurément et sans raison valable la réserve des enfants acceptants : si, sur trois enfants appelés à la succession, il en est deux qui renoncent, le troisième aura une réserve des *trois quarts* pour lui seul, alors qu'il ressort de l'article 913 qu'un enfant *unique* ne peut jamais prétendre à une réserve supérieure à la moitié de la succession.

Argumentation. — Pour justifier un résultat aussi inattendu, il faudrait un texte qu'on s'ingénie en vain à découvrir.

1° La Cour de cassation croit le trouver dans l'article 913 lui-même qui règle la réserve d'après le nombre des enfants que le défunt *laisse*; or, allègue-t-on, un enfant renonçant ou indigne est *laissé* par le *de cujus* aussi bien qu'un enfant qui vient effectivement à sa succession. L'argument est pitoyable : il est de toute évidence que le législateur a visé dans l'article 913 les enfants que le défunt *laisse comme héritiers*; il n'a pas pu faire état des renonçants, et cela pour une raison péremptoire : c'est qu'il les considère comme

étrangers à la succession, comme n'ayant jamais été héritiers (art. 785; *sup.*, n° 876); dès lors, comment pourrait-il en être tenu compte lorsqu'il s'agit de fixer le *quantum* de la réserve, laquelle est une *part de l'hérédité*?

2° Il est vrai que, d'après l'article 786, la part du renonçant *accroît* à ses cohéritiers; mais ce texte est lui-même commandé par le précédent; la règle de l'accroissement n'est posée qu'en fonction de celle de la rétroactivité de la renonciation, laquelle va à l'encontre de la solution jurisprudentielle et conduit à faire abstraction des enfants renonçants. En d'autres termes, l'héritier acceptant n'est nullement l'ayant cause du renonçant; il tient tous ses droits du défunt, directement;

3° On allègue que, du moins, la jurisprudence de la Cour de cassation offre cet avantage de rendre la situation certaine et de faciliter les prévisions du disposant en soustrayant le disponible et la réserve à l'influence d'éventualités subséquentes : si un père de famille a trois enfants, il sait que, quoi qu'il advienne, il peut disposer du quart de sa fortune et seulement du quart; il agira en conséquence. Mais l'observation n'est fondée que pour partie, car, d'une part, il faut compter avec le prédécès possible d'un enfant, et, d'autre part, si le disponible demeure invariable, avec le système jurisprudentiel, il n'en va pas de même de la réserve de l'acceptant qui s'enfle au fur et à mesure des renonciations et des indignités. Il y a donc toujours place pour de l'imprévu, sinon du côté du disponible, du moins quant à l'aménagement de la réserve, à son attribution.

Si l'on ajoute que la thèse jurisprudentielle peut aboutir à faire bénéficier de la réserve du renonçant un héritier qui n'a pas lui-même la qualité de réservataire (arrêt précité du 23 juin 1926, note Radouant), on reconnaîtra que cette thèse, qui va à l'encontre du grand principe de la rétroactivité de la renonciation successorale (art. 785) comme de cette idée fondamentale que la réserve est *pars hereditatis*, et qui aboutit à des résultats pratiques vraiment paradoxaux, est à condamner sans hésitation; sur ce point, c'est la doctrine qui a raison, lorsqu'elle s'oppose vigoureusement et presque unanimement à la jurisprudence (V. Trasbot, n° 35) en lui rappelant qu'un héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été appelé à la succession et que tout doit donc se passer comme s'il n'avait jamais existé : la réserve est à calculer en faisant abstraction des indignes et des renonçants (V. cependant, dans le sens de la jurisprudence, Aubry et Rau, 5e éd., t. XI revisé par E. Bartin, § 681, note 5).

1669. Petits-enfants et arrière-petits-enfants. — Lorsque des petits-enfants viennent à la succession d'un grand-père ou d'une grand'mère, ils ont droit, *à eux tous*, à la réserve qui eût appartenu à leur auteur (art. 913, § 3). On admet que ce texte est applicable, malgré sa teneur étroite, non seulement si les petits-enfants usent de la *représentation*, hypothèse directement prévue par le législateur, mais aussi lorsqu'ils viennent à la succession de leur aïeul *de leur chef* : il est inadmissible que la faculté de disposition d'un grand-père soit subordonnée au nombre des enfants que laissera son propre enfant; et d'ailleurs, on ne comprendrait pas que les petits-enfants appelés à la succession de leur aïeul eussent une situation meilleure que si cette succession avait été d'abord recueillie par leur auteur; ils ne doivent donc pas avoir, à eux tous, une réserve supérieure à celle qui eût appartenu à leur père ou à leur mère (*Sic*, Rouen, 12 fév. 1887, *D. P.*, 1889, 2, 181).

1670. II. **Réserve des ascendants.** — Les ascendants légitimes ont droit à une réserve qui est fixée, *en bloc*, à un *quart* pour chacune des lignes, et cela *quel que soit le nombre des bénéficiaires*; le défunt a ainsi pu disposer de la moitié de ses biens s'il laisse des ascendants dans chaque ligne, et des trois quarts s'il n'en laisse que dans une seule ligne, paternelle ou maternelle (art. 914). Il serait donc inexact de dire que la réserve des ascendants ne varie pas d'après leur nombre, ou du moins cette proposition ne serait exacte que pour la *réserve globale*, laquelle se divise entre tous les représentants de chacune des lignes ascendantes : le nombre des ascendants se trouve ainsi d'influer, sinon sur la réserve globale, du moins sur la *réserve individuelle* de chacun.

A cet égard, il est à remarquer que la réserve du père et de la mère, fixée au quart pour chacun d'eux, est précisément égale au montant de leur vocation héréditaire, du moins lorsqu'ils se trouvent en concours avec des collatéraux privilégiés (art. 748; *sup.*, n° 756).

1671. Généralité des règles qui instituent la réserve des ascendants légitimes. — Les règles qui viennent d'être posées sont applicables dans tous les cas : quel que soit le *degré* occupé par l'ascendant, et quelle que soit la *qualité* des héritiers *avec lesquels* ils concourent ou *à défaut desquels* ils sont appelés à la succession.

1° Peu importe le *degré* de l'ascendant : un bisaïeul, un trisaïeul ont droit à la réserve afférente à la ligne qu'ils

représentent, tout aussi bien qu'un ascendant du premier ou du deuxième degré, à condition évidemment qu'ils soient appelés à la succession :

2° Peu importe la *qualité* des parents *légitimes avec lesquels* les ascendants se trouvent de concourir (en cas de concours avec des *enfants naturels*, on verra que la réserve des ascendants subit une compression importante; *inf.*, n° 1679, comme aussi au cas de concours avec le *conjoint survivant*; *inf.*, n° 1827*bis*); ces parents peuvent être des collatéraux, soit ordinaires, soit, s'il s'agit des père et mère, privilégiés; leur présence n'influera pas sur la réserve des ascendants. Si, par exemple, le *de cujus* laisse, dans une ligne un grand-père, dans l'autre un cousin, et s'il y a dans la succession 100.000 francs dont 70.0000 sont légués à un étranger, les 30.000 francs qui demeurent pour les héritiers ne seront pas partagés également entre eux, car il faut absolument que l'ascendant soit nanti de sa réserve; il obtiendra donc 25.000 francs, tandis que le collatéral de l'autre ligne devra se contenter de 5.000. Son sacrifice est nécessaire, car il se heurte à deux situations inattaquables, celle de l'ascendant qui doit être rempli de sa réserve, celle du légataire à qui une partie du disponible a été laissée (art. 914, *in fine*).

1672. — 3° Peu importe enfin la *qualité* des héritiers *à défaut desquels* l'ascendant vient à la succession. Si le défunt laisse un frère et un grand-père, celui-ci n'est pas appelé à la succession (*sup.*, n° 756); donc sa réserve ne joue pas; il n'y a point d'héritier réservataire; les libéralités consenties par le défunt s'exécuteront, sans limitation de somme et alors même qu'il aurait institué un *légataire universel*, car une telle institution ne détruit pas la vocation des héritiers du sang; malgré tout, le frère demeure virtuellement héritier et la réserve de l'ascendant, qui, lui, n'est pas appelé à la succession, n'apparaît pas (Civ., 22 mars 1869, *D. P.*, 1869, 1, 431). Mais que le frère *renonce* et le grand-père vient à la succession, et en qualité de réservataire, en sorte qu'il y aura peut-être lieu de réduire les libéralités faites par le *de cujus*, afin de constituer la réserve de l'ascendant : l'héritier de première ligne n'était pas réservataire; mais il n'empêche que l'héritier de deuxième ligne, appelé à défaut du précédent, aura cette qualité. En conséquence, s'il y a 100.000 francs dans la succession et si le défunt avait consenti des libéralités pour 90.000, la réduction s'imposera jusqu'à concurrence de 15.000, tandis que, dans l'éventualité de l'acceptation du frère, il n'en aurait pas été question.

1673. — Ce résultat a paru tellement surprenant à certains auteurs qu'ils ont proposé de l'écarter en soutenant que la loi prend en considération, pour fixer la réserve, le nombre et la qualité des héritiers que le défunt a *laissés*, c'est-à-dire qui existent lors du décès. Or, à ce moment, l'héritier, qui est le frère, n'est pas réservataire; donc, quoi qu'il advienne par la suite et même si ce frère renonce, il n'y aura pas de réserve et les libéralités faites par le défunt reçoivent leur entière exécution (*Sic*, AUBRY et RAU, 5e éd. t. XI, § 680, note 10).

Cette thèse aurait le mérite de cadrer avec la jurisprudence qui fait état des enfants indignes ou renonçants et qui vient d'être analysée (*sup.*, nos 1667 et suiv.); de part et d'autre le principe directeur est le même : on envisage la situation telle qu'elle existe au jour du décès et on n'admet pas qu'elle puisse être modifiée par des événements subséquents. Mais on ne réalise la cohérence que dans l'illégalité : la rétroactivité de la renonciation condamne la seconde thèse aussi bien et du même coup que la première; le frère qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), et l'ascendant est donc à considérer comme ayant succédé directement et immédiatement au défunt; il est l'ayant cause de celui-ci, non du frère renonçant; rien ne s'oppose donc à ce qu'il ait plus de droits que ce dernier, à ce qu'il soit réservataire au défaut d'un héritier non réservataire.

C'est ce que la jurisprudence a bien compris en reconnaissant à l'ascendant qui vient à la succession à la suite de la renonciation d'un collatéral, la qualité de réservataire (Req., 24 fév. 1863, *D. P.*, 1863, 1, 121; Civ., 3 fév. 1897, *D. P.*, 1897, 1, 601, note PLANIOL; *S.*, 1897, 1, 137). Mais elle ne se conforme ici à la légalité qu'au prix d'une contradiction manifeste avec elle-même, puisque, d'une part, elle fait état des enfants renonçants pour fixer la réserve des enfants acceptants (*sup.*, n° 1668), tandis que, d'autre part, elle fait abstraction du collatéral privilégié renonçant pour reconnaître une réserve à l'ascendant acceptant; en donnant la première solution, elle fait échec à la règle écrite dans l'article 785; en se rangeant à la deuxième, elle applique ladite règle. Aubry et Rau avaient du moins le mérite de la cohérence et de la logique : ils persévéraient dans leur erreur.

1674. — Il est à remarquer que la difficulté serait supprimée si la réserve était refusée par notre loi, sinon à tous les ascendants, comme dans la République des *Soviets*, du

moins aux ascendants autres que ceux du premier degré : alors, on ne verrait jamais un successible de deuxième ligne avoir la qualité de réservataire tandis que celui de deuxième ligne en est dépourvu. Aussi comprend-on que les législations récentes limitent la réserve aux ascendants du premier degré (C. civ. *allemand*, art. 2303; C. civ. *suisse*, art. 470).

1675. Succession anomale. — Les ascendants n'ont droit à une réserve qu'autant qu'ils viennent à la succession *ordinaire* du défunt; s'ils recueillent une succession *anomale*, ils n'ont plus la qualité d'héritier réservataire, puisque leur droit est subordonné à la présence, dans la succession du descendant, des biens qu'ils leur avaient donnés (art. 747; *sup.*, n° 810).

II

Famille adoptive

1676. — 1° *Descendants.* L'enfant *adoptif* a, dans la succession de l'adoptant, les droits qu'y aurait l'enfant issu du mariage (art. 357; — V. cependant *inf.*, n° 1828*bis*) : il est donc certainement réservataire, dans les mêmes conditions et au même titre que ce dernier; mais il est dépourvu de toute réserve comme de tout droit héréditaire vis-à-vis des parents, par exemple du père de l'adoptant;

2° *Ascendants.* L'adoptant n'hérite pas de l'adopté; la loi ne lui accorde qu'un droit de succession *anomale*, dans de certaines conditions (art. 358, *sup.*, n° 802); il ne peut donc être question pour lui de réserve.

III

Famille naturelle

1677. I. Enfants naturels. — Principe. — Avant 1896, c'était une question de savoir, dans le silence du Code civil, si les enfants naturels avaient une réserve héréditaire; la Cour de cassation se prononçait pour l'affirmative et l'on peut dire que la loi du 25 mars 1896 s'est approprié cette jurisprudence, exactement. D'après l'article 913, modifié par cette loi, l'enfant naturel a une réserve qui est proportionnelle à celle de l'enfant légitime, et la proportion est celle-là même que la loi institue entre les droits successoraux de ces deux catégories d'enfants.

1678. Applications. — 1° Si un enfant naturel concourt avec un *enfant légitime*, on raisonne ainsi : si l'enfant naturel eût été lui-même légitime, sa réserve eût été, en présence d'un autre enfant légitime, du tiers de la succession. Mais comme sa vocation héréditaire n'est que de la *moitié* de ce qu'elle eût été dans cette éventualité (art. 758, § 2), sa réserve sera également fixée à la moitié; elle sera donc de la moitié du tiers, soit d'un *sixième*;

2° Si l'enfant naturel est en concours avec un *collatéral privilégié*, on raisonne de même : légitime, sa réserve eût été de la moitié de la succession; mais comme sa vocation héréditaire est égale aux *trois quarts* de ce qu'elle eût été dans cette conjoncture (art. 759), sa réserve sera également des trois quarts de celle d'un enfant légitime, c'est-à-dire des *trois huitièmes*.

1679. Exception à la règle de la proportionnalité. — Il est un cas où la règle de la proportionnalité cesse de jouer : c'est celui où l'enfant naturel concourt avec un ou des *ascendants de ses père et mère*, eux-mêmes réservataires, comme on le sait (*sup.*, n° 1670). La combinaison des deux réserves, celle des enfants naturels et celle des ascendants, risquerait alors d'absorber toute la succession et de faire obstacle à l'existence d'un disponible appréciable. Le législateur de 1896 a résolu la difficulté en établissant un forfait pour la réserve des ascendants qui demeure fixée à un *huitième* de la succession, quel que soit leur nombre; quant aux sept autres huitièmes, ils servent à constituer et la réserve des enfants naturels et le disponible, lequel varie d'après le nombre de ces enfants : il est de la *moitié* s'il n'y en a qu'un seul, du *tiers* s'il y en a deux, du *quart* s'il y en a trois ou davantage (art. 915), en sorte que la réserve allouée à la descendance naturelle se trouve être, dans le premier cas, de la moitié de la succession moins un huitième, dans le deuxième, des deux tiers moins un huitième, dans la troisième, des trois quarts moins un huitième. On voit par là que c'est la famille légitime, représentée par les ascendants, qui fait les frais de la combinaison; elle est, en effet, assez maltraitée, d'autant plus que, si les deux lignes ascendantes sont représentées, il ne reste, pour chacune d'elles, que la moitié d'un huitième, soit un *seizième* de la succession.

1680. Sur quelle partie de la succession se prélève la réserve des enfants naturels. — Nous venons

d'indiquer comment s'opère le prélèvement lorsque l'enfant naturel concourt avec un ou plusieurs *ascendants*; toute difficulté est écartée à raison du caractère *forfaitaire* de la réserve de ces derniers, fixée invariablement à un huitième de la succession.

Si l'enfant naturel trouve en face de lui des *enfants légitimes*, dont la réserve est de quotité variable suivant les circonstances, une double règle doit être posée.

1° La réserve de l'enfant ou des enfants naturels est prélevée *sur l'ensemble de la succession*; elle entame également la réserve de l'enfant ou des enfants légitimes et la quotité disponible. Par exemple, s'il y a un enfant légitime, un enfant naturel et un légataire universel, le sixième de la succession, qui représente la réserve de l'enfant naturel, est pris, pour moitié sur la réserve de l'enfant légitime qui se trouve donc ramenée à cinq douzièmes au lieu de six, et pour l'autre moitié sur le disponible, en sorte que le legs universel s'exécutera jusqu'à concurrence des cinq douzièmes de la succession. Le règlement s'opèrera sur les bases suivantes : cinq douzièmes pour la réserve de l'enfant légitime, deux douzièmes pour la réserve de l'enfant naturel, cinq douzièmes pour le légataire universel;

2° Cependant, ce procédé de règlement cesse d'être applicable s'il y a trois enfants létigimes ou davantage : il ne faut pas que le disponible descende au-dessous du quart de la succession (art. 913); en conséquence, la réserve de l'enfant naturel se prélève uniquement sur celle des enfants légitimes qui en feront tous les frais, à l'exclusion du disponible, lequel sera attribué aux gratifiés et, par exemple, au légataire universel.

1681. II. **Autres parents naturels.** — Après des hésitations, il est admis que, ni les frères et sœurs naturels, ni les père et mère naturels ne sont investis d'une réserve héréditaire; aucun texte n'y fait allusion et, dans le silence de la loi, on serait bien empêché d'en fixer la quotité qui ne pourrait être qu'arbitraire (*Sic*, pour les père et mère naturels, Ch. réun., 12 déc. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 457, avec les conclusions du procureur général Delangle, *S.*, 1866, 1, 73; Bourges, 18 déc. 1871, *D. P.*, 1872, 5, 429; Douai, 29 fév. 1912, *S.*, 1912, 2, 216).

§ II. — *NATURE DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE ET UTILISATION DU DISPONIBLE*

I

Nature de la réserve héréditaire

1682. Triple caractère. — La réserve héréditaire présente ce triple caractère d'être d'*ordre public*, d'être *personnelle* et *intransmissible* et de faire *partie intégrante de la succession*.

1683. I. La réserve héréditaire est d'ordre public. — Elle est au-dessus des conventions, plus généralement au-dessus de toute atteinte de la part des volontés privées; elle doit parvenir au réservataire *intégralement*, sans aucune diminution et sans aucune entrave. En conséquence :

1° Le donateur ou le testateur ne pourrait pas frapper d'*insaisissabilité* entre les mains du gratifié les biens qui constituent la réserve de celui-ci; une telle stipulation n'est valable que pour « *les sommes et objets disponibles* » (C. pr., art. 581), c'est-à-dire pour les biens qui font partie du disponible du disposant;

2° A plus forte raison, faut-il proscrire la clause d'*inaliénabilité* en tant qu'elle frapperait les biens qui composent la réserve héréditaire;

3° Ces biens ne sauraient être grevés de *substitution* (art. 1048 et 1049; *inf.*, n° 1884);

4° Ces mêmes biens ne pourraient pas être grevés par le disposant d'une *charge* quelconque, soit d'un droit réel, soit d'une modalité : la donation *sub modo*, le legs modal ne peuvent être consentis que pour les biens rentrant dans le disponible;

5° Si le gratifié est marié sous le régime de la communauté légale, il ne dépendrait certainement pas du disposant de stipuler l'entrée en communauté des immeubles par lui donnés ou légués; la jurisprudence décide même également, et à l'inverse, que la clause d'exclusion de communauté est nulle en tant qu'elle s'appliquerait à des meubles compris dans la réserve du gratifié (*sup.*, n° 39);

6° La jurisprudence décide que la clause d'exclusion des biens donnés ou légués à l'enfant, par rapport au droit de jouissance légale des parents, clause dont l'efficacité est admise par l'article 387, ne peut pas jouer en ce qui concerne les biens compris dans la réserve successorale de l'enfant, par rapport au disposant (*sup.*, t. I, n° 1108);

7° D'après la jurisprudence, un testateur ne peut confier à son exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre les immeubles qu'autant qu'il n'existe pas d'héritiers à réserve, dont les intérêts risqueraient d'être compromis par une telle clause (*sup.*, n° 1571);

8° Les *clauses pénales* insérées dans un testament sont nulles si elles tendent à priver un héritier du montant de sa réserve (*sup.*, n° 1549);

9° Il a été parfois jugé que la *simulation* entraîne la nullité de l'acte du moment qu'elle a pour cause impulsive et déterminante la volonté de porter atteinte à la réserve d'un héritier, alors du moins qu'elle est accompagnée d'une manœuvre concertée en vue d'aboutir à ce résultat; elle se présente alors sous l'aspect d'une fraude à la loi (trib. civ. Quimperlé, 3 fév. 1938, *D. P.*, 1938, 2, 107, note R. Désiry); en l'absence de cette circonstance aggravante, l'acte simulé demeure valable pour être traité comme une libéralité sujette à réduction (*sup.*, n° 1324).

1683*bis*. II. La réserve héréditaire est personnelle et intransmissible. — La jurisprudence se conforme, en thèse générale, à ce principe (Req., 9 mai 1938, *S.*, 1939, 1, 129, note H. Rousseau); elle le méconnaît cependant, au moins indirectement, lorsqu'elle fait état, pour le calcul du disponible, des enfants renonçants ou indignes (*sup.*, n° 1668).

1684. III. La réserve héréditaire est partie intégrante de la succession. — Elle est *pars hereditatis*, comme dans nos anciennes coutumes, et non *pars bonorum*, comme à Rome; si un doute subsistait sur ce point, il serait dissipé par la teneur des articles 913 et suivants d'où il résulte que le patrimoine du *de cujus* qui laisse des héritiers réservataires se scinde en deux parties, le disponible et la réserve, celle-ci n'étant que le complément de celle-là et représentant donc, comme elle, une fraction de l'hérédité. D'ailleurs, l'article 913 institue, non pas une réserve individuelle, mais une réserve *globale*, et d'une manière indirecte, en fixant le disponible : la réserve des enfants est de la moitié, des deux tiers ou des trois quarts *de la succession*, suivant le nombre des ayants droit; elle est une quotité de la succession.

1685. Conséquences. — De ce principe que la réserve héréditaire est partie intégrante de la succession découlent plusieurs conséquences imporatntes :

1° Celle-ci, d'abord, que la réserve, qui est *pars heredi-*

tatis, doit être fournie en biens de l'hérédité, *en nature*; le réservataire est en droit de l'exiger sous cette forme adéquate; sans doute, il lui est loisible de renoncer à cette prérogative et de se contenter d'une indemnité pécuniaire; mais c'est là, pour lui, une simple faculté (V. Nast, *De la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit être fournie en nature à l'héritier*, *Rép. prat. de notariat*, 1931, p. 545; Jeantet, *Le droit à la réserve en nature*, thèse, Paris, 1939);

2° Pour avoir droit à la réserve héréditaire, la première des conditions est d'être appelé à la succession; et c'est pourquoi, on l'a vu, un ascendant ne saurait y prétendre aussi longtemps qu'il est primé par un collatéral privilégié (*sup.*, n° 1672);

3° L'héritier réservataire qui *renonce* à la succession ne peut pas *réclamer* sa réserve *par voie d'action*;

4° Il n'est pas davantage fondé à la *retenir par voie d'exception*, en prétendant conserver un don ou réclamer un legs jusqu'à concurrence du disponible et de la réserve réunis; pour la disponible, oui, il peut prendre cette attitude, mais non pour ce qui est de la réserve, laquelle n'est acquise qu'à l'héritier qui vient effectivement à la succession.

Mais cette dernière solution, à la différence des deux précédentes, a fait jadis difficulté : le système du *cumul de la quotité et de la réserve*, au profit de l'héritier renonçant, a été consacré à une certaine époque par la Cour de cassation.

1686. Question du cumul. — Il est essentiel de bien saisir les données du problème : une libéralité rapportable, pratiquement une donation, avait été consentie par le *de cujus* à l'un de ses héritiers présomptifs réservataires; afin de se soustraire au rapport, ce donataire renonce à la succession; il va donc conserver le don qu'il avait jadis reçu; mais dans quelle mesure le peut-il? Certainement, il est autorisé à le faire dans les limites du disponible qui est susceptible d'être utilisé au profit de quiconque, parent ou étranger, héritier ou non du disposant; mais ne va-t-il pas pouvoir émettre la prétention de retenir *en outre* son don en se présentant comme réservataire? Ne va-t-il pas être admis à réaliser ainsi le *cumul de la réserve et de la quotité disponible*? Ce cumul, il y aurait droit, incontestablement, s'il avait accepté la succession; le doute naît de cette circonstance qu'il y a renoncé.

Le problème a paru si embarrassant à la Cour de cassation qu'il a été pour elle l'occasion d'un double changement de jurisprudence : dès 1818, par l'arrêt *Laroque de Mons*, elle rejeta le système du cumul (Civ., 18 fév. 1818, *S.*, 1818, 1,

422, *D. Jur. gén., Successions*, 1028) ; mais, en 1843, elle le consacra (Civ., 17 mai 1843, *S.*, 1843, 1, 690, note DEVILLENEUVE, *D. P.*, 1843, 1, 289), pour le répudier plus tard à nouveau, *solennellement* (Ch. réun., 27 nov. 1863, *S.*, 1863, 1, 513, *D. P.*, 1864, 1, 5, rapport Faustin HÉLIE, conclusions du P. G. DUPIN, note BRÉSILLION) : les cours d'appel, divisées jusque là, se rangèrent à cette décision rendue par les chambres réunies de la Cour suprême.

C'est qu'en effet le système dit du cumul se heurte à une objection invincible qui est tirée de cette idée simple que la réserve est *pars hereditatis*; pour y prétendre, il faut être héritier, il faut venir à la succession *effectivement*; et du moment que la renonciation a rendu l'héritier rétroactivement étranger à la succession (art. 785), il ne peut être question pour lui de prétendre, sous une forme ou sous une autre, par un moyen de droit quelconque, à ce qui n'est qu'une part de ladite succession; il est à traiter comme un non-héritier; ce qu'il peut recevoir ou conserver c'est uniquement la quotité disponible qu'il ne peut être question pour lui de cumuler avec une réserve à laquelle il n'a désormais aucun droit. Seul est juridique le système du *non-cumul* de la réserve et de la quotité disponible.

II

Utilisation du disponible

1687. Principe. — Le disposant, donateur ou testateur, peut utiliser à sa guise la partie disponible de son patrimoine; sa détermination n'est limitée, n'est conditionnée, ni subjectivement, moralement, par les raisons qui la lui dictent, ni par la personnalité du gratifié.

1688. I. Les mobiles qui inspirent la détermination du disposant sont indifférents. — Le juge n'a pas à se préoccuper des raisons qui ont incité le *de cujus* à consentir des libéralités et à dépouiller ainsi, plus ou moins largement, les héritiers du sang ou tel d'entre eux; à cet égard, notre théorie moderne de la réserve et du disponible s'éloigne de la théorie romaine de l'*inofficiosité des testaments* : nous ne connaissons pas de *justes causes* d'exhérédation. Le droit d'exhérédation est donc un droit absolu, non causé et qui n'est pas susceptible d'*abus* : les limites qu'il comporte sont d'ordre réglementaire; elles sont tracées par l'arithmétique; elles n'ont rien de subjectif.

1689. II. La personnalité du gratifié est indifférente : elle ne conditionne pas l'aménagement de notre système français de la réserve et du disponible. D'une part, la quotité disponible peut être attribuée à quiconque, aussi bien à un héritier du sang et par exemple à l'un des enfants du disposant qu'à un étranger, en sorte que l'institution de la réserve n'est plus, comme sous le droit révolutionnaire, le signal et le gage d'une égalité parfaite entre les enfants; d'autre part, le montant de la réserve ne varie pas d'après la personnalité du bénéficiaire de la réserve; à cet égard, il est fixe.

1690. — Cependant, ces principes ne sont pas absolus; ils comportent deux *dérogations*, fort importantes :

1° Comme on le verra, il existe un *disponible spécial entre époux*, lequel est tantôt égal, mais tantôt plus étendu et parfois plus restreint que le disponible de droit commun (*inf.*, n° 1821) : la personnalité du gratifié réagit ici sur le chiffre du disponible et, par suite, sur celui de la réserve.

1691. — 2° Notre Conseil d'Etat a édifié une jurisprudence fort curieuse qui aboutit à la création, de toutes pièces, d'une sorte de *réserve administrative* au profit des *collatéraux*, donc au profit de parents à qui la loi civile refuse le caractère de réservataires; or, cette réserve prétorienne ne joue que dans le cas où les dispositions ont été consenties par le *de cujus* au profit d'un *établissement public ou d'utilité publique* : c'est alors seulement que l'autorité administrative use parfois des pouvoirs qui lui sont conférés de permettre ou non l'acceptation de la libéralité, pour ne donner qu'une *autorisation partielle*; sur les protestations des parents, lésés par le legs consenti à un hospice, à une Université, l'autorité compétente n'autorise l'établissement gratifié à accepter la libéralité que pour partie, par exemple pour les deux tiers ou pour les trois quarts; elle opère ainsi, par le procédé technique de l'autorisation partielle, une *réduction administrative de la libéralité*, en sorte qu'une *réserve administrative* est instituée indirectement — la sanction créant ici l'institution — qui diffère de la réserve du droit civil aux points de vue suivants :

a) Elle ne protège les réservataires, à savoir les collatéraux, que contre les libéralités adressées à des établissements publics ou d'utilité publique : si le bénéficiaire est une personne humaine, elle n'apparaît pas, et par la force même des choses, puisque l'administration n'a pas alors à intervenir à fin d'autorisation;

b) Le montant de la réserve allouée à la famille collatérale n'est fixé par aucun texte : c'est à l'autorité administrative, compétente pour autoriser le légataire à accepter la libéralité, qu'il appartient de le déterminer souverainement;

c) Le principe même de cette réserve administrative est laissé aux soins de l'administration : l'autorité compétente peut fort bien, repoussant la requête des collatéraux, autoriser l'établissement gratifié à accepter toute la libéralité. La réduction est donc problématique, non seulement dans sa quotité, mais aussi dans son principe même;

d) Enfin, cette réserve n'est pas d'ordre public en ce sens encore qu'il dépend du testateur de prévoir l'éventualité d'une réduction en spécifiant que, si la libéralité ne devait pas être exécutée intégralement, une autre personne serait appelée à la recueillir aux lieu et place de l'établissement gratifié; elle revêt ainsi un caractère d'*indivisibilité* (Civ., 1er mars 1893, *D. P.*, 1893, 1, 217, note Planiol).

(Voyez, sur cette réserve administrative, la note précitée de M. Planiol; et Tissier, *Dons et legs*, nos 405 et suiv.).

§ III. — *COMMENT ON VÉRIFIE SI LA RÉSERVE A ÉTÉ ENTAMÉE PAR LES LIBÉRALITÉS*

1692. Position de la question. — Les libéralités consenties par le défunt excèdent-elles le disponible et empiètent-elles sur la réserve en sorte que leur réduction s'impose? Telle est la question qui se pose et à laquelle il n'est possible de répondre qu'*après le décès du disposant*.

Pour la résoudre, deux séries d'opérations sont nécessaires : 1° Il faut d'abord former la masse sur laquelle se calculent le disponible et la réserve, donc reconstituer le patrimoine du défunt tel qu'il existerait en l'absence de libéralités; 2° après quoi, il convient de rapprocher du total obtenu le montant des dites libéralités, de procéder à leur imputation; c'est de ce rapprochement, de ce collationnement que jaillira la lumière : on saura alors si le disponible a été ou non dépassé.

I

Formation de la masse de calcul

1693. Enumération. — On obtient cette masse de calcul du disponible en procédant, sur le papier, à une série d'opérations : 1° évaluation des *biens extants*; 2° évaluation des

biens donnés entre vifs; 3° *addition* des deux totaux ainsi obtenus.

1694. I. Evaluation des biens extants. — On entend par biens *extants* tous ceux qui figuraient dans le patrimoine du défunt lors de son décès et qui ne disparaissent pas du fait de ce décès. Ils comprennent donc les biens *légués*, mais non pas les droits viagers tels que l'usufruit, ni les biens que le *de cujus* avait reçus par donation et qui font *conventionnellement retour* au donateur par le jeu d'une condition résolutoire (art. 952; *sup.*, n° 1367); ceux qui sont l'objet d'un *retour successoral* ne sont d'ailleurs pas comptés davantage, mais pour une autre raison : ils font partie d'une hérédité spéciale qui ne comporte pas de réserve; et il en va de même des *sépultures* de familles (Req., 7 avril 1857, *D. P.*, 1857, 1, 311). On s'accorde aussi à exclure les *fruits* postérieurs au décès (Civ., 29 avril 1897, *D. P.*, 1897, 1, 409), ainsi que le capital d'une *assurance* sur la vie contractée par le défunt au profit d'un tiers (Civ., 29 juin 1896, *S.*, 1896, 1, 361, *D. P.*, 1897, 1, 73; — l. 13 juill. 1930, art. 67 et 68; comp. *sup.*, n° 1112), car le capital ne provient pas du défunt, il ne traverse pas sa succession, mais il parvient *directement* au bénéficiaire (mêmes art. 67 et 68); et enfin les biens sans valeur sérieuse, telle une créance *irrecouvrable* (Req., 28 juin 1910, *D. P.*, 1914, 1, 219; *S.*, 1913, 1, 353, note Naquet); les héritiers réservataires peuvent s'opposer à ce qu'il en soit tenu compte; il en va autrement des créances *douteuses*, mais elles ne sont estimées que pour leur *valeur vénale*, à moins que les donataires ou légataires ne se portent garants de leur recouvrement.

1695. — Une fois connus et réunis sur le papier tous ces biens extants, il reste encore :

1° A les *évaluer*, et, pour ce faire, on se place *au jour du décès*, et non pas au jour de l'estimation, car c'est au jour de l'ouverture de la succession que se fixent les droits des héritiers;

2° A déduire du total obtenu, le montant du *passif* laissé par le défunt. Car, ce n'est pas l'actif *brut* qui importe, mais l'actif *net*. Cette déduction porte, malgré la rédaction défectueuse de l'article 922, non pas sur la totalité des biens y compris ceux qui avaient été donnés entre vifs, mais *uniquement sur les biens extants*, sans quoi on aboutirait à reprendre aux donataires ce qu'ils avaient reçu, à accroître ainsi irrégulièrement la réserve aux dépens du disponible;

les créanciers du défunt n'avaient pas dans leur gage les biens donnés, lesquels étaient sortis du patrimoine de leur débiteur; il ne saurait donc être question d'imputer sur eux un passif qui leur était définitivement étranger (*Sic*, Civ., 14 janv. 1856, *D. P.*, 1856, 1, 67). C'est ainsi que doit être comprise la formule malheureuse de l'article 922, que le législateur du 7 février 1938, lorsqu'il a modifié ce texte à un autre point de vue, avait une belle occasion de redresser; bien qu'il ait omis de le faire, aucun doute ne saurait subsister quant à l'exactitude et au maintien d'une solution qui satisfait seule la logique et l'équité.

1696. II. **Recherche et évaluation des biens donnés entre vifs.** — On *recherche* ensuite les biens donnés entre vifs et on les *évalue*.

A. **Recherche des biens donnés.** — On fait état, en principe, de *tous les biens donnés*. On ne distingue :

1° Ni d'après la *forme* de la donation : par acte notarié, déguisée, manuelle, indirecte, peu importe;

2° Ni d'après son *importance* : même les dons *modiques* sont à prendre en considération (Civ., 11 janv. 18882, *D. P.*, 1882, 1, 313), même les libéralités auxquelles il a été procédé au moyen des *revenus* (comp. *sup.*, n° 1132). Il n'y aurait lieu de faire exception que : 1. pour les cadeaux d'usage; 2. pour les dépenses énumérées dans l'article 852 (frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, etc.; *sup.*, n° 1129), car ce ne sont pas là de véritables libéralités inspirées par l'*animus donandi*; 3. enfin, pour les *primes* versées par le défunt en vue d'alimenter une assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers déterminé, sauf dans le cas où les sommes versées à ce titre seraient manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur de l'assurance (L. 13 juill. 1930, art. 68, § 2; comp. *sup.*, n° 1125);

3° Ni suivant que la libéralité est ou non sujette à rapport; même les *donations préciputaires* sont soumises à la réduction; à cet égard, le domaine de la réduction est plus vaste que celui du rapport, et fort logiquement, puisque le rapport est interprétatif de la volonté du défunt au lieu que la réserve est une institution *d'ordre public* qui ne saurait être tenue en échec par la volonté du disposant;

4° Peu importe également la *personnalité du donataire* : héritier ou tiers, la libéralité qui lui a été adressée entrera en ligne de compte, car il ne s'agit plus ici, comme pour le rapport, de sanctionner le principe de l'égalité entre cohéritiers, mais bien les droits des réservataires. A cet égard

encore, la réduction s'affirme plus générale que le rapport.

Il faut ajouter que l'*insolvabilité* du donataire ne permet pas de faire abstraction de la donation (*inf.*, n° 1734);

5° Enfin, on ne distingue pas non plus, en principe, d'après la *nature* de la libéralité, d'après les conditions dans lesquelles elle intervient, le cadre dans lequel elle se situe; on fait état des biens qui ont été l'objet d'un *partage d'ascendant* opéré entre vifs; des biens *constitués en dot*; mais *non pas des avantages matrimoniaux*, lesquels sont traités, du moins en l'absence d'enfants issus d'un premier lit et sous les régimes communautaires, comme des conventions entre associés et qui présentent donc un caractère onéreux (*sup.*, n° 691).

1697. Actes à titre onéreux. — Jusqu'à présent, la règle s'applique exactement : entrent dans le calcul de la masse tous les biens qui ont été l'objet d'une donation véritable, marquée au coin de l'*animus donandi*, et uniquement ces biens-là, à l'exclusion de ceux qui ont été transmis à titre onéreux, lesquels n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de la masse disponible, et fort logiquement, car ils n'impliquent ni esprit de libéralité chez l'aliénateur, ni sacrifice, appauvrissement de sa part.

Cependant, la règle, sous cette dernière forme, comporte une dérogation qui est inscrite dans l'article 918 : il est des biens qui, encore qu'aliénés à titre onéreux, sont pris en considération pour la formation de la masse de calcul de la quotité disponible et sont donc traités, à cet égard, comme s'ils avaient été aliénés à titre gratuit; ce sont ceux qui avaient été vendus par le *de cujus* à l'un des héritiers réservataires, soit à *fonds perdu*, soit avec *réserve d'usufruit* (art. 918).

1698. Ventes à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit. — Si la loi soumet à la réduction les opérations de ce genre, c'est parce qu'elle y voit des libéralités déguisées sous le voile d'opérations à titre onéreux : l'article 918 contient, non point une présomption d'interposition de personnes, mais une *présomption de déguisement*.

Hypothèse prévue. — Le texte suppose qu'entre le *de cujus* et l'un de ses *successibles en ligne directe* était intervenue l'une des deux opérations suivantes :

1° Soit une *aliénation à fonds perdu*, c'est-à-dire une aliénation ayant pour contre-partie l'acquisition d'un droit viager, d'un droit qui prendra fin avec son titulaire, en sorte

que ses héritiers ne le trouveront pas dans sa succession et que l'opération les aura constitués en perte : c'est, par exemple, une vente dont le prix consiste dans une *rente viagère* mise à la charge de l'acheteur ou dans la constitution d'un *usufruit* établi, sur un autre bien, au profit du vendeur;

2° Soit une aliénation *avec réserve d'usufruit*, le vendeur retenant l'usufruit du bien qu'il aliène, sans distinguer d'ailleurs selon que la disposition a eu lieu ou non à fonds perdu, car la deuxième éventualité prévue par le texte est totalement indépendante de la première (Civ., 28 déc. 1937, *S.*, 1938, 1, 213, *D. H.*, 1938, 117).

1699. Sanction. — Lorsqu'une opération de l'une ou de l'autre de ces catégories est intervenue entre le *de cujus* et l'un de ses successibles en ligne directe, la loi présume qu'elle n'est qu'un déguisement destiné à donner le change, à voiler une libéralité; en conséquence, le bien aliéné dans ces conditions sera à comprendre dans la masse des biens donnés et l'opération sera donc, le cas échéant, sujette à réduction.

Mais il importe de remarquer que là s'arrête la sanction : l'aliénation n'est pas nulle; elle est *valable* (et il y a là un argument pour la validité des donations déguisées, puisque la loi valide, dans l'article 918, une opération dans laquelle elle pressent et elle présume une opération de ce genre; — *sup.*, n° 1323); de plus, bien que considérée comme faite à titre gratuit, *elle n'est pas sujette à rapport*; du même coup, la loi y voit une *donation préciputaire*, par interprétation de la volonté supposée du prétendu donateur, donation dont il n'y a donc pas lieu de faire état pour le calcul de l'usufruit du conjoint survivant (Civ., 7 nov. 1934, *S.*, 1935, 1, 127), si bien qu'on découvre, au fond de la disposition de l'article 918, une double présomption : 1° présomption que l'acte cache une libéralité; 2° présomption que la libéralité déguisée a été consentie, dans l'espèce, avec dispense tacite de rapport; en sorte que l'article 918 n'offre d'intérêt pratique qu'autant que le disponible est épuisé, sans quoi le successible qui avait traité avec le défunt n'aurait rien à redouter; c'est seulement de rapport qu'il pourrait alors être question pour lui; or, la libéralité qui lui a été adressée est considérée d'autorité par la loi comme préciputaire.

1700. Anomalie. — Même ainsi cantonnée dans le domaine de la réserve et de la réduction, la disposition de

l'article 918, avec la double présomption qu'elle renferme, est nettement dérogatoire aux principes généraux. En réalité, l'opération intervenue entre le *de cujus* et son successible pouvait être sincère; le descendant ou l'ascendant pouvait être un acheteur véritable; il est dur et il est injuste pour lui d'être traité ainsi qu'un donataire. Cette disposition étrange ne peut s'expliquer qu'*historiquement*; elle est une survivance d'une disposition de la loi du 17 nivôse an II, qui *annulait* les opérations de ce genre, désireuse qu'elle était d'assurer que le disponible ne pût être laissé à un héritier, de sanctionner ainsi l'incompatibilité qu'elle établissait d'autre part entre les qualités d'héritier et de gratifié : afin de prévenir, de dépister les fraudes, elle voyait des donations dans toute opération plus ou moins suspecte, intervenue entre le *de cujus* et l'un de ses héritiers. Mais les temps sont changés; le Code civil admet que le disponible soit laissé à un héritier; les fraudes sont donc moins à craindre que jadis; le déguisement n'aurait plus le même intérêt que pendant la période révolutionnaire; et dès lors la présomption de déguisement n'a plus ni la même importance, ni le même objectif qu'autrefois : elle constitue une sanction, non plus de la défense faite jadis à un héritier de recueillir une libéralité du *de cujus*, mais simplement de la réserve héréditaire; elle tend à déjouer les manœuvres auxquelles le défunt aurait eu recours pour spolier ses proches de la réserve à laquelle ils ont droit; l'article 918 offre l'exemple d'une disposition législative qui a survécu à sa raison d'être, grâce à une autre raison d'exister qu'on lui a découverte et maintenue.

1701. Interprétation restrictive. — Etant donné, d'une part, que l'article 918 est profondément dérogatoire au droit commun, d'autre part qu'il renferme une double présomption légale, enfin qu'il constitue, dans une certaine mesure, un anachronisme, qu'il est le témoin d'un passé aboli, il ne faut pas hésiter à lui appliquer la méthode d'*interprétation restrictive*; c'est seulement *in terminis* qu'il fait autorité. Il sera sans application possible :

1° Si l'acte n'intervient pas entre *successibles en ligne directe*;

2° S'il se présente *ouvertement* sous l'aspect d'une *libéralité*, par exemple d'une donation avec réserve d'usufruit : l'article 918 ne vise que les actes qui se présentent sous les auspices du titre onéreux (Req., 28 oct. 1925, *D. H.*, 1925, 628; 17 nov. 1931, *D. H.*, 1931, 558);

3° Si l'aliénation est intervenue sous la réserve, non d'un usufruit, comme le suppose le texte, mais d'un droit d'*usage* ou d'*habitation* (Civ., 14 janv. 1884, *D. P.*, 1884, 1, 253);

4° Lorsqu'une vente a été consentie moyennant un prix consistant à la fois en capital et en une rente viagère, la disposition de l'article 918 ne joue que pour la portion des biens aliénés dont le prix est représenté par la rente : pour le surplus, l'acte conserve son caractère de vente et n'entre donc pas en ligne de compte pour le calcul du disponible (Req., 13 fév. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 369); même solution, *mutatis mutandis*, lorsque la réserve d'usufruit n'est établie, au profit du vendeur, que sur une partie des biens vendus : c'est seulement à cette partie que s'applique alors la présomption de l'article 918 (Civ., 26 juill. 1899, *S.*, 1900, 1, 177);

5° La réduction aura lieu *en valeur* et non pas en nature (*inf.*, n° 1741);

6° Enfin, le caractère exceptionnel de la disposition de l'article 918 doit conduire, à notre avis, à reconnaître à la présomption qu'il institue un caractère simple et à permettre au successible qui a traité jadis avec le *de cujus* de prouver le caractère sincère de l'opération qui, dans l'espèce, a bien eu lieu à titre onéreux. Inutilement objecterait-on qu'une présomption légale est irréfragable lorsque, sur son fondement, la loi annule un acte (art. 1352) : il serait légitime de répondre que, dans l'article 918, la loi n'annule pas l'opération prévue, mais qu'elle se contente de l'interpréter, de le transformer pour, s'il y a lieu, le soumettre à la *réduction*, laquelle est tout autre chose qu'une *nullité* (*Sic*, trib. civ. Tulle, 12 nov. 1927, *S.*, 1929, 2, 52). C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la Cour de cassation qui considère que la présomption de l'article 918 a pour effet de « faire considérer comme nul de plein droit l'acte apparent passé par les parties et de lui substituer un acte d'une nature juridique différente » (Civ., 26 juill. 1899, *S.*, 1900, 1, 177; *D. P.*, 1902, 1, 433; 28 déc. 1937, précité).

1702. Moyen préventif. — Il semble donc qu'à raison de cette jurisprudence sévère, le mal soit sans remède et que l'acte, malgré son apparence et peut-être sa réalité onéreuse, doive toujours entrer en ligne de compte pour le calcul de la masse. Cependant, l'aliénateur a à sa disposition un moyen de conjurer cette éventualité : il lui suffirait de faire intervenir à l'opération tous ses héritiers présomptifs à

réserve qui reconnaîtraient par là même le caractère sincère, onéreux de l'opération et qui renonceraient donc à en demander plus tard la réduction; quant aux héritiers non réservataires, aux collatéraux, il n'est pas besoin de leur adhésion puisque, comme le constate l'article 918 *in fine*, l'action en réduction, sanction de la réserve, ne leur appartient pas.

Seulement, ce procédé préventif est loin d'être infaillible : il est possible que de nouveaux héritiers réservataires naissent postérieurement à l'opération : ceux-là ne seront pas liés par une convention à laquelle ils n'ont point participé et qui demeure pour eux *res inter alios acta*; ils pourront demander que le bien aliéné soit compris dans la masse.

1703. Résumé. — Tels sont les biens qui, ayant été aliénés entre vifs par le *de cujus*, sont néanmoins compris dans la masse : ce sont tous ceux qui avaient fait l'objet d'une libéralité, effective ou légalement présumée. Le groupement qui se réalise ainsi, n'a lieu que sur le papier et pour ordre : et c'est bien pourquoi cette réunion *fictive* peut être demandée même par des personnes qui seraient sans qualité pour exiger le rapport, tels des légataires et des donataires (*sup.*, n° 1103) ; elle n'a pas d'autre but que de permettre le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

1704. B. **Evaluation des biens donnés.** — L'évaluation des biens donnés, prescrite par l'article 922, n'est soumise à aucune forme particulière; elle peut avoir lieu à l'amiable et ce n'est que si les intéressés ne parviennent pas à s'entendre qu'il y aura lieu de recourir à la justice.

Dans cette évaluation, il y a lieu de déduire de la valeur des biens donnés le montant des *charges* imposées aux donataires *dans l'intérêt du disposant*, car elles ont diminué l'importance de la donation, le sacrifice accompli par le donateur.

1705. Libéralités portant sur des droits viagers. — Si c'est un *usufruit* qui a fait l'objet de la donation, son évalutation a lieu, non pas sur les bases admises en matière fiscale, mais eu égard à toutes les circonstances de la cause (notamment l'âge de l'usufruitier), dont le tribunal s'inspirera librement (Civ., 28 mars 1866, *D. P.*, 1876, 1, 397; Toulouse, 20 déc. 1871, *D. P.*, 1873, 2, 17; Caen, 3 mai 1872, *D. P.*, 1873, 2, 218; Lyon, 8 mai 1891, *D. P.*, 1899, 2, 306, sous-note *a*; Pau, 17 déc. 1891, *D. P.*, 1899, 2, 307, sous-note *b*).

Les mêmes règles sont applicables aux libéralités qui ont eu pour objet une *rente viagère* : l'âge du crédirentier décidera, pour la plus grande partie, de la valeur attribuée à la donation dont la réduction est prévue par le Code civil dans l'article 1970.

1706. Elimination de toute évaluation ; article 917. — Il est un cas dans lequel le législateur élimine toute évaluation du droit viager qui a fait l'objet d'un legs ou d'une donation : c'est celui où la valeur de l'*usufruit* ou de la *rente viagère* excède la quotité disponible, plus précisément celui où les revenus de la chose sur laquelle porte l'usufruit, ou bien les arrérages de la rente viagère, dépassent les revenus du disponible; par exemple, si, la quotité disponible étant de 100.000 francs, le *de cujus* a légué l'usufruit d'un immeuble qui rapporte 10.000 francs par an, ou s'il a mis à la charge de la succession le service d'une rente dont les arrérages s'élèvent à la même somme, l'évaluation d'une telle libéralité est éludée par le législateur qui ouvre aux héritiers réservataires une *option* : il leur donne le choix, ou bien d'exécuter telle quelle la disposition, ou bien, s'ils la jugent trop onéreuse pour eux, d'abandonner au gratifié le *disponible en pleine propriété*, soit une somme de 100.000 francs dans l'espèce sur laquelle nous raisonnons (art. 917).

Cette solution est élégante : personne ne peut se dire lésé par elle, ni les héritiers réservataires à qui la loi ouvre une option fort équitable, ni le légataire qui aura, ou bien toute la libéralité que lui avait consentie le défunt, ou bien la quotité disponible, donc le maximum de ce qu'il était fondé à espérer. Et, grâce à ce procédé ingénieux, on élude une évaluation qui aurait été malaisée, puisqu'elle aurait impliqué la confrontation de deux valeurs d'ordres différents : l'une, le disponible, qui est fixé en capital, l'autre, la libéralité, qui, par hypothèse, était établie en revenus.

1707. Domaine d'application de l'article 917. — Ce texte s'applique aux libéralités entre vifs comme aux legs (voir les premiers mots du texte), et sans distinguer selon qu'elles sont ou non rapportables, ni suivant qu'elles ont été consenties à un héritier, réservataire ou non, ou à un étranger; il régit même celles qui auraient été faites *entre époux*, du moins lorsque le disponible entre époux est fixé soit en propriété, soit aussi en nue propriété, c'est-à-dire dans tous les cas où il n'existe pas des enfants communs, donc en présence d'ascendants (art. 1094, § 1, nouv. réd.;

l. 3 déc. 1930, art. 2; *inf.*, n° 1827*bis*) ou d'enfants issus d'un premier lit (Req., 30 mai 1905, *S.*, 1907, 1, 125, *D. P.*, 1908, 1, 166; art. 1098; *inf.*, n° 1840).

En revanche, l'article 917 ne fonctionne que si la libéralité a pour objet un *usufruit* ou une *rente viagère*. Il faut décider qu'il est inapplicable :

1° A une donation déguisée sous la forme d'un bail, alors même que ce bail se rapprocherait d'un usufruit (Caen, 26 janv. 1880, *D. P.*, 1882, 2, 49);

2° A une disposition en *nue propriété*. En logique cependant, le traitement devrait être le même que pour la disposition en usufruit, car la libéralité présente le même caractère aléatoire dans les deux cas, la seule différence consistant en ceci que le rôle d'usufruitier est tenu, dans un cas par le légataire, dans l'autre par l'héritier. Cependant, la Cour de cassation refuse d'étendre l'article 917 aux dispositions en nue propriété, parce qu'elle voit, dans ce texte, à juste titre d'ailleurs, une disposition dérogatoire au droit commun; en conséquence, la libéralité en nue propriété est à réduire du moment que la valeur *en pleine propriété* de la chose excède le disponible, ce qui revient à dire que le légataire n'obtient que la nue propriété de ce disponible (Civ., 7 juill. 1857, *D. P.*, 1857, 1, 348; Req., 6 mai 1878, *D. P.*, 1880, 1, 345);

3° Enfin, il a été jugé que l'article 917, qui prévoit une *disposition unique* en usufruit ou en rente viagère, n'est plus applicable si le défunt a consenti plusieurs libéralités successives de ce genre, ou bien à la fois des libéralités de ce genre et d'autres en plein propriété; on en reviendrait alors au droit commun de l'évaluation des biens donnés ou légués (Paris, 18 nov. 1920, *Gaz. Pal.*, 19 janv. 1921; *contra*, Paris, 3 mars 1933, *D. H.*, 1933, *Somm.* p. 26, col. 3).

1708. Stipulation contraire. — Il faut ajouter que la disposition de l'article 917 n'est point d'ordre public et que l'application peut en être écartée par le disposant (Req., 1er juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 26; Caen, 26 janv. 1880, *D. P.*, 1882, 2, 49; — *contra*, Nast, note *D. P.*, 1932, 2, 97).

1709. Moment auquel il convient de se placer pour procéder à l'évaluation des biens donnés; loi du 7 février 1938. — L'article 922, ancienne rédaction, résolvait la question par une formule assez ambiguë : les biens donnés étaient estimés « *d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur...* ». On devait donc se placer au jour de l'ouverture de la succes-

sion pour apprécier la valeur des biens donnés, en faisant seulement abstraction des plus-values ou des moins-values dues au fait du donataire : suivant la formule de la Cour de cassation, on procédait, à l'égard des biens donnés, « comme s'ils n'avaient pas cessé d'être la propriété des donateurs ». (Civ., 30 juin 1910, *S.*, 1910, 1, 529, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1914, 1, 25, note Nast).

Cette directive, qui avait une portée générale, qui valait pour les meubles, même incorporels, aussi bien que pour les immeubles, conduisait parfois, pour les valeurs de bourse, à des résultats aussi injustes qu'inattendus, et cela à raison de l'amplitude des variations des cours à la cote officielle des valeurs, du moins en ce qui concerne les actions et les parts de fondateur; c'est ainsi que, dans une espèce à l'occasion de laquelle la question vint devant la Cour de cassation, les titres, qui étaient cotés 500 francs lors de la donation, en valaient 5.000 au moment de l'ouverture de la succession du disposant qui se trouvait donc avoir donné dix fois plus qu'il ne supposait et qui, sans s'en douter, avait dépassé les limites du disponible; aussi la cour de Rouen prétendait-elle s'en tenir à la valeur au jour de la donation, mais sa décision fut censurée par la Cour de cassation qui la jugea, et à juste titre, contraire à l'article 922 (Civ., 30 juin 1910, précité; comp. sur cette question, Ripert, *les donations de valeurs mobilières et le calcul de la quotité disponible*, *Rev. trim.*, 1911, p. 5).

En réalité, le système du Code civil avait été aménagé en vue d'un régime économique purement *statique* dans lequel la valeur des biens était constante; avec les transformations survenues au cours du dernier siècle et surtout avec le prodigieux développement d'une fortune mobilière exposée à des fluctuations rapides et parfois énormes, il devenait un contresens; à un régime économique de plus en plus *dynamique* devait correspondre une organisation juridique nouvelle : elle a été réalisée par la loi du 7 février 1938 qui a modifié à cet effet l'article 922, aux termes duquel, dans sa nouvelle rédaction, les biens donnés entre vifs sont réunis aux biens extants « *d'après leur état et leur valeur à l'époque de la donation* ».

Grâce à ce nouveau procédé d'estimation, les surprises du genre de celles que nous relations plus haut, ne sont plus à redouter : dès le jour de la donation, on connaît la somme exacte — surtout pour les titres de bourse — dont il sera fait état, lors de la liquidation de la succession du donateur, dans

dix, vingt ans ou davantage, pour l'établissement des limites du disponible; des titres qui valaient 500 francs lors de la donation seront comptés pour cette somme, quoiqu'il soit advenu dans l'intervalle et alors même qu'ils seraient cotés aujourd'hui 5.000 francs, ou à l'inverse, 50 francs. Par là est obtenue la sécurité : les prévisions du présent ne risquent pas d'être démenties par l'avenir, ou du moins elles ne pourront l'être que dans une autre direction, par l'appauvrissement inattendu du patrimoine du disposant; mais, dans ce patrimoine, la valeur des biens donnés sera intégrée une fois pour toutes, dès le jour de la donation, comme une constante définitive, et en vue du calcul éventuel de la réserve et du disponible : la situation se trouvera stabilisée, dès l'origine : le droit se met à l'abri des surprises et des perturbations économiques.

En outre, — et c'est un autre bienfait de la réforme — l'harmonisation est réalisée entre les règles suivies pour le rapport en moins prenant et celles qui président à la réduction : qu'il s'agisse de déterminer la valeur sujette à rapport ou qu'on se préoccupe de fixer celle dont il y a lieu de faire état pour le calcul du disponible, c'est toujours à l'époque de la donation que l'on se place désormais (art. 860 mod. par d.-l. 17 juin 1938; 860; 922; — *sup.*, n° 1142); le système est à la fois à base de *sécurité* et d'*unité*.

1710. III. Addition des deux sommes obtenues. — On additionne purement et simplement le total de l'actif net des biens extants et le total des donations évaluées d'après les principes qui viennent d'être exposés; on obtient ainsi un *total définitif* qui permettra, une fois connu, de passer à la deuxième série des opérations.

II

Imputation des libéralités sur la masse, décomposée en disponible et en réserve

1711. I. Principe. — Toutes les libéralités consenties par le *de cujus* sont à imputer sur la succession; mais cette succession comprend deux compartiments, le disponible et la réserve, et la question est de savoir dans lequel de ces compartiments l'imputation devra être effectuée. L'intérêt du problème est manifeste : l'imputation faite sur la réserve laisse intact le disponible qui a donc pu faire face à d'autres libéralités; mais l'imputation sur ce disponible l'entame et

l'épuise; en consentant des libéralités sujettes à ce mode d'imputation, le disposant a consommé son droit par son exercice même.

Ceci compris, il faut poser en principe que *les libéralités sont à imputer sur le disponible* : c'est là que le disposant a pu puiser, et non pas dans la réserve qui, par définition même, doit aller intégralement à ses bénéficiaires et se trouve donc indisponible. Une seule exception est à apporter à cette règle, pour les *libéralités sujettes à rapport*, lesquelles s'imputent sur la réserve du gratifié acceptant pour des raisons décisives que nous exposons plus loin (*inf.*, n° 1716).

1712. II. Applications aux différentes sortes de libéralités. — Nous distinguons : 1° les libéralités adressées à des *non-réservataires*; 2° les libéralités *préciputaires* consenties à des *héritiers à réserve*; 3° les libéralités faites à ces mêmes héritiers en *avancement d'hoirie*.

1713. A. Libéralités adressées à des non-réservataires. — Cette formule vise toutes les libéralités adressées, soit à des étrangers, soit à des héritiers en ligne collatérale. Il est de toute évidence qu'elles ne peuvent s'imputer que sur le disponible, puisque leurs bénéficiaires n'ont pas de réserve; il n'y a pas à distinguer d'après leur forme, ni suivant qu'elles avaient été consenties à titre préciputaire ou en tant qu'avancement d'hoirie : la règle qui leur est applicable est d'une vérité constante.

1714. B. Libéralités préciputaires consenties à des héritiers réservataires. — Deux éventualités sont à distinguer selon que le gratifié *accepte* la succession du disposant ou qu'il y *renonce*.

1° Si le gratifié *accepte* la succession du disposant, la libéralité s'impute d'abord sur le disponible (art. 844 et 919, § 1); dans la mesure où elle dépasse celui-ci, elle n'est pas encore réductible, mais elle continue à s'imputer sur la réserve du donataire (art. 924), et c'est seulement si elle excède ces deux quotités, disponible global et réserve du gratifié, qu'elle est sujette à réduction;

2° Si le gratifié *renonce* à la succession du disposant, c'est, *a fortiori*, que l'imputation est effectuée sur le disponible, et alors *exclusivement sur lui*; il n'y a plus ici de réserve sur laquelle l'imputation puisse être prolongée, puisque le donataire ou le légataire n'a pas la qualité d'héritier en

dehors de laquelle ne saurait exister la qualité de réservataire.

1715. Jurisprudence. — Une jurisprudence, assez contestable, admet que le disposant a la faculté, tout en imprimant à sa libéralité un caractère *préciputaire*, de stipuler qu'elle s'imputera *d'abord sur la réserve*; ces deux modalités ne seraient pas nécessairement incompatibles entre elles; et la Cour de cassation décide même que la volonté du disposant peut se manifester tacitement; il dépend des juges du fond de décider que, vu les circonstances de la cause, le donateur ou le testateur a entendu que la libéralité, adressée par préciput et hors part à un héritier réservataire, fût imputée cependant sur la réserve (Req., 9 déc. 1856, *S.*, 1857, 1, 344, *D. P.*, 1857, 1, 116; 27 fév. 1922, *motifs*, *D. P.*, 1922, 1, 184; *S.* 1923, 1, 229; 7 mars 1932, *S.*, 1932, 1, 123, *D. H.*, 1932, 201); on cite, dans cet ordre d'idées, le cas où la donation serait adressée à un successible unique et celui où elle aurait été faite à tous les successibles et divisée également entre eux : la clause de préciput n'aurait d'autre but, dans cette dernière éventualité, que de mieux assurer l'exécution de la disposition en conjurant toute contestation entre les successibles en ce qui concerne les biens donnés et sans préjuger la situation faite aux donataires ou légataires postérieurs (arrêt précité du 9 déc. 1856).

1716. C. Libéralités consenties, en avancement d'hoirie, à des héritiers réservataires. — La même sous-distinction s'impose que pour les libéralités préciputaires.

1° Si le successible gratifié *accepte* la succession du disposant, la libéralité qu'il en a reçue s'impute sur la *réserve*, en sorte que le disponible peut faire face à d'autres libéralités; en effet, le disposant n'a pas entendu favoriser le donataire au détriment de ses cohéritiers, mais il lui a consenti un simple *avancement d'hoirie* qui s'impute donc sur l'hoirie elle-même, sur la réserve, car il constituait en définitive et plus précisément un *avancement de réserve*; la solution est d'autant plus sûre que la libéralité se trouve, en principe, résolue par le rapport et que les biens donnés rentrent donc *ipso jure* dans la succession où le gratifié, qui a perdu cette qualité, les retrouve et les reprend en qualité d'héritier.

Ces raisons sont assez générales et assez impérieuses pour

que le même traitement s'applique indistinctement aux donations et aux legs; et la première ne permet même pas de distinguer selon qu'il existe plusieurs héritiers ou un seul; aucune présomption légale n'est établie qui permettrait au gratifié de cumuler la libéralité avec la réserve.

1717. Difficulté. — Mais une question délicate s'élève si les libéralités, consenties à un successible, dépassent sa part personnelle dans la réserve, si, par exemple, des trois héritiers, des trois enfants du défunt, l'un d'eux tenait de lui une donation représentant la moitié de la masse sur laquelle se calculent la réserve et le disponible. Sans doute, on commencera par imputer cette libéralité sur la réserve du gratifié, soit jusqu'au quart de la masse; mais quelle ligne de conduite suivra-t-on pour l'excédent? Prolongera-t-on l'imputation sur le disponible, égal, dans l'espèce, au quart de la succession (système du *cumul*)? Alors, on fera tomber les autres libéralités consenties ultérieurement par le *de cujus*; ou bien fera-t-on porter l'imputation sur les parts personnelles des autres héritiers dans la réserve, de telle sorte qu'elle affecte, en définitive, la réserve totale des héritiers pris en masse, *in globo* (système du *non-cumul*)? Alors, le disponible demeurerait libre pour faire face à d'autres libéralités, par exemple à un legs consenti soit à un autre héritier, soit à un étranger. Le premier système a été consacré à plusieurs reprises par la Chambre civile (3 août 1870, *D. P.*, 1872, 1, 356; 31 mars 1885, *S.*, 1885, 1, 302; *D. P.*, 1888, 5, 372; 8 fév. 1898, *S.*, 1899, 1, 137, note Wahl, *D. P.*, 1899, 1, 265, note Sarrut; comp. Agen., 31 déc. 1879, *S.*, 1880, 2, 97, note Labbé); mais c'est en faveur du deuxième que s'est prononcée la Chambre des requêtes (13 mars 1907, *D. P.*, 1910, 1, 309, *S.*, 1911, 1, 188) et à juste titre, pensons-nous : d'une part, le disposant, en s'abstenant d'insérer dans la donation une clause préciputaire, a nettement marqué sa volonté de ne pas avantager définitivement le donataire, donc de ne pas puiser dans le disponible qui a dû demeurer intact; d'autre part, le rapport opère, en thèse générale, la résolution de la libéralité; les biens donnés rentrent dans la succession et s'y partagent ainsi que les biens extants; il est d'ailleurs inadmissible que les héritiers reçoivent au delà de leur réserve, au préjudice des donataires postérieurs et des légataires qui perdraient ainsi le bénéfice du disponible institué en leur faveur (*Sic.*, Demolombe, t. XX, 488; Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, p. 215, note 36; Voirin, dans le *Cours*

de droit civil de Ch. Beudant, 2e éd., t. VI, n° 159; comp. Planiol et Ripert, n° 3102; *contra*, Labbé, note *S.*, 1880, 2, 97 et *Ref.* t. XII, 2, 278; Colin, Capitant et de la Morandière, t. III, n° 962, — M. Trasbot estime que la difficulté se ramène à une recherche de l'intention du disposant qui a pu vouloir ou non conserver un droit sur le disponible; *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. V, n° 98); c'est seulement si la valeur des biens donnés dépassait le montant de la réserve *globale* que l'excédent s'imputerait sur le disponible, au détriment des donataires postérieurs et des légataires.

1718. — 2° Dans le cas où le successible gratifié renonce à la succession, c'était une question jadis controversée que de savoir si la donation qui lui avait été adressée en avancement d'hoirie était à imputer sur le disponible ou sur la réserve; après avoir admis d'abord que l'enfant renonçant ne pouvait conserver le don qui lui avait été fait par avancement d'hoirie que dans les limites du disponible (arrêt Laroque de Mons, du 18 fév. 1818, *S.*, 1818, 1, 98, *D. Jur. gén.*, *Successions*, 1028), la Cour de cassation se prononçait, jusqu'au milieu du siècle dernier, pour l'imputation sur la *réserve* (Req., 11 août 1829, *S.*, 1829, 1, 352, *D. P.*, 1829, 1, 328; Civ., 24 mars 1834, *S.*, 1834, 1, 146), et, par conséquent, pour le *cumul de la réserve et de la quotité disponible* (*sup.* n° 1686). Elle avait été conduite à cette solution par la préoccupation de justifier les prévisions du père de famille qui n'a pas dû escompter la renonciation du donataire et qui avait pris ses mesures en conséquence, en utilisant le disponible au profit de son conjoint, ou d'un autre enfant, ou d'un tiers quelconque. Mais voilà que l'enfant gratifié renonce à la succession paternelle; si l'on décide que, par cela même, la donation qui lui avait été adressée doit s'imputer sur le disponible, il se trouve que les libéralités adressées ultérieurement à des étrangers seront à réduire dans une large mesure, peut-être même à annihiler, le disponible se trouvant déjà absorbé par la donation faite à l'enfait renonçant; or, il y a quelque bizarrerie, il faut le reconnaître, à ce que le sort des libéralités consenties par le défunt dépende du parti que l'enfant donataire prendra sur la succession du disposant; il est choquant que, selon ce parti, la donation s'impute sur la réserve ou sur le disponible et que les libéralités consenties ultérieurement par le défunt soient validées ou soient sujettes à réduction. Mieux vaut admettre que l'imputation se fera en toute occurrence sur la réserve,

même au cas de renonciation du gratifié; ainsi, le disposant saura à quoi s'en tenir sur la situation et sa liberté de détermination demeurera entière.

1719. — Mais toute cette argumentation ne résiste pas à cette objection simple que la réserve ne peut appartenir qu'à un héritier venant effectivement à la succession et que, par sa renonciation, l'enfant gratifié devient rétroactivement étranger à cette succession (art. 785); il est censé n'avoir jamais été héritier; dès lors, la donation qui lui avait été consentie, perd son caractère d'avancement d'hoirie, et, par conséquent, d'avancement de réserve; elle doit être traitée ainsi que si elle avait été adressée à un étranger; elle devient donc imputable sur le disponible, et c'est ce que la Cour de cassation a dû finir par reconnaître (Ch. réun., 27 nov. 1863, *S.*, 1863, 1, 513, *D. P.*, 1864, 1, 5, note Brésillion, avec le rapport du conseiller Faustin Hélie et les conclusions du procureur général Dupin).

Par cette décision, la Cour suprême établissait une heureuse concordance entre deux questions voisines et solidaires, celle de l'*imputation* et celle du *cumul* (*sup.*, n° 1686), car il ne peut être question d'admettre le cumul au profit du renonçant qu'autant que sa libéralité est imputable sur la réserve; si on la déclare imputable sur le disponible, la question du cumul ne peut même pas se poser. En revanche, la solution de la Cour de cassation sur le problème de l'imputation ne cadre pas du tout avec le traitement qu'elle accorde aux enfants renonçants dont elle fait état pour le calcul de la réserve (*sup.*, n° 1668); tantôt elle fait rétroagir la renonciation et tantôt elle fait état, pour le règlement de la situation successorale, des héritiers renonçants : à cet égard, son système manque de cohérence et ne saurait être approuvé dans son ensemble.

§ IV. — *SANCTION DE LA RÉSERVE RÉDUCTION ET ACTION EN RÉDUCTION*

1720. Plan. — Lorsque les opérations qui viennent d'être décrites sont effectuées, on sait si les libéralités consenties par le défunt excèdent ou non les limites du disponible; au cas d'affirmative, elles seront à ramener à ces limites; elles devront être *réduites*; dans ce but, la loi ouvre aux intéressés, aux réservataires, une *action en réduction* qui constitue la sanction spécifique de leur droit à la réserve.

Il faut déterminer :

1° *A qui* appartient cette action et à quelles *conditions*;

2° L'*ordre* dans lequel s'effectue la réduction des différentes libéralités;

3° Les *effets* produits par la réduction.

1721. I. A qui appartient l'action en réduction et à quelles conditions. — Principe. — L'action en réduction appartient aux réservataires *et à eux seuls* (Rennes, 6 nov. 1934, *D. P.*, 2, 9, note Lerebours-Pigeonnière), ainsi cependant qu'à leurs « *héritiers ou ayants cause* » (art. 921); elle pourrait donc être exercée par leurs créanciers, car elle n'est pas strictement attachée à la personne de son titulaire, au sens de l'article 1166, mais elle se prête à la procédure oblique qui est prévue par ce texte; elle est refusée impitoyablement aux donataires ou aux légataires, lesquels ont qualité pour y défendre, non pour l'intenter (Req., 1er juill., 1913, *D. P.*, 1917, 1, 46).

1722. — Il est important de noter que l'action en réduction appartient aux réservataires *de leur propre chef*; ils ne l'ont pas trouvée dans le patrimoine du défunt qui ne l'avait pas à sa disposition, qui n'était pas qualifié pour poursuivre la réduction des libéralités par lui consenties (Lyon, 18 janv. 1838, *D. Jur. gén., Disposit. entre vifs*, 1179).

D'où l'on conclut :

1° Que les *créanciers du défunt* ne pourraient ni demander la réduction, ni même en profiter (l'art. 921 est formel en ce sens); mais il faut se rappeler que, si l'héritier accepte la succession purement et simplement, les créanciers du défunt deviennent ses créanciers personnels; à ce titre, ils auront l'action en réduction; c'est donc seulement au cas d'acceptation bénéficiaire de la part de l'héritier que leur exclusion est effective;

2° Que l'action en réduction ne saurait être paralysée par des *exceptions* tirées du défunt, et, par exemple, au moyen d'une exception tirée de l'obligation de *garantie* qui incombait au *de cujus* à l'égard du défendeur : le demandeur en réduction riposterait qu'il agit, non comme ayant cause du défunt, mais de son propre chef (Civ., 2 fév. 1881, *D. P.*, 1881, 1, 181).

Ce sont seulement les exceptions tirées de sa personne, de son fait, qui pourront être opposées au demandeur en réduction, lequel a pu, tout en acceptant la succession, *renoncer* à l'action en réduction; sa *renonciation* est, soit expresse,

soit tacite et lie ses propres créanciers (Req., 8 mars 1854, *D. P.*, 1854, 1, 191), à moins cependant qu'elle ne soit frauduleuse au sens de l'article 1167; elle donnerait prise alors à l'action paulienne.

1723. Prescriptions. — Il est constamment admis que l'action en réduction se prescrit par *trente ans*, et que ce délai ne commence à courir qu'au jour du décès du disposant, mais il reste que des tiers peuvent, avant l'accomplissement de cette prescription du droit commun, *usucaper* par une possession de dix à vingt ans, de bonne foi et appuyée sur un juste titre.

1724. Preuve. — C'est au demandeur en réduction qu'il appartient de prouver le caractère excessif des libéralités consenties par le défunt; à cet effet, il peut recourir à *tous les modes de preuve*, non pas, comme on le dit volontiers, parce qu'il y a eu *fraude à la loi* : il est très possible que le disposant ne se soit pas rendu un compte exact de la situation; mais parce que la réserve est d'*ordre public*, parce qu'il faut absolument qu'elle aille aux réservataires qui ne sauraient en être privés. Cette exigence est impérieuse à ce point que l'héritier réservataire qui a négligé de faire inventaire des biens de la succession et qui s'est rendu coupable de négligence, doit néanmoins être admis à établir, même par la *commune renommée*, la consistance de la succession et, par suite, le montant du disponible (Req., 19 mars 1878, *D. P.*, 1878, 1, 218, sur le rapport du conseiller Almeras Latour); il n'en irait autrement que s'il s'était rendu coupable de *fraude*.

1725. II. Ordre dans lequel s'effectue la réduction des libéralités. — Les règles établies à cet égard par le Code civil sont simples et rationnelles; elles sont au nombre de *trois* :

A. **Première règle. — Les legs sont réduits avant les donations.** — Aux termes de l'article 923, « *il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires...* » C'est donc toujours par les legs que l'on doit commencer l'œuvre de réduction; et cet ordre se justifie doublement :

1° Le droit des légataires est plus récent que celui des donataires; il ne s'est fixé qu'au jour du décès du disposant; jusque-là, le testament n'était qu'un projet;

2° La règle de l'*irrévocabilité des donations entre vifs* imposait cet ordre : si la réduction pouvait atteindre les donations avant les legs ou concurremment avec eux, le donateur pourrait aisément reprendre les biens donnés en multipliant les legs et en dépassant le disponible; il atteindrait ainsi, indirectement mais sûrement, les libéralités entre vifs jadis consenties.

1726. Ordre public. — Ces motifs sont assez puissants, le dernier surtout, pour imprimer à la règle de l'article 923 un caractère d'*ordre public* : le disposant ne pourrait pas stipuler que, si le disponible est dépassé, la réduction atteindra les donations avant que de porter sur les legs ou bien en même temps qu'elle portera sur eux; une telle clause serait radicalement nulle.

1727. B. Deuxième règle : la réduction des legs a lieu au marc le franc, suivant la loi de proportionnalité. — La règle est posée dans l'article 926; tous les legs, universels, à titre universel, à titre particulier, sont assujettis à un même traitement, celui de la réduction proportionnelle, *au marc le franc*. Si, par exemple, les biens extants valant 100.000 francs et le disponible étant de moitié, le *de cujus* avait légué toute sa fortune à des étrangers, soit 10.000 francs à Primus, 30.000 à Secundus, 60.000 à Tertius, on assurera à l'héritier la réserve à laquelle il a droit, c'est-à-dire 50.000 francs, en réduisant toutes les libéralités de 50 %, en sorte que Primus aura 5.000 francs, Secundus 15.000 et Tertius 30.000.

Cette règle de la proportionnalité s'imposait logiquement du moment que tous les legs ont la même date; ils prennent corps, ils s'affirment, les uns et les autres, au jour du décès. Le Code civil ne distingue ni d'après les dates des testaments, ni même, comme jadis notre ancien droit, suivant l'étendue et la nature des différentes dispositions : les légataires particuliers sont atteints en même temps que les légataires universels, les légataires de corps certains comme les légataires de genres (art. 926 *in fine*).

Le système de la réduction proportionnelle nécessite parfois une évaluation, par exemple de telle maison qui a été léguée à telle personne, ou de tel droit viager, de tel usufruit; en cas de désaccord entre les intéressés, le tribunal appréciera, sans être lié, pour l'évaluation des droits viagers, par les données établies pour la perception des droits fiscaux.

1728. Dérogation. — Clause contraire. — A la différence de la règle précédente, celle de la réduction proportionnelle des legs n'est nullement d'ordre public; elle peut être écartée par le testateur lui-même qui exprimera le désir que tel legs soit acquitté de préférence aux autres et qu'il ne soit donc atteint qu'après eux par la réduction : l'article 927 veut seulement qu'il s'en explique *expressément*.

1729. C. Troisième règle : les donations sont réduites successivement, dans l'ordre chronologique, en commençant par la plus récente. — Les *donations* obéissent à un tout autre statut que les legs : elles sont réduites, une à une, en commençant par la plus récente et en remontant ensuite dans le passé, conformément à l'ordre chronologique dans lequel elles étaient intervenues (art. 923) : il est donc possible que l'une d'elles soit complètement anéantie, alors que les autres subsistent intégralement. Il n'y aurait lieu de recourir à la réduction proportionnelle que si plusieurs donations avaient été faites le même jour et, notamment, par le même acte; il n'y aurait pas à tenir compte de l'ordre de présentation; la réduction aurait lieu au marc le franc.

1730. Justification. — L'opposition de traitement entre les legs et les donations, quant à la réduction, se justifie pleinement :

1° Les donations, à la différence des legs, ont des dates différentes; il est juste de s'en prendre d'abord aux plus récentes; les précédentes n'avaient pas encore porté atteinte à la réserve;

2° Le principe de l'*irrévocabilité* des donations ne permettait pas de choisir une autre solution : avec le système de la réduction proportionnelle, il eût été facile au disposant de revenir sur sa donation en consentant d'autres libéralités et en déterminant ainsi une retouche, une diminution du don d'abord effectué.

1731. Distinction des donations et des legs. — L'opposition de traitement entre les donations et les legs, quant au mode de réduction, fournit un nouvel intérêt à la distinction de ces deux sortes de libéralités. Parfois, la ligne de démarcation n'est pas d'un tracé facile; les donations de biens à venir, notamment *si elles interviennent entre époux*, se rapprochent sensiblement des dispositions testamentaires et l'on a pu se demander s'il fallait leur appliquer le régime

de la réduction proportionnelle ou bien la règle de la réduction successive; c'est dans ce dernier sens que l'opinion était depuis longtemps fixée : les donations de biens à venir, même entre époux, sont quand même des donations, soumises au statut établi pour ce genre d'opérations (*inf.*, n° 1818); mais un arrêt de la Chambre civile est venu tout remettre en question (*inf.*, n° 1820); du moins peut-on considérer comme certain que les donations de biens à venir, intervenues entre futurs époux et dans le contrat de mariage, sont à traiter comme des dispositions entre vifs et ne sont donc réductibles qu'à leur date, après toutes les libéralités testamentaires.

1732. Preuve de la date. — Il est très important de connaître les dates respectives des donations puisque de là dépend, avec le système de la réduction successive, le sort de ces libéralités. Si un acte notarié a été dressé conformément à l'article 931, sa date fait foi jusqu'à inscription de faux; mais on sait que cette formalité n'est pas exigée pour quantité de libéralités entre vifs : dons manuels, donations déguisées, libéralités indirectes. Alors, on fait application de l'article 1328 : l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date, *vis-à-vis des tiers*, que le jour où cette date est devenue *certaine*, notamment par l'enregistrement (*sup.*, t. II, n° 186); on est ainsi amené à distinguer selon que le conflit s'élève entre les contractants (ou leurs héritiers), ou bien entre tiers : dans la première éventualité, l'acte fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire; dans la deuxième, et par exemple entre donataires successifs, l'acte privé ne fait foi de sa date que lorsqu'elle a été certifiée dans les conditions prévues par l'article 1328 : enregistrement, décès de l'un des signataires, relation de la substance de l'acte dans un acte public.

1733. — Toutefois, il semble qu'un traitement de faveur soit à réserver aux dons *manuels* : pour eux, aucun acte, ni notarié, ni privé, n'a été dressé; la règle de l'article 1328, écrite pour les actes instrumentaires, ne les atteint donc pas et il faut décider que la preuve de leur date pourra être administrée par tous les moyens possibles, notamment avec les papiers du défunt (Caen, 28 mai 1879, *D. P.*, 1880, 2, 49).

1734. Insolvabilité d'un donataire. — Supposons, par exemple, que, la succession valant 100.000 francs et le disponible étant de 50.000, le *de cujus* ait consenti successive-

ment deux donations, de 50.000 francs chacune, l'une à Primus, la deuxième à Secundus. Cette dernière doit tomber, comme prise entièrement sur la réserve; mais il se trouve que Secundus est devenu insolvable : le réservataire sera-t-il sacrifié ou bien sera-t-il admis à se retourner du côté de Primus sur lequel il se vengera en quelque sorte de l'insolvabilité de Secundus? La question est assez délicate, parce que, à quelque parti qu'on se range, on fait brèche à une règle nécessaire : au caractère d'ordre public de la réserve si on sacrifie le réservataire, au principe de l'irrévocabilité des donations, si on sacrifie le premier donataire; car il aura dépendu du disposant, en gratifiant ultérieurement un insolvable, de reprendre à ce premier donataire le cadeau qu'il lui avait fait. Toutefois, comme un calcul aussi machiavélique ne semble pas très à redouter, on comprend que la Cour de cassation se soit prononcée en faveur du réservataire à qui elle permet, en cas d'insolvabilité du dernier donataire, d'atteindre les gratifiés précédents (*Sic*, Civ., 11 janv. 1882, *D. P.*, 1882, 1, 313; Caen, arrêt précité; *contra*, Caen, 19 nov. 1853, *D. P.*, 1855, 1, 108).

1735. III. Effets produits par la réduction prononcée. — Principe. — L'action en réduction a pour objectif et pour résultat de faire tomber, de *résoudre* les libéralités, dans la mesure où elles excédaient les limites de la quotité disponible. C'est donc *rétroactivement* que les libéralités doivent tomber dans la mesure indiquée : tout va se passer comme si elles n'avaient jamais été consenties : la réduction a lieu *en nature*.

1736. Conséquence; résolution des charges. — L'article 929 conclut de ce principe traditionnel que « *les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire* ». Il faut d'ailleurs généraliser, sans hésitation : ce sont toutes les charges nées du chef du donataire qui doivent tomber : « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

1737. Tempéraments à l'idée de rétroactivité. — Ce n'est pas inflexiblement que s'applique la loi de rétroactivité; le système du Code civil est moins brutal.

1° La *jouissance* du donataire est mise à l'abri de cette loi : le Code civil lui permet de conserver les fruits perçus, au moins jusqu'à l'ouverture de la succession, et même jusqu'au jour de la demande en réduction si cette demande n'a pas été formée dans l'année (art. 928; pour le cas d'une

donation déguisée, v. Req., 16 août 1853, *D. P.*, 1854, 1, 390). Après tout, ce donataire n'est pas tenu de savoir si son don est sujet à réduction; au contraire, l'héritier soumis au *rapport* est toujours comptable des fruits à partir du décès : il doit savoir si la donation qui lui fut consentie était préciputaire ou si elle se ramenait à une simple avance d'hoirie (*sup.*, n° 1136).

1738. 2° Sous-aliénation. — Mais là où l'idée de rétroactivité subit les plus graves atteintes, c'est au cas où le donataire avait lui-même aliéné la chose dont il avait été gratifié. Logiquement, la sous-aliénation devrait tomber avec la donation et les réservataires seraient donc admis à revendiquer contre le détenteur actuel, ainsi que pourrait le faire un vendeur après résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. Or, telle n'est pas la réalité juridique : c'est assez rarement et c'est difficilement que les réservataires seront en mesure d'atteindre les tiers acquéreurs;

a) D'abord, en ce qui concerne *les meubles corporels*, ils risqueront fort de se heurter à une fin de non-recevoir tirée de l'article 2279: *en fait de meubles, la possession vaut titre*;

b) Même si le possesseur actuel n'est pas sous la protection de cette maxime, ce n'est pas toujours ni aisément que les réservataires l'atteindront, mais seulement *si le donataire est insolvable*; s'il est solvable, ils lui demanderont une somme d'argent représentant la valeur des biens sujets à réduction, et, si elle leur est remise, ils devront s'en contenter, sans pouvoir inquiéter le sous-acquéreur. De plus, l'insolvabilité du donataire doit être officiellement établie au moyen de la *discussion*, c'est-à-dire de la saisie et de la vente *de tous les biens*, meubles et immeubles (art. 930), et non pas seulement des biens qui lui avaient été donnés, en sorte que les réservataires ne pourront en aucun cas agir directement contre les sous-acquéreurs, mais qu'ils devront commencer par s'adresser au donataire. La discussion à laquelle ils doivent procéder est d'ailleurs très différente de celle que peut exiger une caution poursuivie par le créancier : elle constitue une véritable *condition de recevabilité* du recours contre le tiers acquéreur; elle peut donc être exigée à tout moment, et non pas seulement *in limine litis*, et sans que le sous-acquéreur soit tenu d'avancer les frais nécessités par cette épreuve qui présente un caractère de généralité, qui porte sur tous les biens du débiteur, et non pas seulement sur ceux qui sont situés dans le ressort de la cour d'appel (art. 2023, § 2);

c) Toutes ces conditions réunies, il n'est pas encore sûr que le sous-acquéreur se trouve menacé; car il peut n'être pas seul de son espèce. Si le donataire a aliéné la chose en plusieurs fois, s'il en a vendu la moitié à Primus, puis le reste à Secundus, les sous-acquéreurs ne seront atteints que suivant l'ordre adopté pour les donataires eux-mêmes, donc en commençant par le plus récent (art. 930 *in fine*);

d) Même si le sous-acquéreur est effectivement passible de l'action en réduction, nul doute qu'il ne lui soit loisible de conjurer l'éviction en offrant aux réservataires la valeur des biens donnés, lors du décès. En effet, si le donataire était solvable, ces réservataires auraient dû se contenter de cette satisfaction, suffisamment substantielle encore qu'elle ne soit pas fournie en nature; contre le sous-acquéreur, que la loi a voulu protéger, ils ne sauraient faire preuve d'une plus grande exigence;

e) Enfin, la loi permet au donataire d'échapper à la réduction en nature dans deux cas particuliers prévus par les articles 924 et 866 (*inf.*, n° 1741); il conjure ainsi l'éviction dont il était menacé et il sauvegarde du même coup les intérêts des tiers, titulaires de droits réels sur l'immeuble.

1739. Droit de rétention. — Il faut ajouter que l'acquéreur a droit, comme le donataire lui-même, au remboursement de la plus-value résultant de ses impenses, de même qu'il est comptable des diminutions de valeur provenant de son fait; c'est ce qui résulte suffisamment de l'article 922 d'après lequel les biens donnés sont évalués d'après leur état et leur valeur à l'époque des donations (*sup.*, n° 1709). Le tiers acquéreur, comme le donataire, est armé du droit de *rétention* en vue d'obtenir le paiement des sommes auxquelles il peut prétendre : il y a, en effet, *debitum cum re junctum*; sa créance est née à l'occasion de la chose qu'il doit restituer (*sup.*, t. II, n° 1473).

1740. Réduction et rapport. — Bien que la réduction ne rejaillisse qu'exceptionnellement sur les tiers, elle produit encore des effets plus énergiques que le rapport; cette dernière opération ne retentit jamais contre les sous-acquéreurs, puisque, sauf stipulation contraire dans l'acte de donation, le rapport n'a lieu qu'en moins prenant (art. 859, nouv. réd., 860 et 868, *sup.*, n° 1150); tandis qu'il est possible que la réduction atteigne un tiers détenteur. C'est qu'il n'y a pas alors d'autre moyen de donner satisfaction aux réservataires puisque, par hypothèse, le donataire est insol-

vable; au lieu que le rapport est réalisable sans atteindre le sous-acquéreur, grâce à cette circonstance que le donataire est ici un héritier, toujours : on lui retiendra donc le bien donné sur le montant de sa part héréditaire; le rapport aura lieu en moins prenant.

1741. Réduction en moins prenant; décret-loi du 17 juin 1938. — Au contraire, le donataire sujet à réduction n'est pas nécessairement un héritier; ce peut être un tiers, totalement étranger à la succession; il semble donc qu'il ne puisse être question de *réduction en moins prenant*, car, pour prendre en moins dans la succession, il faut d'abord y être appelé. Mais précisément le Code civil a organisé une *réduction en moins prenant* pour le cas où le donataire passible de la réduction serait aussi un héritier, et cela dans trois éventualités :

1° Dans celle qui est prévue par l'article 924, lequel permet alors au donataire de « ... *retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature* ». Il faut donc supposer : 1. que le donataire sujet à réduction est en même temps héritier, et *héritier réservataire*; 2. qu'il vient *effectivement* à la succession; 3. que la donation lui a été consentie *par préciput*; 4. qu'il existe, dans la succession, des biens *de même nature* que les biens donnés. C'est dans ces conditions que la loi autorise l'héritier donataire à retenir sur les biens donnés la valeur de la part successorale à laquelle il a lui-même droit en tant que réservataire; il se couvre ainsi de sa réserve en utilisant le bien qui lui avait été donné; il réalise une *réduction en moins prenant* : de donataire par préciput il se mue, en ce qui concerne l'immeuble donné, en un héritier réservataire, ce qui lui permet de conserver ce bien en nature.

2° Un autre cas de réduction en moins prenant, plus compréhensif que le précédent, est prévu dans l'article 866, modifié par un décret-loi du 17 juin 1938 (avec un *rectificatif* paru au *J. Off.* 7 juill., p. 7947) : On suppose : 1. qu'un *immeuble* ou bien une *exploitation agricole* avait été donné ou légué par le défunt à un de ses successibles; 2. que la libéralité avait été faite « *sans obligation de rapport en nature* »; 3. qu'elle excède, dans une proportion quelconque, minime ou considérable, la portion disponible. Le nouveau texte autorise alors ce successible gratifié à retenir *en totalité* l'immeuble donné, à charge pour lui d'indemniser ses cohéritiers en argent ou autrement, les délais et les conditions

du paiement de l'indemnité étant fixés, soit par un accord amiable, sinon par le tribunal, et étant entendu que les avantages résultant des dits délais ne seront pas à considérer comme une nouvelle libéralité imputable sur le disponible et sur la réserve légale, quand bien même les sommes allouées aux cohéritiers seraient stipulées non productives d'intérêt, à condition cependant que le paiement ne soit pas retardé au-delà de cinq années à compter de l'ouverture de la succession, et avec cette restriction qu'au cas de vente totale ou partielle des immeubles donnés ou légués, les sommes encore dues deviendront aussitôt et de plein droit exigibles (art. 866, § 3, nouv. réd.). Les délais de paiement ne pourront d'ailleurs, en aucun cas, excéder dix années (même texte).

Cette disposition nouvelle, qui substitue à la réduction en nature la réduction en argent, doit être comprise largement, et à différents points de vue :

1. Quant à la nature du bien donné ou légué : ce peut être soit un immeuble *quelconque*, soit une exploitation agricole (avec les accessoires de culture) ne présentant pas un caractère immobilier, ce qui est le cas lorsqu'elle est aménagée sur l'immeuble d'autrui, et *sans distinction tirée de son importance*;

2. Quant à la nature de la libéralité qui peut avoir été consentie par donation ou par testament, à titre préciputaire ou par avancement d'hoirie, mais à la condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne s'accompagnât pas d'une clause imposant au bénéficiaire le rapport en nature (art. 866, § 1, nouv. réd.);

3. Quant à la mesure dans laquelle la libéralité excède le montant du disponible et alors même que le dépassement serait minime;

4. Quant à la personnalité de celui qui cumule les deux qualités de donataire ou de légataire d'une part, de successible d'autre part; il n'est pas nécessaire qu'il ait la qualité de réservataire, ni même celle d'héritier légitime : le conjoint survivant, successeur irrégulier, rentre dans le cadre du nouveau texte et bénéficiera donc, à l'occasion, du régime qu'il institue. Tout au moins est-il indispensable que ce successible vienne effectivement à la succession : renonçant, il ne saurait prétendre échapper à la réduction en nature;

3° Le même article 866, nouvelle rédaction, applique le même régime au don ou au legs qui avait été consenti par le défunt au *conjoint survivant* et qui portait sur *les objets*

mobiliers ayant servi au ménage commun des époux » (art. 866, § 2).

(V. sur la réforme introduite par ce d.-l. de 1938 : Voirin, *Lois nouvelles*, 1938, 1, 340; Desbois, *D. P.*, 1938, 4, 364.)

A ces trois cas de réduction en valeur, certaines décisions en ajoutent un quatrième : l'héritier qui, acquéreur à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit au profit de l'aliénateur, subit l'application de l'article 918 (*sup.*, n° 1698), aurait du moins la faculté de conserver le bien acquis et de se contenter de verser en valeur à ses cohéritiers le complément de leur réserve, entamée par l'aliénation qui lui avait été consentie (*Sic.*, trib. civ. Tulle, *motifs*, 12 nov. 1927, *S.*, 1929, 2, 32; Riom, 5 juin 1929, *S.*, 1931, 2, 105, note de Mme Béquignon-Lagarde). La lettre de l'article 918 semble favorable à cette interprétation; car le texte soumet à la réduction l'*excédent* de la *valeur en pleine propriété* des biens, eu égard à la quotité disponible.

Section IV. — A QUI PROFITENT LA CADUCITÉ, LA RÉVOCATION OU LA RÉDUCTION D'UNE LIBÉRALITÉ

1742. Position du problème. — La détermination du bénéficiaire de l'événement qui enlève à une libéralité tout ou partie de son efficacité ne présente pas, en général, de sérieuses difficultés.

La *réduction* profite, tout naturellement et conformément à sa destinée, à l'héritier dont la réserve se trouvait entamée par la libéralité excessive. Cependant, lorsqu'il y a plusieurs réservataires, il faut comprendre que leurs réserves se nuisent et s'entament respectivement; c'est ainsi que la réserve des enfants naturels est prise sur l'ensemble de la succession, donc à la fois sur le disponible et sur la réserve des enfants légitimes; et même, c'est cette dernière qu'elle entame exclusivement lorsqu'il y a trois enfants légitimes ou davantage (*sup.*, n° 1680).

La *révocation* ne présente pas davantage de difficultés lorsqu'elle porte sur une *donation* : le bénéfice en va invariablement au donateur ou à ses héritiers.

1743. Legs; principe. — Mais la question est plus complexe lorsqu'une *libéralité testamentaire* devient *caduque* ou si elle est *révoquée*, ou même si elle est frappée de *nullité*. Sans doute, le principe est que l'*inefficacité du legs profite à qui devait l'acquitter*, donc, suivant les cas, à l'héritier *ab*

intestat, à un légataire universel ou à titre universel, parfois même à un légataire à titre particulier, chargé spécialement de son service.

1744. Dérogations. — Mais cette règle comporte deux catégories d'*exceptions* :

1° Il est possible que le testateur, prévoyant la défaillance de l'institué, ait désigné une personne pour recueillir la libéralité; il y a alors comme un ordre, non pas successif, mais testamentaire; l'institué en première ligne a un suppléant, un *substitué qui recueillera* le legs à son défaut. On dit qu'il y a alors *substitution vulgaire*, par opposition à la *substitution fidéicommissaire*, laquelle est en principe prohibée (*inf.*, n° 1858). Alors, la caducité ou la révocation ou la nullité de la première institution profitent, non à l'héritier, mais à l'institué de seconde ligne, au suppléant;

2° Le droit commun se trouve encore écarté lorsque fonctionne le *droit d'accroissement*, c'est-à-dire lorsque le legs caduc, ou révoqué ou nul, va rejoindre l'émolument d'un autre légataire.

Le droit d'accroissement
(Art. 1044 et 1045)

1745. Plan. — Il faut : 1° préciser l'*hypothèse* du droit d'accroissement; 2° déterminer *les cas* dans lesquels il s'exerce; 3° quel est son *domaine d'application*; 4° comment il se *réalise*.

1746. I. Hypothèse. — Le droit d'accroissement s'exerce entre *colégataires* d'une même chose; l'identité et la généralité de la vocation font que, si tous se présentent, l'émolument de chacun s'en trouvera réduit et comme comprimé, mais qu'à l'inverse, si l'un d'eux est défaillant, les parts des autres se développent d'autant; sa part *accroît* à ces derniers, par suite d'un phénomène d'accession, d'expansion juridique.

Cette expansion est conforme à l'*intention probable* du testateur : il est naturel que le legs de 10.000 francs consenti à Primus et à Secundus, sans assignation de parts, profite exclusivement à Secundus si Primus prédécède au testateur ou s'il renonce : ici, comme dans le droit testamentaire en général, l'intention du disposant est souveraine; ses dernières volontés doivent être obéies (Req., 30 mars 1897, *D. P.*, 1898, 1, 153, note Guénée).

Mais il est possible qu'elles ne se soient pas manifestées clairement, et le Code civil a voulu alors faciliter la tâche du juge en instituant des directives, empruntées d'ailleurs à une longue *tradition*; elles n'ont qu'une valeur *subsidiaire* et ne s'imposent au tribunal qu'en l'absence de toutes autres indications puisées dans les inconstances de la cause : la volonté *présumée* doit céder le pas à la volonté *effective*; la théorie légale de l'accroissement rappelle, à cet égard, la théorie des *comorientes* à laquelle le juge ne fait appel qu'en désespoir de cause et en l'absence de toute clarté (*sup.*, n° 728).

C'est cette théorie légale dont il faut préciser les contours.

1747. II. Cas dans lesquels il y a lieu à accroissement. — L'accroissement implique, chez les intéressés, la qualité de *colégataires*; entre leurs vocations respectives doit exister une *conjonction* qui peut être *verbale* ou *réelle* ou les deux tout à la fois.

1° Conjonction *verbale* (*verbis tantum*) : une même chose a été léguée à deux personnes, dans une même disposition, dans une même formule, mais avec *assignation de parts*. Cette assignation, par cela même qu'elle exclut l'unité, la communauté de vocation, exclut aussi le droit d'accroissement, du moins si elle porte sur l'institution même des légataires (Paris, 22 mars 1859, *D. P.*, 1859, 2, 51, Req., 19 fév. 1861, *D. P.*, 1861, 1, 261; Nancy 8 juill. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 78), mais non si elle n'affecte que l'exécution du legs ou le partage à effectuer entre les légataires (Req., 18 juin 1878, *D. P.*, 1879, 1, 33; 10 juill. 1905, *D. P.*, 1906, 1, 397). C'est dans la première éventualité seulement que les légataires cessent d'être conjoints et que la défaillance de l'un d'eux profite au débiteur des legs, tandis que, dans le deuxième cas, ils sont vraiment colégataires et la défaillance de l'un d'eux bénéficie à l'autre par droit d'accroissement;

2° Conjonction *réelle* (*re tantum*) : la même chose est léguée à deux personnes, mais par des dispositions distinctes, *disjunctim*. Il résulte alors de l'article 1045, qu'en principe il n'y a pas lieu à accroissement, sauf si la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration; et c'est au juge du fait qu'il appartient de décider si cette condition, mise à l'accroissement, se trouve réalisée dans l'espèce;

3° *Conjonction à la fois verbale et réelle* (*re et verbis*). Une même chose est léguée à plusieurs personnes, dans une même formule et sans assignation de parts : le testateur a légué 10.000 francs à Primus et à Secundus, ou bien une maison, ou bien un domaine. Alors s'affirme vigoureuse-

ment l'unité et la communauté de vocation des divers institués : le droit d'accroissement trouve le terrain le plus favorable à son développement; la défaillance de l'un profite à l'autre (art. 1044).

1748. III. Domaine d'application du droit d'accroissement.

1° La réglementation légale du droit d'accroissement ne vise que les dispositions testamentaires, à l'exclusion des donations; ce n'est pas à dire que tout accroissement soit impossible entre *codonataires*; mais il ne peut résulter alors que de la volonté *effective des parties*; les directives posées dans les articles 1044 et 1045 sont inapplicables;

2° Il faut écarter encore du domaine de ces textes les legs universels ou à titre universel, car le législateur y parle de la *chose léguée* : ce sont donc seulement les legs à titre particulier qu'il a eus en vue; pour les dispositions plus amples, il y aura lieu à accroissement, à l'occasion, mais ce ne sera pas dans les termes des articles 1044 et 1045; ce sera en vertu de la tendance à l'universalité, de la force d'expansion de pareilles dispositions; le juge appréciera;

3° Du moins n'y a-t-il pas à distinguer d'après la nature de la chose léguée :

a) Peu importe qu'il s'agisse d'un corps certain ou d'une somme d'argent;

b) Le legs *d'usufruit* est à traiter ainsi que le legs de propriété : si le testateur a légué à Primus et à Secundus l'usufruit de sa maison, la défaillance de l'un des légataires profitera certainement à l'autre; mais il en irait autrement, en principe, si le décès de l'un des co-usufruitiers ne survenait qu'après celui du testateur; il n'y aurait pas, en ce cas, de caducité; le legs aurait produit tous ses effets en faveur de l'usufruitier décédé; sa part d'usufruit ferait donc retour à la nue propriété; elle n'accroîtrait pas à la part de l'usufruitier survivant (Rennes, 6 mars 1878, *D. P.*, 1880, 2, 87), sauf cependant volonté contraire par le testateur (même arrêt).

1749. IV. Réalisation de l'accroissement.

1° L'accroissement s'opère *également*, en principe, entre ceux qui y prennent part; cependant, si les légataires ont été institués par groupes séparés, la part vacante dans un groupe n'accroît qu'aux légataires dudit groupe, à l'exclusion de ceux qui rentrent dans une autre catégorie;

2° L'accroissement a lieu *cum onere* : le bénéficiaire

assume les charges qui incombaient au défaillant (Douai, 29 nov. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 599). Il n'en irait autrement que si les charges avaient un caractère strictement personnel ou bien si le testateur avait réglé différemment le sort des charges afférentes aux parts devenues caduques;

3° L'accroissement est *volontaire*; le colégataire a la faculté de répudier la part du renonçant : on ne saurait, en effet, lui imposer des charges contre son gré; d'ailleurs, lorsqu'il avait accepté la libéralité, il n'avait pas pu prévoir l'extension dont elle serait l'occasion, et nul ne peut être gratifié malgré lui.

TITRE II

LES LIBÉRALITÉS À STATUTS SPÉCIALISÉS

1750. Généralités. — Plan. — Nous entendons par *libéralités à statuts spécialisés*, celles qui sont soumises à une réglementation originale à raison des conditions dans lesquelles elles interviennent, de l'atmosphère qui les entoure, du *but* auquel elles répondent.

1° Ce sont d'abord celles qui se trouvent, avec le mariage, dans un rapport étroit et que nous qualifierons de *donations matrimoniales*;

2° Ce sont aussi les actes par lesquels le disposant prétend attribuer ses biens à titre gratuit à deux bénéficiaires *successifs*, l'un gratifié en première ligne, l'autre, au décès du premier, en deuxième ligne : on dit alors, lorsqu'un *ordre successif* est ainsi créé par le donateur ou par le testateur, qu'il y a *substitution fidéicommissaire*;

3° Il arrive que le disposant ait des vues plus lointaines encore, qu'il veuille faire œuvre plus durable en affectant à jamais un capital à une œuvre déterminée : il procède alors à une *fondation*;

4° Enfin, on conçoit un acte, complexe dans son objectif et dans ses effets, tendant, non seulement à opérer un transfert de valeur à titre gratuit, mais aussi et du même coup, à réaliser le *partage*, entre les bénéficiaires, héritiers présomptifs du disposant, des biens compris dans la libéralité : tel est le rôle assigné aux *partages d'ascendant*.

Un chapitre sera consacré à chacune de ces libéralités qui se particularisent des autres et entre elles soit par le cadre dans lequel elles interviennent, soit surtout et plus généralement, par l'esprit qui les anime et l'objectif auquel elles répondent dans la pensée de celui dont elles émanent.

CHAPITRE PREMIER

Les donations matrimoniales

1751. Définition ; opposition ; plan. — Nous désignerons sous cette rubrique toutes les donations qui sont, avec le mariage, dans un rapport de connexité étroit, et ce rapport peut être de deux sortes; on doit distinguer :

1° Les donations consenties *à l'occasion et en faveur du mariage*;

2° Les *donations entre époux*.

Les premières précèdent ou accompagnent le mariage; les secondes interviennent après sa conclusion et pendant son cours; et, tandis que le législateur concentre ses faveurs sur les unes, désireux qu'il est de faciliter le mariage dont elles constituent le complément, parfois même la condition, il ne fait preuve d'aucune tendresse particulière pour les autres, bien au contraire : alors que les libéralités faites à l'occasion du mariage sont l'objet d'un *statut de faveur*, les donations entre époux sont envisagées avec une certaine méfiance et sont soumises à un *statut de rigueur*.

Nous étudierons, dans deux sections distinctes, ces deux catégories de donations.

Après quoi, dans une troisième section, il sera traité du *disponible spécial entre époux*.

SECTION I. — DES DONATIONS FAITES À L'OCCASION, EN FAVEUR DU MARIAGE

1752. Distinctions. — Cette première catégorie est elle-même complexe, car la donation peut être consentie par un *tiers* tandis qu'elle peut être faite par l'*un des futurs époux* à l'autre; d'autre part, dans un cas comme dans l'autre, elle est susceptible d'intervenir soit dans le contrat de mariage, soit dans un acte indépendant, *hors contrat*; si bien qu'en somme trois catégories sont à distinguer :

1° Les dispositions consenties *dans le contrat de mariage* par un *tiers* au profit des époux ou de l'un d'eux;

2° Les dispositions adressées, *dans le contrat de mariage* également, par l'*un des futurs époux* à l'autre;

3° Les dispositions intervenues *hors contrat*.

1753. Règles communes aux deux premières catégories. — Les dispositions faites *par contrat de mariage*, qu'elles proviennent de l'un des futurs époux ou d'une tierce personne, sont soumises à de certaines règles qui leur sont incontestablement communes; elles ont trait soit à la *forme* de la donation; soit à son *objet*; *soit* à sa *solidité*; soit enfin au tarif des droits d'*enregistrement*.

1° **Forme de la donation.** — Du moment que la donation, insérée dans le contrat de mariage, s'adresse aux futurs époux ou à l'un d'eux, elle bénéficie, quant à la forme, d'une double immunité.

a) Elle est dispensée d'une formalité requise pour les donations ordinaires : la *présence réelle* du second notaire ou de deux témoins instrumentaires cesse d'être exigée (L. 21 juin 1843, art. 2; l. 12 août 1902, art. 1er modifiant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI); la simplification allait de soi : la présence réelle n'est pas requise pour le contrat de mariage lui même (*sup.*, n° 382); dès lors, il serait illogique et presque vexatoire de l'exiger pour la donation auquel ce contrat sert de cadre.

b) Aux termes de l'article 1087, « *les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation* »; en d'autres termes, l'acceptation *expresse* du donataire, imposée pour les donations ordinaires par l'article 932, n'est plus requise pour les donations faites par contrat de mariage; le législateur se contente ici de l'acceptation tacite.

1754. Pas d'autres immunités. — Ce sont là toutes les immunités dont jouissent, quant à la forme, les donations faites par contrat de mariage; ces libéralités demeurent soumises, *dans les termes du droit commun*, à la formalité de l'*état estimatif*, si elles sont mobilières et si elles portent sur des biens présents; à celle de la *transcription* si elles affectent des immeubles présents.

1755. 2° **Objet de la donation.** — La donation faite par contrat de mariage bénéficie, quant à son *assiette*, d'une immunité importante; elle peut porter soit sur des biens présents, soit aussi sur des *biens à venir*, c'est-à-dire, pratiquement, sur les biens que le disposant laissera à son décès, ou encore, simultanément, sur les biens présents et les biens à venir : ainsi se trouve évincée, dans une de ses plus importantes applications, la règle *donner et retenir ne vaut*.

1756. 3° Solidité de la donation. — La donation consentie par contrat de mariage est moins solide qu'une donation ordinaire, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement un défaut, une infériorité, mais plutôt une marque de souplesse, une facilité d'adaptation aux circonstances.

a) Une telle donation est exposée à une cause de *caducité* spéciale : la *non célébration du mariage* (art. 1088). On a coutume de dire que la célébration du mariage a la valeur d'une simple condition suspensive affectant tacitement la libéralité : *si nuptiae sequantur*; (*sup.*, n° 391). En réalité, cet événement remplit, dans l'opération, un rôle plus important et non pas seulement un office purement accessoire et adventice : tandis qu'on peut détacher une condition de l'acte qu'elle concerne sans nuire à la validité de l'expiration, il est impossible de concevoir une donation en faveur de mariage sans mariage; d'autre part, tandis que la condition, une fois accomplie, rétroagit, le contrat de mariage ne produit d'effet qu'au jour du mariage, c'est-à-dire au jour de la réalisation de l'événement envisagé. En réalité, le mariage est la raison d'être des donations intervenues à son occasion; il en constitue la *cause impulsive et déterminante*, le mobile, le but, et l'on comprend donc que, s'il vient à manquer, les libéralités aménagées pour lui, étant désormais privées de support, tombent dans le vide et deviennent caduques.

La même solution est à donner si le mariage, étant célébré, est ensuite déclaré *nul*, réserve faite des règle relatives au mariage *putatif*.

1757. — *b*) D'une façon générale, la règle *donner et retenir ne vaut* ne régit pas les libéralités faites par contrat de mariage;

1. Comme on l'a vu, de telles donations sont susceptibles de porter sur les *biens à venir* du disposant;

2. La loi permet d'affecter ces libéralités d'une condition *potestative* de la part du donateur (art. 1086);

3. Spécialement, le donateur peut stipuler que le donataire paiera indistinctement toutes ses dettes, non seulement les présentes, mais celles qu'il contractera par la suite (même texte);

4. Il peut même se réserver la faculté de disposer d'un bien compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, et cela contrairement à la disposition de l'article 946 : s'il décède ensuite sans avoir disposé des biens ou de la somme en ques-

tion, ceux-ci appartiendront au donataire ou à ses héritiers (art. 1086, *in fine*).

1758. Réduction. — Il est à noter qu'au point de vue de la *réduction*, les donations faites par contrat de mariage sont tributaires du droit commun : elles sont réduites, s'il y a lieu, à leur date, comme le seraient toutes autres libéralités entre vifs.

1758*bis*. 4° Droits d'enregistrement. — Les donations faites par contrat de mariage bénéficient d'un tarif de faveur qui varie, suivant le lien de parenté unissant le disposant au gratifié, et qui résulte actuellement, *jusqu'au 31 décembre 1939*, du décret du 20 mai 1938 (C. enreg., art. 401) ; il est ainsi établi :

1° *En ligne directe*, 4,90 ou 6 ou 7,60 %, selon que le donateur a plus de deux enfants vivants ou représentés, ou bien deux enfants ou un seul;

2° *Entre époux*, 6 %;

3° *Entre frères et sœurs*, 19,50 %;

4° *Entre oncles ou tantes et neveux ou nièces*, 26 %;

5° *Entre grands-oncles ou grand'tantes et petits-neveux ou petites-nièces, et entre cousins germains*, 32,50 %;

6° Entre parents au-delà du 4° degré, et entre personnes non parentes, 39 %.

On pourra juger de la faveur avec laquelle sont traitées par le droit fiscal les donations faites par contrat de mariage, en confrontant les taux ci-dessus avec ceux qui ont été établis, par le même texte, pour les donations ordinaires (*sup.*, n° 1312*bis*).

1759. Plan. — Ayant noté les caractéristiques communes à toutes les donations faites par contrat de mariage, nous envisagerons successivement les deux catégories précédemment distinguées, puis les donations faites, en faveur du mariage, mais *hors contrat*.

§ I. — *DONATIONS CONSENTIES, DANS LE CONTRAT DE MARIAGE, PAR UN TIERS*

1760. Précision. — On entend ici par *tiers* toute personne autre que les futurs époux, donc même les proches parents, même le père et la mère.

1761. Caractéristique générale. — Ces donations présentent cette caractéristique de *n'être point révocables pour cause d'ingratitude* (art. 959). La raison en est que de telles libéralités présentent un caractère *moins personnel* que les donations ordinaires; elles s'adressent, en réalité, non seulement au futur époux gratifié, mais aussi à son futur conjoint ainsi qu'aux enfants à naître du mariage : il ne faut donc pas que la faute du bénéficiaire direct prive toute une famille d'un avantage qui s'adressait à elle; la *personnalité des peines* ne permet pas que les innocents paient pour le coupable qui profite ainsi, en la circonstance, d'une loi de solidarité familiale; c'est pour ne pas frapper les siens qu'on évite de le frapper lui-même.

1762. Distinction et plan. — Trois catégories sont à distinguer parmi les donations faites, dans le contrat de mariage, par un tiers, aux futurs époux ou à l'un d'eux.

1° La donation de *biens présents*;

2° La donation de *biens à venir ou institution contractuelle*;

3° La donation *cumulative* de biens présents et de biens à venir.

N° 1

Donation de biens présents

1763. Principe. — Ces donations sont soumises au *droit* commun, ainsi que le proclame l'article 1081, § 1.

Ce texte en conclut aussitôt, dans son deuxième alinéa, qu'elles ne pourront donc pas avoir lieu, en thèse générale, au profit des enfants à naître, plus exactement des enfants non conçus. Il semblait inutile de s'en expliquer; comme tout contrat, la donation ne saurait être conclue qu'entre personnes actuellement existantes. Mais il faut savoir que, dans notre ancien droit, il était admis que l'on pût faire des donations de biens présents, par contrat de mariage, aux enfants à naître : c'est cette facilité que les rédacteurs du Code civil ont condamnée expressément par la disposition de l'article 1081, § 2.

Si une donation était adressée à la fois aux époux, ou à l'un d'eux, et aux enfants à naître, elle ne serait nulle que dans la dernière partie de sa disposition; elle sortirait tous ses effets en faveur de l'époux ou des époux gratifiés.

1764. Précision. — Le *droit commun* auquel se réfère l'article 1081, § 1, n'est pas du tout celui des donations ordinaires, mais bien celui des donations faites en faveur de mariage, ainsi qu'il ressort de la teneur même de cette disposition; les donations de biens présents bénéficient donc des immunités précédemment exposées, soit quant à la *forme*, soit quant à la facilité d'y adjoindre des *conditions potestatives* (art. 1086). Il y a seulement lieu de noter que l'apposition d'une condition de ce genre imprime à l'opération un caractère particulièrement fragile : elle devient *caduque* par la *survie* du donateur au donataire et à sa postérité (art. 1089 qui se réfère à l'art. 1086).

N° 2

Donation de biens à venir

INSTITUTION CONTRACTUELLE

(Art. 1082 et 1083)

1765. Définition ; arperçu général. — D'ordinaire, ce sont seulement les biens *présents* du disposant qui peuvent être l'objet d'une donation; par définition même, la donation entre vifs implique le dessaisissement *actuel* du donateur. Exceptionnellement, la loi admet qu'elle puisse porter sur des biens à venir, sur les biens que le disposant laissera à son décès; il en est ainsi lorsqu'elle intervient par contrat de mariage et au profit des futurs époux ou de l'un d'eux; la faveur dont jouissent les conventions matrimoniales fait fléchir la règle que *donner et retenir ne vaut* (art. 1082, § 1); l'opération consentie dans ces conditoins prend traditionnellement le nom d'*institution contractuelle*.

C'est là une opération étrangement composite, disposition à cause de mort par certain côté, donation entre vifs à d'autres égards;

1° Elle s'affirme disposition *à cause de mort* par son *objet*, puisqu'elle porte sur les biens ou certains des biens que le disposant laissera à son décès; c'est dans la succession de l'*instituant* que s'exerceront les droits de l'*institué*; à cet égard, l'institution contractuelle présente d'étroites affinités avec le legs;

2° Mais, à tous les autres points de vue, c'est avec la *donation entre vifs* que l'analogie s'affirme;

a) La disposition est insérée dans une convention — le

contrat de mariage — et non dans un testament : elle présente une origine *contractuelle*;

b) Elle implique, dans une certaine mesure, le dessaisissement actuel et définitif du disposant, non pas, sans doute, pour la propriété même des biens compris dans l'institution, mais en ce qui concerne la faculté d'en disposer à titre gratuit; l'instituant abdique ainsi un des attributs essentiels de son droit de propriété. On sait qu'à l'inverse le testateur conserve pleinement la faculté de disposer des biens qu'il a légués; il révoque alors implicitement les legs d'abord consentis (*sup.*, n° 1649).

On voit par là que l'institution contractuelle mérite d'être qualifiée, comme le faisait Furgole, d'institution *amphibie* : libéralité à cause de mort par son objet, elle s'affirme comme une disposition entre vifs par le cadre où elle se situe comme par les effets qu'elle produit aussitôt. Elle est bien une *institution* (d'héritier) faite par *contrat*; elle s'analyse, comme la qualifiait Laurière, en un *don de succession*.

1766. Caractère prédominant. — Toutefois, des deux natures entre lesquelles se partage la libéralité, il en est une qui est prédominante, et c'est, pour les auteurs comme pour la jurisprudence, celle de disposition entre vifs.

1° En effet, ce qui caractérise une opération juridique, c'est moins son objet — la preuve en est que certains contrats s'accommodent indifféremment d'un objet quelconque — que sa forme, son cadre, et surtout les *effets* qu'elle produit. Or, sous ces deux aspects, l'institution contractuelle s'apparente aux libéralités entre vifs;

2° Que tel soit bien le point de vue du législateur, c'est ce qui ressort de l'intitulé du chapitre VIII dans lequel il est traité de cette opération : « Des *donations* faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage ». D'ailleurs, les articles 1082 et 1083 se réfèrent à la même terminologie : « Pareille *donation*... »; « La *donation*... »;

3° Enfin, telle était la vue dominante dans notre ancien droit; si Laurière en fut le contradicteur, Pothier en était le partisan (*Coutume d'Orléans*, Introduction au titre XVII, appendice n° 18).

Nous pouvons donc tenir pour certain que, dans l'institution contractuelle, c'est la nature de libéralité entre vifs qui l'emporte, qui constitue la marque distinctive. Nous aurons à tirer les conséquences de cette constatation en ce qui concerne la *capacité* requise chez l'instituant (*inf.*,

n° 1771) et nous les avons précédemment déduites pour ce qui est de la *réduction* (*sup.*, n° 1731).

1767. Adaptation. — L'institution contractuelle était fort pratiquée dans notre ancien droit en vue de conférer aux aînés des familles nobles la certitude de n'être point déshérités, de ne point voir s'écrouler leurs « espérances » sous le coup de libéralités consenties à d'autres personnes, leurs frères et sœurs notamment; elle avait donc un rôle et une signification essentiellement aristocratiques; aussi fut-elle proscrite par le droit révolutionnaire (L. 6 mars 1793; l. 17 nivôse an II), pour être restaurée par le Code civil qui revint ainsi à la tradition telle qu'elle avait été instituée par nos anciennes coutumes et consacrée par l'article 17 de la grande ordonnance de 1731 sur les *donations* (H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau, Les donations et l'ordonnance de 1731*, p. 582). Cette vénérable institution s'est adaptée aux besoins d'une société très différente de celle qui l'avait jadis vu naître; elle s'est en quelque sorte *démocratisée* (Planiol et Ripert, t. III, n° 3163) : la *réserve contractuelle* qu'elle consacre est employée, non plus à des fins aristocratiques, mais à des nécessités purement familiales, en vue de donner à une famille qui va se fonder la sécurité matérielle qu'une disposition testamentaire, toujours révocable à volonté, serait impuissante à lui conférer.

1768. Plan. — 1° *Conditions* de validité;
2° *Effets*;
3° Causes de *caducité* et de *révocation*;
4° Les *promesses d'égalité*.

I

Conditions requises pour la validité de l'institution contractuelle

1769. Enumération. — Ces conditions sont multiples; elles se décomposent en :
1° Conditions de *forme*;
2° Conditions requises chez le *disposant* (*l'instituant*);
3° Conditions requises chez le *gratifié* (*l'institué*);
4° Conditions relatives à l'*objet* de l'institution.

1770. I. Conditions de forme. — La donation de biens à venir ne peut être consentie, de la part d'un tiers, que

dans le *contrat de mariage*, ou dans la *contre-lettre* annexée à cette convention, dans la forme déterminée par les articles 1396 et 1397, mais non par acte isolé, soit avant, soit, à plus forte raison, après le mariage; et sa validité demeure subordonnée à celle du contrat de mariage qui en constitue le cadre invariable (art. 1082, § 1).

Aucune autre condition de forme n'est requise : ni état estimatif pour les meubles, car cette formalité n'est exigée que pour les donations de biens présents, ni transcription pour les immeubles, puisque le disposant demeure propriétaire, jusqu'à son décès, des biens compris dans l'institution.

D'autre part, le Code civil ne prescrit pas l'emploi de termes sacramentels : il suffit, mais il est nécessaire que la volonté de l'instituant ressorte clairement de l'acte.

1771. II. Conditions requises chez l'instituant. — L'*instituant* peut être une personne quelconque, père, mère des futurs époux, parent, étranger (art. 1082, § 1).

Mais il doit avoir une certaine *capacité* : laquelle? Ici se manifeste l'intérêt que présente la détermination exacte du caractère juridique de l'opération; du moment qu'on y voit une sorte de *donation*, on est conduit à exiger chez l'instituant la capacité requise chez un *donateur*. En conséquence :

1° La *femme mariée*, depuis qu'elle a acquis le plein exercice de sa capacité civile (L. 18 fév. 1938; art. 215, § 1, C. civ.) peut, sans autorisation, faire une donation de biens à venir comme elle est à même de consentir une donation de biens présents (abrogation de l'art. 905 par la loi du 18 fév. 1938, *sup.*, n° 1402).

Toutefois, il est à noter que la femme *dotale* ne saurait comprendre sa *dot* dans une institution contractuelle, fût-ce avec l'autorisation de son mari ou de justice, et lors même qu'elle serait séparée de biens, voire séparée de corps, sauf cependant, et en toute occurrence, pour l'établissement des enfants (art. 1555 et 1556, § 1); rien n'a été changé à cet égard par la loi de 1938 qui, en thèse générale, ne touche aucunement à l'organisation et au fonctionnement des régimes matrimoniaux, tels qu'ils ont été établis par le Code civil (art. 215, nouv. réd. § 2);

2° Un *mineur* parvenu à l'âge de seize ans peut faire son testament dans une certaine mesure (art. 904; *sup.*, n° 1396); mais il demeure incapable de donner ses biens entre vifs, donc de les comprendre dans une institution contractuelle;

3° Un individu pourvu d'un *conseil judiciaire*, bien qu'apte à faire son testament, ne peut pas *donner* ses biens

sans l'assistance du conseil (art. 499 et 513, *sup.*, n° 1403); la même assistance est donc exigée pour l'institution contractuelle, variété de donation.

1772. — Enfin, il faut encore décider que la capacité est requise chez l'instituant *au jour du contrat de mariage*, uniquement, puisque c'est à ce moment-là que se forme la donation.

1773. III. Conditions requises chez l'institué .— L'institué doit avoir une certaine *capacité*, appréciée au jour du contrat de mariage; elle se résume dans la capacité de recevoir une donation de la part de l'instituant; depuis la loi du 18 février 1938, la femme mariée possède cette capacité, réserve faite, bien évidemment, des incapacités toutes relatives dont elle peut être frappée vis-à-vis de telles ou telles personnes déterminées.

1774. Particularité. — A un certain point de vue, la loi se montre plus libérale, quant à la capacité du gratifié, pour l'institution contractuelle que pour la donation ordinaire. Pour recevoir une donation entre vifs, la première des conditions est d'exister, ou, du moins, d'être conçu lors de l'acte (art. 906, *sup.*, n^{os} 1410 et 1431); mais l'institution contractuelle peut profiter à des personnes qui n'étaient pas encore conçues lors du contrat de mariage dans lequel elle intervient, à savoir *les enfants qui naîtront du mariage projeté*. Il n'est même pas nécessaire que l'instituant s'en explique; la disposition, indépendamment de toute clause en ce sens, vaut pour les enfants à naître qui en profiteront donc directement si leur auteur, l'époux institué, vient à prédécéder à l'instituant (art. 1082, § 2). Le législateur présume que celui-ci a entendu comprendre, dans sa libéralité, les enfants issus du mariage; c'est une sorte de *substitution vulgaire* qui est incrite dans la loi, qui *n'est pas d'ordre public*, qui pourrait être écartée par une clause expresse, mais qui, en l'absence d'une réserve de ce genre, va de soi.

1775. Institution *per saltum*. — La jurisprudence, allant au delà de la formule légale, admet même que le disposant pourrait instituer directement et d'emblée les enfants à naître, en passant ainsi par-dessus la tête de leur auteur; cette sorte d'institution *per saltum* a été validée par la Cour de cassation (Civ., 10 juill. 1888, *D. P.*, 1890, 1, 57), qui se conforme, sur ce point, sinon au texte de l'article 1082, du

moins à la tradition (POTHIER, *Donations entre vifs*, n^os^ 41 et 42).

1776. Enumération des personnes qui peuvent être instituées. — Il ressort des développements précédents, comme du texte de l'article 1082, que deux catégories de personnes peuvent être instituées contractuellement : 1° les futurs *époux*, soit tous deux, soit isolément; 2° les *enfants* qui naîtront de leur union — ou que cette union *légitimerait*, car on sait que les enfants légitimés sont assimilés, pour l'avenir, aux enfants légitimes (*sup.*, t. I, n° 1291), — et la descendance de ces enfants. De plus, les personnes de la deuxième catégorie sont toujours considérées comme tacitement et subsidiairement comprises dans l'institution, pour le cas de prédécès de l'institué (art. 1082, § 2).

Et c'est tout : aucune autre personne ne pourrait être instituée contractuellement, ni des étrangers, ni des parents, éloignés ou proches, ni même les enfants que l'un des époux aurait eus d'un précédent mariage.

1777. IV. Objet de l'institution. — L'institution contractuelle porte invariablement sur des biens à venir, c'est-à-dire sur des biens que le disposant laissera à son décès et envisagés en tant qu'éléments de sa succession.

Sous le bénéfice de cette observation, l'instituant a toute latitude pour déterminer l'objet, l'assiette de sa libéralité qui peut s'appliquer :

1° Soit à *tous les biens* qu'il laissera à sa mort; la disposition a alors un caractère *universel*;

2° Soit à une *quote-part* desdits biens : il dispose, en ce cas, *à titre universel*;

3° Soit à *un ou plusieurs biens déterminés*;

4° Soit enfin à une *somme d'argent* à prélever sur la succession.

Dans les deux premiers types d'institution, l'institué, qui est un ayant cause universel ou à titre universel, est tenu de faire face au *passif* laissé par le disposant, cela dans la proportion même de sa vocation; avec les deux derniers types, il se présente comme un ayant cause à titre particulier et ne prend donc, en aucune façon, la suite des dettes du défunt.

II

Effets produits par l'institution contractuelle

1778. Distinction. — Les *effets* de l'institution contractuelle se situent dans deux périodes dont le *décès* du disposant trace la ligne de séparation : 1° *avant l'ouverture* de l'institution, c'est-à-dire avant le décès de l'instituant; 2° *à l'ouverture*, donc lors du décès.

1779. I. Antérieurement à l'ouverture de l'institution. — Il faut caractériser la situation respective de l'instituant et de l'institué, du vivant du disposant.

A. **Situation de l'instituant.** — L'instituant conserve la propriété des biens compris dans l'institution et dont il n'avait disposé qu'en tant qu'éléments de son hérédité, comme biens à venir, non comme biens présents.

Du moins, cette propriété conservée est-elle démembrée au profit de l'institué; l'instituant s'est interdit de consentir désormais des actes de *disposition à titre gratuit*, en ce qui concerne les objets compris dans la donation (art. 1083); au contraire, les actes de disposition *à titre onéreux* demeurent licites et efficaces.

1780. Précision. — Ici apparaît donc un nouvel intérêt de la distinction des actes en actes à titre gratuit et actes à titre onéreux; tous ceux de la première catégorie sont interdits à l'instituant, du moins s'ils sont de nature et dans la mesure où ils sont de nature à nuire à l'institué; tous ceux de la deuxième espèce sont licites et opérants.

1° En ce qui concerne les actes à *titre gratuit*, il y a lieu de noter que ce sont seulement les actes de *disposition* qui sont interdits à l'instituant, parce que ce sont les seuls qui risquent de ruiner les droits de l'institué : certainement, le *dépôt*, le *commodat* ne sont pas à comprendre dans la prohibition, car ce ne sont pas là des actes de disposition; ils n'appauvrissent pas le déposant ou le commodant. Pour la même raison, l'article 1083 autorise l'instituant à disposer de *sommes modiques, à titre de récompense ou autrement* : cette latitude se justifie d'autant mieux que ce ne sont pas là de véritables libéralités, marquées au coin de l'*animus donandi*, mais l'exécution d'obligations imposées par les usages, par les convenances, voire par l'honnêteté.

Ces réserves faites, il n'y a pas à distinguer d'après la

nature ou l'objet ou l'importance de la libéralité : la disposition par *testament* est interdite aussi bien que la donation entre vifs (Req., 21 janv. 1874, *D. P.*, 1874, 1, 311; Orléans, 30 mars 1892, *D. P.*, 1893, 2, 330); et il faut en dire autant de la disposition par *contrat de mariage*; notamment, l'instituant ne pourrait pas compromettre les droits de l'institué en consentant ultérieurement, pour les mêmes biens, une nouvelle institution contractuelle (Civ., 23 fév. 1818, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs* 2080-3°; Rouen, 24 mai 1841, sous Req., 30 juin 1842, *D. Jur. gén., eod. verb.*, 2080-4°; Civ., 10 fév. 1914, *D. P.*, 1917, 1, 73, note DE LOYNES). Mais nous pensons que les *avantages matrimoniaux*, consentis ultérieurement par l'instituant à un conjoint, ne tombent pas sous le coup de la prohibition, du moins en l'absence d'enfants issus d'un précédent mariage; c'est, en effet, un principe général que de tels avantages ne constituent pas de véritables libéralités (*sup.*, n° 691).

1781. — Il est bien entendu que l'indisponibilité à titre gratuit qui résulte de l'institution contractuelle a la même étendue que cette institution même : elle pèse, suivant les cas, sur tous les biens du donateur, ou sur certains d'entre eux; mais, à supposer que l'institution ait pour objet une somme d'argent, le donataire ultérieur d'un immeuble déterminé ne sera pas admis à en conserver la valeur intégrale alors que le surplus des biens héréditaires est insuffisant à remplir l'institué de ses droits (arrêt précité du 10 fév. 1914).

1782. — 2° Quant aux actes à *titre onéreux*, ils sont permis à l'instituant, sans aucune réserve tirée :

a) Soit de la *convention* : l'instituant ne pourrait pas s'interdire, par une clause insérée dans le contrat de mariage, de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution : une telle stipulation serait nulle comme portant sur une succession future (Civ., 5 juill. 1928, *D. P.*, 1929, 1, 43);

b) Soit de la *nature juridique* ou de l'importance matérielle des actes à accomplir : vente, échange, constitution d'hypothèque, de servitude ou de tout autre démembrement de la propriété (Civ., 12 mai 1875, *D. P.*, 1875, 1, 347); il a même été jugé que les aliénations *à fonds perdu* étaient opposables à l'institué qui court, de ce chef, un sérieux danger (Req., 15 nov. 1936, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, n° 2070; Riom, 4 déc. 1810 *ibid.*).

Il y a cependant lieu de reconnaître à l'institué une double ressource :

a) Il lui sera loisible de prouver que l'acte à titre onéreux prétendu se ramène en réalité à une *libéralité déguisée*; il exercera, dans ce but, l'action en *déclaration de simulation*;

b) Quant aux actes véritablement onéreux, notamment les constitutions d'hypothèque ou de servitude, il en obtiendra la révocation, au moyen de l'action *paulienne*, à condition d'établir la fraude de l'instituant et la complicité de son ayant cause.

1783. B. **Situation de l'institué.** — La nature du droit qui appartient à l'institué, après l'institution et avant le décès du disposant, est très discutée : certains y voient une simple *espérance*, au lieu que d'autres le considèrent comme un *droit actuel et parfait* dont son titulaire est saisi dès maintenant, sauf à ne l'exercer que plus tard.

Il est certain que la nature de ce droit est difficile à caractériser; un point de repère est cependant fourni par un rapprochement entre la situation de l'institué et celle de *l'héritier réservataire présomptif* : l'un et l'autre sont investis d'un droit *éventuel* dont la réalisation est subordonnée au prédécès d'une personne et qui est garanti d'ores et déjà contre les actes de disposition à titre gratuit que cette personne serait tentée de consentir : l'institué est une sorte de *réservataire contractuel*; les biens compris dans l'institution représentent une réserve établie par la convention.

1784. Institué contractuellement et héritier réservataire présomptif. — Mais la comparaison entre les deux situations ne doit pas être poussée trop loin; précisément parce que les droits de l'institué ont une origine conventionnelle, ils ont un caractère plus solide; la réserve contractuelle est plus intangible et plus efficace que la réserve légale; sa supériorité s'affirme doublement à ce point de vue.

1° Il est admis que l'institué peut procéder à des actes *conservatoires* de son droit, par exemple en intervenant dans une instance de liquidation à la suite d'une séparation de corps et de biens prononcée entre l'instituant et sa femme (Civ., 2 mai 1855, *D. P.*, 1855, 1, 193; Req., 22 janv. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 473); une pareille faculté serait refusée, sans aucun doute, à l'héritier présomptif réservataire;

2° Les espérances de ce dernier pourraient lui être ravies par le législateur : une loi, qui lui enlèverait la qualité de réservataire ou qui diminuerait sa réserve ne serait pas entachée de rétroactivité : autre chose est l'application immédiate de la loi, autre chose son application rétroactive (Rou-

BIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, pp. 371 et suiv.; p. 410); comme l'écrit justement cet auteur, « la situation juridique d'héritier réservataire n'est constituée qu'au jour du décès du *de cujus* »; mais la situation juridique de l'institué contractuel est établie par le contrat; la loi qui l'entamerait aurait un caractère nettement rétroactif (ROUBIER, *op. cit.*, pp. 176 et 403; Cass., 5 nov. 1806, *S.*, 1807, 1, 3).

1785. — Ces différences découlent de cette idée que l'institué, à la différence de l'héritier réservataire présomptif, a un droit définitivement, irrévocablement acquis; mais, d'autre part, et à ce point de vue le rapprochement s'affirme entre les deux situations, ce droit est *successif*, en ce sens qu'il s'exercera seulement dans la *succession* du disposant. C'est pourquoi :

1° L'institué n'est pas propriétaire des biens compris dans l'institution; aucune transmission ne s'est produite en sa faveur; il ne peut donc ni aliéner, ni hypothéquer, ni établir des servitudes; et il n'a pas à faire *transcrire* l'institution consentie à son profit;

2° Il ne peut pas non plus poursuivre, du vivant de l'instituant, la nullité ou la révocation des actes par lui consentis irrégulièrement; car on ne sait pas encore si l'institution s'ouvrira jamais; il est possible que l'instituant survive à l'institué et à sa postérité (Civ., 2 mai 1855, *D. P.*, 1855, 1, 193); l'opinion contraire, enseignée par quelques auteurs, nous paraît certainement erronée;

3° L'institué ne peut pas *céder* son droit : un droit successif est incessible; ainsi l'exige la règle prohibitive des pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600);

4° Pour la même raison, ce droit est *insaisissable* (Paris, 9 fév. 1875, *D. P.*, 1875, 2, 155);

5° Et l'institué ne saurait y *renoncer* par anticipation, du vivant du disposant (Civ., 11 janv. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 17).

1786. II. Ouverture de l'institution. — A. Détermination du bénéficiaire. — Au décès du disposant, l'institution s'ouvre, mais seulement s'il existe une des personnes qualifiées pour la recueillir, c'est-à-dire soit l'institué lui-même, soit un ou plusieurs de ses descendants; sinon, l'institution est devenue *caduque*.

Lorsqu'elle s'ouvre au profit d'un descendant de l'institué, par suite d'une *substitution vulgaire*, expresse ou tacite (*sup.*, n° 1774), il est essentiel de remarquer qu'il n'y a pas dévolution de degré à degré et que le bénéficiaire exerce un

droit qui lui appartient en propre, *de suo*, et non du chef de l'institué défaillant; il en est donc investi : 1. même si son auteur y avait renoncé; 2. ou s'il a lui-même renoncé à la succession dudit auteur.

1787. B. **Situation du bénéficiaire de l'institution.** — On supposera désormais que c'est l'*institué* lui-même qui recueille le bénéfice de l'institution; mais les solutions données pour cette éventualité auraient tout aussi bien cours dans le cas où l'institution se réaliserait au profit de ses descendants.

1788. Principe. — Au décès, la qualité d'*héritier* l'emporte sur celle de *donataire* : l'institué est dans la situation d'un héritier, plus exactement d'un *légataire*; on lui applique, autant que possible, les mêmes règles que s'il tenait ses droits d'un testament. En conséquence :

1° Il a le choix entre trois partis, du moins si l'institution est universelle ou à titre universel : l'*acceptation pure et simple*, l'*acceptation sous bénéfice d'inventaire*, la *renonciation*. On pourrait s'étonner de cette option à trois branches : l'institué a précédemment accepté la libéralité, puisque celle-ci a eu pour cadre le contrat de mariage; comment concevoir dès lors la possibilité d'une renonciation ou l'utilité d'une nouvelle acceptation? La réponse est que le gratifié n'avait accepté, dans le contrat de mariage, que le titre d'institué et celui d'héritier éventuel, mais non pas la libéralité elle-même; il s'était placé, conventionnellement, dans la situation de l'héritier à qui une succession est déférée; comme cet héritier, il aura à prendre parti lorsque l'institution s'ouvrira à son profit;

2° Si l'institué accepte, il acquiert la propriété des biens compris dans l'institution, avec une certaine *rétroactivité* et comme s'il était un héritier ordinaire, c'est-à-dire *au jour du décès*; mais non pas au jour de l'institution (Riom, 12 juin 1911, *D. P.*, 1913, 2, 316, *S.*, 1913, 2, 41);

3° L'institué acceptant a droit aux *fruits*, comme le légataire, et d'après les mêmes distinctions que lui;

4° Il a la *saisine* dans le cas unique où elle est accordée au légataire par l'article 1006 : lorsque, sa vocation étant *universelle*, il ne trouve pas en face de lui un héritier réservataire;

5° Il est tenu au *passif*, comme le légataire lui-même, donc seulement si sa vocation est universelle ou à titre universel, non si l'institution est à titre particulier; d'autre

part, il n'est tenu *ultra vires* que dans le cas où, ayant la saisine, il a accepté l'institution purement et simplement.

1789. Actions. — Avant même que d'être saisi, l'institué peut agir contre les détenteurs de biens indûment aliénés par le donateur; l'action qu'il exerce à cet effet est, soit la *revendication*, qui, en matière mobilière, se heurtera peut-être à la règle de l'article 2279, soit, pour les sommes d'argent, une action en *restitution* proprement dite. Il n'est pas nécessaire que l'institué agisse en nullité de l'acte irrégulièrement passé par le disposant, une donation par exemple . cet acte, auquel il n'a pas été partie, est pour lui *res inter alios acta*; il peut le considérer comme non avenu.

L'action en restitution, sous quelque forme qu'elle s'exerce, s'apparente à l'action en réduction donnée à l'héritier réservataire : comme elle, elle se prescrit en principe par trente années qui courent à compter de l'ouverture de la succession de l'instituant (Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 83; 5e éd., t. XI, p. 683).

III

Causes de caducité et de révocation

1790. A. Causes de caducité. — 1° Tous les bénéficiaires possibles de l'institution *prédécèdent* à l'instituant;

2° Tous *renoncent* à l'institution;

3° Le mariage à l'occasion duquel l'institution était intervenue n'est pas célébré.

1791. B. Causes de révocation. — 1° L'acte imposait à l'institué des charges dont il ne s'est pas acquitté : l'institution *sub modo* peut être révoquée pour *inexécution des charges*;

2° Un enfant survient au donateur qui n'en avait pas lors de l'institution; alors se réalise la révocation pour *survenance d'enfant*.

Quant à la révocation pour cause d'ingratitude, elle est écartée du moment que l'institution provient, non de l'un des futurs époux, mais d'un tiers (art. 959).

1792. Conséquences de la caducité ou de la révocation. — Les biens compris dans l'institution suivent alors leur cours normal : ou bien ils rentrent dans la succession, ou bien, si l'instituant en avait disposé, ils restent au dona-

taire ou ils vont au légataire : l'acte de disposition à titre gratuit, d'abord incorrect, se trouve ensuite rétroactivement validé par la défaillance de l'institution.

IV

La promesse d'égalité

1793. Définition. — Par la *promesse d'égalité* insérée dans un contrat de mariage, le père ou la mère, ou tous deux, promettent à un de leurs enfants, à l'occasion de son prochain mariage, de ne pas rompre l'égalité entre lui et ses frères ou sœurs, à son désavantage.

1794. Sens de la clause. — Le sens de cette clause prête à controverse; la jurisprudence lui attribue cette signification de garantir l'enfant contre les dispositions à titre gratuit que le promettant pourrait être amené plus tard à prendre *au profit de ses autres enfants ou descendants*.

Ce promettant conserve donc la faculté : 1° soit de consentir des libéralités à des étrangers, à des non-héritiers, car l'égalité entre les enfants ne s'en trouvera pas rompue; 2° soit de rompre cette égalité, pourvu que ce ne soit pas au détriment de l'enfant garanti. Le père de famille qui a trois enfants, Primus, Secundus et Tertius, et qui a fait une promesse d'égalité à Primus, peut parfaitement avantager Secundus aux dépens de Tertius.

Il est donc légitime de voir dans la promesse d'égalité une sorte d'*institution contractuelle* ayant pour objet la part héréditaire de l'institué dans la quotité disponible, mais sous le bénéfice de cette restriction que ladite quotité demeure entièrement disponible en faveur des étrangers; c'est seulement au regard des cohéritiers de l'institué que l'indisponibilité existe.

En définitive, l'institué reçoit ici une *assurance* contre la rupture de l'équilibre successoral à ses dépens et au profit des autres enfants ou descendants.

Voy. Req., 26 mars 1845, (*D. P.*, 1846, 1, 374; 10 mars 1884 (*D. P.*, 1885, 1, 108, *S.*, 1885, 1, 351); 19 mars 1912 (*D. P.*, 1913, 1, 17, note H. Capitant, *S.*, 1914, 1, 141).

N° 3

La donation cumulative de biens présents et de biens à venir

(Art. 1084 et 1085)

1795. Aperçu. — L'opération qui répond à cette appellation de *donation cumulative de biens présents et à venir* est plus complexe encore que l'institution contractuelle; elle est elle-même une donation de biens à venir, mais sur laquelle vient se greffer une option supplémentaire accordée à l'institué à qui on laisse le choix entre les deux partis suivants : 1° ou se considérer comme un institué contractuel; 2° ou s'en tenir aux biens *présents* du disposant, c'est-à-dire à ceux qui lui appartenaient au jour de la disposition. C'est à raison de cette option que l'on dit qu'il y a donation cumulative de biens présents et à venir; en réalité, il y a, non pas cumul, mais *alternative*; la terminologie employée n'est donc pas très heureuse qui sert à désigner une opération à combinaisons, comportant deux termes interchangeables.

1796. Règles applicables. — Les mêmes conditions de validité et d'efficacité sont exigibles que pour l'institution contractuelle.

1. *Quant à la forme.* — Surtout, la disposition ne peut également trouver place que dans un *contrat de mariage* (art. 1084), et elle n'est soumise à aucune exigence sacramentelle; il suffit que la volonté des parties y soit clairement exprimée; dans le doute, il appartient au juge de rechercher s'il y a vraiment donation cumulative (Req., 3 avril 1905, *D. P.*, 1905, 1, 224).

Mais des formalités supplémentaires sont requises :

a) Un *état de dettes et charges* incombant au donateur au jour de la disposition; ce document doit être annexé à l'acte de donation (art. 1084). Son utilité, ou plutôt sa nécessité est manifeste : sans lui, on ne saurait pas quelle est au juste la consistance de la fortune présente du donateur, si bien que l'institué se trouverait dans l'impossibilité d'opter pour la donation de biens présents;

b) Pour la même raison, un *état estimatif* du mobilier;

c) Enfin, le donataire fera sagement de *transcrire* l'acte de donation, sans quoi il serait exposé, venant à opter pour la donation de biens présents, à une éviction provenant des aliénations consenties dans l'intervalle par le disposant.

A défaut de l'une ou de l'autre des deux premières formalités, l'acte ne pourrait plus valoir que comme institution contractuelle; le droit d'option disparaîtrait (art. 1085); à défaut de la transcription, il serait simplement compromis : en fait, sinon en droit, l'institué risquerait d'être privé de la faculté d'accepter les biens présents dont certains auraient été aliénés efficacement par le disposant.

1797. — 2° *Quant au fond :* les règles de *capacité* sont les mêmes que pour l'institution contractuelle; la *substitution vulgaire* se réalise tacitement au profit des descendants de l'institué; de plus, la situation de ce dernier, dans l'intervalle entre la disposition et le décès du donateur, est identique à celle qui lui aurait été faite par une institution contractuelle.

1798. Situation faite au donataire, au moment du décès du disposant. — C'est alors que l'opération se différencie de l'institution contractuelle pour s'affirmer plus complexe qu'elle : une *option* particulière et supplémentaire est laissée au donataire, en plus de celle qui lui appartient entre l'acceptation pure et simple, l'acceptation bénéficiaire et la renonciation.

1° Le donataire peut se considérer comme un institué contractuel; et, en ce cas, sa situation est identique à celle qui lui aurait été faite par une institution contractuelle pure et simple;

2° Mais il peut aussi — c'est le deuxième terme de l'option — s'en tenir aux biens présents, se considérer comme donataire de la fortune du disposant telle qu'elle existait lors de la donation.

En ce cas :

a) Il n'a aucune prétention à faire valoir sur les biens acquis par le disposant entre la donation et le décès;

b) En revanche, il profite d'un double avantage :

1. Il n'est tenu que du *passif présent*, à l'exclusion des dettes nées à la charge du donateur postérieurement à la disposition;

2. Il peut méconnaître les *aliénations* que le donateur aurait consenties au cours de ladite période, non seulement les aliénations à titre gratuit, mais aussi les aliénations *à titre onéreux*; car il se trouve, *rétroactivement*, qu'il était propriétaire de tous les biens présents dès le jour de la donation. La seule réserve à faire concerne les *fruits intérimaires* : le donataire ne saurait y prétendre; c'est régulièrement

qu'ils ont été perçus par le disposant, de son vivant; il doit aussi respecter les *actes d'administration*; c'est, en effet, un principe général que la rétroactivité ne s'attaque pas à eux.

1799. Protection des tiers. — Les tiers risquent d'être atteints par la décision du donataire de se considérer comme un donataire des biens présents : les actes de *disposition* consentis dans l'intervalle par le donateur se trouvent anéantis.

Mais il existe à cette insécurité des palliatifs.

1° Pour les *meubles corporels*, l'article 2279 fournira souvent aux tiers acquéreurs un moyen de défense décisif;

2° Pour les *immeubles*, le donataire ne peut inquiéter les acquéreurs ou les titulaires de droits réels qu'à la condition d'avoir fait *transcrire* en temps utile l'acte de donation; c'est ainsi qu'un créancier hypothécaire l'emporte sur lui, si l'hypothèque a été inscrite avant que l'acte de donation n'eût été lui-même transcrit. Il n'y a là que l'application des principes généraux en matière de transcription : la donation *présente* d'immeubles susceptibles d'hypothèque n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour où elle a été transcrite (art. 939).

§ II. — *DONATIONS CONSENTIES, DANS LE CONTRAT DE MARIAGE, ENTRE LES FUTURS ÉPOUX*

(Art. 1091, 1092 et 1093)

1800. Traitement de faveur. — Comme les libéralités du groupe précédent, celles-ci sont vues favorablement par le législateur qui les fait bénéficier des mêmes avantages, notamment en les affranchissant de la tyrannie de la maxime que *donner et retenir ne vaut* (art. 1093). Elles peuvent donc porter soit sur les biens *présents*, soit sur les *biens à venir* du disposant, soit, *cumulativement*, sur ces deux catégories de biens; elles s'accommodent des conditions *potestatives*. D'autre part, il faut se rappeler, quant à la *capacité* des parties, que le mineur peut faire, dans son contrat de mariage, les mêmes donations que s'il était majeur, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est requis pour le mariage lui-même (art. 1398; *sup.*, n° 375).

1801. Particularités. — Cependant, les donations obéissent à certaines directives spéciales lorsqu'elles émanent, non pas d'un tiers, mais de l'un des futurs époux et

au profit de l'autre; les particularités à relever intéressent, soit toutes les donations de ce genre, soit seulement les donations de biens à venir ou cumulatives.

1802. I. Différences générales, valables pour toutes les donations, sans distinction tirée de leur objet.

1° On a vu que les donations *en faveur de mariage* ne sont pas révocables pour cause d'*ingratitude* du donataire (art. 959; *sup.*, n° 1625); or, malgré des hésitations et des divergences, il est acquis depuis longtemps que cette immunité ne concerne que les libéralités émanant de tiers et que les donations entre époux, faites par contrat de mariage, sont soumises à la loi commune; elles comportent la révocation pour cause d'ingratitude; c'est en ce sens que la jurisprudence est définitivement fixée (*sup.*, n° 1625);

2° En revanche, les donations entre futurs époux échappent à une autre cause de révocation : la *survenance d'un enfant* au donateur (art. 960). C'est qu'il serait paradoxal de décider que la donation, faite par l'un des futurs époux à l'autre, en vue et à l'occasion du mariage, tombera à raison d'un événement qui n'est qu'une suite naturelle du mariage et qui a dû être envisagé par les contractants : la révocation pour cause de survenance d'enfant irait à l'encontre de leur volonté. Ce n'est d'ailleurs pas à dire que la solution donnée par l'article 960 soit toujours et pleinement justifiable; elle cesse de l'être si, le mariage étant dissous sans qu'il y ait d'enfant, le donateur contracte une seconde union, qui, celle-là, est féconde; cependant, l'opinion qui exclut, même en pareille occurrence, la révocation pour cause de survenance d'enfant, l'emporte nettement, en doctrine et en jurisprudence; elle s'appuie sur la lettre, sinon sur l'esprit de l'article 960, qui ne distingue pas selon que l'enfant survenu est le fruit du premier mariage ou d'une union subséquente (*Sic*, Civ., 11 mai 1857, *D. P.*, 1857, 1, 215; Rennes, 5 déc. 1854, *D. P.*, 1855, 2, 344).

Il est à remarquer que l'article 960 donne la même solution et soustrait à la révocation pour survenance d'enfant les donations faites par un *ascendant* aux futurs conjoints ou à l'un d'eux; cette précision était d'ailleurs parfaitement superflue (V. *sup.*, n° 1595).

1803. II. Différences spéciales aux donations de biens à venir ou cumulatives. — 1° Les donations faites, dans le contrat de mariage, entre futurs époux, sont présumées, dans le doute, porter sur les biens à venir plutôt que

sur les biens présents, car une disposition de ce dernier genre ne présenterait pas, pour le donataire, d'utilité appréciable (Req., 9 juill. 1889, *D. P.*, 1889, 1, 366; Bourges, 18 fév. 1908, *D. P.*, 1912, 2, 111);

2° Les libéralités consenties dans le contrat de mariage entre futurs époux ne sont pas transmissibles, en cas de prédécès du gratifié, aux descendants de celui-ci; en ce qui les concerne, la loi de *réversibilité*, établie par l'article 1082, § 2, ne joue pas; les descendants de l'époux gratifié ne bénéficient pas d'une substitution vulgaire tacite (art. 1093). La raison en est évidente : de toute façon, les enfants du ménage recueilleront les biens donnés, soit dans la succession du donateur, soit dans celle du donataire : il est, dès lors, sans intérêt que la libéralité soit déclarée réversible en leur faveur; la loi successorale se chargera de la transmission; il n'est nul besoin de prêter au disposant l'inutile précaution de comprendre les futurs enfants dans la libéralité.

On se demande si l'article 1093 fait obstacle à la validité d'une clause expresse tendant à réaliser la substitution des enfants à l'époux donataire; à notre avis, il n'en est rien : de ce que la substitution tacite et légale est exclue, il ne s'ensuit pas que la substitution expresse le soit également : aucune raison valable ne s'oppose à ce que le donateur comprenne expressément dans le bénéfice de sa disposition les enfants à naître du mariage et leur descendance (*Sic*, Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 99, 5e éd., t. XI, p. 704).

§ III. — *DONATIONS FAITES EN FAVEUR DU MARIAGE, MAIS « HORS CONTRAT »*

1804. Distinction. — Pour régler le statut de ces donations, il faut distinguer entre la *forme* et le *fond*.

1° Quant à la forme, de telles libéralités sont soumises évidemment au droit commun des donations, puisqu'elles n'ont pas pour cadre le contrat de mariage qui leur eût conféré certaines immunités.

La *présence réelle* d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires est exigée.

D'autre part, l'*acceptation* du donataire doit être fournie *expressément*;

2° Quant au *fond*, il semble qu'en bonne logique ces donations, bien que rédigées en marge des conventions matrimoniales, devraient être traitées comme si elle avaient été insérées dans ces conventions : ne sont-elles pas inter-

venues dans le même but et dans le même esprit? Par hypothèse, elles sont faites en vue du mariage.

1805. — Tel n'est pas cependant le système du Code civil qui, sur ce point, est assez décousu : la plupart des *faveurs* consenties aux donations faites en faveur du mariage sont limitées aux libéralités qui ont trouvé place dans le contrat de mariage : la loi est formelle pour les donations de biens à venir (art. 1082 et 1083), ainsi que pour la donation cumulative (art. 1084); d'ailleurs l'intitulé du chapitre VIII est suffisamment explicite; il ne vise que les seules donations faites *par contrat de mariage*; et, d'autre part, le statut de faveur, établi pour l'époux mineur, dans l'article 1398, n'est utilisable que pour les dispositions qui trouvent place dans le contrat de mariage.

Enfin, si les futurs époux adoptent le régime dotal, ce sont seulement les biens donnés à la *femme par contrat de mariage* qui revêtent de plein droit le caractère dotal (*sup.*, n° 550).

1806. — Cependant, si tel paraît être le principe, il comporte des *tempéraments*; par la force même des choses, les circonstances dans lesquelles est intervenue la donation réagissent sur ses destinées; on ne saurait faire complète abstraction de l'ambiance et du but.

1° C'est ainsi que la donation devient *caduque* si le mariage, en vue duquel elle était intervenue, n'est pas célébré;

2° Ainsi également qu'elle échappe à la donation pour cause d'*ingratitude* du donataire; l'article 959 est conçu en des termes généraux; du moment qu'une donation est faite en faveur du mariage (et qu'elle n'est pas consentie entre futurs époux), elle échappe à la perspective d'une révocation de ce genre.

Section II. — LES DONATIONS ENTRE ÉPOUX
(Art. 1096 et suiv.)

1807. Précédents. — Traditionnellement, les donations consenties *entre époux*, *pendant le mariage*, sont soumises à un statut particulier qui se distingue du droit commun des libéralités par son caractère plus rigoureux : le législateur les considère avec une méfiance égale à la faveur dont il fait preuve pour les donations intervenues à l'occasion du mariage, et, spécialement, dans le contrat de mariage.

A *Rome*, les donations entre époux étaient prohibées, à peine de *nullité*, mais avec ce tempérament que la nullité ne pouvait pas être proposée par les héritiers du donateur; si celui-ci décédait sans avoir changé de volonté, la libéralité se trouvait validée; elle était en quelque sorte confirmée par la persistance de la volonté libérale pendant toute la vie du disposant et valait en tant que donation *à cause de mort*.

Dans notre *ancien droit*, à travers la grande variété des coutumes, la règle dominante était l'interdiction des donations entre époux, à peine de nullité, et de nullité *définitive* (*Sic.* coutumes de Paris, art. 283, et d'Orléans, art. 280).

Il semble que cette rigueur s'expliquait par le désir d'éviter des abus d'influence de l'un des conjoints vis-à-vis de l'autre, et surtout par la préoccupation de maintenir les biens dans la famille; cette dernière raison n'avait d'ailleurs de valeur que si le ménage n'avait pas d'enfant, sans quoi la donation ne tendait nullement à imprimer une nouvelle direction aux biens qui, de toute façon, allaient à la descendance commune.

1808. Régime actuel. — Le *Code civil* s'est montré moins sévère que la tradition; c'est que les deux explications utilisées au cours des siècles avaient perdu et perdent de plus en plus de leur valeur : d'une part, les abus d'influence entre époux sont moins à craindre qu'autrefois; une indépendance excessive serait plutôt à redouter; d'un autre côté, le dogme de la conservation des biens dans la famille a fait son temps. Si l'on ajoute que les contrats entre époux sont parfaitement licites, en principe (arg., art. 1123 et 1595), on comprend que le Code civil ait admis la *validité* des donations entre époux, réagissant ainsi contre la rigueur de la tradition. Mais, pour ne pas aller d'un extrême à l'autre, et dans sa préoccupation de faire œuvre transactionnelle, il les a déclarées *révocables au gré du donateur* qui peut toujours se repentir, à un moment quelconque : sa liberté de détermination demeure entière, pendant toute sa vie, et son indépendance se trouve pleinement sauvegardée.

Notre Code civil a ainsi adopté un système qui tient le milieu entre le système traditionnel qui interdisait les donations entre époux et qui prévaut encore en Italie (C. civ. *italien*, art. 1504), et le régime plus moderne et plus libéral qui traite ces donations ainsi que des libéralités entre vifs quelconques (C. civ. *allemand*, C. civ. *suisse*, art. 177).

1809. Plan. — 1° *Forme* des donations entre époux :
2° Règles de *fond*;
3° *Nature juridique* de ces donations.

1810. I. Règles de forme. — Principe. — Quant à la *forme*, les donations entre époux ne sont pas traitées autrement que des donations ordinaires, en principe tout au moins; on ne voit d'ailleurs pas de raison de les soumettre, à cet égard, à un statut différent.

1811. Applications. — 1° La *forme notariée* est exigée, dans les termes de l'article 931 : l'*acceptation* de l'époux donataire doit être *expresse*; la *présence réelle* d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires est exigée. Mais on peut éviter de recourir à ces formes gênantes et coûteuses, à la condition de ne pas dresser d'acte portant donation : la libéralité peut être consentie indirectement, par le jeu d'une stipulation par autrui : elle peut être faite de la main à la main, comme elle pourrait l'être entre étrangers. Seuls sont proscrits les procédés du *déguisement* et de l'*interposition de personne* (art. 1099, *inf.*, n° 1853);
2° Si la donation est *mobilière*, la formalité de l'*état estimatif* est exigée, car l'article 948 ne distingue pas. Il est vrai que cette formalité tend surtout à sauvegarder l'irrévocabilité de la donation; elle peut donc paraître déplacée en ce qui concerne une donation essentiellement révocable; mais elle présente d'autres utilités encore, en donnant une base aux opérations éventuelles du rapport et de la réduction (*sup.*, n° 1306); son exigence se justifie donc même pour les donations entre époux.

1812. — 3° Si la donation est *immobilière*, et si elle porte sur des immeubles *présents* et susceptibles d'hypothèques, la *transcription* est exigée pour que le changement de propriétaire devienne opposable aux tiers. A cet égard encore, on pourrait objecter le caractère révocable des donations entre époux : la transcription sert normalement à mettre le donataire à l'abri des ayants cause du donateur, par exemple de son acheteur ou de ses créanciers hypothécaires; or, il semble bien que ce résultat ne puisse être obtenu par la transcription d'une donation entre époux, puisque, si le donateur vend ou hypothèque après coup l'immeuble qu'il avait donné, il révoque par cela même, tacitement et efficacement, la donation.

Cependant, l'objection ne porte qu'en partie et la transcription conserve ici une certaine utilité : *a)* elle préserve l'époux donataire des droits réels qui s'établiraient, du chef du donateur et *en dehors de sa volonté*, notamment des hypothèques judiciaires ou légales; du moment que ces droits naissent sans que le donateur ait émis à cet effet sa volonté, ils n'impliquent nullement la révocation, même partielle, de la donation qu'il y a donc intérêt, pour le donataire, à avoir rendue opposable aux tiers; *b)* d'autre part, il ne faut pas oublier que l'article 941 permet, aux simples créanciers chirographaires du donateur, d'opposer le défaut de transcription de la donation; en procédant à cette formalité, le donataire leur enlèvera le droit de saisir l'immeuble qui lui a été donné par son conjoint.

1813. Dérogations et particularités. — Jusqu'à présent, c'est le droit commun des donations qui s'applique, quant à la forme et autant que possible, aux donations entre époux; mais des dérogations sont à signaler qui constituent autant de particularités.

1° L'article 1097 interdit aux époux de se faire, pendant le mariage, « *aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte* ». Les donations *mutuelles* sont fréquentes entre époux; elles interviennent *sous la condition de survie*, en sorte que, seul, l'un des époux, le survivant, en profitera, la donation correspondante devenant caduque par le prédécès du donataire.

Ce sont ces donations mutuelles que le Code civil interdit aux époux de faire *par un seul et même acte*; il veut qu'elles soient consignées dans deux actes séparés. Son but, en formulant cette exigence, est de sauvegarder la liberté du droit de révocation; mais le moyen employé dépasse l'objectif à atteindre; de ce que les deux donations sont énoncées sur une même feuille de papier, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que leurs destinées fussent liées indissolublement; la forme ne se répercute pas à ce point sur le fond; et chacun des époux conserverait le droit d'user isolément du droit de révocation. C'est donc une précaution inutile, et même quelque peu puérile, que celle qui est prise par le législateur dans l'article 1097.

Tout au moins faut-il se garder d'exagérer la rigueur de cette disposition : les époux peuvent se gratifier mutuellement par actes séparés, rédigés et signés le même jour, devant le même notaire et les mêmes témoins.

De plus, et pour ce qui est des *assurances sur la vie*, la loi

du 13 juillet 1930 admet les époux à « *contracter une assurance réciproque sur la tête de chacun d'eux par un seul et même acte* » (art. 73). La dérogation au droit commun n'est d'ailleurs qu'approximative, puisque, à raison du droit direct conféré aux bénéficiaires, le capital assuré ou la rente stipulée passent de la caisse de l'assureur dans le patrimoine de l'attributaire sans figurer dans la succession du prémourant; il n'y a donc pas, à vrai dire, donation entre époux, et l'article 1097 est apparemment satisfait. (L. 13 juill. 1930, art. 67 et 68, § 1; *sup.*, n° 1112);

Mais une autre dérogation, plus effective celle-là, à la règle prohibitive de l'article 1097, a été introduite, par la loi du 7 février 1938, en faveur du *partage d'ascendant* : lorsque ce partage est réalisé par acte entre vifs, il arrive fréquemment que les parents donateurs, désireux de s'assurer des moyens d'existence pour leurs vieux jours, stipulent à leur profit, puis *au profit du survivant d'entre eux*, certains avantages consistant notamment en un *usufruit* qu'ils se réservent, ou en une *rente viagère*, ou encore dans des *prestation en nature*. Or, aux termes de l'article 1097, § 2, nouvelle rédaction du 7 février 1938, ces combinaisons sont valables encore qu'elles recouvrent une donation mutuelle et réciproque entre époux, par un seul et même acte, à savoir la donation-partage : les clauses de réversibilité au profit du survivant des parents donateurs, jadis proscrites, se trouvent désormais validées; c'est là une mesure de nature à faciliter l'aménagement de la donation-partage; la rigueur du droit commun fléchit en vue de favoriser une telle opération (*inf.*, n° 1929);

2° Les donations entre époux ne peuvent être ni *déguisées* sous la forme d'un acte onéreux, ni faites par *personnes interposées* (art. 1099, § 2); la sanction est la *nullité*, au moins dans l'état actuel de la jurisprudence. Cette sanction est considérée comme intervenant à la fois pour assurer le caractère révocable de la donation et l'observation des règles relatives au disponible entre époux : elle serait donc à double fin, dans la conception jurisprudentielle : il ne faut pas qu'une donation entre époux se dissimule insidieusement et échappe ainsi au statut restrictif qui doit la régir; le législateur exige qu'elle s'étale au grand jour. Mais, comme la règle de l'article 1099 intéresse surtout le disponible entre époux, c'est à cette occasion qu'il en sera traité (*inf.*, n° 1853).

1813*bis*. Droits fiscaux. — Le tarif applicable au droit d'enregistrement varie, selon le nombre des enfants vivants ou représentés qui sont issus du mariage, depuis 7,60 %, s'il y a plus de deux enfants, jusqu'à 15,20 % s'il n'en existe point (D. 20 mai 1938, art. 1er fixant les tarifs des droits d'enregistrement *jusqu'au 31 décembre 1939*).

1814. II. Règles de fond. — Principe. — Le principe est sur ce terrain encore, l'assimilation avec les donations de droit commun, notamment quant à la *capacité exigée* chez les parties.

1815. Dérogations. — Mais les *dérogations* à la règle sont plus nombreuses et plus importantes encore, dans le domaine du fond que pour la forme de l'acte.

A. Il existe, entre époux, un *disponible spécial* qui ne saurait être dépassé, tant par des donations qu'au moyen de dispositions testamentaires (*inf.*, n° 1821);

B. Les donations entre époux échappent aux règles restrictives contenues dans les articles 943 à 946; ainsi le décide formellement l'article 947. En conséquence, ces donations peuvent porter, soit sur les biens présents du donateur, soit sur ses biens futurs : l'*institution contractuelle* et aussi la *donation cumulative* de biens présents et à venir sont admises entre époux;

C. Les donations entre époux ne sont pas révocables pour cause de *survenance d'enfant* (art. 1096, § 3, devenu § 2 depuis la modification du texte par la loi du 18 fév. 1938). Les raisons en sont évidentes : d'une part, l'époux donateur a dû envisager cette survenance; d'autre part, la donation entre époux ne lèse pas les enfants issus du mariage, puisque, les biens qu'ils ne trouvent pas dans la succession du donateur, ils les recueilleront dans celle du donataire : dès lors, à quoi bon revenir sur un transfert de valeurs, en sauvegarde d'un intérêt qui est assuré quoiqu'il advienne?

1816. D. Droit de révocation. — D'ailleurs, il y a encore une raison majeure d'exclure ici la révocation pour survenance d'enfant : l'époux donateur peut révoquer à son gré la libéralité qu'il avait consentie; les donations entre époux sont *toujours et essentiellement révocables* (art. 1096, § 1). On veut par là conjurer les abus d'influence et permettre à l'époux qui s'était dépouillé de secouer à un moment quelconque, et très aisément, le joug qu'il subissait.

Ce droit de révocation est particulièrement impérieux et

presque sacré; il existe et il s'exerce sans distinction, envers et contre tout.

1° Sans distinction tirée de l'*objet de la donation*, et quand bien même elle porterait sur des biens présents;

2° En dépit de toute *clause contraire*, et même si la libéralité était formellement qualifiée, dans l'acte, de libéralité *entre vifs* (art. 1096, § 1) : la révocabilité est d'*ordre public*; elle échappe à l'emprise des conventions privées;

3° Malgré toute *renonciation* postérieure à la disposition;

4° Et même après le *décès du donataire*; il dépend toujours du donateur de se repentir; il n'est jamais trop tard pour s'y résoudre (Toulouse, 20 mai 1886, *D. P.*, 1887, 2, 40).

Mais le *décès du donateur* met fin au droit de révocation; ses *héritiers* ne peuvent pas se repentir pour lui, ni d'ailleurs, de son vivant, ses *créanciers*; on considère que le droit de révocation est *exclusivement attaché à la personne* du donateur, au sens de l'article 1166; son exercice soulève une question d'appréciation qui est d'ordre moral plus encore que pécuniaire (Limoges, 1er fév. 1840, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, 2423);

5° L'époux donateur qui use du droit de révocation n'a pas à rendre compte de ses raisons : les mobiles qui l'incitent à cette décision sont indifférents. Le droit de révocation peut être exercé *ad nutum*; il n'est pas susceptible d'*abus*; l'usage en est toujours légitime; c'est un droit souverain, qui n'est pas *causé*;

6° Au point de vue de la *forme*, il est admis que la révocation peut intervenir expressément ou tacitement :

a) *Expressément*, mais alors elle ne peut avoir lieu que par *testament* — même olographe, donc dans une lettre missive, écrite, datée et signée de la main du donateur (Req., 26 nov. 1906, *D. P.*, 1907, 1, 76) — ou par acte notarié, avec la présence obligatoire d'un second notaire, donc suivant les mêmes règles que s'il s'agissait de révoquer expressément un testament (*sup.*, n° 1643; l. 21 juin 1843, art. 2; l. 25 Ventôse, an XI, art. 9, mod. par l. 12 août 1902, art. 1er);

b) *Tacitement*. — La révocation tacite résulte de tout acte émanant du donateur et qui serait incompatible avec l'existence de la libéralité; de cette contrariété — et dans la mesure où elle existe — on déduit chez le disposant l'intention de rétracter sa libéralité. Il en est ainsi lorsqu'il aliène ultérieurement la chose précédemment donnée à son conjoint (Rennes, 4 juin 1894, sous Civ., 30 nov. 1896, *D. P.*, 1897, 1, 449), ou lorsqu'il la grève volontairement de droits

réels, usufruit ou hypothèque; dans cette dernière éventualité, la révocation n'est que partielle;

Le *projet définitif* de Code civil *italien* se réfère à un système différent : le donateur peut bien se repentir, mais non pas de son seul mouvement; il doit s'adresser à la justice pour faire annuler la libéralité consentie, laquelle était donc, non pas révocable comme en droit français et comme l'admettait le projet italien primitif, mais seulement *annulable* (art. 318 du projet définitif). Il ne semble d'ailleurs pas que le tribunal saisi de la demande en annulation doive pouvoir discuter les mobiles auxquels obéit le demandeur (V. Luigi Aru, *Le donazioni tra conjugi nel progetto definitivo del codice civile*, dans la *Rivista di diritto privato*, 1938, 1, 198);

7° Enfin, la jurisprudence — sinon la loi — voit dans l'interdiction, entre époux, des donations déguisées ou faites à personne interposée, une sanction de la règle de la révocabilité : le législateur, en édictant cette défense, se serait préoccupé de déjouer la manœuvre consistant à dissimuler la donation pour la rendre irrévocable; l'article 1099, § 2, servirait ainsi de sanction à l'article 1096. En conséquence, l'acte déguisé ou fait à personne interposée n'est pas seulement ramené à ses proportions légitimes et à sa nature véritable : il est frappé de *nullité*, et quand bien même il ne dépasserait pas les limites de la quotité disponible (V. *inf.*, n° 1854).

1817. III. Nature juridique des donations entre époux. — Il est deux caractères qui ont été précédemment mis en relief :

1° Les donations entre époux sont *révocables*;

2° Elles doivent s'affirmer *au grand jour* : la dissimulation leur est mortelle.

A quoi il faut ajouter :

1818. — 3° Que ces libéralités constituent bien des *donations entre vifs*, non des donations à cause de mort, des dispositions testamentaires, et cela *quand bien même elles porteraient sur des biens à venir*. En tous cas, les avantages qu'elles confèrent sont d'ordre et de source *conventionnels* (*Sic*, Aubry et Rau, 5° éd., t. XI, § 744, p. 713).

En effet :

a) Le Code civil ne reconnaît que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament (art. 893) : la donation entre époux n'est certainement pas

un legs; elle ne saurait donc être qu'une donation entre vifs : l'article 893 ne laisse pas de place à une autre solution;

b) Le législateur applique d'ailleurs le nom de *donation*, suffisamment caractéristique, aux dispositions entre époux (art. 1096, 1097);

c) L'époux donataire tient ses droits d'un *contrat*, et non d'un acte à formation unilatérale.

Après cela, il importe assez peu que les donations entre époux soient révocables *ad nutum* : le mandat, lui aussi, est dans ce cas, et cependant il est bien un acte entre vifs. Il est vrai que de telles donations deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire, du moins si elles portent sur les biens à venir, et que les droits du donataire sont alors à la fois *révocables et éventuels*, du moins quant à leur réalisation; mais il en va ainsi de l'institution contractuelle assortie d'une condition potestative pour le disposant; et cependant, cette dernière opération est bien un contrat (*sup.*, n° 1766).

1819. Conséquences de cette idée que la donation entre époux est bien une donation entre vifs.

1° La *capacité* à exiger des parties est celle qui est requise pour les donations ordinaires : un *mineur* parvenu à l'âge de seize ans ne peut donc pas consentir de donation à son conjoint; un *prodigue* aura besoin de l'assistance de son conseil; une femme *dotale* ne peut pas donner à son mari ses biens dotaux (art. 1554). D'autre part, la capacité des parties s'apprécie *au jour de la donation*, uniquement et invariablement (*sup.*, n° 1404);

2° Le donataire est *saisi*, par son acceptation même, des droits que la donation lui confère — sauf la *transcription* à effectuer si la donation porte sur un immeuble présent (Civ., 18 juin 1854, *D. P.*, 1845, 1, 273; 31 août 1853, *D. P.*, 1853, 1, 288). En conséquence :

a) Donataire de biens *présents*, il n'a rien à craindre désormais des créanciers du donateur;

b) Donataire de biens *à venir*, il n'aura pas besoin, au décès du donateur, de demander la délivrance et il aura toujours droit *aux fruits* à compter du jour du décès;

3° Etant traitée comme donation entre vifs, la donation entre époux n'est atteinte par la *réduction* qu'à sa date, et après toutes les libéralités testamentaires; à notre avis, cette solution est à maintenir pour les donations de biens à venir elles-mêmes qui, comme les donations de biens présents, rentrent dans la catégorie des donations entre vifs et échap-

pent donc à la règle de la réduction proportionnelle, laquelle ne joue que pour les libéralités testamentaires.

1820. Jurisprudence. — La Cour de cassation semble bien admettre ces conclusions en ce qui concerne les donations entre époux qui portent sur des biens présents; mais elle les repousse ou elle repousse telle d'entre elles, lorsque la libéralité a pour objet les *biens à venir*; elle n'exige pas alors chez le disposant la *capacité* requise pour donner entre vifs, en alléguant qu'un tel acte ne comporte aucun dessaisissement actuel du donateur qui conserve le droit de disposer à son gré, fût-ce à titre gratuit, des biens compris dans la libéralité; un prodigue ou un faible d'esprit n'aura donc pas besoin de l'assistance de son conseil (Civ., 20 fév. 1929, *D. P.*, 1929, 1, 104; comp. Bruxelles, 3 avril 1886, *D. P.*, 1887, 2, 71). Cette thèse nous semble paradoxale, puisqu'elle revient à traiter comme acte de dernière volonté un contrat conclu entre personnes vivantes; on peut d'ailleurs se demander si la Chambre civile déduirait des prémisses de son argumentation toutes les conséquences qu'elles comportent logiquement, et si elle admettrait donc que les donations de biens à venir entre époux sont sujettes à réduction avec les legs et suivant la loi de la proportionnalité, et aussi que la capacité de l'époux donataire est à apprécier au jour du décès du donateur et non point à celui de la donation (V. L. Josserand, *Sur la nature juridique des donations entre époux*, *D. H.*, 1930, Chron., p. 21).

1820*bis*. Caducité. — La donation entre époux est subordonnée à la survie du donataire, lorsqu'elle porte sur des biens *à venir*; elle est alors traitée, à cet égard, comme si elle était intervenue dans le contrat de mariage.

Mais, si elle porte sur des biens *présents*, elle échappe à cette cause de caducité, et elle subsiste malgré le prédécès du donataire (Civ., 18 juin 1845, *D. P.*, 1845, 1, 275; 31 août 1853, *D. P.*, 1853, 1, 288; Toulouse, 20 février 1861, *D. P.*, 1861, 2, 58; 20 mai 1886, *D. P.*, 1887, 2, 40).

Section III. — LE DISPONIBLE SPÉCIAL ENTRE ÉPOUX

(Art. 1094, 1098 à 1100)

1821. Position de la question. — Nous avons étudié précédemment le *disponible de droit commun* (*sup.*, n° 1656), c'est-à-dire celui qui peut être utilisé au profit

d'une personne quelconque : descendant, ascendant, collatéral, étranger. Or, à côté de ce disponible général, le Code civil établit un *disponible spécial entre époux*, lequel se différencie plus ou moins, dans sa *quotité* et parfois dans sa *sanction*, du disponible ordinaire; la personnalité du gratifié réagit ici sur la faculté de disposition qui est aménagée *intuitu personae*. C'est une complication qui a été, sinon introduite, du moins développée par le Code civil et dont nous aurons à apprécier le bien fondé.

1822. Plan. — Nous aurons à rechercher :

1° *De quoi se compose* le disponible spécial entre époux; quelle est son *étendue*;

2° Comment ce disponible se *combine* avec le disponible de droit commun;

3° Quelles sont les *sanctions* des règles qui fixent le disponible entre époux.

§ I. — *ÉTENDUE ET FIXATION DU DISPONIBLE SPÉCIAL ENTRE ÉPOUX*

1823. Distinctions. — Pour déterminer la *composition* du disponible spécial entre époux, diverses éventualités sont à distinguer :

1° Le défunt n'a laissé *ni descendants, légitimes ou naturels, ni ascendants*;

2° Il laisse un ou plusieurs *ascendants légitimes*;

3° Il laisse à la fois un ou plusieurs *enfants naturels* et un ou plusieurs *ascendants légitimes*;

4° Un ou plusieurs *enfants naturels ou bien un ou plusieurs enfants adoptifs*;

5° Il laisse un ou plusieurs *descendants légitimes*.

I

Le défunt n'a laissé ni descendants, légitimes ou naturels, ni ascendants

1824. Disponibilité intégrale. — Du moment que le défunt ne laisse pas d'héritier réservataire, c'est toute sa fortune qui est disponible, au profit de son conjoint comme en faveur de toute autre personne : le disponible spécial se confond donc alors, dans l'universalité, avec le disponible de droit commun (art. 1094).

II

Le défunt laisse un ou plusieurs ascendants légitimes

Trois systèmes se sont succédé.

1825. I. Régime du Code civil. — Le défunt, d'après l'ancienne rédaction de l'article 1094, § 1, avait pu laisser à son conjoint, outre le disponible de droit commun de l'article 914 (*sup.*, n° 1670), l'*usufruit* de toute la portion qui constitue la réserve de l'ascendant ou des ascendants. Le résultat était déplorable pour ceux-ci, voire même quelque peu ironique, puisque le conjoint survivant est plus jeune qu'eux et qu'il est normalement assuré de leur survivre; dans ces conditions, la nue propriété qui leur était laissée à titre de réserve constituait une satisfaction dérisoire; pratiquement, leur réserve, en présence du conjoint survivant, était égale à zéro.

1826. II. Système de la loi du 14 février 1900. — La situation paradoxale ainsi créée par le Code civil a pris fin en 1900, grâce à la loi du 14 février 1900 qui a modifié l'article 1094 afin de supprimer le disponible supplémentaire qui y était inscrit, en usufruit, au profit du conjoint survivant; si bien que, désormais, le disponible spécial coïncidait, dans cette éventualité comme dans la précédente, avec le disponible de droit commun, les ascendants étant *assurés*, même en présence du conjoint, de recueillir leur réserve en pleine propriété.

1827. Disposition transitoire. — Toutefois, le législateur de 1900 n'a pas voulu faire échec à la règle de la non-rétroactivité des lois; l'article 2 de la loi décide qu'elle ne sera point applicable aux dispositions contenues dans un *contrat de mariage* antérieur à sa promulgation; la libéralité conservera alors toute son efficacité, dans les termes de l'article 1094 ancienne rédaction, et les ascendants en seront réduits à la nue propriété de leur part de réserve.

Mais il en va autrement, par argument *a contrario* tiré du même texte, des libéralités *testamentaires* ou des *donations entre époux* consenties, fût-ce avant la promulgation de la loi de 1900, mais au cours du mariage; de telles libéralités tomberont sous l'emprise de cette loi, quelle que soit leur date par rapport à celle-ci (Req., 29 juill. 1907, *S.*, 1908, 1, 393; note Naquet). Il n'y a d'ailleurs pas là une application *rétroactive* de la loi, mais, ce qui est différent, une applica-

tion *immédiate* : l'époux gratifié n'avait pas de droit définitivement acquis.

1827*bis*. III. Système actuel. — La loi du 3 décembre 1930, celle-là même qui a amélioré la situation successorale du conjoint survivant (*sup.*, n° 779*bis*), a rétabli, à son profit, un disponible de faveur, qu'elle fixe, non plus en usufruit comme l'avait décidé inconsidérément le Code civil, mais en *nue propriété* : le prémourant a pu laisser au survivant, d'abord le disponible ordinaire, donc la moitié en pleine propriété s'il y a des ascendants dans les deux lignes, les trois quarts s'il n'en existe que dans une seule ligne (art. 914; *sup.*, n° 1670); et, en outre, la nue propriété de toute la part réservée aux ascendants par l'article 914; donc de la moitié ou du quart de la succession, d'après la même distinction (art. 2 de la loi du 3 déc. 1930; Code civ., art. 1094, § 1, nouv. réd.); en sorte que les ascendants, après s'être vu attribuer, par le Code civil, une réserve en nue propriété, puis, par la loi de 1900, une réserve en pleine propriété, sont, désormais et en vertu de la loi nouvelle, bénéficiaires d'une réserve établie en usufruit et rien qu'en usufruit, situation unique et sans précédent.

Etant *usufruitiers*, ils devront dresser un *inventaire* des meubles ainsi qu'un *état* des immeubles (art. 600), comme aussi fournir *caution* (art. 601); ils ne seront tenus du *passif héréditaire* que pour les intérêts et dans la mesure fixée par l'article 612 (*sup.*, t. I, n° 1914); et enfin, ils ne pourront, à notre avis, demander le *partage* que pour l'usufruit, puisque c'est seulement dans cette mesure et sous cet aspect qu'ils se trouvent dans l'indivision avec le conjoint survivant (*sup.*, n° 1056).

Etant *héritiers*, et héritiers *légitimes*, ils ont la *saisine légale*, avec toutes les conséquences qu'elle comporte (*sup.*, n° 827); notamment, c'est à eux que les légataires devront s'adresser pour obtenir la délivrance (art. 1004, 1011, 1014; *sup.*, n^{os} 1470, 1492); ils doivent échapper au *retrait successoral*, comme ils sont qualifiés pour l'exercer, à l'occasion, contre un cessionnaire de droits successifs (*sup.*, n° 1060); ils peuvent exiger le *rapport* des libéralités.

Enfin, étant *réservataires*, ils ont qualité pour intenter l'action en *réduction* si des libéralités avaient été consenties par le défunt au delà des limites du disponible; et leur seule présence fait obstacle à la saisine du légataire universel qui doit donc leur demander la délivrance (art. 1004; *sup.*, n° 1470).

Somme toute, la situation des ascendants, à la fois usu-

fruitiers, héritiers légitimes et réservataires, est désormais nettement inférieure à celle que leur avaient assurée la loi de 1900; notamment, ils n'ont plus la ressource d'un placement à fonds perdu qui leur eût procuré des revenus plus élevés. Tout au moins faut-il décider : 1° que le conjoint survivant, sensiblement favorisé par la loi de 1930, ne pourrait pas émettre la prétention de convertir l'usufruit en une rente viagère, car cette conversion n'est pas prévue dans la loi et elle risquerait d'entamer la réserve des ascendants; on comprend qu'elle puisse être imposée par les héritiers du sang au conjoint survivant, lequel n'a point de réserve (art. 767, § 11; *sup.*, n° 783*bis*); on comprendrait moins qu'elle pût l'être par celui-ci à ceux-là, héritiers réservataires; 2° que, si le conjoint prédécédé avait consenti au survivant des libéralités en usufruit, excessives au sens de l'article 917 (*sup.*, n° 1706), les ascendants auront le choix, ouvert par ce texte, entre l'exécution intégrale de la disposition excessive et l'abandon au conjoint du disponible en propriété et en nue propriété : les raisons qui sont à la base de l'article 917 et qui sont tirées des difficultés d'évaluer un usufruit en propriété, se retrouvent avec une force accrue lorsque le disponible, comme c'est le cas ici, est fixé en propriété et en nue propriété.

Le régime établi par la loi du 3 décembre 1930 fut aussitôt applicable, dès la publication du nouveau texte : la réserve est gouvernée par la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession; il y a là, non pas effet rétroactif, mais simplement *effet immédiat* (*sup.*, t. I, n° 82; — trib. civ. Chambéry, 28 janv. 1937, *D. H.*, 1937, 160).

(V. pour la bibliographie, sur cette loi du 3 décembre 1930, *sup.*, n° 775).

III

Le défunt laisse à la fois un ou plusieurs enfants naturels et un ou plusieurs ascendants légitimes

1828. Application du droit commun. — On sait que ces deux catégories de successibles concourent (art. 759, *sup.*, n° 761), et que la réserve des ascendants est réduite, quelque soit leur nombre, à un huitième de la succession (art. 915; *sup.*, n° 1679) : à supposer que le défunt ait laissé, en outre, un conjoint survivant, comment celui-ci sera-t-il traité? Le disponible sera-t-il, pour lui, celui du droit commun, ou bien celui, plus avantageux, de l'article

1094, § 1, nouvelle rédaction (L. du 3 déc. 1930, art. 2) ? Sans aucun doute, ce sera le disponible du droit commun qui fonctionnera seul, à l'exclusion du complément en nue propriété institué par la loi nouvelle; car cette loi attribue au conjoint, la nue propriété, non pas de toute portion quelconque réservée aux ascendants mais seulement de celle qui leur est réservée « *par l'article 914 du présent code* », c'est-à-dire par un texte qui prévoit le cas où les ascendants sont seuls réservataires; l'article 915, qui se suppose au contraire le concours de plusieurs catégories de réservataires — ascendants légitimes ou enfants naturels — n'est pas visé; c'est donc que l'éventualité qu'il prévoit reste sous l'empire du droit commun : les ascendants conserveront leur huitième en pleine propriété, et ce n'est pas un cadeau excessif qui leur est ainsi offert (V. *sup.*, n° 1679).

IV

Le défunt laisse un ou plusieurs enfants naturels ou bien un ou plusieurs enfants adoptifs

1828*bis*. Application du droit commun. — 1° Les *enfants naturels* ne rentrent, ni dans la formule de l'article 1094, qui, sous le nom de « *descendants* », vise évidemment la postérité à plusieurs degrés, donc la postérité légitime, ni dans la teneur de l'article 1098 qui prévoit l'existence d' « *enfants d'un autre lit* », donc d'enfants issus d'un précédent mariage. En conséquence, si le défunt ne laisse que des enfants naturels, le disponible applicable est encore le disponible du droit commun (Req., 12 juin 1866, *D. P.*, 1866, 1, 484; Grenoble, 7 mai 1879, *D. P.*, 1880, 2, 256);

2° Les *enfants adoptifs* ne sont assurément pas visés dans l'article 1098 : ils ne sont pas « *d'un autre lit* » (Civ., 11 déc. 1922, *D. P.*, 1925, 1, 121, note H. Capitant); mais, pour l'application de l'article 1094, une distinction est à établir : l'enfant adoptif ne doit être assimilé à l'enfant issu du mariage, ni si l'adoption est antérieure à ce mariage, ni même si, s'étant produite au cours de l'union, elle n'émane que de l'un des époux; c'est seulement dans le cas où elle est l'œuvre des deux conjoints (art. 346) qu'elle place l'enfant dans une situation équivalente à celle qu'il occuperait s'il était légitime; le disponible entre époux sera alors, dans ce cas exceptionnel, celui de l'article 1094, § 2 (*inf.*, n^{os} 1829 et suiv.).

V

Le défunt laisse un ou plusieurs descendants légitimes

1829. Distinction. — S'il existe un ou plusieurs descendants légitimes, on voit alors apparaître un disponible spécial entre époux qui se différencie du disponible ordinaire.

Pour le déterminer, il faut distinguer selon que les enfants légitimes étaient communs aux deux époux ou bien qu'ils étaient issus d'une précédente union.

1830. I. Le défunt laisse un ou plusieurs enfants communs, c'est-à-dire issus de son union avec le conjoint survivant. L'éventualité est prévue par l'article 1094, § 2, qui institue un double maximum.

1831. Double maximum. — Ce texte donne au disposant, qui entend gratifier son conjoint dans toute la mesure du possible, le choix entre deux *maxima* :

1° Ou bien *un quart* de sa fortune *en pleine propriété* et *un quart en usufruit*;

2° Ou bien une *moitié en usufruit*.

1832. Examen critique. — Ce système appelle plusieurs réflexions.

1° Le choix laissé à l'époux paraît étrange et presque facétieux : un quart en pleine propriété se décomposant, en définitive, en un quart en nue propriété et un quart en usufruit, la loi donne le choix entre une moitié en usufruit plus un quart en nue propriété ou bien une moitié en usufruit, c'est-à-dire entre plus ou moins : une telle option semble dérisoire; l'époux disposant optera pour le maximum le plus élevé, le premier.

Cependant, l'aménagement du disponible entre époux s'explique : si le législateur s'en était tenu au premier terme de l'option, on aurait pu craindre que le disposant n'eût la pensée de laisser à son conjoint les trois quarts en usufruit, en prétendant traduire le quart de pleine propriété en une moitié d'usufruit : c'est cette conversion que le législateur a voulu conjurer en offrant au disposant, assez habilement, un second maximum en usufruit et en soulignant ainsi sa volonté que la libéralité ne pût jamais affecter, même en simple usufruit, au delà de la moitié des biens laissés par le défunt;

2° Il faut observer, d'autre part, que le disponible spécial

entre époux ne varie pas avec le nombre des descendants laissés par le prédécédé; à cet égard, il est *absolument fixe* et il diffère du disponible ordinaire qui est au contraire plus ou moins élevé d'après le nombre des enfants (art. 913).

1833. — Dès lors, il est intéressant de rechercher quel est, des deux disponibles, celui qui est le plus élevé et si, par conséquent, le conjoint est mieux ou plus mal traité que toute autre personne; pour s'en rendre compte, il faut distinguer d'après le nombre des enfants :

a) S'il y a *trois enfants ou davantage*, le disponible ordinaire est d'un quart en plein propriété tandis que le disponible spécial est porté à un quart en pleine propriété plus un quart en usufruit; l'avantage est donc pour le conjoint et la réserve des enfants en sera entamée;

b) S'il y a *deux enfants*, le disponible ordinaire est d'un tiers en pleine propriété, ce qui équivaut sensiblement au disponible spécial de l'article 1094; on peut dire que le conjoint vient à égalité avec tout autre gratifié;

c) Mais s'il n'y a qu'*un seul enfant*, le disponible ordinaire prend l'avantage, puisqu'il est alors de moitié en toute propriété; il dépasse donc d'un quart en nue propriété le disponible entre époux.

1834. — Ce résultat est fait pour surprendre; il est singulier que le titre d'époux devienne une cause d'infériorité : le *de cujus* aurait pu laisser la moitié de ses biens à un collatéral, à un étranger, à une concubine; mais, à son épouse légitime, on ne lui permet de laisser que sensiblement moins. Cette conclusion a paru tellement injustifiable qu'on a songé à l'écarter en soutenant que tel ne pouvait être le véritable sens de l'article 1094 qui cesserait, dans cette opinion, d'être applicable du moment qu'il conduirait à désavantager le conjoint survivant, et dont on ne ferait état que dans la mesure où il améliorerait sa situation, où il serait extensif de la réserve de droit commun. Mais ce système, présenté par un professeur de la Faculté de Droit de Toulouse, M. Benech, est complètement délaissé (V. Civ., 4 janv. 1869, *D. P.*, 1869, 1, 10); sans doute, il procédait d'une excellente intention; mais il avait le tort de faire abstraction d'un texte qui a été écrit pour régler la question et qui se suffit à lui-même : le chapitre IX où figure l'article 1094, est consacré aux « *dispositions entre époux* »; il n'a pas à être complété avec l'article 913. D'ailleurs, si on y réfléchit, on comprend que le disponible entre époux soit fixe et qu'il ne soit

pas établi en fonction du nombre des enfants : il a pour objectif d'assurer au conjoint survivant des moyens d'existence en rapport avec sa condition, son genre de vie d'autrefois; et cet objectif est lui-même fixe; il ne se déplace pas avec le nombre des enfants.

1835. II. Le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus d'un précédent mariage. — Cette éventualité est prévue et réglementée dans l'article 1098 qui, comme l'article 1094, § 2, fixe deux *maxima*, mais qui se limitent l'un l'autre : les libéralités consenties à son second conjoint par l'époux remarié trouvent leur limite dans « *une part d'enfant légitime le moins prenant* », mais sans qu'elles puissent, dans aucun cas, excéder le *quart des biens*.

1836. Précédents. — Cette réglementation est reproduite, mais sous le bénéfice d'importantes modifications, de l'*Edit des secondes noces*, rendu sous François II, en 1560, et qui procède lui-même de deux constitutions romaines, remontant à l'an 382 et à l'an 469, les constitutions *Feminae quae* (C. livre V, titre 9, loi 3) et *Hac edictali* (C. livre V, titre 9, loi 6). Cet édit, dû au chancelier de l'Hospital, contenait deux chefs, empruntés au droit romain; il décidait : 1° que la veuve qui, ayant des enfants, se remarie, ne saurait donner à son nouvel époux au delà d'une part d'enfant le moins prenant; 2° qu'elle doit conserver et transmettre aux enfants du premier lit tous les avantages qu'elle tenait de son premier mariage.

1837. Le Code civil. — Les rédacteurs du Code civil, en se référant à l'*Edit des secondes noces*, en ont fait une adaptation assez libre; ils en ont à la fois atténué et accentué la rigueur, tout en développant son domaine d'application :

1° Ils ont atténué la rigueur du système en abandonnant le deuxième chef de l'édit et en conservant uniquement le premier : le conjoint remarié n'est plus tenu de faire parvenir aux enfants du premier lit les avantages provenant du premier conjoint; on a considéré que pareille obligation, qui consacrerait une inégalité entre les enfants des deux lits, serait entachée d'une sorte de substitution;

2° D'autre part, le Code civil renchérit sur la rigueur de l'édit en limitant le maximum qu'il lui emprunte — une part d'enfant le moins prenant — par un autre maximum qui constitue une nouveauté : le quart des biens du disposant;

3° Enfin, le système acquiert une nouvelle ampleur dans deux directions différentes : *a*) tandis que l'Edit ne visait que le remariage de la mère, l'article 1098 régit aussi bien le remariage du père. Sur ce point, d'ailleurs, la généralisation avait été opérée déjà dans notre ancien droit, grâce à la jurisprudence du Parlement de Paris; *b*) de plus, et ceci est bien une nouveauté, l'Edit de 1560 supposait que le premier mariage avait été dissous par le *décès* de l'un des époux — le divorce étant alors inconnu; mais l'article 1098 se place dans l'hypothèse d'un remariage sans distinguer selon le mode de dissolution du premier : l'époux *divorcé* qui se remarie tombe sous le coup de cette disposition aussi bien que le veuf ou la veuve.

En revanche, le père ou la mère d'un enfant *adoptif*, qui se marie ou qui se remarie après l'adoption, ne voit pas réduire son disponible au regard de son conjoint et en faveur de l'enfant adoptif qui, sous ce rapport, n'est nullement assimilable à un enfant issu d'un précédent mariage (Civ., 11 déc. 1922, *S.*, 1923, 1, 313; *D. P.*, 1025, 1, 121, note H. Capitant).

1838. Détermination des deux maxima. — A. Le maximum principal est représenté par une *part d'enfant légitime le moins prenant*. Pour déterminer cette part, on compte tous les enfants *légitimes* — ou *légitimés*, et aussi, à notre sentiment, l'enfant *adoptif* (arg., art. 357) — sans distinguer entre les enfants du premier lit et ceux du deuxième lit, mais en négligeant les renonçants et les indignes, car ceux-ci n'ont pas de *part d'enfant*; ils ne sont pas *prenants* du tout. Cette dernière solution est incontestée, mais elle ne cadre pas du tout avec la jurisprudence qui tient compte, pour le calcul de la réserve de droit commun, des enfants même renonçants ou indignes (*sup.*, n° 1668) : elle est un argument de plus contre cette jurisprudence malheureuse.

D'autre part, on applique les règles de la *représentation* : si l'un des enfants était prédécédé laissant lui-même des enfants, ceux-ci ne comptent, à eux tous et si nombreux qu'ils soient, que pour leur auteur.

Au nombre ainsi obtenu, on ajoute encore *une unité*, car le conjoint survivant compte pour un enfant de plus; après quoi on fait la division; par exemple, s'il y a *deux enfants* acceptants, on divise le total par trois : la part d'enfant légitime est donc alors du *tiers*.

1839. — Mais ce n'est pas à dire que ce tiers représente le disponible dont le *de cujus* a pu gratifier son second conjoint. Car il faut tenir compte de deux *correctifs* :

1° Le calcul que nous avons fait jusqu'à présent nous a donné la part d'enfant légitime, mais non pas nécessairement la part d'enfant légitime *le moins prenant*; or, c'est cette dernière part qui est prise en considération par l'article 1098 : si le défunt avait avantagé un de ses enfants par rapport aux autres, le conjoint gratifié ne pourrait recevoir au delà de ce que recueille le moins favorisé d'entre eux, *le moins prenant*, si bien qu'en rompant l'égalité entre ses enfants, le disposant risque fort d'abaisser par là même le disponible de son second conjoint. Si, par exemple, laissant 200.000 francs, il avait réduit la part d'un de ses *quatre* enfants à sa réserve de droit commun, soit 37.500 francs, les libéralités consenties au second conjoint survivant ne sauraient excéder ce chiffre, encore que les autres enfants recueillent chacun 40.000 francs ou davantage;

2° D'autre part, le législateur limite le premier maximum par un deuxième qui est fixé au *quart* des biens.

1840. — B. Ce deuxième maximum paraît d'une détermination plus aisée que le premier, à raison de sa précision toute mathématique. Il soulève cependant une question assez délicate : comme il est fixé *en pleine propriété*, il faut se demander quelle est exactement la situation des enfants dans le cas où leur auteur aurait consenti à son second conjoint une libéralité établie en *usufruit*, où il lui aurait par exemple légué la moitié de ses biens en usufruit.

On a soutenu que l'article 1098 devait, en toute occurrence, se suffire à lui-même, qu'il formulait une règle inflexible et qu'en aucun cas les libéralités consenties au profit du second conjoint ne pouvaient affecter au delà du quart des biens laissés par le défunt, en sorte que, dans le cas sur lequel nous raisonnons, l'usufruit légué ne porterait que sur le quart des biens du défunt. Mais c'est là limiter arbitrairement la sphère d'application de l'article 917, qui, prévoyant le cas où les libéralités auraient été fixées en usufruit, ouvre aux réservataires une option et leur permet, soit d'exécuter intégralement les dispositions, telles quelles, soit de faire abandon au gratifié du disponible, tel qu'il est fixé en pleine propriété. Ce texte, qui tend à prévenir les difficultés que ne manquerait pas de soulever l'évaluation d'un usufruit en une pleine propriété, a une portée très générale; il intervient aussi bien dans la détermination du disponible spécial

de l'article 1098 que dans celle du disponible de droit commun de l'article 913; son utilité et sa légitimité sont les mêmes dans les deux éventualités (*Sic*, Req., 1er juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 26; 30 mai 1905, *S.*, 1907, 1, 125, *D. P.*, 1908, 1, 166). En conséquence et dans l'espèce sur laquelle nous raisonnons, les enfants auront le choix ou d'exécuter les libéralités consenties au second conjoint, ou de lui abandonner le quart des biens en pleine propriété (*sup.*, n° 1707).

1841. Comparaison des deux disponibles spéciaux. — Le rapprochement des deux disponibles spéciaux des articles 1094 et 1098 provoque les observations suivantes :

1° Tandis que le premier est absolument indépendant du nombre des enfants, le deuxième est d'autant plus réduit que les enfants sont plus nombreux : par exemple, en présence de *six* enfants, il n'est plus que d'un *septième* de la succession;

2° Le disponible de l'article 1098 est toujours inférieur à celui de l'article 1094 : le législateur a voulu protéger les enfants contre les dangers que présente pour eux le remariage de leur auteur; même dans l'hypothèse la plus favorable, et s'il n'y a qu'un seul enfant, cette infériorité est manifeste : d'un côté le quart, de l'autre un quart en pleine propriété plus un quart en usufruit;

3° Cette inégalité est encore accusée, si le second mariage a été contracté sous un régime de communauté, car les *avantages matrimoniaux*, consentis par le conjoint remarié à son second époux, sont traités ainsi que de véritables libéralités et entrent donc en ligne de compte pour le calcul du disponible et de la réserve, au lieu qu'il n'en est pas fait état pour l'application de l'article 1094 : en l'absence d'un remariage, ils sont traités comme des conventions entre associés (*sup.*, nos 691 et 697).

§ II. — *COMBINAISON DES DISPONIBLES SPÉCIAUX ENTRE EUX ET AVEC LE DISPONIBLE DE DROIT COMMUN*

1842. Nécessité d'une conciliation. — Distinction. — La combinaison des disponibles spéciaux avec le disponible de droit commun soulève de sérieuses difficultés : il est assurément impossible de réaliser le cumul de tous ces disponibles, sans quoi la réserve des enfants risquerait de se volatiliser. C'est ainsi que, si le défunt, même non remarié, laisse un enfant, le disponible de droit commun — la moitié en toute propriété — joint au disponible de l'article 1094 —

un quart en pleine propriété et un quart en usufruit — ne laisserait pour la réserve de l'enfant qu'un quart en nue propriété : l'article 913 deviendrait alors lettre morte, qui veut que cet enfant ait une réserve de moitié en pleine propriété; force est donc de faire œuvre de conciliation : les divers disponibles doivent être *combinés* entre eux, mais il ne saurait être question de les *cumuler*.

Cette combinaison devient nécessaire du moment que les deux disponibles, l'ordinaire et le spécial, ne coïncident pas exactement; or, cette éventualité est de nature à se présenter plus fréquemment que jadis, depuis que la loi du 3 décembre 1930 a restitué au conjoint survivant un disponible de faveur — en nue propriété — lorsqu'il se trouve en présence d'un ou de plusieurs ascendants (art. 1094, § 1, nouv. réd.; *sup.*, n^{os} 1825 et suiv).

Nous rechercherons comment la combinaison des divers disponibles est réalisable :

1° Entre les disponibles spéciaux d'une part et le disponible de droit commun;

2° Entre le disponible de l'article 1094 et celui de l'article 1098.

1843. I. Combinaison des disponibles spéciaux avec le disponible de droit commun. — Directives à suivre. — On s'accorde à reconnaître la légitimité des deux directives suivantes :

Première directive. — *Des deux ou des trois disponibles en cause, c'est le plus fort qui joue le rôle de maximum général et définitif*, maximum infranchissable et que les libéralités, dans leur ensemble, ne sauraient dépasser. Ce disponible-limite est, tantôt celui du droit commun et tantôt ceux de l'article 1094 (§ 1 ou § 2), lesquels sont parfois plus élevés que le premier (*sup.*, n^{os} 1827*bis* et 1841), mais jamais celui de l'article 1098, lequel est toujours inférieur aux précédents (*sup.*, n° 1841).

Si l'ensemble des libéralités excède le disponible le plus élevé, la réduction s'impose; elle s'effectue conformément au droit commun, c'est-à-dire que les libéralités testamentaires sont réduites proportionnellement tandis que les donations entre vifs le sont d'après leurs dates respectives. Il est à remarquer que le conjoint survivant a une situation favorisée lorsqu'il bénéficie d'une donation faite par contrat de mariage, éventualité courante; il y a de fortes chances pour que cette libéralité soit la première en date et pour qu'elle

ne soit donc atteinte qu'après toutes les autres, y compris les donations faites aux enfants nés du mariage. En ce sens, les donations par contrat de mariage sont dangereuses : elles risquent de consacrer un épuisement irréparable du disponible.

1844. Deuxième directive. — *Nul ne peut être gratifié au delà du disponible établi en sa faveur*; d'une part, des personnes autres que le conjoint ne sauraient rien recevoir au delà du disponible des articles 913 et suivants; d'autre part, le conjoint ne peut être gratifié au delà des disponibles de l'article 1094; enfin, le second conjoint ne peut être institué au delà des frontières tracées par l'article 1098.

1845. Applications et déformations. — Ces principes se justifient d'eux-mêmes; ils réalisent une justice distributive; la jurisprudence les accepte (Nancy, 25 fév. 1891, *D. P.*, 1891, 2, 353, note PLANIOL).

Mais, dans l'application, elle n'y demeure pas constamment fidèle; on s'en convaincra en supposant d'abord que le défunt, non remarié, laisse un seul enfant, puis qu'il en laisse deux ou davantage; après quoi il y aura lieu d'envisager l'éventualité du concours du conjoint survivant avec un ou plusieurs ascendants.

1° **Le défunt laisse un seul enfant.** — En ce cas, la situation est relativement simple et les deux directives reçoivent exactement leur application. Le disponible le plus élevé est celui de l'article 913 — la moitié en propriété; les libéralités ne pourront pas, dans leur totalité, dépasser cette limite infranchissable, à l'intérieur de laquelle joueront les deux disponibles des articles 913 et 1094. Si, par exemple, le *de cujus* avait donné à son conjoint, par contrat de mariage, la moitié en usufruit, il ne pourra plus donner ou léguer à toute autre personne qu'une moitié en nue propriété.

1846. 2° Le défunt laisse deux enfants ou davantage. — Alors, la quotité de l'article 1094 est, soit équivalente, soit nettement inférieure à celle de l'article 913, selon qu'il y a seulement deux enfants ou bien qu'il y en a davantage. Mais, dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence admet que l'usufruit doit être fictivement converti en propriété, afin d'établir la comparaison et l'interdépendance entre les deux disponibles, cette conversion devant être effectuée, non pas sur une base fixe, mais eu égard aux circons-

tances, à l'âge et à la santé de l'usufruitier, en sorte qu'un usufruit pourra être considéré comme n'équivalant qu'à un quart de la propriété (Douai, 14 juin 1852, *D. P.*, 1853, 2, 89), ou même à un huitième (Riom, 23 août 1842,, *D. Jur. gén., Dispos. entre vifs*, 838, 1°, 855). A supposer qu'il équivaille, dans l'espèce, à la moitié de la propriété, on aboutit aux résultats suivants :

a) L'époux qui a donné à un conjoint la moitié de ses biens en usufruit et qui laisse deux enfants, peut disposer au profit d'une personne quelconque de la différence du quart au tiers, soit d'un douzième en pleine propriété (Civ., 12 janv. 1853, *D. P.*, 1853, 1, 17; Paris, 31 mai 1861, *D. P.*, 1863, 2, 91);

b) A supposer qu'il y ait trois enfants ou davantage, la donation en usufruit faite au conjoint s'impute, pour la totalité, sur le disponible ordinaire de l'article 913, au moyen de la conversion fictive en plein propriété; du moment qu'ainsi transposée, elle atteint un quart en propriété, le disponible est épuisé et il n'y a donc plus de place pour des libéralités au profit de tiers (Civ., 11 janv. 1853, 1, 17; 2 août 1853, *D. P.*, 1853, 1, 300; Toulouse, 20 déc. 1871, *D. P.*, 1873, 2, 17).

A notre avis, cette jurisprudence est critiquable : nul texte ne prescrit la conversion fictive qu'elle réalise, limitant ainsi arbitrairement la faculté de disposition de l'époux. Les deux disponibles de l'article 913 et de l'article 1094 sont indépendants; et si le conjoint, ayant trois enfants, a disposé de la moitié de l'usufruit au profit de son époux, cette libéralité est à imputer, pour un quart sur le disponible ordinaire et pour un quart sur le disponible spécial, en sorte qu'il reste un quart en nue propriété qui peut être laissée à une personne quelconque; avec cette solution, les deux directives adoptées sont respectées; le total des libéralités ne dépasse pas le disponible le plus élevé, et, d'autre part, nul ne reçoit au delà du disponible auquel il a droit.

Il est d'ailleurs remarquable que notre jurisprudence suit cette ligne de conduite lorsque les différentes libéralités sont consenties simultanément, par exemple lorsqu'elles sont toutes testamentaires; elle abandonne alors, pour des raisons qui n'apparaissent pas clairement, le système de l'imputation fictive (Civ., 3 mai 1864, *D. P.*, 1864, 1, 173; 30 déc. 1902, *D. P.*, 1903, 1, 151, *S.*, 1904, 1, 313, note Naquet).

3° **Le conjoint survivant se trouve en présence d'un ou plusieurs ascendants du défunt.** — Le nouveau disponible spécial, établi par la loi du 3 décembre 1930, est alors supérieur au disponible du droit commun, d'un quart ou d'une moitié en nue propriété, selon qu'il existe des ascendants dans une seule ligne ou bien dans les deux lignes (*sup.*, n° 1827*bis*). Ce décalage du disponible en faveur du conjoint fait se poser le problème de sa combinaison avec le disponible de l'article 914, fixé à un quart ou à une moitié en pleine propriété (*sup.*, n° 1670) : les directives à suivre en vue de la solution, sont celles-là mêmes que nous avons précédemment posées et qui dominent tout le sujet (*sup.*, n^{os} 1843 et 1844).

En conséquence :

a) Si l'on suppose que le défunt avait d'abord consenti des libéralités à un gratifié quelconque, autre que le conjoint, puis à ce conjoint lui-même, ce dernier pourra recevoir, d'abord, et en pleine propriété, le solde du disponible ordinaire, puis, en outre, la nue propriété de la réserve des ascendants : ainsi seront exactement obéies les deux directives maîtresses;

b) Si le conjoint a d'abord reçu une libéralité soit en pleine propriété, soit en usufruit, elle devra être imputée sur le disponible ordinaire dont le solde seul pourra être attribué à un non-conjoint. Dans le cas où le conjoint aurait été gratifié en nue propriété, il faudra alors se demander s'il y a lieu d'opérer la conversion en pleine propriété comme la jurisprudence le fait pour l'usufruit du conjoint (*sup.*, n° 1846) : la question se pose dans les mêmes termes et recevra sans doute la même solution dans la pratique;

c) Enfin, si les libéralités avaient été consenties simultanément — par exemple dans un testament — au profit du conjoint et d'autres bénéficiaires, il y a lieu de procéder à la réduction proportionnelle, à supposer que les limites des disponibles soient dépassées, mais en se rappelant que le supplément de disponible en nue propriété n'est institué qu'au profit du conjoint et que les autres gratifiés ne sauraient donc y prétendre : par rapport à eux, il fait partie de la réserve successorale.

1847. II. Combinaison des deux disponibles spéciaux des articles 1094 et 1098. — Lorsqu'un premier mariage d'où étaient issus des enfants a été dissous par le divorce et que l'époux coupable se remarie, puis décède avant son premier et son second conjoints, la question se

pose de la combinaison des deux disponibles des articles 1094 et 1098 [1]. Différents points sont certains :

1° Le total des libéralités faites par le défunt à l'un et à l'autre de ses conjoints ne saurait excéder le disponible le plus élevé, lequel est toujours celui de l'article 1094;

2° Aucun des deux conjoints survivants ne peut conserver de libéralités au delà du disponible qui le concerne personnellement;

3° Les libéralités adressées au premier conjoint ne sont réduites qu'après celles qui ont été faites au deuxième, car, pratiquement, c'est dans le contrat de mariage qu'elles avaient été insérées; elles sont donc antérieures à celles qui ont été consenties au deuxième époux.

1848. — Mais la question délicate est de savoir si les *avantages matrimoniaux* faits au second conjoint entrent ou non en ligne de compte pour l'établissement du disponible affecté à son prédécesseur; si, en d'autres termes, celui-ci profite ou non du retranchement opéré à la demande des enfants, du premier ou du second lit. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative (Civ., 27 mars 1923, *D. P.*, 1923, 1, 161, note critique H. Capitant, *S.*, 1923, 1, 201); M. Capitant objecte que le retranchement n'intervient que dans l'intérêt des enfants du premier lit, que c'est à leur égard seulement que les avantages matrimoniaux obtenus par le second conjoint revêtent l'aspect de libéralités; pour toutes autres personnes, donc pour le premier conjoint, ils demeurent des conventions entre associés, des arrangements matrimoniaux. L'argumentation ne nous paraît pas décisive : il ne nous semble pas que les mêmes biens soient à considérer simultanément sous l'angle du titre onéreux et sous celui du titre gratuit; entre les deux positions il faut choisir : du moment que les avantages matrimoniaux ont été atteints par l'action en retranchement, c'est qu'ils constituent désormais des libéralités, et vis-à-vis de tous les intéressés. Cela est si vrai que les biens demeurés au second conjoint survivant, après l'exercice de l'action en retranchement, sont à imputer sur le disponible, du moins dans l'opinion générale : c'est donc qu'on les considère, *erga omnes*, comme des biens acquis à titre gratuit (Planiol, *Rev. crit.*, 1892, p. 524; note *D. P.*, 1892, 2, 169; Req., 25 juin 1912,

[1] V. Célice. *Du concours à un même partage d'un conjoint divorcé et d'un conjoint survivant avantagés successivement par le* de cujus, *Rev. crit.*, 1924.

S., 1914, 1, 465; Bourges, 28 déc. 1891, *S.*, 1892, 2, 69; Rouen, 29 janv. 1892, *S.*, 1892, 2, 164). Dès lors, on ne peut qu'approuver la solution donnée par la Chambre civile, dans son arrêt du 27 mars 1923 (*Sic*, TRASBOT, n° 166).

§ III. — *SANCTIONS DES RÈGLES QUI PRÉSIDENT À L'ÉTABLISSEMENT DES DISPONIBLES SPÉCIAUX*

1849. Diverses sanctions. — D'ordinaire, les règles relatives au disponible et à la réserve ne comportent pas d'autre sanction que la *réduction* des libéralités excessives, obtenue à l'aide d'une action conférée aux réservataires et dite *action en réduction* (*sup.*, n° 1720). Mais, lorsque c'est le disponible entre époux qui est en cause, le Code civil, soucieux de déjouer des fraudes rendues plus fréquentes et plus faciles par l'intimité, par la communauté de vie des intéressés comme par l'affection qu'ils se portent, frappe de nullité certains actes tendancieux et suspects : l'action en *réduction* vient ainsi se doubler d'une action en *nullité*; nous étudierons successivement ces deux ordres de sanctions.

1850. I. Réduction des libéralités excessives. — De même que les libéralités excessives consenties à des personnes quelconques sont sujettes à réduction, ainsi les donations ou les legs qui dépasseraient les disponibles spéciaux entre époux peuvent être réduites, ramenées aux limites infranchissables qui sont tracées par la loi : dans un cas comme dans l'autre, l'action exercée dans ce but est l'*action en réduction*; bien que le législateur et la pratique la qualifient volontiers d'*action en retranchement* lorsqu'elle est exercée par les enfants du premier lit et comme sanction du disponible de l'article 1098 (V. art. 1496, § 2), les règles qui la régissent, sous l'un ou l'autre nom, sont identiques à elles-mêmes. Notamment, l'exercice de l'action en retranchement est différé, comme celui de l'action en réduction ordinaire, jusqu'au moment du décès du donateur (Paris, 9 fév. 1937, *D. P.*, 1938, 2, 92), et les biens donnés doivent être estimés d'après leur valeur au jour de la donation, conformément à l'article 922, nouvelle rédaction.

1851. Particularité relative à l'action dite en retranchement. — Cependant, cette action en retranchement, qui sanctionne le disponible de l'article 1098, présente une particularité : elle profite, et même elle peut être exercée par

des personnes dans l'intérêt desquelles elle n'a pas été introduite et dont elle ne sanctionne pas les droits.

En effet, d'après une jurisprudence bien établie, ce ne sont pas uniquement les enfants du premier lit, les seuls cependant que l'on ait voulu protéger en restreignant le disponible du second conjoint, qui profitent du retranchement obtenu sur leur initiative; ce sont aussi les enfants du deuxième lit : il serait inadmissible que le profit de l'action fût réservé aux enfants de la première catégorie, car on établirait ainsi, entre frères et sœurs, une inégalité choquante (Bourges, 28 déc. 1891, *D. P.*, 1893, 2, 169, note Planiol), et nous déciderions de même en faveur de l'enfant *adoptif*.

Mais il y a mieux, et l'on admet les enfants du deuxième lit à prendre l'offensive, à intenter l'action en retranchement, à condition, bien entendu, qu'ils viennent à la succession, qu'ils ne soient ni exclus comme indignes, ni renonçants, et aussi à condition que le droit à la réduction se soit ouvert dans la personne des enfants du premier lit; si ceux-ci n'agissent pas, les enfants du deuxième groupe relèveront en quelque sorte l'action qu'ils pourront exercer de leur propre chef; la tradition, romaine et coutumière, est établie en ce sens (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 567); il ne faudrait pas objecter que l'article 1496, § 2, suppose que l'action est exercée par les enfants du premier lit : ce texte se place évidemment dans l'hypothèse normale, sans prétendre prononcer une exclusive contre les enfants issus du deuxième mariage (Caen, 3 août 1872, sous Cass., 1er juill. 1873, *D. P.*, 1874, 1, 26; Paris, 9 fév. 1937, précité).

Enfin, la Cour de cassation est allée plus loin dans la voie libérale en décidant que le retranchement doit *profiter au premier conjoint* lorsque c'est lui qui a obtenu le divorce : l'usufruit, de moitié par exemple, qui lui avait été donné par contrat de mariage, est calculé sur la succession entière, y compris les retranchements opérés sur les libéralités consenties au second conjoint commun en biens sous forme d'avantages matrimoniaux. La solution est remarquable parce qu'elle aboutit à faire bénéficier de la réduction un intéressé qui n'a pas la qualité de réservataire : mais elle peut se justifier par cette idée que les biens retranchés entrent dans la succession pour y être attribués comme les autres et d'après les mêmes règles, et aussi par cette considération, cependant sujette à caution, qu'un acte ne peut être gratuit au regard de certaines personnes et à titre onéreux vis-à-vis de certaines autres (V. sup., n° 1848).

L'action en retranchement a été mise récemment à l'ordre du jour de la *Société d'études législatives* (V. *Bull. soc. ét. lég.* 1938, pp. 101 et suiv.; 115; 1939, p. 84).

1852. II. Nullité de certains actes suspects. — L'expérience a prouvé que les époux recourent parfois à des stratagèmes pour dépasser les limites du disponible, à leur profit et au désavantage des réservataires; les procédés qu'ils utilisent à cet effet se ramènent à trois types principaux : 1° les libéralités *indirectes*; 2° les donations *déguisées*; 3° l'*interposition de personne*.

Le premier procédé n'est pas bien dangereux; avec lui, la libéralité est à peine voilée; il est aisé de la découvrir; la loi se contente de décider qu'il en sera fait état dans le calcul du disponible : les libéralités indirectes sont tout simplement sujettes à réduction comme si elles avaient été faites directement (art. 1099, § 1).

1853. Donations déguisées ou faites à personnes interposées. — Plus dangereux sont les deux autres procédés, *déguisement* de la donation sous un acte à titre onéreux et *interposition de personne* : c'est, par exemple, une fausse vente, une vente purement apparente qui est consentie entre époux; ou bien l'un d'eux consent ouvertement une donation, mais en feignant de l'adresser à un tiers, alors qu'en réalité elle doit aller à son conjoint vis-à-vis duquel le prétendu donataire joue le rôle d'intermédiaire complaisant, de *personne interposée*. La ruse est alors difficile à déjouer; d'autre part, elle constitue une véritable fraude; aussi le Code civil édicte-t-il alors une sanction énergique : l'acte simulé ne sera pas seulement réductible, mais il sera frappé de *nullité*; aux termes de l'article 1099, § 2, « *toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle* ».

La sanction est applicable à toutes les *libéralités entre époux*, sans distinguer entre les donations et les legs (Caen, 6 janv. 1845, *D. P.*, 1845, 2, 115). ni d'après la date de la donation, et suivant qu'elle est insérée dans le contrat de mariage ou qu'elle est intervenue au cours du mariage.

Enfin, l'article 1099 sert de sanction non seulement à l'article 1098, mais aussi à l'article 1094, c'est-à-dire indépendamment de tout remariage de la part du disposant (V. cependant, Civ., 3 avril 1843, *motifs*, *D. Jur. gén.*, *Dispos. entre vifs*, 937, 799).

1854. Difficultés d'interprétation. — L'article 1099 a soulevé et soulève encore de graves difficultés d'interprétation : on se demande quelle en est l'exacte portée.

1° Des auteurs ont soutenu et soutiennent encore que la sanction consiste, non pas dans la nullité de la donation, mais seulement dans sa réductibilité, conformément au droit commun; en effet, l'article 1099 est situé à la suite des dispositions qui établissent le disponible entre époux et dont il constitue la sanction, tout simplement; il doit être apprécié en fonction de son cadre; peu importe que les rédacteurs du Code civil aient employé le mot « *nullité* » : c'est de *réduction* qu'ils voulaient parler; les donations déguisées ou faites à personne interposée sont traitées comme les libéralités indirectes (*Sic*, Planiol et Ripert, t. III, n° 3256; Ferron, *Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'art* 1099, *Cod. civ.*, *Rev. crit.*, 1911, pp. 41 et 168). Mais c'est là faire trop bon marché de la terminologie légale, et surtout, c'est réduire à néant l'opposition que l'article 1099 établit entre les libéralités indirectes d'une part, les donations déguisées ou faites à personne interposée d'autre part; il est bien évident que ces deux catégories, visées dans deux alinéas distincts, comportent des traitements différents;

2° La jurisprudence a édifié un système qui se résume essentiellement dans les deux propositions suivantes : *a*) l'article 1099, § 2, établit bien une véritable *nullité* de la donation entachée de simulation; cette libéralité n'est pas seulement ramenée aux limites du disponible; elle est nulle, elle tombe pour le tout (Req., 7 fév. 1849, *D. P.*, 1849, 1, 71; 11 mars 1862, *D. P.*, 1862, 1, 277; Civ., 2 mai 1855, *D. P.*, 1855, 1, 193; 23 mai 1882, *D. P.*, 1883, 1, 407; Limoges, 15 mars 1895, *D. P.*, 1897, 1, 273, note Sarrut); *b*) cette nullité sanctionne à la fois les règles du disponible entre époux et le principe de la révocabilité des donations entre époux; c'set seulement si l'un au moins de ces deux commandements à été violé que l'acte tombe sous le coup de l'article 1099, § 2, lequel intervient donc : 1. pour les donations *entre époux*, *toujours*, et même si le disponible n'a pas été dépassé (Req., 16 avril 1850, *D. P.*, 1850, 1, 152; Civ., 23 mai 1822, précité; Paris, 24 avril 1869, *D. P.*, 1870, 2, 221; Montpellier, 28 fév. 1876, *D. P.*, 1879, 2, 249; Limoges, 5 août 1879, sous Cass. *D. P.*, 1883, 1, 401, note Jules Janet); 2. pour les donations faites *par contrat de mariage*, *seulement si elles portent atteinte aux règles du disponible* entre époux, car de telles libéralités, étant irrévocables,

échappent à l'application de l'article 1096 (Req., 7 fév. 1849, précité; Civ., 2 mai 1855, précité; Req., 14 avril 1886, *D. P.*, 1887, 1, 169).

Seulement, si l'on voulait être logique avec cette conception, il faudrait accorder l'action en nullité, non seulement aux héritiers réservataires, mais encore à l'époux donateur dont la faculté de révocation s'est trouvée paralysée, du moins *pour les donations faites au cours du mariage*, les seules qui soient révocables, par la simulation commise; et cette solution a bien été admise par certaines juridictions, voire par la Chambre des requêtes elle-même qui distingue fort logiquement, à cet égard, entre les donations entre époux et les donations faites par contrat de mariage (Req., 16 avril 1850, *D. P.*, 1850, 1, 152; 22 janv. 1873, *D. P.*, 1873, 1, 473; 25 juill. 1881, *D. P.*, 1882, 1, 177; Rennes, 9 fév. 1904, *D. P.*, 1905, 2, 273), mais elle est repoussée par d'assez nombreuses décisions qui réservent le monopole de l'action aux héritiers réservataires et dont l'une émane de la Chambre civile (Civ., 22 juill. 1884, *D. P.*, 1885, 1, 164, *S.*, 1885, 1, 112; Nîmes, 27 nov. 1882, *D. P.*, 1883, 2, 224).

1855. — 3° Toutes ces dissidences et tous ces flottements seraient évités si l'on prenait la disposition de l'article 1099, § 2, à la lettre, sans prétendre la rattacher, soit à l'article 1096, soit aux articles 1094 et 1098 : conformément à la tradition, notre législateur voit avec méfiance les donations entre époux, mais particulièrement lorsqu'elles se dissimulent; elles doivent avoir pour se cacher des raisons inavouables; on veut qu'elles se produisent au grand jour, qu'elles soient ostensibles ou qu'elles ne soient pas. La simulation fait ici présumer la fraude, *juris et de jure*, et une nullité est encourue qui est d'*ordre public*, qui doit pouvoir être invoquée, invariablement, par tout intéressé, réservataire ou non, héritier ou non. Ce point de vue, qui a été développé par M. Jules Janet (note *D. P.*, 1879, 2, 249), n'est pas étranger à notre jurisprudence (Req., 16 avril 1850, *D. P.*, 1850, 1, 152; Civ., 23 mai 1882 précité); dans ce dernier arrêt, la Chambre civile déclare que la nullité de l'article 1099, § 2 a son principe et sa cause, non seulement dans le désir de protéger les héritiers réservataires, mais aussi dans la préoccupation de prévenir « les dangers de la captation et de la suggestion que les époux peuvent exercer l'un sur l'autre »; et la Chambre des requêtes, dans sa décision du 16 avril 1850, ne parle pas un autre langage lorsqu'elle estime que le législateur a voulu « empêcher que les donations

entre époux, pussent être l'effet soit de la captation de la part de la femme, soit de l'abus d'autorité de la part du mari ».

1856. Présomptions d'interposition de personne. — La preuve de l'interposition est délicate à administrer; la ceritude morale n'est pas la certitude juridique : comment prouver que la libéralité faite apparemment à telle personne a été recueillie, en réalité, par le conjoint du disposant?

Le législateur vient au secours des intéressés, et du tribunal, en instituant, dans l'article 1100, des *présomptions d'interposition de personnes* : certaines personnes sont réputées interposées par rapport à d'autres :

1° Ce sont d'abord *les enfants du conjoint du disposant, lorsque ces enfants sont issus d'un précédent mariage*, mais non pas s'ils sont nés du mariage actuel, car alors la libéralité se justifierait par l'affection qu'ils inspirent à leur auteur, le disposant;

2° Ce sont ensuite *les parents dont le conjoint du disposant est l'héritier présomptif au jour de la donation* : par exemple, le mari a adressé une donation au père de sa femme; c'est un moyen simple et élégant de tourner la loi en faisant parvenir les biens au destinataire effectif après leur avoir fait faire un détour. La donation sera nulle, en toute occurrence, même si la femme ne succède pas ensuite à son père, même si elle vient à lui prédécéder.

On admet généralement que, sous le nom de *parents*, l'article 1100 ne vise que les père et mère du conjoint, à l'exclusion des ascendants plus éloignés : les textes qui établissent des présomptions légales sont d'*interprétation étroite*. De plus, c'est *au jour de la donation* qu'il faudra se placer pour rechercher si la qualité d'héritier présomptif appartenait au conjoint par rapport au parent gratifié.

La présomption instituée par l'article 110 est *irréfragable, juris et de jure*, puisque, sur son fondement, la loi annule un acte (V. art. 1352, § 2).

1857. Remarque. — Même en dehors des deux cas prévus dans l'article 1100, l'interposition de personnes peut être admise et entraîne la nullité de l'acte, par application de l'article 1099, § 2; seulement la preuve doit être faite *directement*; il n'existe plus de présomption légale, c'est à-dire de preuve toute faite, de dispense de preuve.

CHAPITRE II

Les substitutions fidéicommissaires

1858. Sources. — Art. 896 à 899; 1048 à 1074; L. 17 mai 1826; 12 mai 1835; 7 mai 1849; 22 avril 1905, art. 29 à 35.

Bibliographie. — ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions prohibées*; Ed. LAMBERT, *De l'exhérédation*, nos 771 et suiv.; AUBRY et RAU, 5e éd., t. XI, § 693, p. 200; A. TISSIER, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, *Rev. trim.*, 1903, p. 743; thèses de MM. BUREAU, Lille 1907, BOUVIER, Lyon 1909, BOUZAT, Rennes, 1931; notes de MM. LABBÉ, *S.*, 1874, 1, 5; Léon MICHEL, *D. P.*, 1899, 1, 209; PILON, *S.*, 1903, 1, 401; TISSIER, *S.*, 1906, 1, 81; GAUDEMET, *S.*, 1918-1919, 1, 97; PLASSARD, *D. P.*, 1925, 1, 189; 1928, 2, 9; VIALLETON, *S.*, 1925, 1, 273.

1859. Plan.
1° *Généralités*;
2° Le *principe* : prohibition et nullité des substitutions;
3° L'*exception* : les substitutions permises.

§ I. — *GÉNÉRALITÉS*

1860. Plan. — Il faut être fixé : 1° sur la *terminologie* et sur les *classifications*; 2° sur l'*histoire* de l'institution.

1861. I. Terminologie et classification. — Il importe d'adopter ici une terminologie et des définitions rigoureusement exactes : les moindres nuances revêtent, en notre matière, une grande importance, et il devient particulièrement vrai de dire que la science juridique est une langue bien faite.

Substitution et subrogation. — Le mot de *substitution* évoque l'idée de *mise à la place* d'une personne ou d'une chose; son rapprochement s'impose donc avec celui de *subrogation* : mais le *subrogé* succède absolument et directement au subrogeant dont il prend la suite, tandis que le *substitué* est l'ayant cause, moins de son prédécesseur, que du disposant, l'auteur de la libéralité; et surtout, le domaine

des substitutions est limité à celui des libéralités : le substitué est un *gratifié*, invariablement.

1862. Substitution vulgaire et substitution fidéicommissaire. — Suivant l'excellente définition donnée par Aubry et Rau (5e éd., revisée par E. Bartin, t. XI, p. 200), « La substitution, en général, est une disposition par laquelle un tiers est appelé à recueillir une libéralité, à défaut d'une autre personne ou après elle ».

1° *A défaut d'une autre personne.* — Un testateur institue comme son légataire, Primus; et, à titre subsidiaire, pour le cas où ce dernier ne pourrait pas ou ne voudrait pas recueillir la libéralité, Secundus. Celui-ci joue, par rapport à Primus, le rôle de substitué; on dit alors qu'il y a *substitution vulgaire*, laquelle n'est qu'une institution subsidiaire, en sous-ordre. En fin de compte, et quoi qu'il advienne, *une seule libéralité* s'exécutera, ou bien la première, ou bien, si celle-ci devient caduque, la deuxième.

Cette forme de substitution est parfaitement *légitime*; la régularité en est admise, dans les termes les plus généraux, par l'article 898; et nous avons constaté l'existence, au fond de toute institution contractuelle, d'une substitution vulgaire, expresse ou tacite, au profit des enfants à naître du mariage (*sup.*, n° 1774);

2° *Après une autre personne.* — Primus, gratifié en première ligne, le *grevé* de substitution, doit conserver les biens donnés ou légués afin de les remettre ensuite à Secundus, gratifié en deuxième ligne, et qu'on nomme l'*appelé* ou le *substitué*; il y a alors, non plus une seule disposition, mais *deux libéralités qui se réalisent successivement*; lorsque, comme il arrive ordinairement, la transmission, qui doit s'opérer de Primus à Secundus, est placée au jour du décès de Primus, on dit qu'il y a *substitution fidéicommissaire*, ou, plus simplement, *substitution*, tout court; ce genre de disposition se caractérise essentiellement par l'*ordo successivus* qu'il implique; le disposant règle le sort de ses biens, une première fois lors de la donation ou lors de son décès, une deuxième fois, lors du décès du gratifié en première ligne; l'opération se décompose ainsi en deux temps, par cela même qu'elle réalise deux libéralités, sans aucun synchronisme dans l'exécution.

1863. Substitutions graduelles ou perpétuelles. — On conçoit que le disposant ne s'en tienne pas là et qu'il prétende régenter l'avenir pour plus longtemps encore : non

content de choisir le successeur de Primus, il désigne encore celui de Secundus, établissant ainsi comme une cascade de bénéficiaires de sa donation ou de son legs : on dit alors que la substitution est *graduelle*; si elle a été faite en faveur de tous les descendants, sans limitation de degré et à l'infini, elle devient *perpétuelle*.

1864. Les majorats. — On entend par *majorat* une *dotation*, en rentes sur l'Etat ou en biens fonciers, attachée à un titre de noblesse; les biens compris dans cette dotation sont l'objet d'une substitution perpétuelle, étant destinés à être tranmis successivement aux héritiers du titre ainsi doté et seulement à ceux-là. Le majorat est qualifié *de propre mouvement* lorsqu'il est créé, avec des biens domaniaux, sur l'initiative des pouvoirs publics et par le chef de l'Etat lui-même; il est dit *sur demande* s'il est fondé par les particuliers, à l'aide de leurs propres biens et après autorisation du Gouvernement.

1865. II. **Aperçu historique.** — Les substitutions furent abondamment pratiquées dans notre *ancienne France*, du moins dans les familles nobles : elles permettaient, en concentrant la fortune sur la tête de l'aîné des fils, de maintenir, avec la « splendeur du nom », l'intégrité de la terre, source d'honneurs, de richesse et de puissance.

Mais il arriva que des abus furent commis et qu'apparurent les inconvénients d'une institution dont l'utilisation généralisée et constante aboutissait à frapper la terre française d'une perpétuelle inaliénabilité. La Royauté s'efforça alors de circonscrire le fléau en limitant pour l'avenir la faculté de substitution à deux degrés, institution non comprise (Ord. d'Orléans, de 1560, art. 59), et en réduisant à quatre degrés les substitutions antérieurement consenties (Ord. de Moulins, de 1566, art. 57). Ces dispositions restrictives furent maintenues par l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, œuvre du chancelier d'Aguesseau, qui aurait été désireux de supprimer l'institution elle-même, mais qui dut reconnaître qu'en cette matière les mœurs séculaires étaient plus fortes que le législateur.

La *Révolution* n'eut pas les mêmes scrupules : les substitutions disparurent dans la tourmente (*D.*, 25 oct.-14 nov. 1792); elles furent abolies sans merci et sans qu'aucune mesure transitoire fût prise en faveur des bénéficiaires.

Le Code civil a maintenu la condamnation prononcée par le droit intermédiaire (art. 896; *inf.*, n° 1866), mais en y

apportant quelques tempéraments : les substitutions sont admises, à titre exceptionnel, mais pour un degré seulement, et de la part de certaines personnes comme au profit de certains bénéficiaires limitativement énumérés (art. 1048 et suiv.; *inf.*, n° 1879).

Mais bientôt *Napoléon I^er^* organisait, sous le nom de *majorats*, un véritable régime de substitutions perpétuelles, au profit des généraux et des hauts fonctionnaires du Premier Empire (Sénatus-consulte du 14 août 1806; 3^e^ al. ajouté à l'art. 896 C. civ.) ; et sous la *Restauration*, une loi du 17 mai 1826 vint étendre, pour les substitutions ordinaires, la faculté de substitution jusqu'au deuxième degré : on en revenait ainsi sensiblement au système de l'ordonnance de 1747.

Cette dernière disposition fut abrogée par la loi du 7 mai 1849 qui, en même temps, restreignit les effets des majorats constitués avec des biens particuliers, effets déjà limités par une loi du 12 mai 1835 qui, en interdisant toute institution de *majorats quelconques* à l'avenir (art. 1^er^), avait limité à deux degrés, institution non comprise, la portée d'application des majorats établis *sur demande* (art. 2). Quant aux majorats de propre mouvement établis avant 1835, ils conservèrent leur caractère de perpétuité; mais ils ont été rachetés par l'Etat dans des conditions fixées par les articles 29 à 35 de la loi de finances du 22 avril 1905, après entente avec les majorataires. Ainsi se trouve liquidée une institution anachronique, un siècle après sa création. Il n'existe plus, actuellement, que des susbtitutions ordinaires, indépendantes de toute idée de dotation, et comme, d'autre part, l'extension apportée à ces substitutions par la loi du 17 mai 1826 a disparu par l'effet de la loi du 7 mai 1849, nous en sommes revenus purement et simplement, après un assez long circuit, au régime du Code civil.

§ II. — *LE PRINCIPE: PROHIBITION ET NULLITÉ DES SUBSTITUTIONS*

1866. Principe ; plan. — Le principe est que « *les substitutions sont prohibées* » (art. 896, § 1).

Il faut connaître :

1° Les *motifs* de cette prohibition;

2° Les *caractères distinctifs* de la substitution visée par cette prohibition;

3° La *sanction* de la prohibition.

I

Motifs de la prohibition

1867. — 1° Les substitutions, telles qu'elles ont été caractérisées et qu'elles fonctionnaient dans notre ancien droit, retiraient de la circulation une bonne partie du sol français, puisque chacun des institués ou substitués successifs doit conserver les biens pour les transmettre à ses enfants; ainsi se trouvait constituée une sorte de mainmorte familiale, économiquement déplorable; l'immobilisme de la fortune foncière n'est pas un idéal à proposer, surtout à une société moderne;

2° Il est d'ailleurs peu favorable à une bonne administration des biens compris dans la substitution : tenu de les rendre à son successeur, le propriétaire actuel, réduit au rôle d'un dépositaire ou d'un usufruitier, ne se souciera pas d'en accroître la valeur, mais il en retirera le plus possible pour sa satisfaction personnelle; il sacrifiera l'avenir au présent, et sa devise sera « après moi le déluge »;

3° Il est paradoxal, et même quelque peu scandaleux, qu'un disposant puisse régler le sort de ses biens pour plusieurs générations successives et faire ainsi, outre son propre testament, celui de ses enfants et de ses petits-enfants : que devient alors le régime des successions *ab intestat*, évincé à longue échéance par la volonté du *de cujus*? Il est réduit à l'état de lettre morte, ou du moins il n'a plus de signification effective que dans les familles pauvres : dans les milieux opulents, il se trouve éliminé au profit d'un mode de dévolution à base de volonté privée et à longue portée;

4° Enfin, l'expérience a montré que les substitutions, par la complexité de la situation qu'elles organisent, sont une source de discussions et de procès.

Pour ces différentes raisons, l'intérêt général doit l'emporter en cette matière sur l'intérêt de la caste : la communauté ne saurait s'accommoder d'une institution qui va à l'encontre de ses aspirations économiques, politiques et sociales.

II

Caractères distinctifs de la substitution prohibée

1868. Enumération. — Traditionnellement, la substitution fidéicommissaire présente les trois caractéristiques suivantes :

1° L'*identité* et la *successivité* de vocation pour plusieurs personnes, relativement aux mêmes biens;

2° La *charge de conserver et de rendre;*

3° L'ouverture de la substitution par la mort du grevè (*ordo successivus*).

C'est seulement si ces trois éléments sont réunis que l'opération tombe sous le coup de la prohibition, et nous aurons l'occasion de constater, à l'occasion de chacun d'eux, que le législateur a su tirer certaines conséquences de cette formule que la jurisprudence, de son côté, interprète parfois avec un très grand libéralisme, notamment en validant le double legs conditionnel (*inf.*, n° 1876).

1869. I. Premier caractère distinctif: identité et successivité de vocation pour plusieurs personnes, relativement aux mêmes biens. — La substitution suppose que deux bénéficiaires sont appelés *successivement* à recueillir, à titre gratuit, les mêmes biens, de telle sorte qu'il y ait, entre les deux transmissions, un intervalle, un trait de temps, *tractus temporis*; par là, l'opération se différencie de la substitution vulgaire et, plus généralement, de toutes les combinaisons en vertu desquelles une seule des libéralités est destinée à recevoir exécution (Civ., 1er juill. 1891, *D. P.*, 1892, 1, 145; 10 nov. 1896, *D. P.*, 1899, 1, 209, note Léon Michel; 28 juill. 1925, *D. H.*, 1926, 670). Du moment qu'il n'y a pas *double institution à réalisation successive*, il n'y a pas de substitution au sens de l'article 896 (même arrêt du 10 nov. 1896).

1° Après cela, il importe peu que les bénéficiaires successifs aient *telle ou telle personnalité*; les personnes *juridiques* ne sont pas traitées autrement que les personnes *humaines*, et la disposition adressée successivement à deux personnes morales est entachée de substitution, du moins si les autres éléments constitutifs se trouvent réunis dans l'espèce : en conséquence, celui qui consent une libéralité à une association reconnue d'utilité publique ne pourrait pas stipuler qu'au cas de dissolution, les biens donnés ou légués seront attribués à tel autre établissement similaire ou recevront telle autre destination, car la dissolution d'un groupe doué de la personnalité morale est à traiter ainsi que le décès d'une personne humaine (Req., 12 fév. 1896, *D. P.*, 1896, 1, 545, *S.*, 1896, 1, 305, note critique Lyon-Caen);

2° On ne tient pas compte, non plus, en principe, de la *nature* des biens légués : une disposition peut être entachée de substitution, non seulement si elle porte sur des immeu-

bles, ou sur une quote-part de succession, mais aussi si elle comprend des meubles, corporels ou incorporels, des valeurs mobilières, voire même une somme d'argent, car ce ne sont pas seulement les intérêts des tiers qui sont en question, mais aussi ceux des héritiers *ab intestat* : il ne faut pas que l'ordre successif légal soit écarté arbitrairement par la volonté du disposant; il ne faut pas que celui-ci puisse faire le testament du premier gratifié (*Sic*, Req., 16 juin 1911, *S.*, 1918-1919, 1, 97, note GAUDEMET, *D. P.*, 1913, 1, 382; trib. civ., Lille, 18 mars 1930, *D. H.*, 1930, 325; *contra*, pour toutes les choses fongibles, Nancy, 9 déc. 1871, *S.*, 1872, 2, 71).

1870. — Mais il en irait autrement, et la disposition ne serait pas entachée de substitution si les vocations des bénéficiaires portaient sur des biens différents, notamment si l'*usufruit* d'un immeuble était donné ou légué à l'un et la *nue propriété* à l'autre (art. 899) : sans doute, il y aurait alors deux institutions, mais portant sur des choses différentes, en sorte qu'elles s'ouvriraient en même temps et non successivement; l'unité d'objet ferait défaut, comme aussi le *tractus temporis* en dehors duquel on ne conçoit pas de substitution fidéicommissaire.

1871. II. **Deuxième caractère distinctif : la charge de conserver et de rendre.** — Ce deuxième élément est formellement énoncé dans l'article 896, § 2 : Primus, le *grevé*, doit conserver les biens qui lui ont été donnés ou légués, afin de les transmettre à Secundus, l'*appelé* ou *substitué*. Ce dernier doit être désigné clairement par le disposant, ainsi que tout bénéficiaire d'une libéralité quelconque; mais une désignation individuelle n'est point nécessaire; il suffit, par exemple, que le testateur ait légué un bien à une personne déterminée, et, au décès de celle-ci, à *sa famille* (Req., 27 mars 1889, *D. P.*, 1890, 1, 254, *S.*, 1892, 1, 455; Civ., 10 fév. 1891, *D. P.*, 1891, 1, 294).

1872. — *Legs* de residuo *ou* de eo quod supererit. — Il n'y aurait pas substitution, parce qu'il n'y aurait pas charge de conserver et de rendre si le disposant n'attribuait à l'institué de seconde ligne que *ce qui restera* des biens au décès de l'institué de première ligne; cette combinaison, connue dans la pratique sous le nom de legs *de residuo* ou *de eo quod supererit*, laisse, en effet, au premier institué la faculté de disposer, même pour la totalité, des biens qui lui ont été

légués, sans qu'il soit tenu ni à les conserver, ni, par conséquent, à les rendre à son successeur désigné : sa liberté de détermination demeure entière (Req., 10 fév. 1897, *D. P.*, 1897, 1, 519; Amiens, 27 mai 1932, *D. H.*, 1932, 437; trib. civ. Limoges, 15 nov. 1934, *S.*, 1935, 2, 14). Elle serait assez sérieusement entamée si le testateur interdisait au légataire de disposer par testament des biens légués, et davantage encore s'il lui fermait toute disposition à titre gratuit, même entre vifs; cependant, en pareille éventualité, notre jurisprudence estime que la charge de conserver et de rendre n'existe pas, puisque le gratifié de première ligne a la faculté d'aliéner à titre onéreux (Req., 11 fév. 1863, *D. P.*, 1863, 1, 232; 11 août 1864, *D. P.*, 1864, 1, 468; 8 mai 1899, *D. P.*, 1900, 1, 68, *S.*, 1901, 1, 391), et que le légataire de deuxième ligne est valablement institué, *pourvu qu'il soit conçu au décès du testateur* (art. 906, § 2); mais du moins faut-il que cette soupape de sûreté demeure complètement ouverte; si le gratifié ne peut aliéner qu'*en cas de nécessité justifiée*, on considère que le disposant a voulu lui imposer la conservation des biens légués et qu'il y a donc substitution prohibée (Req., 24 avril 1860, *D. P.*, 1860, 1, 224; et pour l'interdiction absolue d'aliéner, Civ., 16 fév. 1903, *S.*, 1903, 1, 401, note Pilon).

1873. Fidéicommis sans obligation de restituer. — Ce fidéicommis, comme le legs *de residuo*, et plus sûrement que lui, échappe au reproche de substitution : le disposant n'a pas voulu mettre à la charge du gratifié une *obligation* de conserver pour rendre; il a seulement émis un *vœu*, il l'a *prié* de transmettre les biens à telle personne; juridiquement, le légataire conserve toute liberté; la charge de conserver pour rendre n'existe que *moralement*; elle reste en dehors du domaine du droit; elle ne vicie donc pas la combinaison (Civ., 5 juin 1899, *D. P.*, 1899, 1, 373, *S.*, 1900, 1, 259; Req., 14 juin 1899, *D. P.*, 1900, 1, 353, *S.*, 1900, 1, 80).

1874. III. Troisième caractère distinctif : l'ouverture de la substitution par la mort du grevé (*ordo successivus*). — Bien que le Code civil néglige de s'en expliquer, il est certain que l'opération ne revêt le caractère d'une substitution qu'autant que les droits de l'appelé s'ouvrent au moment du décès du grevé et par l'effet de ce décès; il n'y a pas substitution si le disposant a fait choix, pour la dévolution de seconde ligne, de tout autre moment que celui-là, et par exemple du jour où le grevé atteindra sa majorité; en

pareille éventualité, il n'a pas la prétention, en faisant en quelque sorte le testament du grevé, de régenter l'ordre successif pour plusieurs générations; il n'y a pas *ordo successivus*; il n'y a donc pas substitution prohibée, et le gratifié de seconde ligne serait à même de recueillir la libéralité, *pourvu qu'il fût déjà conçu lors du décès du testateur* (art. 906, § 2).

1875. IV. Les éléments constitutifs de la substitution et les legs conditionnels alternatifs. — La prohibition des substitutions est parfois gênante; on a tenté de la tourner à l'aide de certains procédés plus ou moins approchés, notamment au moyen du *double legs conditionnel*, en mettant *in conditione* une éventualité unique qui fonctionne, pour la vocation de l'un des légataires comme condition résolutoire, pour la vocation de l'autre comme condition suspensive : par exemple, le testateur institue Primus pour son légataire universel, mais en stipulant que, si celui-ci vient à décéder sans enfant, le bénéficiaire de l'institution sera Secundus; la même éventualité, à savoir le décès de Primus sans enfant, fonctionne, comme condition résolutoire vis-à-vis de Primus, et comme condition suspensive à l'égard de Secundus; si elle se réalise, et rétroactivement, du même coup, Primus est à considérer comme *n'ayant jamais été légataire* et Secundus comme l'ayant été *dès l'origine*. Cette combinaison n'a rien d'une substitution, ou du moins elle n'en a que fort peu de chose, puisque les deux premiers éléments constitutifs font défaut : il n'y a pas deux vocations successives, l'une succédant à l'autre, mais une seule vocation; il n'y a pas deux libéralités, mais une seule, consentie, suivant la tournure que prendront les événements, au profit de Primus ou en faveur de Secundus. D'ailleurs, on aboutit, avec cette combinaison, aux résultats suivants, qui ne coïncident pas, à notre avis, avec le statut des substitutions.

1° Aucune obligation de conserver à fin de restitution n'incombe à Primus, pas plus, du moins, qu'à tout autre propriétaire sous condition résolutoire; il n'y a donc pas lieu d'appliquer les mesures conservatoires édictées pour les substitutions (*inf.*, n° 1886);

2° Les droits établis du chef de Secundus, *pendente conditione*, se trouveront consolidés par l'arrivée de la condition;

3° Secundus ne pourra prétendre à la libéralité que s'il était déjà conçu lors du décès du testateur, son auteur unique et direct (art. 906, § 2).

1876. La jurisprudence. — Cependant, malgré ces différences de structure juridique, la jurisprudence a d'abord frappé le double legs conditionnel comme renfermant en lui-même, comme recélant une substitution prohibée; elle ne voulait pas que la prohibition pût être tournée par un artifice technique (Civ., 8 fév. 1854, *D. P.*, 1854, 1, 59, *S.*, 1854, 1, 694; Req., 31 mai 1865, *D. P.*, 1865, 1, 438, *S.*, 1865, 1, 353).

Mais, depuis longtemps, la Cour de cassation s'est relâchée de cette rigueur, et elle se prononce pour la validité des legs conditionnels alternatifs, soit *particuliers*, soit *universels*. Ce n'est d'ailleurs pas à dire qu'elle fasse sortir effet à cette combinaison juridique dans tous les cas et sans distinction; faisant la part de la fraude à la loi, elle n'admet pas que le testateur recoure à ce procédé technique dans le but d'éluder la prohibition des substitutions et d'établir une double transmission successive à cause de mort, avec obligation, pour le premier légataire de conserver et de rendre; si une telle volonté tortueuse est établie, la combinaison dont elle est issue tombe sous le coup de l'article 896; elle est frappée de nullité : il ne faut pas qu'une substitution se *déguise* sous le masque d'un double legs conditionnel alternatif (Civ., 27 juin 1894, *D. P.*, 1895, 1, 204, *S.*, 1898, 1, 501; 2 déc. 1903, *D. P.*, 1904, 1, 182, *S.*, 1907, 1, 500; 27 déc. 1922, *S.*, 1923, 1, 349; Paris, 5 nov. 1900, *S.*, 1903, 2, 273, note Pilon). Mais si, au contraire, le disposant, loin de vouloir établir un double ordre successif, a sincèrement attaché une importance capitale à l'événement mis *in conditione*, s'il a vraiment entendu subordonner à sa réalisation le maintien des droits du premier légataire, sa volonté sera respectée, car il n'appartient pas au juge d'évincer du droit des libéralités le jeu rétroactif des conditions (Civ., 19 mars 1873, *D. P.*, 1873, 1, 55, *S.*, 1874, 1, 5, note Labbé; 18 juin 1873, *D. P.*, 1873, 1, 283; Req., 26 avril 1875, *D. P.*, 1875, 1, 485; 10 nov. 1896, *D. P.*, 1899, 1, 209, note Léon Michel; Civ., 20 juin 1904, *D. P.*, 1906, 1, 476, *S.*, 1906, 1, 81, note Tissier; 22 avril 1907, *D. P.*, 1907, 1, 291, *S.*, 1909, 1, 434; Req., 10 janv. 1922, *D. P.*, 1922, 1, 104; *S.*, 1922, 1, 206; 24 mai 1927, *D. H.*, 1927, 402; 14 nov. 1933, *S.*, 1934, 1, 12; 8 déc. 1937, *S.*, 1938, 1, 55); l'interprétation, donnée sur ce point, par les juges du fond, échappe au contrôle de la Cour de cassation, sauf dans le cas où elle *dénaturerait* les termes du testament (même arrêt du 8 déc. 1937). Nous ne croyons donc pas que la jurisprudence mérite le reproche d'incohérence qui lui fut parfois adressé : elle n'est ni si confuse, ni

si changeante qu'on l'a cru : les divergences de solution s'expliquent par des considérations de fait plutôt que par une incertitude de doctrine ; là comme presque partout, les *mobiles* de l'auteur de l'acte jouent un rôle décisif et l'opération est traitée en fonction de la moralité qui a présidé à son élaboration et du but auquel elle aspire (V. sur cette question des legs conditionnels alternatifs, le livre précité de M. Ed. Lambert et l'article de M. Tissier, *Rev. trim.*, 1903, p. 743).

1877. V. Les substitutions prohibées et le libéralisme de la jurisprudence. — Malgré les dangers qu'elles présentent (*sup.*, n° 1867), les substitutions n'ont plus, de nos jours, la détestable réputation qui leur était faite à la fin de l'ancien régime et qui détermina, à leur encontre, la violente réaction du droit révolutionnaire; il n'est plus à craindre, actuellement, qu'elles soient mises au service d'une aristocratie foncière, et, dans certains cas, elles seraient de nature à rendre des services analogues à ceux qu'on attend des clauses d'inaliénabilité (*sup.*, t. I, n° 1844) ; aussi s'est-on ingénié à passer à travers les mailles du filet tendu par l'article 896; et la jurisprudence s'est prêtée parfois, avec bonheur et modération, aux tentatives qui ont été faites dans cette direction.

1° En ce qui concerne les *legs conditionnels alternatifs*, elle ne s'est pas bornée à en reconnaître, en principe, la validité, en les différenciant, très juridiquement, des substitutions (*sup.*, n° 1876) ; mais la Cour de cassation a encore posé cette règle que, dans le doute, la combinaison devait être interprétée *potius ut valeat* : c'est seulement si elle dénote, chez son auteur, la volonté d'établir deux transmissions successives qu'elle tombe sous le coup de l'article 896, comme se ramenant à une substitution fidéicommissaire (Civ., 19 mars 1873, précité; 18 juin 1873, *D. P.*, 1873, 1, 283, *S.*, 1874, 1, 5; Civ., 10 nov. 1896, précité; comp. trib. civ., Draguignan, 21 oct. 1932, *D. H.*, 1933, 14);

2° La pratique des *fidéicommis sans obligation* bénéficie d'une tendance aussi bienveillante (*sup.*, n° 1873) : dans le doute, on verra, dans la formule employée par le testateur, l'expression d'un vœu, d'une simple prière. Ainsi, d'une part, on sauvera l'institution du premier, de l'unique légataire; d'autre part, on laissera à son successeur désigné toutes les chances possibles d'un bon mouvement de ce légataire et d'une exécution spontanée de sa part (Req., 16 mars 1875, *D. P.*, 1875, 1, 483);

3° Enfin, on a vu que la jurisprudence valide le legs *de residuo*, même dans l'hypothèse extrême où le testateur aurait enlevé au légataire la faculté de disposer des biens à titre gratuit (*sup.*, n° 1872).

Ainsi, des brèches sont pratiquées de différents côtés dans la muraille élevée par les rédacteurs du Code civil autour de la substitution, et une réaction se poursuit, comme en d'autres matières, contre la réaction individualiste du droit révolutionnaire.

III

Sanction de la prohibition

1878. Règles à poser. — La détermination de la sanction attachée, sous forme de *nullité* (art. 896, § 2), à la prohibition des substitutions, tient dans les règles suivantes :

1° Ce n'est pas seulement la substitution qui tombe; c'est la disposition tout entière qui est frappée de nullité, soit vis-à-vis du substitué, et c'est de toute évidence, soit aussi « *à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire* » (art. 896, § 2). Cette sanction sévère est dérogatoire au droit commun des libéralités : car, d'ordinaire, lorsqu'une charge illicite assortit une donation ou un legs, la loi la répute simplement non écrite, et la disposition s'exécute comme si cette modalité incorrecte n'y avait jamais été apposée (art. 900; *sup.*, n^{os} 1542 et suiv.); exceptionnellement, la charge de conserver et de rendre contamine et entraîne avec elle la libéralité qui en était assortie;

2° De plus, la nullité dont l'opération est atteinte est d'*ordre public*, sans aucun doute; elle est donc absolue; d'où l'on doit conclure qu'elle peut être invoquée par tous les intéressés et qu'elle n'est point susceptible de disparaître soit par la *renonciation*, du grevé ou de l'appelé, à la libéralité consentie en sa faveur, soit par la *confirmation*, notamment par l'exécution volontaire de la disposition (Req., 24 avril 1860, *D. P.*, 1860, 1, 224; 8 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 1, 92, *S.*, 1894, 1, 500). De plus, serait également nulle la *clause pénale* par laquelle le testateur chercherait à assurer l'observation de la disposition illicite (*sup.*, n° 1549);

3° Mais lorsqu'un même acte renferme plusieurs dispositions dont l'une seule est entachée de substitution, par exemple pour les immeubles et à l'exclusion des meubles, la nullité est limitée à la première et ne s'étend point aux autres libéralités ou aux autres chefs de libéralité (Civ., 27 juin 1894, *D. P.*, 1895, 1, 204, *S.*, 1898, 1, 501). C'est

ainsi que la nullité d'un legs universel suspect de substitution laisse subsister les legs particuliers dont l'exécution incombe alors aux héritiers *ab intestat*.

§ III. — *L'EXCEPTION : LES SUBSTITUTIONS PERMISES*

1879. Dérogations. — Exceptionnellement, le législateur fait fléchir la prohibition et autorise les substitutions lorsqu'elles se présentent dans des conditions particulièrement favorables; mais il ne fait qu'entrouvrir la porte qu'il avait d'abord fermée; c'est seulement dans des cas particuliers, dans des limites soigneusement établies qu'il admet qu'une disposition soit assortie de la charge de conserver et de rendre, dans l'intérêt de la famille et en vue de conjurer les prodigalités, les dilapidations d'un parent : afin de protéger contre lui le patrimoine familial, on peut grever de substitution les biens qui lui sont donnés ou légués et qui parviendront donc intacts à ses propres enfants, après avoir franchi, grâce à la charge de conserver et de rendre, le cap redouté.

1880. Plan. — 1° *Conditions* requises pour qu'une substitution soit permise;
2° Mesures prises dans l'intérêt des appelés;
3° Mesures de *publicité*;
4° *Ouverture* de la substitution;
5° *Droits respectifs* du grevé et de l'appelé.

1881. I. Conditions requises pour qu'une substitution soit permise. — Ces conditions ont trait : 1° au *disposant*; 2° aux *appelés*; 3° aux *biens* compris dans la substitution; 4° aux *formes* de l'opération.

A. **Conditions requises chez le disposant.** — Le système du Code civil est, sur ce point, extrêmement restrictif : la substitution ne peut émaner que de deux catégories de personnes :

1° Soit des *père* et *mère* du grevé (art. 1048);

2° Soit de ses *frères* et *sœurs*, mais seulement s'ils n'ont pas d'enfant (art. 1049).

L'interprétation *la plus stricte* s'impose en cette matière : la substitution ne saurait émaner ni des grands-parents du grevé (Civ., 29 juin 1853, *D. P.*, 1853, 1, 283, et, sur renvoi, Besançon, 2 déc. 1853, *D. P.*, 1855, 5, 425), ni d'un frère ou d'une sœur qui, *lors de sa mort*, laisserait un enfant : le législateur estime qu'on doit se préoccuper de sa

propre descendance avant de veiller sur les intérêts des neveux ou nièces. Mais, comme l'article 1048 ne distingue pas, la substitution est possible de la part du père ou de la mère d'un enfant *naturel reconnu*, et au profit des enfants légitimes de celui-ci (Civ., 2 mai 1888, *D. P.*, 1888, 1, 209).

1882. B. **Conditions requises chez les appelés.** — C'est seulement au profit des *enfants du grevé* que la substitution peut intervenir, à l'exclusion des descendants plus éloignés; en d'autres termes, la loi n'admet que la substitution *simple* et au profit des enfants du grevé; elle proscrit la substitution graduelle, voire même la substitution au profit des petits-enfants du grevé (art. 1048 et 1049); de plus, elle exige que les enfants du premier degré, *nés ou à naître*, soient tous *appelés*, *sans exception ni préférence d'âge ou de sexe* (art. 1050).

1883. — Toutefois, le système du Code civil est doublement libéral :

1° En ce qu'il admet, dans une certaine mesure, le jeu de la *représentation* : si l'un des enfants du grevé est mort avant lui, laissant lui-même des enfants, ceux-ci bénéficient de la substitution par représentation : ils recueillent, à eux tous, la part que leur auteur prédécédé eût obtenue (art. 1051);

2° En ce que la substitution profite à tous les enfants du grevé, non seulement à ceux qui étaient nés lors de l'institution, mais également à ceux qui n'ont été conçus qu'ultérieurement (art. 1048 et 1049), et, semble-t-il, aux enfants *légitimés* comme à ceux qui ont été conçus pendant le mariage (Paris, 9 fév. 1938, *S.*, 1938, 2, 91); ce sont les enfants *nés et à naître* qui jouent le rôle d'appelés; il y a là une exception remarquable à la règle d'après laquelle, pour recueillir une libéralité, il faut être né ou du moins conçu lors de la donation ou au moment du décès du testateur (art. 906, §§ 1 et 2; *sup.*, n^{os} 1431 et 1432).

1884. C. **Biens pouvant être compris dans l'institution.** — Tous les biens du disposant sont susceptibles d'entrer dans la substitution, mais seulement jusqu'à concurrence de la *quotité disponible* : la réserve, on le sait, est *intangible* (*sup.*, n° 1683); il ne dépendrait pas du substituant de soumettre à la charge de conserver et de rendre les biens qui constituent la réserve du grevé, son enfant, laquelle doit lui parvenir intacte, libre de toute entrave; la

substitution serait donc réductible dans la mesure où elle porterait atteinte à la réserve du grevé, sans que celui-ci eût la possibilité de renoncer par avance à cette réduction qui pourrait être demandée par ses créanciers (Paris, 4 mai 1899, *D. P.*, 1900, 2, 403). L'observation ne vise d'ailleurs que le cas de substitution prévu par l'article 1048, à l'exclusion de celui qui est énoncé dans l'article 1049 : on sait, en effet, que les frères et sœurs ne sont pas héritiers réservataires (*sup.*, n° 1665).

1885. D. **Formes de la substitution.** — La substitution peut être faite aussi bien par *donation* que par *testament* (art. 1048 et 1049) ; mais il est intéressant de distinguer selon qu'elle s'encadre dans celui-ci ou dans celle-là. En cas de libéralité testamentaire, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit instituée par acte séparé, dans un autre testament rédigé par la suite; mais si la libéralité a été consentie par donation, la substitution doit nécessairement lui être contemporaine : intervenue après coup, elle équivaudrait à une reprise partielle et ferait échec à la règle *donner et retenir ne vaut* (*sup.*, n° 1349) ; elle serait donc frappée de nullité. Cependant, à ce principe, le Code civil apporte une exception : le disposant peut imposer après coup au donataire la charge de conserver et de rendre, mais à la condition que l'acte dans lequel figure cette stipulation tardive contienne lui-même une nouvelle libéralité, entre vifs ou testamentaire, consentie au même gratifié; la première donation, qui était pure et simple, se trouve ainsi convertie en une donation affectée de substitution, et le gratifié ne pourrait pas, ayant accepté la deuxième libéralité, s'en tenir à la première : l'opération constitue un tout indivisible (art. 1052).

1886. II. **Mesures prises dans l'intérêt des appelés.** — La loi prend des précautions pour que les intérêts de l'appelé ne soient pas compromis irrémédiablement par les actes ou l'inertie du grevé, pour que l'avenir ne soit pas sacrifié au présent.

1° **Nomination d'un tuteur à la substitution.** — Un tuteur doit être nommé qui veillera à l'exécution de la substitution; il l'est, ou bien par le substituant lui-même, soit dans l'acte qui contient la disposition, soit par acte postérieur (art. 1055), ou bien, subsidiairement, par le *conseil de famille* de l'appelé, et sur l'initiative du grevé, ou, s'il est mineur, de son tuteur, et cela dans le délai d'*un mois*,

à compter du jour du décès du disposant, ou du jour que, depuis ce décès, l'acte substitutif aura été connu (art. 1056), ce qui doit s'entendre, pour un testament olographe, du jour de l'accomplissement des formalités prescrites dans l'article 1007 (Trib. civ. Seine, 23 nov. 1938, *D. H.*, 1939, 124). Il résulte de là que, si la substitution résulte d'une donation, il n'y a pas lieu, jusqu'à la mort du donateur, de procéder à la nomination du tuteur, car c'est au donateur qu'il appartient, de son vivant, de veiller à l'exécution de ses volontés.

L'obligation mise à la charge du grevé de provoquer la nomination du tuteur à la substitution est particulièrement impérieuse; elle est sanctionnée par la *déchéance* du grevé et par l'ouverture anticipée de la substitution (art. 1057); toutefois, il en irait autrement et la pénalité ne serait pas encourue si le grevé avait été empêché d'agir, et aussi s'il a seulement négligé de provoquer le remplacement d'un premier tuteur décédé : les dispositions pénales sont de droit étroit (Req., 22 déc. 1875, *D. P.*, 1876, 1, 208).

Le *rôle* du tuteur à la substitution est tout différent de celui qui incombe au tuteur d'un mineur ou d'un interdit : c'est un rôle de surveillance et de contrôle et non point de représentation; mais les causes de *dispense* sont communes à toutes ces tutelles (art. 1055).

1887. 2° **Inventaire.** — Le grevé doit procéder, après le décès du testateur, à l'inventaire de sa succession, du moins lorsque la libéralité a un caractère universel ou à titre universel; cet inventaire, qui a lieu « *dans les formes ordinaires* » (art. 1058), donc par acte notarié, doit être effectué en présence du tuteur à la substitution (art. 1059), et « *dans le délai fixé au titre des successions* » (même texte), soit dans les *trois mois* à compter du décès du disposant, sans d'ailleurs que l'expiration de ce délai empêche le grevé d'accomplir cette formalité; il doit contenir *estimation* des meubles (art. 1058); les *frais* en sont prélevés sur l'actif de la substitution (art. 1059).

3° **Vente du mobilier.** — Le grevé est tenu de faire procéder à la vente des meubles compris dans la substitution (art. 1062); malgré la généralité du texte, cette obligation, qui se justifie par le caractère périssable de cette sorte de biens, est limitée, sans aucun doute, aux meubles *corporels*; encore convient-il d'exclure, parmi ceux-ci, et les meubles *immobilisés par destination* (art. 1064), et ceux que le grevé doit conserver, soit aux termes mêmes de la disposition,

soit par décision de justice, pour les restituer en nature (art. 1063).

La vente a lieu après *affiches* et *aux enchères* (art. 1062).

4° **Emploi des deniers.** — Le grevé doit faire *emploi* tant de l'argent liquide que des sommes provenant de ventes du mobilier ou du recouvrement des créances; cet emploi a lieu en présence et à la diligence du tuteur à la substitution (art. 1068); à défaut de précisions données par le disposant, il ne peut être fait qu'en *immeubles* ou en placements avec privilège en première hypothèque sur des immeubles (art. 1067).

L'opération doit être effectuée dans un *délai* assez bref : dans les *six mois* de la clôture de l'inventaire, pour l'argent liquide et les deniers provenant de la vente du mobilier (art. 1065); dans les *trois mois* pour les sommes provenant de recouvrements (art. 1066).

1888. III. Mesures de publicité. — Il importe que les *tiers* soient avisés de l'existence de la substitution qui est de nature à retentir sur eux, car les droits réels concédés par le grevé sont destinés à tomber par l'effet de l'ouverture de la substitution au profit des appelés (*inf.*, n° 1891); encore faut-il que les intéressés aient été mis au courant de cette éventualité menaçante pour eux; de là les mesures de publicité édictées dans les articles 1069 et suivants et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Elles ne sont instituées que pour deux catégories de biens : les *immeubles* et les *créances* garanties par une hypothèque, privilégiée ou non (art. 1069);

2° En revanche, elles sont exigées même dans le cas où la substitution serait d'origine *testamentaire* : c'était, avant le décret-loi du 30 octobre 1935, le seul cas dans lequel une mutation à cause de mort fût sujette à transcription (art. 1069); actuellement, et depuis la réforme réalisée par ce décret, qui a étendu le régime de la transcription aux mutations à cause de mort, l'exigence formulée par l'article 1069 rentre dans le cadre du droit commun de cette institution;

3° C'est, en effet, au moyen de la *transcription* que la publicité de la substitution est assurée pour les immeubles donnés ou légués; en ce qui concerne les créances privilégiées ou hypothécaires, elle est réalisée dans l'*inscription* même de la sûreté, par une mention qui y est faite de la substitution (art. 1069). Ces modes de publicité ne comportent aucun substitut possible (art. 1071).

1889. — 4° Le *défaut de publicité* peut être invoqué par les *ayants cause du grevé* : ce sont eux, en effet, que l'on a voulu protéger, sans aucun doute; et il faut englober, dans cette formule, à la fois les *créanciers, même chirographaires*, ainsi que les *tiers acquéreurs* ou les titulaires de droits réels nés du chef du grevé (art. 1070), avec toutefois cette réserve que les acquéreurs à titre gratuit (donataires, légataires) ne seraient pas admis à invoquer le défaut de publicité de la substitution (art. 1072).

On se demande si le défaut de publicité de la substitution pourrait être opposé par les *ayants cause du disposant* lui-même. A notre avis, ce problème est mal posé : les articles 1069 et suivants organisent un système de publicité *pour la substitution elle-même*, c'est-à-dire dans les rapports du grevé avec ses ayants cause et de ceux-ci entre eux; quant aux ayants cause du disposant, auteur de la substitution, ce n'est pas celle-ci qui les intéresse, mais bien la libéralité elle-même, donation ou testament, abstraction faite de la charge de conserver et de rendre qui pèse sur le gratifié de première ligne; dès lors, ou bien la *donation immobilière* a été transcrite, et alors elle leur est opposable en toute occurrence; ou bien elle ne l'a pas été, et, en ce cas, elle n'existe pas pour eux : conformément à l'article 941, ils sont à même d'opposer, fussent-ils de simples créanciers chirographaires ou des *donataires*, le défaut de transcription, tant au grevé que, par la suite, à l'appelé.

1890. IV. Ouverture de la substitution. — Nombreux et variés sont les événements qui sont de nature à ouvrir la substitution, c'est-à-dire la dévolution au profit de l'appelé.

1° Normalement, c'est le *décès du grevé* qui détermine cette dévolution;

2° Mais ce peut être aussi la *déchéance* du grevé, qui avait omis de provoquer la nomination d'un tuteur à la substitution (art. 1057);

3° Ce peut être encore la *caducité* du legs en premier ordre, à raison du *prédécès* du grevé avant le disposant, ou de son *incapacité*, ou de sa *renonciation* au legs qui lui avait été adressé : dans ces différentes éventualités, les droits des appelés sont maintenus, soit qu'on considère que la substitution subsiste, soit qu'on estime que l'institution en deuxième ordre devient, à raison de la disparition de la substitution, une disposition directe qui, dans cette dernière interprétation, ne pourrait profiter qu'aux appelés conçus lors du décès du testateur;

4° On peut concevoir aussi que le grevé encoure la *révocation* de sa libéralité, dans les termes des articles 954, 955 et 1046 : la disposition s'ouvre alors au profit de tous les appelés nés ou à naître;

5° Enfin, il peut advenir que le grevé *abandonne par anticipation* à l'appelé les biens compris dans la substitution : cette renonciation anticipée ne produit d'effets que sous la réserve des droits des tiers, et, par exemple, des créanciers antérieurs du grevé (art. 1053; Civ., 24 juin 1889, *D. P.*, 1890, 1, 17); elle n'a donc qu'une valeur d'ordre intérieur.

1891. V. Droits respectifs du grevé et de l'appelé. C'est le point central du sujet, et aussi le plus délicat, le plus sujet à controverses.

A. Certainement, si l'appelé *prédécède* au grevé, les droits de celui-ci sont définitivement consolidés; la charge de conserver pour rendre disparaît et les actes de disposition accomplis antérieurement sont désormais inattaquables, puisqu'ils émanaient d'un propriétaire devenu définitif;

B. A l'inverse, et si, conformément aux probabilités, l'appelé *survit* au grevé, la substitution s'ouvre à son profit et il va réclamer la restitution des biens : le premier temps de l'opération est accompli; le deuxième temps entre en action. En conséquence, le grevé doit transmettre à l'appelé les biens compris dans la substitution, *libres de toutes charges établies de son chef* : en même temps que s'éteignent ses droits, tombent ceux qui avaient été greffés sur eux; le titre de l'appelé est opposable — pourvu que les mesures de publicité aient été réalisées — aux acquéreurs, aux créanciers hypothécaires, aux titulaires de servitudes, comme aussi et à plus forte raison aux créanciers chirographaires du grevé : la charge de rendre implique la charge de conserver, aussi bien juridiquement que matériellement, les biens compris dans l'institution : l'appelé doit trouver la situation entière.

1892. Tempéraments à cette idée que l'appelé doit trouver la situation entière. — Malgré tout, il faut faire la part des principes généraux, des règles constitutionnelles du commerce juridique; elles seront de nature à réserver à l'appelé des surprises plus ou moins désagréables;

1° On s'accorde à reconnaître que les actes d'*administration*, accomplis par le grevé, sont maintenus en dépit de la seconde dévolution qui s'accomplit au profit du grevé : il faut cependant que les biens soient administrés par quel-

qu'un et ce ne peut être que par le propriétaire actuel, donc par le grevé, réserve faite de la *fraude*. C'est ainsi que les *baux* par lui conclus sont opposables à l'appelé;

A plus forte raison doivent subsister les actes de *conservation* accomplis par le grevé (Req., 20 fév. 1934, *D. H.*, 1934, 177);

2° Dans sa revendication contre un tiers acquéreur, l'appelé peut être gêné, pour ce qui est des meubles corporels, par la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*;

3° S'agit-il d'immeubles? L'*usucapion* a pu s'accomplir au profit d'un tiers possesseur et sera opposable à l'appelé;

4° Si celui-ci a accepté la succession du grevé, purement et simplement, il est exposé à se voir opposer, par un acheteur notamment, l'*exception de garantie* : on n'évince pas celui qu'on doit garantir contre l'éviction;

5° L'*hypothèque légale* qui frappait les immeubles du grevé au profit de sa femme survit à l'ouverture de la substitution, du moins si le disposant en a ordonné ainsi; elle est d'ailleurs minimisée, en ce double sens qu'elle ne garantit plus que le paiement du *capital de la dot*, et seulement à titre *subsidiaire* (art. 1054);

6° Le disposant pourrait également prévoir et autoriser la vente des biens grevés de substitution, à charge de *remploi* (arg., art. 1067) : la *subrogation réelle* fera alors son œuvre; le bien acquis en remploi prendra juridiquement la place du bien aliéné;

7° Il semble aussi qu'en cas d'*absolue nécessité*, le grevé puisse obtenir du tribunal l'autorisation d'aliéner les biens compris dans la substitution, par exemple pour solder les dettes; alors, la vente aura un caractère définitif; il ne sera pas possible d'y revenir (Poitiers, 22 mai 1883, *D. P.*, 1884, 2, 40).

1893. — De son côté, l'*appelé* jouit de certaines prérogatives, avant même l'ouverture de la substitution : on s'accorde à lui reconnaître le droit de procéder à des actes *conservatoires* : c'est d'ailleurs le Code civil lui-même qui, dans les articles 1058 et suivants, prescrit l'accomplissement des mesures de ce genre (*sup.*, n^{os} 1886 et suiv.).

1894. Nature juridique des droits du grevé et de l'appelé. — Ces prémisses étant connues, comment qualifier juridiquement les droits du grevé et ceux de l'appelé, *au cours de la période antérieure à l'ouverture de la substitu-*

tion? La question, on le verra, n'est pas de pure doctrine; certains intérêts d'ordre pratique sont sous sa dépendance.

1895. Thèse de la propriété sous condition résolutoire et de la propriété sous condition suspensive. — C'est l'explication la plus simple : dans la conception du Code civil, dit-on, le grevé est un propriétaire sous condition résolutoire, tandis que l'appelé est un propriétaire sous condition suspensive; ainsi s'explique que le premier puisse se comporter, dans l'intervalle entre les deux dévolutions, comme un véritable propriétaire, mais que, d'autre part, les actes par lui accomplis soient balayés par l'ouverture de la substitution qui joue le rôle, pour le premier gratifié, de condition résolutoire, pour son successeur, de condition suspensive. Telle était l'opinion de Pothier (*Des substitutions*, n^os^ 158 et suiv.); on la trouve consacrée par certaines décisions judiciaires (Amiens, 6 déc. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 129).

Elle encourt cependant de telles objections qu'il nous paraît impossible de l'admettre, en tant qu'expression de notre droit positif français :

1° Elle consacre la négation de la double dévolution, de la charge de conserver et de rendre qui est au fond de toute substitution, par définition même; avec elle, il n'y a qu'un institué, qu'un propriétaire, et le concept de la substitution est ramené à celui du double legs conditionnel alternatif (*sup.*, n° 1875);

2° Elle n'explique pas que la seconde institution puisse profiter même aux enfants à naître : pour acquérir un droit de propriété, même sous condition, il faut d'abord être conçu. D'ailleurs, si le grevé est censé n'avoir jamais été propriétaire, on ne voit pas sur quelle tête la propriété des biens grevés de substitution aura reposé dans l'intervalle entre le décès du disposant et la conception des enfants du grevé : il y aurait alors propriété sans propriétaire! (Plassard, note *D. P.*, 1925, 1, 189);

3° Cette conception n'explique pas davantage les mesures prises par le Code civil pour sauvegarder les droits de l'appelé, les restrictions apportées aux prérogatives du grevé : un propriétaire sous condition résolutoire a tous les droits d'un propriétaire actuel; il est un propriétaire actuel (*sup.*, t. I, n° 1817);

4° On ne comprend pas la survie de l'hypothèque légale de la femme du grevé : comment continue-t-elle à frapper les immeubles successoraux, alors que celui du chef de qui

elle a été établie est censé n'en avoir jamais été le propriétaire?

1896. Le grevé est investi d'une propriété temporaire. — Il faut donc admettre que le grevé est investi d'une propriété, non pas affectée d'une condition résolutoire, mais *temporaire* : il est, en effet, tenu de l'obligation de conserver et de rendre, et c'est cette charge qui vient dépouiller, au moins conditionnellement, son droit de propriété du caractère de perpétuité qui en constitue l'apanage actuel; ce qui est conditionnel, ce n'est pas le droit de propriété lui-même, mais bien son caractère perpétuel ou temporaire; la survie ou le prédécès de l'appelé en décideront.

Alors s'expliquent les limitations dont ce droit est frappé : un propriétaire assujetti à restitution, au moins conditionnellement, ne peut pas être traité ainsi qu'un propriétaire définitif et incommutable; alors comprend-on mieux la survie de l'hypothèque légale de la femme qui portait sur un droit pur et simple, non sur un droit résoluble; et surtout, alors se trouve respecté le concept de la double dévolution; l'opération apparaît bien comme accomplie en deux temps, et l'avènement du deuxième n'efface pas complètement le premier.

C'est à cette conception que s'est rangée nettement la Cour de cassation en considérant que, jusqu'à l'ouverture de la substitution, le grevé est propriétaire des biens, et que, s'il a un droit de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier, il est néanmoins tenu de conserver et de rendre les biens; il doit donc s'abstenir de tout acte qui compromettrait l'exécution de cette obligation générale; notamment, il ne lui appartient pas de concéder l'exploitation de carrières dans des conditions qui engagent lourdement l'avenir et qui constituent un abus de jouissance : propriétaire sous condition résolutoire, il faudrait lui reconnaître ce droit; propriétaire temporaire, on le lui refuse (Civ., 28 fév. 1923, *D. P.*, 1925, 1, 189, note Plassard).

1897. L'appelé n'a qu'un droit éventuel. — Si le grevé a un droit actuel et temporaire, l'appelé, de son côté, ne saurait avoir une propriété sous condition suspensive; là où il n'y a pas de propriété sous condition résolutoire, il ne saurait y avoir, quelque part et pour le même bien, une propriété sous condition suspensive; car ce sont là deux valeurs complémentaires, essentiellement tributaires l'une de l'autre (*sup.*, t. I, n° 1814). C'est d'une simple *éventua-*

lité que se trouve investi, jusqu'au jour de l'ouverture de la substitution, l'institué de seconde ligne; et nous conclurons de là qu'il ne saurait ni aliéner les biens compris dans la substitution, ni les grever de droits réels; c'est à tort, à notre avis, qu'on lui a permis de les hypothéquer (Amiens, 6 déc. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 129) : la substitution s'ouvrira plus tard, si elle s'ouvre jamais en sa faveur, sans rétroactivité; car c'est un principe que les droits éventuels, à la différence des droits conditionnels, se réalisent au jour où se produit l'éventualité et sans rétroagir aucunement (*sup.*, t. I, n° 113).

Il résulte de là que l'appelé est, en quelque mesure, l'ayant cause du grevé : sans doute, il a été gratifié par le disposant et c'est vis-à-vis de lui que sa capacité de recevoir doit être appréciée, non par rapport au grevé; mais il n'est pas moins vrai que les biens ne lui parviennent qu'à la suite de son prédécesseur et par son canal; il y a là une circonstance dont on ne saurait s'abstraire; la première phase de l'opération n'est pas complètement effacée par l'ouverture de la deuxième; elle laisse encore un sillage derrière elle, ainsi que nous l'avons montré; malgré tout, le substitué reste un institué de deuxième ligne, non de première; il est un substitué fidéicommissaire, non vulgaire; en droit, comme en fait, il vient après le grevé; son titre est complexe; ses droits ne lui parviennent qu'à travers la personnalité du grevé dont ils conservent l'empreinte; et c'est pourquoi nous n'admettons pas que l'appelé puisse céder, du vivant du grevé, ses droits sur les biens compris dans l'institution; une telle opération serait nulle par application de la règle prohibitive des pactes sur succession future (*Contra*, Paris, 14 janv. 1926, note critique Plassard).

Chapitre III

Les fondations

1898. Bibliographie. — V. les thèses de MM. Truchy, Paris, 1888; Ed. Lambert, Paris, 1893; Ravier du Magny, Lyon, 1894; G. de Lapradelle, Paris, 1895; Chevallier, Paris, 1907; Coquet, Poitiers, 1908; Escarra, Paris, 1907; Carbonnier, Bordeaux, 1932, pp. 192 et suiv.; Th. Tissier, *Dons et legs aux établissements publics*, t. I; Et. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*; Marguerie, *Etude sur les libéralités faites aux*

établissements non reconnus, *Rev. crit.*, 1878, p. 513; Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, *Rev. trim.*, 1904, p. 253; Saleilles, *De la personnalité juridique; Théorie de l'obligation*, n° 144; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, t. I; Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4; *Travaux de la Semaine internationale de droit*, 1937, avec, notamment, le rapport général de M. Grunebaum-Ballin.

Notes de jurisprudence de MM. Labbé, *S.*, 1892, 4, 17 et 1895, 2, 1; Ch. Beudant, *D. P.*, 1893, 2, 1; 1894, 1, 257; Saleilles, *S.*, 1894, 2, 185.

1899. Définition. — Le mot *fondation* comporte deux acceptions : tantôt on l'emploie pour désigner l'*acte* par lequel une personne affecte *perpétuellement* tout ou partie de ses biens à une œuvre déterminée; et parfois on l'utilise pour désigner l'*œuvre* elle-même qui est ainsi créée; en ce sens, un hospice, un sanatorium, un prix de vertu constituent des fondations.

1900. Développement. — Avantages et dangers. — La pratique des fondations s'est beaucoup développée depuis trois quarts de siècle environ, dans toutes les directions et dans les milieux et les buts les plus différents : il en est qui sont d'envergure modeste, tels les prix institués par des particuliers dans des Facultés ou dans des Lycées, tandis que d'autres revêtent une ampleur et ont un retentissement considérables, tels les prix Monthyon et la fondation Cognacq-Jay en France, ou, plus encore, les fondations Rockfeller et Carnegie aux Etats-Unis, Solvay en Belgique, Nobel en Suède; ici, c'est une bourse de voyage ou d'études qui est fondée; là, c'est un hospice, un sanatorium, un orphelinat, un refuge qui sont organisés et qui fonctionnent sous l'enseigne juridique de la fondation. Le plus souvent, ces établissements sont marqués au coin de l'altruisme : l'œuvre est aussi une *bonne œuvre* et une œuvre d'intérêt général; mais il advient parfois qu'elle réponde à un intérêt égoïste, telles les fondations de *messes* pour le repos de l'âme du testateur : l'altruisme est de la nature, non de l'essence de la fondation qui répond cependant presque toujours à un idéal élevé.

D'une façon générale, les fondations sont à approuver et à encourager : nous n'avons plus, à l'encontre des entreprises durables, des longs desseins des particuliers, la méfiance que ressentirent les hommes de la Révolution et la

législation du Consulat et de l'Empire : l'esprit collectif a pris sa revanche sur l'esprit individualiste qui est à la base du Code civil; et il est certain que le concept juridique de fondation permet de doter de puissants moyens d'action des établissements d'intérêt général qui répondent à des buts élevés; grâce à lui, la richesse individuelle est mise au service de fins collectives; la volonté d'un seul, appuyée sur l'argent, acquiert une puissance de réalisation presque indéfinie et peut faire de grandes choses. Mais cette puissance même veut être dirigée et canalisée : il ne faut pas qu'une fondation devienne un instrument de lutte contre le milieu social dans lequel elle fonctionne, une machine de guerre contre les aspirations communes et la volonté générale; une adaptation et, par suite, un contrôle, s'imposent, sur la nécessité desquels tout le monde tombe d'accord et dont l'aménagement seul prête à discussion.

1901. La carence du Code civil. — Aucun texte du Code civil ne se réfère, de près ou de loin, directement ou indirectement, à la fondation : sans doute, les rédacteurs y ont-ils vu une simple modalité des donations et des legs, une libéralité rentrant dans les cadres généraux du droit civil et ne pouvant prétendre à son individualité. Mais cette position négative est indéfendable en législation, et ses inconvénients se sont affirmés à mesure que s'est développée une institution qui aurait gagné à être aménagée sur un type original : la carence du Code civil a gêné considérablement le développement des fondations et a rendu particulièrement ardue la tâche de la jurisprudence, de l'administration et de la doctrine.

1902. La nature juridique de la fondation. — 1° La fondation jouit de la *personnalité morale*, du moins lorsqu'elle est autonome; on voit alors, spectacle unique, une personne morale qui ne ressortit pas à un groupement de personnes humaines, qui est enfantée par une volonté unilatérale, se concrétisant dans une œuvre et sanctionnée par les pouvoirs publics (*Sup.*, t. I, n° 191);

2° La fondation a, par définition même, un caractère de *perpétuité*; elle est une manifestation du désir, si humain, de se survivre à soi-même et de régenter, d'organiser l'avenir; à cet égard, elle se rapproche de la *substitution perpétuelle* (*sup.*, n° 1863); mais elle diffère profondément de cette institution en ce qu'elle n'implique pas une série de

dévolutions successives : le *fondateur* n'établit pas un régime de successions, contractuel ou testamentaire; son but dernier n'est pas d'attribuer ses biens à telle ou telle personne, par exemple à une ville, à une Académie, ou à une Université, mais de les affecter à un service déterminé; les véritables parties prenantes ne seront pas la ville, ou l'Université, ou l'Académie, mais les personnes en vue desquelles le service prévu fonctionne : malades, tuberculeux, indigents, élèves d'une Faculté, écrivains, artistes; la libéralité sera donc une libéralité *indirecte*, qui ne parviendra aux intéressés que par le canal de l'œuvre, elle-même souvent annexée à un établissement préexistant.

1903. — 3° Il semble, dès lors, que la fondation se ramène au concept de la *stipulation pour autrui* : le fondateur de l'hospice ne stipule-t-il pas, à l'avance et dans des termes généraux, pour toutes les personnes qui, plus tard, seront admises à y trouver place? C'est une thèse qui compte des partisans, mais que nous repoussons sans hésiter : la stipulation pour autrui n'existe qu'autant que le stipulant a eu la volonté de rendre le tiers créancier du promettant (*sup.*, t. II, n° 281) : or, cette condition n'est point réalisée par la fondation : le fondateur n'a pas entendu conférer aux malades, aux indigents, aux étudiants, aux écrivains, aux artistes, une action contre l'hospice, l'asile ou l'Université ou l'Académie: c'est l'établissement qui choisit ses clients et ses élus sans que ceux-ci puissent s'imposer à lui.

1904. — Il faut donc renoncer à ramener la fondation à une catégorie juridique préexistante; et force est de reconnaître son individualité, son originalité très accusée. Mais, comme notre législateur français n'en a rien fait, la jurisprudence a dû recourir, pour donner satifaction aux aspirations individuelles et sociales, à des moyens de fortune; il lui a fallu tirer parti, tant bien que mal, des instruments mis à sa disposition et qui se trouvaient fort mal adaptés au but à atteindre; elle a fait de son mieux avec les pauvres moyens dont elle disposait; nous sommes ici en plein empirisme, alors que les législations plus récentes et plus scientifiques que la nôtre sont en pleine technicité.

1905. Les procédés de réalisation d'une fondation. — On conçoit deux procédés de réalisation : ou bien par la *voie indirecte*, par le truchement d'un établissement préexis-

tant ou par celui d'un légataire à qui le fondateur impose la charge de la fondation; ou bien par la *voie directe*, l'œuvre étant créée à l'état isolé et sortant, armée de toutes pièces, de la volonté, du cerveau du fondateur.

1906. I. Fondation par voie indirecte. — C'est le procédé de notre droit français : il se dédouble d'après la personnalité de l'intermédiaire aux services duquel a recours le fondateur.

A. **Fondation réalisée par le truchement d'une personne morale préexistante.** — Le constituant adresse une libéralité, entre vifs ou testamentaire, à un établissement préexistant : à l'Etat, au département, à la commune, à une Université, à une Faculté, à une Académie, en un mot à une personne administrative, à un établissement public ou d'utilité publique; et il impose au gratifié la charge d'affecter les biens à l'œuvre qu'il se propose de créer; par exemple, il lègue un capital à une Académie à la charge de distribuer des prix de vertu ou des prix littéraires, ou bien à une Université pour qu'elle remette une bourse d'études ou de voyage à un élève ou à un professeur rentrant dans certaines catégories déterminées.

La validité et l'efficacité de ces combinaisons ne font aucun doute; seulement, il faut observer :

1° Que ces libéralités ne peuvent être acceptées par l'établissement intéressé qu'avec l'autorisation administrative (*sup.*, n° 1437);

2° Qu'il y a lieu de tenir compte du principe de la *spécialité* (*sup.*, t. I, n° 673), non pas pour l'Etat, qui est omnipotent et omnicompétent, mais pour les établissements publics ou d'utilité publique à qui il est interdit de sortir de la mission en vue de laquelle ils ont été créés (Avis du C. d'Et. du 13 avril 1881 (deux avis) et du 2 déc. 1881, *D. P.*, 1882, 3, 21). Dès lors, deux éventualités sont possibles :

a) L'autorité compétente *refuse* l'autorisation; ce refus n'entraîne pas fatalement la caducité de la disposition : le Conseil d'Etat admet que l'erreur du testateur peut être rectifiée et que l'autorisation est valablement donnée à l'établissement vraiment compétent (avis précité C. d'Et. du 2 déc. 181; Comp. Req., 25 janvier 1893, *D. P.*, 1894, 1, 257, note Ch. Beudant);

b) L'autorisation est accordée à l'établissement élu par le disposant; alors, la libéralité doit recevoir effet, et, avec elle, la fondation dont elle est assortie. Il ne semble pas que

l'autorité judiciaire puisse désavouer la décision administrative et déclarer nulle la libéralité acceptée dans de pareilles conditions (Civ., 31 janv., 1893, *D. P.*, 1893, 1, 513, note Kœhler et note Planiol, *D. P.*, 1895, 1, 217; Amiens, 16 fév. 1893, *D. P.*, 1894, 2, 67; *contra*, Dijon, 11 juin 1896, *D. P.*, 1898, 2, 279).

1907. B. **Fondation réalisée par l'intermédiaire d'un légataire** — Le fondateur lègue à un particulier les biens nécessaires à la création et au fonctionnement de la fondation, en le chargeant de les utiliser en vue de cet objectif, en lui donnant mission de réaliser la fondation avec les éléments qu'il lui fournit.

La validité de cette combinaison a été contestée (V. l'article précité de MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin); on a objecté :

1° Qu'un légataire sans émolument, n'est pas un légataire véritable; mais on sait que la vocation du légataire est indépendante de son émolument; même un légataire universel demeure tel dans le cas extrême où les libéralités à titre particulier qui ont été mises à sa charge épuiseraient tout l'actif de la succession (*sup.*, n° 1465);

2° Que le legs à charge de fondation se ramènerait à une substitution prohibée : mais le légataire et la fondation ne sont pas à égalité; on ne peut pas dire que celle-ci prenne la suite de celui-là; il n'y a pas vraiment double dévolution héréditaire; ce n'est d'ailleurs pas au décès du légataire que la fondation lui succèdera et l'*ordo successivus* fait donc défaut en dehors duquel il ne saurait y avoir substitution prohibée (*sup.*, n° 1874);

3° Que le légataire joue, en l'occurrence, le rôle de *personne interposée* et que la combinaison tombe donc sous le coup de l'article 911. Mais ce texte prévoit l'institution d'un *incapable*, par personne interposée. Or, le jour où l'établissement projeté recevra les biens, il aura acquis la capacité civile; jusque-là, c'est le légataire qui aura la propriété.

On comprend donc que notre jurisprudence, sans se laisser arrêter par des arguments d'ordre étroitement juridique, plus spécieux que topiques, se soit prononcée pour la validité du legs à charge de fondation, comme, d'une façon plus générale, pour la validité du legs assorti de charges au profit de personnes futures (*sup.*, n° 1411), et cela, non seulement dans le cas où l'organisation de l'établissement avait été ébauchée par le fondateur lui-même, mais aussi dans celui

où tout restait à faire dans cet ordre d'idées (Req., 8 avril 1874, *D. P.*, 1876, 1, 225; Civ., 5 juill. 1886, *D. P.*, 1886, 1, 465; 12 mai 1902, *S.*, 1905, 1, 137, avec les conclusions du proc. gén. Baudoin et la note de M. Lévy-Ullmann; Paris, 1er mars 1900 — affaire de l'Académie de Goncourt — *S.*, 1905, 2, 78; Comp., Aix, 9 mars 1909, *S.*, 1909, 2, 79).

1908. — La seule condition exigée pour la régularité de l'arrangement est que le particulier chargé de la création de la fondation ait bien la qualité de *légataire* et non pas seulement celle d'*exécuteur testamentaire*, car, dans cette dernière éventualité, les biens compris dans la fondation demeureraient sans propriétaire, depuis le décès du fondateur et jusqu'à la création de l'établissement; ils seraient en quelque sorte suspendus dans le vide, ce qui est inadmissible.

1909. II. Fondation par voie directe, à l'état isolé. — Il faut distinguer, en France, entre la fondation par acte *entre vifs* et la fondation testamentaire.

A. Par *donation entre vifs*, la fondation peut être réalisée *directement*, parce que le fondateur est là qui fera le nécessaire; par exemple, il construira l'hospice projeté, dont il demeurera tout d'abord propriétaire; puis il s'occupera de faire déclarer l'établissement d'*utilité publique* et de lui faire obtenir l'*autorisation* d'accepter la libéralité d'où est sortie sa constitution; l'œuvre fonctionnera donc d'abord *en fait* et dans le patrimoine du fondateur; après quoi, ayant pris corps, elle sera érigée à l'état de fondation, directement, sans passer par l'intermédiaire d'aucun établissement ni d'aucun particulier.

1910 — B. Par *testament*, au contraire, le procédé de la création directe rencontre de sérieuses résistances, et, sur ce point, la jurisprudence administrative se sépare de la jurisprudence judiciaire;

1° La Cour de cassation n'admet pas que l'on puisse adresser un legs direct à une œuvre future : à cette prétention, elle oppose la disposition de l'article 906, § 2 : pour être institué légataire, il faut être conçu au jour du décès du testateur; or, l'œuvre à créer, n'existe pas encore; elle n'a pas de personnalité juridique; elle est incapable d'être constituée légataire, car la déclaration d'utilité publique qui interviendrait ultérieurement en sa faveur ne produit d'effet qu'à sa date;

elle ne rétroagit pas (Civ., 12 avril 1864, *D. P.*, 1864, 1, 218; 14 août 1866, *D. P.*, 1867, 1, 110; Req., 24 août 1874, *D. P.*, 1875, 5, 147; Civ., 7 fév. 1912, *D. P.*, 1912, 1, 433, *S.*, 1914, 1, 305, note L. Hugueney);

2° Mais le Conseil d'Etat plus audacieux, admet parfaitement le legs direct à personne future; volontiers, il accorde, à l'établissement qu'il reconnaît d'utilité publique, l'autorisation de recevoir la libéralité qui a servi à le fonder, faisant ainsi rétroagir la reconnaissance au jour du décès du fondateur et appliquant aux fondations la maxime traditionnelle, *infans conceptus pro nato habetur...*; il va plus loin encore, puisqu'il accorde l'autorisation d'accepter alors même que l'établissement ne serait pas ébauché lors du décès et qu'il ne pourrait donc pas être considéré comme conçu; dans cette éventualité extrême, il admet la validité du legs qui n'est donc pas un legs à établissement conçu, mais véritablement à établissement futur (V. la note de M. L. Hugueney, *S.*, 1907, 1, 307, col. 1, et l'article précité de MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Rev. trim.*, 1904, p. 276).

1911. — Cette dissidence entre le juge administratif et le juge judiciaire s'explique facilement par la souveraineté du Conseil d'Etat qui, à la différence de la Cour de cassation, n'est pas tenu de viser, dans ses décisions, un texte, et qui n'est pas prisonnier de la lettre de la loi. D'ailleurs, et même sur ce terrain, il est permis de se demander si la Cour de cassation ne fait pas de l'article 906 un usage forcé lorsqu'elle l'applique aux personnes morales, et spécialement aux fondations, car il semble bien résulter de sa teneur même qu'il a été écrit pour les personnes humaines, lui qui exige que le légataire soit *conçu* et que l'*enfant* soit né *viable* : c'est étendre arbitrairement les termes de cette disposition que d'en faire application aux personnes morales qui, en 1804, étaient relativement peu nombreuses, surtout en droit privé, et dont les rédacteurs du Code n'avaient guère à se préoccuper.

1912. — Quoiqu'il en soit, et étant donnée cette jurisprudence sévère de la Cour de cassation, le fondateur fera sagement, s'il veut réaliser l'œuvre *post mortem*, de recourir au procédé indirect du legs à charge de fondation, comme le fit Edmond de Goncourt pour la fondation de son Académie

(V. l'article précité de MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin).

1913. Droit comparé et projets de réforme. — Le droit *allemand* fait antithèse à notre droit français; le Code civil de 1900 a résolu scientifiquement le problème que nous abordons de façon empirique : les articles 80 et suivants permettent de réaliser *directement* la fondation, soit par acte entre vifs, soit par disposition à cause de mort, pourvu que la volonté du fondateur s'affirme dans un acte écrit et qu'elle reçoive l'approbation de l'Etat intéressé. En Suisse, un système analogue fonctionne, mais plus simple encore, puisqu'il ne comporte pas l'autorisation des pouvoirs publics : la fondation est seulement soumise à la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elle relève par son but (C. civ. *suisse*, art. 84).

C'est, en effet, par son but, que la fondation vit, en Suisse comme en Allemagne; ce but peut être modifié par l'autorité cantonale compétente (C. civ. *suisse*, art. 86), et, s'il devient irréalisable, la fondation est dissoute de plein droit (art. 88) : son patrimoine est voué à un but qui lui donne la vie et qui la personnalise.

Des systèmes du même genre ont été établis, par la loi ou par la coutume, et fonctionnent en *Roumanie*, en *Yougoslavie*, en *Suède*, en *Pologne*, etc. (V. les *Travaux de la Semaine internationale de droit* de 1937, avec les rapports qui y figurent pour les différents pays).

Le nouveau code civil *italien* décide que la fondation est constituée et acquiert la personnalité juridique par une inscription prise sur un registre tenu à la chancellerie du tribunal, mais après approbation de l'autorité gouvernementale compétente (art. 37 et 38 du livre I[er]).

1914. — En *France*, différents projets ont été élaborés pour moderniser le bâtiment vétuste qui abrite les fondations, soit par la *Société d'études législatives* (*Bull.*, 1906, p. 433, 467; 1908, p. 357; 1909, p. 26, 285, 433), soit par le Gouvernement. Plus ou moins libéraux, ces projets tendent à la réalisation de la fondation par la voie directe, moyennant, soit une simple déclaration, soit une autorisation.

CHAPITRE IV

Les partages d'ascendant

(Art. 1075 à 1080,
mod. par l. 7 fév. 1938 et d.-l. 17 juin 1938)

1915. Bibliographie. — RÉQUIER, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, 1868; BARAFORT, *Des partages d'ascendants*, 1870; BONNET, *Traité pratique des partages d'ascendants*, 2 vol., 1874; ANDRÉ, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, 1881; TRASBOT, *donations et testaments*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, t. V, nos 818 et suiv.; VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments*, dans le *Cours de droit civil* de Ch. BEUDANT, 2e éd., par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VII, nos 437 et suiv.; et Chron. *D. H.*, 1938, p. 29; Thèses BONNECASE, Toulouse, 1905; CHAIN, Paris, 1912; DUGAS, Montpellier, 1925; LACOSTE, *Poitiers*, 1929; — pour la réforme opérée en 1938 : VOIRIN, *Lois nouvelles*, 1938, 1, 29; DESBOIS, *D. P.*, 1938, 4, 357 et 364; M. NAST, *C. civ. annoté Dalloz*, additions 3, p. 162.

1916. Définition. — Le *partage d'ascendant* est l'acte par lequel un ascendant procède lui-même au partage de sa succession entre ses descendants, héritiers présomptifs, en fixant le lot de chacun : il a donc le caractère et la valeur d'un *partage anticipé*, réalisé par l'auteur des ayants droit qui font ainsi figure, non de copartageants, mais de *copartagés*.

Cette opération peut se réaliser soit par *donation entre vifs*, soit par *testament*; elle se présente donc, suivant les cas, comme une *donation-partage* ou comme un *testament-partage* : sous le premier aspect, elle fait échec à la règle prohibitive des *pactes sur succession future* qui se trouve alors exceptionnellement écartée par le législateur.

1917. Complexité et nature juridique. — Le partage d'ascendant apparaît, en toute occurrence, comme une opération complexe, surtout lorsqu'il est fait par acte entre vifs, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, lorsqu'il est réalisé par une disposition de dernière volonté.

1° Fait *entre vifs*, il présente la conjugaison d'une donation avec un partage; à vrai dire, le premier élément domine le second; le dessaisissement actuel de l'ascendant constitue l'essentiel de l'opération; mais il n'en est pas moins vrai qu'à ce dessaisissement viennent se superposer le partage des biens abandonnés et l'établissement, entre les bénéficiaires, de rapports de *copartagés*, avec toutes les conséquences que comporte ce titre juridique (AUBRY et RAU, 5e éd., t. XI, § 733, p. 605). Ainsi composé d'éléments distincts, sinon disparates, l'acte constitue un *tout indivisible*, soumis à un statut particulier;

2° Réalisé par *acte de dernière volonté*, le partage d'ascendant offre la combinaison du partage, non pas, comme on pourrait le penser, avec la succession testamentaire, mais bien avec la succession *légale* : l'ascendant ne consent pas de libéralité — en principe du moins — mais il se contente de répartir ses biens entre les ayants droit qui ont la qualité d'*héritiers copartagés et non point de légataires* (*inf.*, n° 1939).

1918. Utilité du partage d'ascendant. — Le partage d'ascendant présente plusieurs avantages :

1° Il prévient les contestations qui s'élèveraient peut-être ultérieurement entre les cohéritiers pour la formation et l'attribution des lots; il est ou il devrait être un instrument de paix familiale;

2° S'il y a, parmi les héritiers présomptifs, un mineur, il évite les complications et les frais qu'eût entraînés un partage judiciaire (*sup.*, nos 1163 et suiv.);

3° Fait entre vifs, il décharge l'ascendant des embarras de la gestion de sa fortune qui gagnera sans doute à être administrée par des possédants plus jeunes et plus actifs.

1919. Droits d'enregistrement. — A raison de ces avantages, on comprend que le législateur ait accordé au partage d'ascendant un traitement de faveur en réduisant pour lui les droits d'enregistrement. Les *donations-partages* sont soumises à un tarif spécial, moins élevé que celui des donations ordinaires : il est fixé à 3,25 % lorsque l'opération intéresse plus de deux enfants vivants ou représentés; à 6 % si elle est effectuée entre deux enfants vivants ou représentés; à 8,65 % si elle intervient entre les descendants d'un enfant unique (D. 20 mai 1938 fixant les tarifs des

droits proportionnels d'enregistrement *jusqu'au 31 décembre 1939*).

Quant au partage *testamentaire*, il est assujetti aux mêmes droits que les partages ordinaires, soit 0,85 sur l'actif net (C. enreg., art. 437 cbn. art. 9 d.-l. 2 mai 1938 établissant une majoration générale de 8 %).

Le droit de *soulte* est traité comme dans le partage ordinaire (C. enreg., art. 380).

1920. Inconvénients et imperfections ; réforme ; loi du 7 février 1938. — Le partage d'ascendant n'a pas tenu toutes ses promesses : destiné à conjurer les procès, il en représente une des sources abondantes; tel qu'il avait été organisé par le Code civil, il était exposé à de multiples causes de nullité et il manquait de stabilité; enfin, il a l'inconvénient, s'il est effectué entre vifs, de laisser l'ascendant sans ressources et de le placer sous la dépendance de ses enfants, parfois ingrats; Loysel constatait déjà que « qui le sien donne avant mourir, bientost s'apprête à moult souffrir » (*Institutes coutumières*, n° 668).

Ces faiblesses de l'institution ne sont d'ailleurs pas sans remède : l'ascendant a la ressource de se réserver l'*usufruit* des biens donnés (Poitiers, 20 fév. 1861, *D. P.*, 1861, 2, 93), ou de stipuler à son profit une *rente viagère* dont le service serait assuré par une hypothèque grevant les immeubles par lui abandonnés.

D'autre part, et surtout, une meilleure organisation de l'institution préviendrait bien des litiges et serait susceptible de conférer à l'acte une stabilité suffisante.

Depuis longtemps, on sentait la nécessité de réformer, dans un sens plus libéral, le système du Code civil; en 1909, une proposition de loi avait été déposée, à cet effet, qui avait été adoptée dès 1910 par la Chambre des députés; il faut y voir l'origine de la loi qui a gravement et heureusement modifié les articles 1075 à 1080, à la date du 7 février 1938. L'objectif poursuivi et partiellement atteint était triple : 1° on s'est efforcé de faciliter l'aménagement et la réalisation du partage d'ascendant en assouplissant le statut trop rigide du Code civil; 2° on a conféré à l'opération une plus grande stabilité en éliminant certaines causes de destruction ou en les canalisant, notamment en les enfermant dans des limites de temps assez étroites; 3° on a facilité aux ascendants la stipulation, en leur faveur et à la charge des descendants copartagés, de certains avantages destinés à assurer leur sub-

sistance (réserve d'usufruit, constitution d'une rente viagère, etc.; — *inf.*, n° 1929).

Un décret-loi du 17 juin 1938 a touché — ou semble avoir touché au partage d'ascendant en restituant à l'article 1075, modifié quelques mois auparavant par la loi du 7 février de la même année, sa teneur primitive, celle du Code civil de 1804; en réalité, les auteurs de ce décret semblent avoir oublié l'existence de cette dernière loi qu'ils n'ont donc pas eu la volonté d'abroger tacitement en faisant un retour en arrière qui serait vraiment incompréhensible : la véritable teneur de l'article 1075 reste celle qui avait été fixée par la loi du 7 février 1938, dont l'heureux effet n'a pas été annulé par le geste inconscient des auteurs du décret-loi. (*Sic*, Desbois, *op. cit.*, *D. P.*, 1938, 4, 365, col. 2.). Mais c'est vraiment un signe alarmant du désordre législatif actuel qu'on doive faire un effort pour discerner la rédaction effective d'un texte de loi qui se présente ainsi sous une double forme, l'une apparente et fausse, l'autre cachée et véritable.

1920*bis*. — Les *législations étrangères*, en général, font, au partage d'ascendant, une place très réduite : les Codes civils *allemand* (art. 2048) et *suisse* (art. 608), se bornent à disposer que le défunt a pu, par *testament* ou par une clause contenue dans un *pacte successoral*, prescrire à ses héritiers les règles à suivre pour le partage ou pour la formation des lots, règles qui sont obligatoires pour les ayants droit.

1921. Plan. — 1° *Conditions* requises par la validité des partages d'ascendant;

2° *Effets* produits par cette opération;

3° Des *vices* dont peut être atteint un partage d'ascendant et de leurs *conséquences*.

§ I. — *CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES PARTAGES D'ASCENDANT*

1922. Enumération. — Les *conditions* requises pour la validité d'un partage d'ascendant sont nombreuses et varient selon que l'opération a lieu entre vifs ou par testament; on peut les grouper autour des points suivants :

1° *Qui* peut faire un partage d'ascendant;

2° *Au profit de qui*;

3° Conditions de *fond*;

4° Conditions de *forme*;
5° *Quels biens* peuvent être l'objet du partage;
6° *Mode de répartition*.

1923. I. Qui peut faire un partage d'ascendant. — La faculté de procéder à un partage anticipé est limitée strictement aux *père, mère et autres ascendants* (art. 1075, § 1), à l'exclusion de tous autres parents et, à plus forte raison, des étrangers, mais y compris les père et mère *naturels*.

Sans doute, il dépendrait d'un collatéral, oncle, frère, etc., en instituant ses héritiers par testament, de composer les lots à sa convenance, de léguer tel immeuble à celui-ci, telles valeurs à celui-là; mais ce *partage de présuccession* n'aurait pas le caractère juridique d'un partage d'ascendant; notamment, il n'en résulterait, entre les héritiers, aucune obligation réciproque de *garantie* et il n'y aurait pas lieu à *privilège* en sûreté du paiement de la soulte due par l'un des ayants droits aux autres; de plus, l'opération ne serait pas rescindable pour cause de *lésion* de plus du quart, ni annulable à raison de l'*omission* de l'un des héritiers présomptifs.

1924. II. Au profit de qui peut et doit être effectué le partage d'ascendant. — Les bénéficiaires du partage d'ascendant sont, invariablement, les *descendants du disposant*; et ce doivent être *tous* ceux de ces descendants qui, au jour du décès du disposant, viendront à sa succession (art. 1077, nouv. réd.) : l'omission d'un seul des ayants droit entraîne la *nullité* de l'opération qui devra être refaite en la forme légale, du moins s'il n'existe pas, lors de l'ouverture de la succession, des biens non compris dans le partage et suffisants pour constituer la part des descendants omis (même texte; *inf.*, n° 1943).

1925. — Il résulte de l'article 1077 que, pour savoir si le partage est complet et valable, c'est au jour du *décès* qu'il convient de se placer et non pas à celui du partage : sont seuls à prendre en considération, à peine de nullité de l'opération, les descendants qui sont appelés et qui viennent effectivement à la succession du disposant.

1° On doit donc faire état même d'un enfant survenu après la donation-partage, même d'un enfant *posthume*, né après le décès du disposant; comme aussi il doit être tenu compte des descendants issus d'un enfant prédécédé, puisqu'ils viennent à la succession de leur aïeul, soit par représentation, soit de leur chef.

D'autre part, les enfants *adoptifs* et les enfants *naturels* eux-mêmes ont droit à être compris dans le partage, les premiers parce qu'ils ont les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes (art. 357), les seconds, parce qu'ils ont, comme leurs frères et sœurs légitimes, la qualité d'héritier, voire la qualité d'héritier légitime (*sup.*, n° 828-.

Enfin, il va sans dire que les enfants issus d'un *précédent mariage* sont à prendre en considération comme ceux du mariage actuel, puisqu'ils ont les mêmes droits que ceux-ci dans la succession de leur auteur;

2° A l'inverse, l'enfant qui *prédécède* au disposant ou celui qui *renonce* à sa succession, ou celui qui est exclu comme *indigne*, ne font pas nombre : le partage demeure donc valable encore que ceux-là aient été omis. D'autre part, on ne peut pas considérer comme ayant été omis l'enfant contre lequel est prononcée la révocation pour cause d'inexécution des charges (*inf.*, n° 1944).

2° Lorsqu'un enfant, qui a été compris dans le partage, vient à *décéder* avant le disposant, la validité du partage n'en est point compromise : la part du disparu fait retour à l'ascendant donateur, conformément à l'article 747, lorsque le partage avait eu lieu entre vifs; s'il avait été effectué par testament, elle est à traiter comme caduque et se trouve donc indivise entre les autres enfants qui se la partagent conformément à l'article 1076. Tout ceci à moins que le prédécédé n'ait lui-même laissé des enfants qui seraient à considérer comme ayant été lotis dans la personne de leur auteur et qui entreraient ainsi dans l'opération par le jeu de la représentation.

1926. — Si l'on suppose que l'un des copartagés *renonce* à la succession du disposant ou en soit *exclu* comme indigne, il conserve en principe le bénéfice du partage *entre vifs*, dans les limites de la quotité disponible et sauf révocation possible de la donation pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude.

1927. III. Conditions de fond. — L'acte doit réunir les conditions de *fond* requises pour la validité d'une donation, ou, s'il a lieu par acte testamentaire, pour celle d'un legs. En conséquence :

1° L'*ascendant* doit être *capable* de disposer soit entre vifs, soit par testament, suivant les cas; un *prodigue* peut donc partager ses biens par testament (*sup.*, n° 1403), mais non par acte entre vifs, du moins sans l'assistance de son conseil

(*sup.*, n° 1403) ; une *femme mariée* a également la capacité de procéder à un partage testamentaire (*sup.*, n° 1402) et aussi, depuis la loi du 18 février 1938 qui lui a conféré le plein exercice de sa capacité civile, à un partage entre vifs; il y a seulement lieu de noter que, si elle est mariée sous le régime *dotal*, elle sera dans l'impossibilité de comprendre dans le partage ses immeubles dotaux, fût-ce avec l'autorisation de son mari, à moins qu'il ne s'agisse pour elle d'établir ses enfants (art. 1555) ;

2° Quant aux *descendants* copartagés, ils doivent être *capables* de recevoir de l'ascendant, par donation ou par testament suivant les cas; mineurs non émancipés, ils seront représentés à l'acte entre vifs par leur tuteur ou par un ascendant, agissant en cette qualité (art. 935, § 3), et il est admis que, si le partage est fait simultanément par les deux auteurs de l'enfant, il peut être accepté, par le père, pour la donation émanant de la mère, par celle-ci pour la donation faite par le père (Poitiers, 20 fév. 1861, *D. P.*, 1861, 2, 93; Rennes, 20 fév. 1929, *Rec. Somm.*, 1929, n° 3565). Il est à noter que le condamné à une *peine perpétuelle*, qui ne peut pas être compris dans un partage entre vifs (L. 31 mai 1854, art. 3), peut cependant bénéficier d'un partage testamentaire, à condition de ne rien recevoir au delà de sa part héréditaire; car, dans cette mesure, il recueille les biens, non en qualité de légataire (la loi du 31 mai 1854 y ferait obstacle), mais en tant qu'héritier *légal*; il vient à une succession légitime dont le partage a eu lieu par anticipation, *sup.*, n° 1917, *inf.*, n° 1939) ;

3° Si le partage a lieu entre vifs, il doit consacrer le complet *dessaisissement* de l'ascendant, comme le ferait une donation ordinaire (*sup.*, n° 1349; Req., 11 mai 1936, *D. H.*, 1936, 380).

1928. IV. Conditions de forme. — Le principe est simple : suivant que le partage a lieu par acte entre vifs ou par testament, la loi exige que l'on observe les règles de *forme* requises pour les donations ou pour les legs, et *elle n'exige rien de plus* (art. 1076, § 2, rédaction du 7 fév 1938, considérée comme étant toujours en vigueur, malgré l'intervention du décret-loi du 17 juin 1938; *sup.*, n° 1920). A cet égard, le caractère de libéralité domine celui de partage : le partage d'ascendant s'intègre dans la donation ou dans le testament où il prend corps.

1° En ce qui concerne le partage *testamentaire*, l'applica-

tion de la règle ne soulève pas de remarque particulière; il faut seulement noter que, par suite de la prohibition des testaments *conjonctifs* (*sup.*, n° 1293), le père et la mère ne pourraient pas effectuer le partage général de leurs biens par un seul et même acte, mais qu'ils doivent procéder à deux partages distincts par deux testaments séparés (*inf.*, n° 1930); et aussi que l'acte est sujet à *transcription*, au moins dans la mesure où il affecte des immeubles et depuis l'extension donnée à ce mode de publicité par le décret-loi du 30 octobre 1935 : désormais, les actes déclaratifs et les mutations à cause de mort ne deviennent opposables aux tiers que par leur transcription (L. 23 mars 1855, art. 1er, 5° et 6°, nouv. réd.; *sup.*, t. I, nos 1701 et suiv.).

1929. — 2° Si le partage a lieu entre vifs, la règle inscrite dans l'article 1076, § 2, conduit notamment aux applications suivantes :

a) L'acte doit être rédigé, en principe, par un *notaire*, dans la forme prescrite par l'article 931; mais on peut recourir au *déguisement* sous l'aspect d'un acte à titre onéreux (Req., 3 juin 1863, *S.*, 1864, 1, 269), ou, pour les meubles corporels, à une remise de la main à la main (*don manuel*, *sup.*, n° 1328), sauf les difficultés de *preuve* : on admet d'ailleurs, conformément au droit commun, que la réalité et les conditions du partage peuvent être établis, sans limitation de chiffre, du moment qu'il existe un commencement de preuve par écrit (Colmar, 22 janv. 1929, *Rev. Alsace-Lorraine*, juin 1929);

b) Dans la mesure où le partage comprend des meubles, il est soumis à la formalité de l'*état estimatif* (art. 948; *sup.*, n° 1306);

c) En ce qui concerne les immeubles, la *transcription* est requise pour que les droits des descendants soient opposables aux tiers (art. 939 et suiv.; Orléans, 25 juill. 1895, *D. P.*, 1896, 2, 230; trib. civ. Lorient, 13 nov. 1906, sous Req., 2 mai 1908, *S.*, 1911, 1, 554);

d) L'*acceptation expresse* des descendants est indispensable; donnée par acte séparé, elle doit être notifiée dans les termes de l'article 932 (Rennes, 15 juin 1892, *D. P.*, 1892, 2, 591); c'est seulement lorsque toutes les acceptations ont été données que le partage est parfait; jusque-là, il n'est qu'à l'état de projet et il tombe donc, soit par la rétractation de l'ascendant, soit par son décès.

Il a été jugé que la donation et le partage peuvent être

réalisés par actes séparés, mais seulement si l'intention des parties est certaine d'établir entre les deux opérations un lien intime et nécessaire (Req., 16 juin 1931, *D. H.*, 1931, 411; Montpellier, 24 juin 1930, *D. H.*, 1930, 547).

D'autre part, nous rappelons que, par dérogation à la règle qui prohibe les donations mutuelles et réciproques par un seul et même acte (art. 1097, § 1; *sup.*, n° 1813), la loi du 7 février 1938 permet aux ascendants, lorsqu'ils effectuent, *par donation entre vifs*, le partage de leurs biens entre leurs descendants, de stipuler à leur profit et au profit du survivant d'entre eux, tels ou tels avantages : usufruit, rente viagère, prestations en nature (art. 1097, § 2, nouv. réd.; *sup.*, n° 1813); ainsi se trouvent validées des clauses qui, consacrant la réversibilité des avantages stipulés, font échec à la règle prohibitive posée dans le premier alinéa du texte. Par là se trouve facilitée et encouragée la donation-partage, les ascendants s'assurant la certitude de conserver, malgré la distribution de leurs biens de leur vivant, des moyens d'existence.

1930. V. Quels biens peuvent être compris dans le partage. — Les règles applicables se ramènent aux directives suivantes :

1° L'ascendant ne peut faire porter le partage que sur les biens *qui lui appartiennent personnellement*, ce qui exclut et les biens de son conjoint (Req., 7 août 1860, *D. P.*, 1860, 1, 498) ou de ses enfants eux-mêmes, et les *biens de communauté*, lesquels sont impartageables, même provisionnellement, du vivant des époux et par leur volonté (Civ., 23 déc. 1861, *D. P.*, 1862, 1, 31, et, sur renvoi, Orléans 5 juin 1862, *D. P.*, 1863, 2, 159; Limoges, 29 nov. 1897, *D. P.*, 1902, 2, 97, note De Loynes). Toutefois il faut noter : *a*) que, si la disposition émane du mari, elle se trouve validée par la renonciation de la femme à la communauté; *b*) que les biens communs sont susceptibles d'être partagés d'un commun accord, par les deux époux, en vertu d'un seul et même acte qui ne peut être qu'une donation-partage (Limoges, 29 juin 1928, *Sem. jurid.*, 4 oct. 1928), à l'exclusion d'un seul testament, lequel ne saurait être conjonctif (*sup.*, n^{os} 1293 et 1928; *inf.*, n° 1932), comme à l'exclusion de deux testaments, fussent-ils rédigés le même jour et en contemplation l'un de l'autre (Civ., 25 fév. 1925, *S.*, 1925, 1, 68).

1931. — 2° Il ne suffit pas que l'ascendant soit propriétaire des biens à partager; il faut encore qu'il en ait la *libre disposition*. En conséquence :

a) Une femme, mariée sous le régime dotal, ne peut pas, même autorisée, comprendre ses biens dotaux dans un partage entre vifs, à moins qu'elle ne se trouve dans le cas exceptionnel prévu par l'article 1556; mais elle peut toujours distribuer sa dot entre ses enfants par un partage testamentaire;

b) Un ascendant peut comprendre dans le partage des biens précédemment donnés à ses descendants *en avancement d'hoirie*, car de tels biens sont destinés à rentrer dans la succession par le jeu du rapport; mais cette facilité lui est refusée lorsque la donation était *préciputaire*, car les biens ainsi donnés étaient définitivement et sans retour sortis de son patrimoine; il n'avait plus d'action sur eux;

3° Fait par acte entre vifs, le partage ne peut porter que sur les *biens présents* de l'ascendant (art. 1075, § 3, rédaction du 7 fév. 1938, considérée comme restée en vigueur : *sup.*, n° 1920); effectué par testament, il peut englober même les *biens à venir*;

4° Le partage d'ascendant n'englobe pas nécessairement tous les biens de celui qui l'effectue; il peut être limité soit à une quote-part de son patrimoine, soit même à des biens déterminés (art. 1076); d'où il ressort la possibilité, pour un même ascendant, de procéder à une série de partages entre ses descendants, par des actes distincts et intervenus à des époques différentes (Bordeaux, 8 mars 1870, *S.* 1870, 2, 173).

1932. — 5° Le partage peut être *conjonctif*, c'est-à-dire être effectué, dans un seul et même acte, par le père et par la mère qui répartissent leurs biens entre leurs enfants; mais cette faculté est strictement limitée à la donation-partage; dans le domaine testamentaire, elle est impitoyablement exclue par la prohibition du testament conjonctif (art. 968; *sup.*, n^{os} 1928 et 1930). De plus, elle ne peut être utilisée par les parents qu'au profit de leurs *enfants communs* : les enfants issus d'un premier lit ne sauraient être compris dans une opération de cette envergure, puisqu'ils ne sont pas les héritiers présomptifs du second conjoint de leur auteur; or, c'est seulement au profit d'héritiers présomptifs qu'un partage entre vifs peut être réalisé par anticipation (Nancy, 11 juin 1887, *D. P.*, 1888, 2, 183).

Le partage conjonctif présente de sérieux *avantages*, par rapport aux partages effectués séparément par des parents : 1. Les époux, agissant de concert, peuvent disposer des biens de la communauté (*sup.*, n° 1930) ; 2. La liquidation des reprises de la femme se trouve conjurée; 3. Enfin, et sous tous les régimes, l'opération gagne à être faite d'ensemble et en bloc : la justice distributive s'obtient plus aisément par un lotissement général que par des opérations de détail.

1933. VI. Mode de répartition. — L'*allotissement*, qui est l'objectif du partage d'ascendant, ne peut pas avoir lieu arbitrairement; il est dominé par les deux règles suivantes :

1° **Première règle.** — *La composition des lots doit être l'œuvre de l'ascendant lui-même*, sans quoi, et si la répartition était effectuée par les enfants et hors de la présence du disposant qui se serait borné à leur en faire donation collective, l'opération serait bien valable, mais il n'y aurait pas partage d'ascendant, il y aurait partage ordinaire; en d'autres termes, le partage d'ascendant est un partage *par* ascendant (Req., 24 juin 1872, *D. P.*, 1872, 1, 472, *S.*, 1873, 1, 77; 8 mars 1932, *S.*, 1932, 1, 168; Bordeaux, 10 nov. 1903, *D. P.*, 1904, 2, 143).

La jurisprudence, tout en consacrant ce principe, se montre assez accommodante dans son application : elle admet volontiers que l'acte constitue un partage d'ascendant alors qu'il a été effectué par les descendants sur les indications de l'ascendant et hors de sa présence (Req., 5 nov. 1877, *D. P.*, 1878, 1, 372, *S.*, 1878, 1, 214; trib. Louvain, 18 nov. 1892, *D. P.*, 1893, 2, 476) ; c'est seulement si l'ascendant est demeuré étranger au partage, *de fait et d'intention* (arrêts précités du 24 juin 1872 et du 8 mars 1932), que l'opération se présente sous l'aspect d'un partage ordinaire.

1934. 2° Deuxième règle. — *L'ascendant ne peut se mouvoir que dans les limites du disponible* : la *réserve* de chacun des enfants doit être respectée par l'acte de répartition, sans quoi il y aurait lieu à réduction des libéralités consenties qui seraient ramenées, conformément au droit commun, dans les limites du disponible; à la différence des règles relatives à la composition des lots, celles qui concernent la réserve sont d'*ordre public* (Req., 23 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 94; *inf.*, n° 1960; *sup.*, n° 1683).

1935. Répartition des biens ; apportionnement des descendants copartagés. — Sur ce point, la loi du 7 février 1938 a réalisé une heureuse réforme qui a été depuis étendue à tous les partages, quoiqu'en termes différents et dans une moindre mesure, par le décret-loi du 17 juin de la même année.

Dans la rigueur du système du Code civil, la répartition devait être effectuée en conformité des articles 826 et 832, applicables à tous les partages puisqu'ils réalisaient la grande loi de l'*égalité en nature*, considérée comme de l'essence même de cette opération; chacun des lots devait donc contenir, autant que possible, une même quantité de biens de même nature, meubles, immeubles, droits, créances, réserve faite du tempérament habituel pour le cas où l'un des biens serait impartageable ou difficilement partageable (Civ., 24 juin 1868, *S.*, 1868, 1, 330; Req., 26 juin 1882, *D. P.*, 1883, 1, 70).

Cette assimilation du partage d'ascendant au partage ordinaire était à la fois contestable juridiquement et pratiquement pernicieuse : car, d'une part, elle revenait à appliquer à un partage *amiable* une règle instituée dans les articles 826 et 832 pour le partage *judiciaire*; surtout, elle faisait obstacle, dans bien des cas, à un aménagement raisonné, équitable, du partage d'ascendant, puisqu'elle plaçait l'ascendant dans l'impossibilité de tenir compte des contingences individuelles et des aptitudes de chacun des enfants; il était dérisoire de mettre dans le lot d'un intellectuel, d'un fonctionnaire, d'un artiste, un domaine agricole ou un fonds de commerce. Aussi arrivait-il que l'ascendant, rebuté par un système trop rigide, renonçât à procéder à une répartition, pour l'aménagement de laquelle il n'avait pas ses coudées franches : le partage d'ascendant se trouvait défavorisé, écarté par son défaut de praticabilité.

L'inconvénient était si grave que la jurisprudence s'efforçait de l'atténuer par ses propres moyens et de trouver des accommodements avec une loi trop formaliste; elle y parvenait en quelque mesure, soit en décidant que « dans un partage d'ascendant, le testateur peut, suivant les circonstances, les convenances ou la situation de ses héritiers, suivant la nature, la consistance de ses biens, ne pas s'astreindre dans la composition des lots en immeubles ou meubles, à une rigoureuse égalité ». (Req., 23 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 94); soit en abandonnant au juge du fond le soin de vérifier si un partage d'ascendant respectait ou non la grande loi

de l'égalité entre les copartagés (Req., 31 mars 1914, *S.*, 1914, 1, 447); soit encore en considérant que la règle de l'égalité en nature n'intéressait pas l'ordre public et en validant en conséquence les clauses pénales insérées en vue d'éluder la nullité sanctionnant les infractions à cette règle (Req., 26 juin 1882, *D. P.*, 1883, 1, 70). Malgré tout, ces tempéraments ingénieux étaient insuffisants et l'intervention du législateur pouvait seule conférer au partage d'ascendant son utilité et sa praticabilité.

1936. Loi du 7 février 1938. — Cette intervention s'est produite avec la loi du 7 février 1938 qui a modifié les articles 1075 à 1080, notamment en complétant l'article 1075 aux termes duquel, dans sa nouvelle rédaction, l'ascendant procède au partage de ses biens entre ses descendants « *sans être tenu de se conformer aux articles 826 et 832 du Code civil* »; il est vrai que cette addition a disparu dans la rédaction bientôt adoptée par le décret-loi du 17 juin 1938; mais, comme il a déjà été dit (*sup.*, n° 1920), cette suppression est le résultat d'un oubli ou d'une étourderie, à moins que les auteurs du décret-loi n'aient considéré, ce qui était excessif, que la réforme générale qu'ils opéraient en modifiant l'article 832 en vue de donner plus de liberté aux intéressés dans le partage ordinaire, valait du même coup pour le partage d'ascendant. Mais il n'en reste pas moins que l'article 826, à la différence de l'article 832, subsiste, actuellement encore, dans sa teneur primitive, et qu'il y a donc intérêt à admettre que la véritable rédaction de l'article 1075 est bien celle du 7 février 1938, et non pas celle du 17 juin de la même année.

Avec ce régime libéral, l'ascendant va pouvoir mettre l'unique immeuble qu'il possède, et par exemple l'exploitation agricole, dans le lot de tel enfant, tout en remplissant les autres de leurs droits avec des créances, des valeurs de bourse, de l'argent; il assurera ainsi la distribution la meilleure et il sauvegardera l'unité de l'exploitation; il conjurera le morcellement de l'héritage qui, divisé en trois parcelles ou davantage, aurait perdu une bonne partie de sa valeur, aurait été d'une exploitation difficile et n'aurait suffi à assurer la subsistance d'aucun des copartagés, alors que, maintenu dans son unité et son intégrité, il conserve sa valeur économique et culturale et rend le maximum tout en restant dans la famille : la réforme réalisée présente ainsi une importance économique, agricole et familiale qui ne

saurait être surestimée et que nous avons déjà soulignée en étudiant le partage en général (*sup.*, n° 1177*bis*).

Ce n'est pas à dire, cependant, que la possibilité d'attribuer l'immeuble familial tout entier à l'un des enfants, existe *pratiquement* dans tous les cas; encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que d'autres biens existent dans le patrimoine de l'ascendant pour remplir les autres enfants des parts qui leur reviennent, ou encore que l'attributaire de l'immeuble soit à même de fournir à ses copartagés une récompense pécuniaire, suffisante pour les indemniser; la loi du 7 février 1938 n'a pas résolu toutes les difficultés; elle a donné toute latitude à l'ascendant; elle lui a laissé carte blanche, théoriquement plutôt que pratiquement; elle n'en fournit pas moins, avec les lois sur le remembrement de la propriété (*sup.*, t. I, n° 1441), les dispositions législatives qui permettent de conjurer le partage à la demande d'un seul (*sup.*, n° 1071), et l'extension donnée à la réduction en moins prenant (*sup.*, n° 1741), une contribution capitale au problème de la transmission intégrale de l'exploitation familiale (V. Voirin, *D. H.*, 1938, *Chr.*, p. 29).

§ II. — *EFFETS PRODUITS PAR LE PARTAGE D'ASCENDANT*

1937. Distinction. — Pour déterminer les *effets* du partage d'ascendant, il est nécessaire de distinguer selon qu'il a été effectué par acte entre vifs ou par acte testamentaire. Nous commençons par envisager cette dernière éventualité, parce qu'elle est la moins complexe.

1938. I. Effets du partage testamentaire. — Ils sont à apprécier, d'abord dans la période *antérieure au décès* de l'ascendant, puis au cours de celle qui *suit ce décès*.

A. **Période antérieure au décès de l'ascendant.** — Le principe fondamental est que le partage testamentaire a le caractère d'un acte *de dernière volonté*. En conséquence :

1° Il peut être *révoqué* ou *remanié* au gré du disposant; la révocation est *expresse* ou *tacite*, selon le droit commun (*sup.*, n° 1640); mais elle ne résulte certainement pas de l'aliénation, par le testateur, d'un des biens ou de plusieurs des biens compris dans le partage; si cependant l'aliénation affectait tous les biens compris dans le lot de l'un des enfants, celui-ci serait à considérer comme ayant été omis

dans le partage, qui encourrait donc la nullité instituée par l'article 1077 (*sup.*, n° 1924; *inf.*, n° 1943);

2° D'autre part, les *changements de valeur*, survenus avant le décès, ne sont, en thèse générale, d'aucune importance : ce sera tant pis ou tant mieux pour les enfants qui en bénéficieront ou qui en pâtiront, sans qu'ils puissent, de ce chef, exercer des recours les uns contre les autres (Arg., art. 1018 et 1019); cependant, si ces changements aboutissaient à déterminer, au détriment de l'un d'eux, une *lésion* de plus du quart, le partage serait rescindable en vertu de l'article 1079 (*inf.*, n° 1945).

1939. B. Période consécutive au décès du testateur. — On a beaucoup discuté jadis sur la situation juridique faite aux copartagés par le *décès* du testateur : doit-on les traiter désormais ainsi que des légataires? Ou bien ne convient-il pas de les considérer comme des héritiers *ab intestat*? En réalité, la controverse est résolue depuis longtemps dans le dernier sens : conformément à la tradition, les copartagés viennent à la succession en vertu de leur vocation héréditaire; le testament a fait d'eux des copartagés, non des légataires; il a effectué entre eux, et par anticipation, le partage de la succession légitime; le partage testamentaire est un acte de classement, un acte *répartitif* et non pas *dévolutif*; le titre fondamental des enfants est inscrit dans la loi, non dans le testament qui s'est borné à opérer un *aménagement de la dévolution héréditaire*.

Ce principe fondamental, qui est admis en jurisprudence et en doctrine, conduit, entre autres, aux applications suivantes :

1° Les enfants ne pourraient pas répudier, comme légataires, le lot qui leur a été assigné, pour accepter, comme héritiers, la succession de l'ascendant;

2° De même, et à l'inverse, ils n'auraient pas la faculté de répudier la succession, comme héritiers, pour s'en tenir, comme légataires, au lot qui leur a été attribué;

3° C'est seulement s'ils *acceptent la succession* qu'ils ont droit aux lots dont ils sont apportionnés; il leur est d'ailleurs loisible d'accepter soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire;

4° Ils sont *saisis* de plein droit des biens mis dans leur lot, sans avoir à former une demande en délivrance et ils sont donc tenus, s'ils ont accepté la succession purement et sim-

plement, au paiement des dettes *ultra vires hereditatis*, proportionnellement à leur vocation héréditaire;

5° Ils sont tenus, dans leurs rapports respectifs, de l'obligation de *garantie*, obligation à laquelle ils ne seraient pas assujettis en tant que légataires;

6° Le partage testamentaire, simple acte distributif, n'a pas la valeur d'un juste titre : chacun des enfants continue, en tant qu'héritier, la possession de son auteur dont il prend la suite;

7° Le partage d'ascendant est doué de l'effet *déclaratif* de l'article 883;

8° Enfin, la *capacité* exigée chez les enfants est celle de recueillir la succession *ab intestat* de leur auteur, non celle d'être gratifiés par lui; nous avons fait une application de cette idée au descendant qui serait sous le coup d'une peine perpétuelle (*sup.*, n° 1927).

1940. II. Effets de la donation-partage. — La même distinction s'impose entre les deux périodes, *antérieure* et *consécutive* au décès de l'ascendant.

A. Période antérieure au décès. — L'idée maîtresse, dont l'exactitude, jadis contestée, n'est plus mise en doute, est que, du vivant de l'ascendant, le partage ne saurait être considéré comme un partage de succession; suivant le mot de Pothier, *nulla est viventis hereditas*; les descendants ne sont donc pas à traiter comme ses héritiers (Req., 3 janv. 1934, *S.*, 1937, 1, 1, note Vialleton); ils sont des *donataires copartagés*.

Nombreuses sont les conséquences de cette idée tant dans les rapports des copartagés avec l'ascendant que dans leurs rapports entre eux ou avec des tiers.

1° *Rapports des copartagés avec l'ascendant.* — Sous cet angle, c'est l'idée de *donation* qui prédomine : l'ascendant fait figure de donateur; les enfants ont la position juridique de donataires; en conséquence :

a) L'ascendant est complètement *dessaisi*;

b) Il n'est pas tenu de l'obligation de *garantie* (*sup.*, n° 1556);

c) Les enfants sont exposés à la *révocation* de la disposition pour cause d'ingratitude ou d'inexécution des charges;

d) Les créanciers de l'ascendant peuvent attaquer le partage au moyen de l'action *paulienne*, comme ils seraient recevables à le faire pour toute autre donation, et sans avoir,

semble-t-il, à prouver la complicité des enfants : le caractère de donation prime, à cet égard, celui de partage (Comp., Grenoble, 10 mai 1873, *S.*, 1873, 2, 271) ;

c) Les enfants ne sont pas tenus des *dettes* de l'ascendant; et la convention qui les y assujettirait serait nulle en tant qu'elle viserait les dettes futures indéterminées (*sup.*, n° 1361; Civ., 4 mars 1878, *D. P.*, 1878, 1, 149) ;

2° *Rapports des copartagés entre eux ou vis-à-vis des tiers.* — A ce point de vue, c'est l'idée de *partage* qui est prépondérante (Req., 7 août 1860, *D. P.*, 1860, 1, 198) ; en conséquence :

a) Les enfants peuvent exercer, entre eux, un recours en *garantie* en cas d'éviction, de même qu'ils sont admis à exiger le paiement des *soultes* mises à leur charge par l'acte de donation, ces deux actions étant garanties par le privilège du copartageant de l'article 2103 (Req., 7 août 1860 précité; Besançon, 8 juin 1857, *D. P.*, 1858, 2, 66) ;

b) L'enfant, créancier d'une soulte, ne saurait, s'il n'est payé, poursuivre la révocation de l'acte pour inexécution des obligations de la part de son débiteur (mêmes arrêts) ;

c) Vis-à-vis des tiers, les enfants ne sont propriétaires des immeubles que par la *transcription* de leur titre (art. 939).

1941. B. **Période consécutive au décès.** — Le point de vue change et deux directives sont à poser, dont la combinaison est assez subtile :

1° *Le partage entre vifs est mué en un partage de succession*; les enfants ne sont plus des donataires copartagés, mais des *héritiers copartagés*. En conséquence :

a) Ils peuvent accepter la succession, purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, comme ils peuvent aussi la répudier;

b) Ils ont l'exercice de toutes les actions en nullité, en rescision, etc., car l'acte a développé tous ses effets (*inf.*, n° 1954) ;

c) S'ils acceptent la succession, ils sont désormais tenus du *passif* comme tous autres héritiers et proportionnellement à leur vocation;

2° Cependant, et malgré le décès de l'ascendant, les enfants copartagés *demeurent des donataires*; leur titre, qui était une donation, ne se trouve point résolu. Aussi :

a) Ceux d'entre eux qui renoncent, conservent leurs lots jusqu'à concurrence de la quotité disponible;

b) Les biens donnés sont à l'abri des créanciers de l'ascen-

dant, du moins si les enfants n'acceptent sa succession que sous bénéfice d'inventaire;

c) Pour la même raison, ils n'ont rien à craindre des légataires qui auraient seulement la ressource d'exiger que les biens partagés fussent réunis fictivement à la masse pour le calcul du disponible et de la réserve (art. 922);

d) L'acte de partage constitue, pour les enfants, un *titre* d'acquisition leur permettant de séparer leur *possession* de celle de l'ascendant;

e) Enfin, les biens partagés échappent au rapport, en vertu d'une dispense virtuelle nécessaire (*sup.*, n° 1125) : le rapport suppose un partage; or, c'est précisément pour conjurer le partage après son décès que l'ascendant a réalisé un partage anticipé.

§ III. — *DES VICES DONT PEUT ÊTRE ATTEINT UN PARTAGE D'ASCENDANT ET DE LEURS CONSÉQUENCES*

1942. Classification. — Très nombreuses sont les causes pour lesquelles peut être attaqué un partage d'ascendant; pour les classer, on peut se placer à différents points de vue.

1° On peut opposer, comme nous l'avons fait sur différents points, la *donation-partage* et le *partage testamentaire*; certaines causes de destruction sont spéciales à la première opération, notamment la révocation pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude, ou au moyen de l'action paulienne : le copartagé testamentaire échappe à ces menaces, du moins à ce titre seul, puisqu'il a la qualité, non de légataire, mais d'héritier légitime (*sup.*, n° 1939);

2° Sous un angle différent, on oppose le *droit commun* au droit des *partages anticipés* : tandis que certaines causes de nullité atteignent ces derniers par application des principes généraux (incapacités, vices du consentement), il est des causes de destruction qui sont particulières au partage d'ascendant (omission d'un enfant, atteinte à la réserve d'un copartagé).

3° **Plan.** — Nous nous en tiendrons à une troisième classification tirée de la nature de la sanction qui est soit la *nullité*, soit la *révocation*, soit la *rescision*, soit enfin la *réduction* du partage; après avoir déterminé *dans quels cas* l'opération peut être attaquée, nous rechercherons *à quelles règles obéissent* les diverses actions; enfin, nous décrirons les *pro-*

cédés auxquels la pratique a recours pour conjurer la destruction ou le remaniement du partage d'ascendant.

C'est surtout dans cet ordre d'idées que la loi du 7 février 1938 a introduit d'utiles réformes en vue de soustraire, autant que possible, le partage aux éventualités de destruction qui le menacent, et d'assurer par là même sa stabilité.

I

Nullité, révocation, rescision ou réduction d'un partage d'ascendant

1943. I. Cas de nullité. — La *nullité* peut tenir à des causes très différentes :

1° Les unes qui ressortissent au droit commun des obligations et des contrats : *incapacité* des parties; *vices du consentement; vice de forme*;

2° Une autre, qui est spéciale au partage : l'*omission*, dans l'opération, de l'un des descendants. Mais ici, une réforme importante a été réalisée par la loi du 7 février 1938 : alors que, d'après le Code civil, l'omission entraînait, par elle-même, la nullité du partage, l'article 1077, dans sa rédaction nouvelle, réserve le cas où il existerait, au moment de l'ouverture de la succession « *des biens non compris dans le partage et suffisants pour constituer la part des héritiers qui n'y ont pas reçu leur lot...* »; dans cette dernière éventualité, on complétera, à l'aide des biens non partagés, l'opération qui sera ainsi sauvée de la nullité dont elle aurait été frappée inévitablement sous le régime du Code civil; elle ne tombera désormais que si, d'une part, l'un des descendants a été omis, et si, de plus, cette omission ne peut pas être réparée, lors de l'ouverture de la succession, avec les biens non partagés; par là, se trouve exclu ou sensiblement limité un risque de nullité, et par là est donc renforcée la stabilité de l'opération.

Rapport. — Si la nullité du partage est prononcée, les descendants qui procèdent à une nouvelle répartition des biens successoraux, sont assujettis à l'obligation de rapporter à la succession les biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, ceci conformément en droit commun (art. 1078, § 4).

Il est rappelé que la rupture de l'égalité en nature qui, d'après le Code civil, était également sanctionnée par la nullité, n'est plus prise en considération depuis que la loi du 7 février 1938 et le décret-loi du 17 juin de la même

année ont rendu cette égalité facultative (*sup.*, n° 1935).

Parmi les nullités, il en est qui sont certainement *relatives*, à savoir celles qui procèdent d'une incapacité ou d'un vice du consentement, alors que d'autres sont assurément *absolues*, à savoir celles qui tiennent à un vice de forme ou à l'omission d'un descendant (Req., 5 nov. 1877, *D. P.*, 1878, 1, 372; — V. la note de M. Vialleton, *S.*, 1928, 1, 273).

1944. II. Révocation. — Les causes de *révocation* sont, comme nous l'avons déjà noté, spéciales à la donation-partage, laquelle est sujette à être atteinte :

1° Pour cause d'*inexécution des charges*;

2° Pour cause d'*ingratitude* du donataire;

3° Au moyen de l'action *paulienne* et sur l'initiative des créanciers de l'ascendant.

Mais les deux premières causes de révocation appellent une observation essentielle : ce qu'elles font tomber, c'est seulement la libéralité adressée au donataire inexact ou ingrat : mais *le partage lui-même subsiste*; seul disparaît une des éléments de l'opération qui se trouve vidée d'une partie de son contenu mais qui reste cependant debout, l'enfant atteint par la révocation ne pouvant être assimilé à un enfant omis (*Sic.*, Req., 22 fév. 1922, *D. P.*, 1923, 1, 80; Bordeaux, 30 déc. 1908, *D. P.*, 1910, 2, 369 note L. Thomas, *S.*, 1911, 2, 177, note Louis Hugueney. — *Contra*, Bordeaux, 4 déc. 1871, *D. P.*, 1872, 2, 177; Besançon, 23 mars 1880, *D. P.*, 1881, 2, 15).

Quant à l'action *paulienne* qui se ramène, en définitive, à une action en nullité d'un genre spécial, très minimisée (*sup.*, t. II, n° 703), elle ne fait tomber les libéralités consenties par le disposant qu'en faveur du demandeur et dans les limites de ses intérêts (*sup.*, t. II, n° 701).

1945. III. Rescision pour cause de lésion. — L'article 1078, nouvelle rédaction, décide, dans son premier alinéa, que le partage d'ascendant peut être attaqué pour cause de *lésion de plus du quart*.

En cela, cette opération suit le statut du partage ordinaire (*sup.*, n° 1234) : elle est considérée comme lésionnaire et devient donc rescindable du moment que les biens mis dans le lot de l'un des descendants ne représentent pas les trois quarts de la valeur qui aurait dû lui être attribuée.

Cette théorie de la rescision pour cause de lésion obéit aux règles suivantes :

1° La lésion doit être appréciée, non plus, comme sous l'empire du Code civil et d'après une jurisprudence constante, dans tous les cas au jour de l'ouverture de la succession, mais à des époques différentes selon que le partage a été effectué par testament ou par donation; c'est dans le premier cas seulement qu'il y a toujours lieu de se placer, pour rechercher s'il y a lésion et quelle est son importance, au jour du décès : toute autre solution serait alors inconcevable, puisque, du vivant de l'ascendant, un tel partage, acte de dernière volonté, ne saurait produire d'effets (*sup.*, n° 1938). Mais, pour la donation-partage, le même raisonnement ne peut plus être reproduit, puisque l'opération développe aussitôt ses effets et puisque les descendants ont la position juridique de donataires copartagés (*sup.*, n° 1940); aussi l'article 1078, § 2, décide-t-il, dans sa nouvelle rédaction, telle qu'elle a été fixée par la loi du 7 février 1938 et contrairement à la solution admise antérieurement par la jurisprudence, que, « *pour juger s'il y a lésion dans le partage fait entre vifs, on estime les biens suivant leur valeur à l'époque de l'acte* ».

C'est donc au jour de la donation-partage que l'on se placera désormais pour apprécier s'il y a lésion et quelle en est l'importance; ce nouveau critère présente un double avantage : 1. il réalise une concordance parfaite avec les régimes institués en matière de rapport (*sup.*, n° 1142) et de réduction (*sup.*, n° 1709); 2. il soustrait l'opération aux risques que lui faisaient courir, avec le système jurisprudentiel, les changements survenus dans la valeur des biens donnés, entre le jour du partage et celui du décès de l'ascendant, risques particulièrement graves dans une période de troubles économiques comme celle que nous traversons depuis la dernière guerre; il est d'ailleurs peu rationnel de faire dépendre la validité et les destinées d'un contrat définitivement conclu d'éventualités postérieures à sa formation; le système auquel s'est arrêté le législateur de 1938 n'a pas seulement le mérite d'avoir réalisé une plus grande stabilité de la donation-partage; il présente aussi celui d'être conforme à la logique juridique;

2° On ne tient compte, pour la recherche de la lésion, que de la masse des biens partagés, à l'exclusion des autres biens laissés par l'ascendant (Aubry et Rau, 5e éd., t. XI, p. 614). L'opinion opposée, soutenue par plusieurs auteurs (Bonnet, *op. cit.*, t. II, 572; Barafort, *op. cit.*, p. 50) et d'après laquelle la lésion s'estimerait eu égard à la masse totale de

la succession de l'ascendant, est depuis longtemps abandonnée, comme contraire à la teneur même de l'article 1078, § 2, telle qu'elle vient d'être rapportée, comme à celle de l'article 1076 d'où il résulte que les biens non partagés demeurent complètement en dehors de l'opération (Caen, 31 janv. 1848, *D. P.*, 1849, 2, 154; Bordeaux, 27 déc. 1869, *D. P.*, 1871, 2, 201; *Contra*, Poitiers, 5 mars 1862, *D. P.*, 1862, 2, 119). Il peut donc advenir que l'enfant qui a recueilli la plus forte part soit cependant admis à quereller le partage pour cause de lésion : il suffit de supposer, d'abord qu'il avait reçu de son auteur une libéralité préciputaire demeurée en marge du partage d'ascendant et portant, par exemple, sur le disponible tout entier, puis qu'il ne reçoit dans ce partage que moins des trois quarts de sa part héréditaire (V. les deux arrêts précités). A l'inverse, l'enfant qui a recueilli les trois quarts de sa part héréditaire dans les biens partagés ne peut pas arguer le partage de lésion, alors même que, par suite des libéralités consenties par l'ascendant à d'autres personnes, il n'aurait pas obtenu les trois quarts de sa part dans la masse totale, alors même qu'il ne serait pas rempli de sa réserve (Req., 17 août 1863, *S.*, 1863, 1, 529).

Du moins est-il admis que, s'il y a eu plusieurs partages successifs, la lésion doit se calculer sur l'ensemble des opérations entre lesquelles on n'établit pas de cloisons étanches, mais qui deviennent communicantes, si bien que tel qui a été lésé par l'une des opérations, peut se trouver indemnisé par l'autre (Civ., 18 déc. 1854, *D. P.*, 1855, 1, 55; Rennes, 17 mars 1928, *Rec. Somm.*, 1928, n° 3965; Limoges, 18 oct. 1930, *S.*, 1931, 2, 170);

3° On doit tenir compte, pour apprécier la valeur de la part de chacun des donataires, des *charges* dont la libéralité a pu être assortie (Civ., 8 janv. 1913, *D. P.*, 1913, 1, 208).

Rapport. — Si la rescision du partage est prononcée, l'opération tombe et les descendants, qui procèdent à une nouvelle répartition des biens, doivent rapporter à la succession les biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, ce qui n'est que l'application du droit commun (art. 1078, § 4).

1946. IV. Réduction. — Le partage d'ascendant est soumis au droit commun de la réserve et du disponible, c'est-à-dire que les libéralités directes incluses dans l'acte de partage sont sujettes à réduction si elles portent *par elles-mêmes*

atteinte à la réserve (Req., 20 déc. 1847, *S.*, 1848, 1, 231; Civ. 28 oct. 1929, *D. P.*, 1930, 1, 93).

Mais, en outre, le Code civil institue, dans l'article 1079, une *action spéciale* en vue d'assurer aux copartagés le complément de leur réserve lorsque l'un d'eux, à raison de la conjugaison du partage avec des libéralités préciputaires consenties en sa faveur, a reçu un avantage qui excède le disponible.

1947. Hypothèse prévue. — On suppose que c'est le *même descendant* qui, d'une part est donataire ou légataire par préciput de tout ou partie de la quotité disponible, et qui, de plus, trouve un avantage dans le partage à raison de l'inégalité des lots : c'est alors, mais alors seulement, que les autres copartagés, dont la réserve est atteinte par la combinaison du partage et des dispositions préciputaires, peuvent intenter l'action spéciale en réduction de l'article 1079, encore qu'aucun des avantages, isolément considérés, ne saurait être critiqué, le premier parce qu'il n'excède pas, on le suppose, le disponible, le deuxième parce qu'aucun des ascendants n'est lésé de plus du quart : c'est du rapprochement des deux avantages que ressort le tort fait aux copartagés, et c'est ce rapprochement que la loi autorise et consacre en permettant aux enfants sacrifiés d'attaquer le partage intervenu dans ces conditions : elle ne veut pas que l'avantage découlant du partage soit traité, sous prétexte qu'il ne donne pas ouverture à la rescision pour cause de lésion, comme une quantité négligeable, comme une sorte d'avantage entre associé : l'un des copartagés a reçu, en définitive, « *un avantage plus grand que la loi ne le permet* » (art. 1079, § 1), c'est-à-dire un avantage qui, dans sa totalité, excède sa part de réserve et le disponible réunis; les autres descendants, qui voient leur réserve menacée, vont pouvoir demander que cet avantage soit ramené aux proportions permises par la loi, et c'est dans ce but qu'ils exerceront l'action instituée dans l'article 1079, action dont le caractère bien spécial résulte nettement de cette circonstance qu'elle est réglementée, depuis la loi du 7 février 1938, à part et dans une disposition qui lui est exclusivement consacrée.

Il résulte de cet aperçu que l'action spéciale de l'article 1079 ne serait recevable :

1° Ni dans le cas où, en l'absence de dispositions préciputaires, la réserve serait compromise par les seules dispo-

sitions incluses dans le partage : l'action en réduction du droit commun et l'action en rescision pour cause de lésion seraient alors seules admises, suivant les éventualités, et suffiraient à tout;

2° Ni dans l'hypothèse où l'enfant, donataire ou légataire par préciput du disponible, n'aurait pas été avantagé par le partage;

3° Ni enfin, dans celle où les libéralités hors partage auraient été consenties, soit à un étranger, soit à un enfant autre que celui qui se trouve avantagé par le partage (Agen, 1er juin 1868, *S.*, 1868, 2, 204).

1948. Nature de l'action. — L'action instituée par l'article 1079 n'est *ni l'action en réduction du droit commun*, puisqu'elle ne peut jamais atteindre un gratifié étranger et qu'elle tend à faire rentrer des biens, non dans la masse générale à partager, mais dans le lot du copartagé qui avait été sacrifié; *ni une action en rescision*, puisqu'elle suppose absolument une atteinte portée à la réserve et puisque le législateur en traite dans une disposition (art. 1079) distincte de celle qui est consacrée au cas de lésion (art. 1078). Il faut donc admettre qu'elle présente, comme s'en explique d'ailleurs formellement le nouveau texte, le caractère d'une *action en réduction spéciale*, adaptée au partage d'ascendant. Il en résulte, entre autres conséquences : 1° qu'elle n'entraîne pas l'annulation du partage mais seulement sa rectification; aux termes de l'article 1079, § 1, « *celui ou ceux des copartagés qui n'auront pas reçu leur réserve entière pourront demander la réduction à leur profit du lot attribué au préciputaire* »; 2° c'est donc seulement contre l'enfant avantagé au delà de la quotité disponible que l'action est dirigée à fin de retranchement, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause les autres copartagés (art. 1979, § 1, texte précité; *inf.*, n° 1952).

1949. Possibilité d'arrêter le cours de l'action. — Logiquement, et parce que l'action spéciale en réduction se différencie nettement de l'action en rescision pour cause de lésion, on devrait décider que le défendeur à ladite action ne peut pas en arrêter le cours en offrant aux demandeurs de leur assurer le complément de leur réserve en argent : c'est seulement avec des biens de la succession que l'équilibre pourrait être rétabli; ainsi l'exige d'ailleurs le grand principe d'après lequel les héritiers ont droit à leur réserve *en nature* (*sup.*, n° 1685).

Telle était bien la solution qui avait cours sous l'empire du Code civil : on s'accordait à déclarer l'article 891 inapplicable en l'occurrence. Mais, sur ce point encore, la loi du 7 février 1938 a innové; aux termes du nouvel article 1079, § 2 : « *Le défendeur peut arrêter le cours de l'action en offrant d'abandonner aux demandeurs, soit en nature, soit en numéraire, ce qui excède la quotité disponible, jusqu'à concurrence de ce qui leur manque pour compléter leur part dans la réserve.* » La raison de cette solution dérogatoire au droit commun n'est autre que le désir, chez le législateur, de conjurer la dislocation du partage d'ascendant; tout moyen est bon qui permet d'éviter cette éventualité et d'assurer le maintien, la stabilité de l'opération; à cet objectif on sacrifie même la règle qui voudrait que les descendants fussent remplis de leur réserve, en nature, avec les biens de la succession, et on les oblige à se contenter d'une indemnité pécuniaire, complémentaire du montant de leur réserve qui leur sera donc fournie partie en nature et pour le reste en argent.

II

Règles applicables aux diverses actions Réalisation de la nullité, de la révocation, de la rescission ou de la réduction

1950. Plan. — Il y a lieu d'examiner :
1° A *qui* appartient l'action;
2° *Contre qui* elle peut être intentée;
3° Quels *effets* elle produit;
4° *A quelle époque* elle peut être exercée.

1951. I. A qui appartient l'action. — La solution à donner varie suivant la nature des différents vices dont le partage est atteint; les nullités *relatives* ne sont à la disposition que des personnes dans l'intérêt desquelles elles ont été édictées; de même, il n'appartient qu'à la victime de la *lésion* de plus du quart — ainsi qu'à ses *héritiers* et à ses *créanciers* — de poursuivre la rescision du partage (Agen, 14 juin 1898, *D. P.*, 1899, 2, 221). Au contraire, les nullités *absolues* peuvent être invoquées par tous intéressés, notamment celle qui sanctionne l'*omission* d'un descendant : même les enfants qui ont figuré à l'opération sont admis à s'en prévaloir (Req., 5 nov. 1877, *D. P.*, 1878, 1, 372; Rouen, 26 déc. 1873, *D. P.*, 1877, 5, 320).

1952. II. Contre qui l'action peut ou doit être intentée. — Elle doit être dirigée contre tous les contradicteurs naturels, c'est-à-dire ordinairement contre tous les descendants copartagés; cependant, il en va autrement de l'action *spéciale en réduction*, laquelle ne doit être dirigée que contre l'enfant qui a reçu un avantage excessif, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause les autres copartagés (arg. art. 1079, § 2, nouv. réd. aux termes duquel « *le défendeur* peut arrêter le cours de l'action... »; Agen, 28 mai 1850, *S.*, 1851, 2, 177, *D. P.*, 1851, 2, 8).

1953. III. Effets de l'action. — En ce qui concerne les *effets* produits par les différentes actions, nous nous sommes précédemment expliqué au sujet de chacune d'elles : nous nous bornons à rappeler que la *révocation* d'une libéralité incluse dans un partage entre vifs n'entraîne nullement la nullité de ce partage (*sup.*, n° 1944), et que l'*action spéciale en réduction* de l'article 1079 aboutit seulement à un remaniement de l'acte répartitif, à une rectification dont le descendant avantagé au delà du disponible fait seul les frais (art. 1079, § 1, nouv. réd.; *sup.*, n° 1948).

Au contraire, l'action en *rescision* pour lésion de plus du quart, fait tomber le partage tout entier, conformément d'ailleurs au droit commun en pareille matière (*sup.*, n° 1235), en sorte que les enfants sont replacés en état d'indivision (Req., 6 août 1884, *D. P.*, 1885, 1, 49, note Mérignhac); mais, conformément à ce même droit commun, les défendeurs ont la facilité d'arrêter le cours de l'action et de sauver l'acte répartitif du danger qui le menace en offrant à la victime de la lésion une indemnité en argent qui effacera le vice dont l'acte était atteint (art. 1078, § 3, nouv. réd. cbn., art. 891; *sup.*, n^{os} 1235 et 1236). On sait que la même ressource appartient, depuis la loi du 7 février 1938, au défendeur à l'action *spéciale en réduction* (art. 1079, § 2, nouv. réd., *sup.*, n° 1949).

1954. IV. De l'époque à laquelle peuvent être exercées les différentes actions. — Il faut voir, d'abord *à partir de quel moment* les actions peuvent être exercées, puis *jusqu'à quel jour* elles sont à la disposition du titulaire.

A. **Ouverture des actions.** — La question n'existe pas pour le partage *testamentaire* : jusqu'au jour du décès de l'ascendant, cet acte n'est qu'un simple projet qui peut

demeurer secret et qui comporte des remaniements au gré du repentir du testateur. C'est donc seulement avec l'ouverture de la succession que prennent naissance les diverses actions que nous avons énumérées.

Mais, pour le partage entre vifs, des difficultés s'étaient élevées sous l'empire de la réglementation du Code civil, au moins en ce qui concerne certaines actions; elles ont été prévues et résolues, en partie, par la loi du 7 février 1938. Actuellement, la situation est la suivante :

1° Pour ce qui est de l'*action en rescision* pour cause de lésion de plus du quart et de l'action en *réduction spéciale* de l'article 1079, nous avons maintenant un texte aux termes duquel « *l'action ne peut être introduite qu'après le décès de l'ascendant qui a fait le partage, ou du survivant des ascendants s'ils ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse* » (art. 1080, § 2, nouv. réd.). En ce qui concerne ces deux catégories d'actions, le régime est donc le même pour la donation-partage que pour le partage testamentaire. C'était d'ailleurs la solution à laquelle s'était arrêtée la Cour de cassation antérieurement à la loi nouvelle (V. pour l'action en rescision, Civ., 15 juin 1933, *S.*, 1934, 1, 5, et, pour l'action spéciale en réduction, Civ., 14 juill. 1852, *D. P.*, 1852, 1, 203);

2° Le même traitement est à appliquer, par la force même des choses, tant à l'action en nullité pour cause *d'omission d'un descendant* qu'à l'action en *réduction du droit commun* : il est impossible de savoir, tant que l'ascendant est vivant, s'il y a eu véritablement omission ou atteinte à la réserve; l'expectative s'impose donc jusqu'à l'ouverture de la succession;

3° Restent les actions en nullité pour *incapacité* ou à raison d'un *vice du consentement*, et les actions en *révocation*. Le nouveau texte, tel qu'il est établi par la loi de 1938, ne les concerne pas; il ressort, en effet, de la combinaison des deux premiers alinéas de l'article 1080 que ces dispositions visent exclusivement les actions en rescision et en réduction spéciale (*inf.*, n° 1956). Dès lors, nous pensons qu'il y a lieu de décider que les actions dont s'agit peuvent être exercées immédiatement et du vivant de l'ascendant, puisque la donation-partage est un acte entre vifs qui produit des effets immédiats; telle était la solution admise antérieurement à la loi nouvelle, et rien ne laisse supposer qu'elle ait entendu l'écarter; son silence sur ce point est à interpréter dans le

sens d'une référence tacite au droit commun qui était en même temps le droit antérieurement en vigueur.

1955. B. Jusqu'à quel moment les actions peuvent être exercées. — Les actions s'éteignent, soit par la *prescription*, soit par la *confirmation*, expresse ou tacite.

1° Par la *prescription*, qui est de *trente ans* pour l'action *paulienne* (*sup.*, t. II, n° 705), ainsi que pour l'action en révocation fondée sur l'inexécution des charges (*sup.*, n° 1612), d'*une* année pour l'action en révocation basée sur l'ingratitude du gratifié (*sup.*, n° 1636), et de *dix ans*, pour les actions en nullité étayées sur l'incapacité, les vices du consentement.

En ce qui concerne les actions plus spécifiquement liées à l'opération du partage d'ascendant, un traitement particulier est fait, par la loi du 7 février 1938, à l'action en rescision pour cause de lésion et à l'action en réduction spéciale de l'article 1079 : aux termes de l'article 1080, § 3, nouvelle rédaction, ces actions s'éteignent par une prescription de *deux années*, mais il ne semble pas que cette courte prescription soit applicable à l'action en nullité pour omission d'un descendant; comme nous en avons fait l'observation, les dispositions incluses dans l'article 1080 ne valent que pour l'action en rescision et l'action spéciale en réduction; cette partie limitée du texte se dégage de la formule liminaire : « L'enfant qui, *pour une des causes exprimées dans les deux articles précédents...* »; or, ces deux articles précédents réglementent, l'un le cas du partage lésionnaire, l'autre l'action spéciale en réduction. Il est bien vrai que l'article 1078 se réfère en outre, dans son dernier paragraphe, au cas où l'un des descendants aurait été omis dans le partage, mais cette référence incidente ne saurait cadrer avec la formule liminaire et restrictive de l'article 1080 : ce n'est pas dans l'article 1078 qu'il est traité de la nullité du partage pour omission d'un descendant; cette « *cause* » de nullité est « *exprimée* » dans l'article 1077, lequel n'est point visé par l'article 1080; à quoi il faut ajouter que l'économie de ce dernier texte qui, dans son premier alinéa, vise l'estimation des biens et suppose que la réclamation du demandeur n'était pas fondée, s'harmonise bien mal avec le cas où l'un des descendants avait été omis dans le partage. Nous concluons, en conséquence, que l'action en nullité, basée sur l'article 1077, s'éteint, non par la prescription *exceptionnelle* de l'article 1080, laquelle ne saurait être

étendue au delà des limites assignées par la formule législative, mais seulement par la prescription *trentenaire*, qui constitue le droit commun en pareille matière (*Sic*, J. BOULANGER, *D. H.*, 1938, *Chr.*, p. 43; *contra*, VOIRIN, *Lois nouvelles*, 1938, 1, 47).

1956. — Quant au *point de départ* de la prescription, il procède de cette idée fondamentale qu'une action ne saurait se prescrire aussi longtemps qu'elle n'est pas née : *actioni non natae non præscribitur*. La loi du 7 février 1938 (art. 1080, § 3, nouv. réd.) donne formellement cette solution pour ce qui est de l'action en rescision et de l'action spéciale en réduction, en ajoutant cette précision qu'au cas où les ascendants « *ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse* », c'est le décès du survivant qui est à prendre en considération, comme point de départ de la prescription, et non le décès du prémourant. Ces solutions sont valables pour la donation-partage comme pour le partage testamentaire; elles étaient consacrées antérieurement à la loi nouvelle, par une jurisprudence constante (V. pour l'action en rescision, Civ., 23 mars 1887, *D. P.*, 1887, 1, 400; pour l'action spéciale en réduction, Req., 27 nov. 1865, *D. P.*, 1866, 1, 217; pour le partage conjonctif, Req., 25 fév. 1890, *S.*, 1890, 1, 207), elles sont exactes pour toutes les actions par lesquelles on peut attaquer en partage; à cet égard, les dispositions de l'article 1080, nouvelle rédaction, comportent l'interprétation extensive et l'argumentation par analogie, car elles se contentent de faire application, aux deux actions qu'elles visent expressément, du droit commun en matière de prescription.

1957. — 2° *Confirmation* : le partage d'ascendant, atteint d'un vice capable d'en déterminer la destruction ou le remaniement, est en principe susceptible de *confirmation*, notamment si l'une des parties était incapable, ou si son consentement a été vicié, ou si elle est lésée de plus du quart (*sup.*, n° 1237*bis*), ou même si elle n'a pas été remplie de sa réserve (Req., 26 fév. 1877, *D. P.*, 1878, 1, 162); mais on exige, conformément au droit commun, que la confirmation ait eu lieu en pleine connaissance de cause et qu'elle ne se trouve pas entachée du même vice que celui dont elle prétend purger l'acte (Civ., 14 mars 1866, *D. P.*, 1866, 1, 173). De plus, il est acquis que le partage *testamentaire*, simple projet, ne saurait être l'objet d'une confirmation du vivant de l'ascen-

dant (Civ., 11 juin 1872, *D. P.*, 1872, 1, 452; 27 juill. 1874, *D. P.*, 1875, 1, 366; Orléans, 29 juill. 1880, *D. P.*, 1881, 2, 161).

S'il y a eu *omission* d'un des descendants, la confirmation proprement dite est inconcevable : l'acte est inopérant et demeure tel; il manque d'un élément constitutif indispensable à son existence; mais il peut être sauvé par l'utilisation de biens non compris dans le partage, en vue de constituer la part des descendants omis (art. 1077; *sup.*, n° 1943).

1958. Récapitulation; avance des frais; dépens. — On peut maintenant faire le point des mesures édictées par le législateur de 1938 pour assurer la stabilité du partage d'ascendant : à cette préoccupation se rattachent les solutions suivantes :

1° L'exigence de l'égalité en nature est éliminée par l'article 1075 (réd. du 7 fév. 1938; *sup.*, n° 1935); par là se trouve, du même coup, écartée la perspective d'une nullité du partage pour infraction à cette mystique périmée;

2° L'omission d'un descendant n'entraîne la nullité du partage qu'autant qu'il n'existe pas, lors de l'ouverture de la succession, des biens suffisants pour constituer la part de l'omis (art. 1077; *sup.*, n° 1943); à la dislocation de l'opération se substitue alors son redressement; la politique du mieux remplace celle du pire;

3° Pour rechercher si l'un des copartagés a subi une lésion et, au cas d'affirmative, quelle en est l'importance, on se place, non plus au moment du décès, mais, du moins pour ce qui est de la donation-partage, à l'époque de l'acte (art. 1078, § 2; *sup.*, n° 1945); dans cette conception, l'ascendant pourra aisément réaliser un équilibre qui ne risquera pas d'être rompu par des circonstances économiques ultérieures;

4° Le droit nouveau ouvre au défendeur à l'action spéciale en réduction de l'article 1079, la possibilité d'en arrêter le cours en remplissant les demandeurs de leur réserve, soit en nature, avec des biens de la succession, soit aussi à l'aide d'une indemnité pécuniaire (art. 1079, § 2; *sup.*, n° 1949); il sera donc plus facile que par le passé d'éviter la dislocation de l'opération;

5° Les actions en rescision et en réduction spéciale ne peuvent être intentées qu'après le décès des ascendants (art. 1080, § 2; *sup.*, n° 1954);

6° Les mêmes actions se prescrivent par le délai exceptionnellement bref de deux années (art. 1080, § 3; *sup.*, n° 1956);

7° Il nous reste à signaler une dernière solution qui se rattache également au désir d'imposer aux copartagés le respect de la combinaison, telle qu'elle fut aménagée par l'ascendant : l'article 1080, § 1, prescrit, dans sa nouvelle rédaction, que l'enfant qui prétendra attaquer le partage en alléguant une lésion de plus du quart ou en exerçant l'action en réduction spéciale de l'article 1079, devra faire l'avance des frais d'estimation des biens compris dans le partage, frais qu'il supportera définitivement, ainsi que les dépens de la contestation, si sa réclamation vient à être reconnue non fondée; il y a là une mesure comminatoire, qui est de nature à faire réfléchir le copartagé mécontent et à le décider à se contenter de ce qu'il a reçu : *quieta non movere*...

III

Procédés auxquels la pratique a recours pour conjurer la destruction ou le remaniement du partage d'ascendant

1959. Enumération. — En vue de conjurer tant la nullité que le remaniement du partage d'ascendant, la pratique emploie certains procédés auxquels on aura sans doute moins fréquemment recours depuis que le législateur de 1938 a modifié heureusement l'économie du statut applicable à cette opération, désormais devenue assez stable : les plus connus de ces procédés sont le *porte-fort*, la *clause pénale* et le *dédoublement* de l'opération.

1° Le procédé du *porte-fort* est admis par la jurisprudence en vue de parer à la non-présence de l'un des descendants et de conjurer la nullité qui sanctionne une telle omission : l'ascendant se portera fort pour l'enfant dont il s'engage à rapporter la ratification (Civ., 28 déc. 1926, *S.*, 1928, 1, 273, note Vialleton, *D. P.*, 1930, 1, 73, note Lalou) ; la promesse de porte-fort peut même être tacite (même arrêt).

1960. — 2° Le rôle de la *clause pénale* a été précédemment exposé dans sa généralité (*sup.*, n° 1548) : en l'occurrence, l'ascendant, désireux d'assurer le respect de l'acte, déclare que le descendant qui attaquera le partage sera réduit à sa réserve, tandis que le disponible sera attribué aux autres enfants; et il ajoute assez souvent qu'il donne, à titre de préciput, à celui de ses enfants qui se trouverait avantagé par la composition des lots, le montant même de l'avantage constaté.

Ces clauses et autres du même genre sont reconnues

valables par la jurisprudence, *du moment qu'elles ne choquent pas l'ordre public* (V. pour les clauses qui tendent à écarter la règle de l'égalité en nature, *sup.*, n° 1935); elles sont nulles et réputées non écrites si elles tendent à écarter l'application de règles obligatoires, supérieures aux volontés privées, notamment celles qui, par exemple, déterminent la réserve et le disponible; en dépit de toute formule comminatoire, l'enfant sacrifié conserve l'exercice de l'action spéciale en réduction que lui confère l'article 1079 *in fine* (Civ., 14 mars 1866, *D. P.*, 1866, 1, 173; Req., 7 juill. 1868, *S.*, 1869, 1, 125; Civ., 22 juill. 1874, *S.*, 1874, 1, 479; Req., 23 nov. 1898, *D. P.*, 1899, 1, 38, *S.*, 1899, 1, 94; Poitiers, 23 janv. 1905, *motifs D. P.*, 1905, 2, 169, *S.*, 1905, 2, 217).

1961. — 3° Le *dédoublement* de l'opération, qui n'est secourable que pour le partage entre vifs, consiste à scinder la *donation* et le *partage*. L'ascendant se contente de *donner* ses biens à ses descendants; après quoi, ceux-ci, ainsi mis en état d'indivision, procèdent au partage entre eux et comme ils l'entendent, *hors de la présence et en dehors de toute indication de l'ascendant* (*sup.*, n° 1933). Alors se trouve réalisée l'indépendance des deux actes qui suivent chacun ses destinées, qui obéissent chacun à son statut propre; les parties ont dissocié délibérément et valablement les éléments dont la loi leur permettait de réaliser la synthèse en recourant à la donation-partage (Req., 2 juill. 1878, *D. P.*, 1878, 1, 463; Civ., 23 mars 1887, *D. P.*, 1887, 1, 400; Besançon, 10 mars 1897, *S.*, 1899, 2, 169, note Wahl; Bordeaux, 10 nov. 1903, *D. P.*, 1904, 2, 143).

L'opération, ainsi décomposée, change évidemment de configuration juridique : non seulement les descendants composent les lots à leur gré, mais il faut dire qu'*il n'y a plus de partage d'ascendant*; il y a partage tout court. En conséquence, les actions en nullité ou en rescision peuvent être exercées aussitôt et avant la mort du donateur; c'est pourquoi la prescription les menace sans plus attendre (arrêt précité du 23 mars 1887); c'est pourquoi aussi, à notre avis, il n'y a plus d'emploi pour l'action spéciale en réduction de l'article 1079, action instituée à l'usage des partages d'ascendant et qui ne trouve pas de prise sur un partage ordinaire.

ADDENDA

Projets de modification des régimes matrimoniaux

Au moment où nous délivrons à l'imprimeur le dernier « bon à tirer » (juin 1939), deux projets sont élaborés qui tendent à modifier gravement le droit des régimes matrimoniaux, l'un qui fut soumis au Sénat par sa Commission de législation civile et criminelle (annexe au procès-verbal de la séance du 30 mars 1939) et qui a été adopté par la Haute Assemblée dans sa séance du 13 juin 1939 (*J. Off.*, 14 juin, *Débats parlem.*, p. 529), l'autre qui est discuté à la *Société d'études législatives* (*Bulletin* de cette société, 1939, p. 107).

Ces deux projets, qui concordent sur la plupart des grandes lignes de la réforme envisagée, proposent d'apporter au Code civil les modifications essentielles suivantes :

1° En tant que régime légal, la *communauté d'acquêts* serait substituée à notre communauté légale actuelle(dite désormais *communauté des meubles et acquêts*). A cet effet, les articles 1401 et suivants seraient assez profondément remaniés et des dispositions seraient prises pour parer aux difficultés de preuve que ne manquerait pas de susciter le fonctionnement du nouveau régime de droit commun;

2° Sous tous les régimes communautaires, le mari conserverait bien l'administration du patrimoine commun, mais sous le bénéfice d'une restriction capitale : il lui serait interdit de disposer, *même à titre onéreux*, des immeubles communs, des fonds de commerce communs, des meubles meublants nécessaires à la vie courante du ménage ou à l'exercice de la profession de la femme, *sans le concours de cette dernière*, et cela malgré toute clause contraire, laquelle serait radicalement nulle;

3° Les régimes-types conventionnels sont les mêmes que dans le Code civil, mais étant entendu que l'actuelle communauté légale devient, sous le nom de *communauté des meubles et acquêts*, régime conventionnel, tandis qu'à l'inverse l'actuelle communauté d'acquêts est promue au rang de régime de droit commun.

Il avait été question, dans le projet sénatorial, d'ajouter

aux régimes-types un nouveau régime dit *de participation aux acquêts* (*sup.*, n° 6*bis*) ; mais les articles qui consacraient et organisaient ce statut ont été disjoints du projet pour être repris, s'il y a lieu et après nouvel examen, dans le cadre d'un projet spécial;

4° Le régime de *non-communauté* n'est l'occasion d'aucun changement notable;

5° Sous le régime de la *séparation de biens*, il est spécifié que la femme a la libre disposition de tous ses biens, meubles ou immeubles : l'article 1449 est ainsi harmonisé avec la réforme qui a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile (*sup.*, n° 532).

D'autre part, sous le régime de la séparation de biens contractuelle, il est décidé qu'à défaut de précision contenue dans le contrat de mariage, la femme devra contribuer aux charges du mariage, non plus jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus (art. 1537 actuel), mais proportionnellement à ses revenus;

6° Sous le *régime dotal*, la règle de l'inaliénabilité de la dot devient moins rigide que sous l'empire du Code civil : l'article 1558 se terminerait par un alinéa admettant, *dans tous les cas*, l'aliénation de l'immeuble dotal *avec permission de justice et moyennant remploi*.

Nous signalerons encore, en revenant aux régimes communautaires, que le texte soumis à la Société d'études législatives, à la différence du projet sénatorial, tend à supprimer le standard de la confusion de fait entre les biens de la communauté et ceux du mari, notamment en limitant le gage des créanciers avec qui la femme a traité, autorisée du mari, aux biens de la débitrice et à ceux de la communauté. On peut douter du mérite et de l'efficacité de cette directive : comme l'indique son nom, la confusion de fait est un fait; le législateur peut bien modifier une institution, mais il ne lui appartient pas de faire table rase d'un fait, c'est-à-dire de la réalité.

Partage, formes, requête collective, capacité ; loi du 19 juin 1939. — Une loi du 19 juin 1939 *tendant à généraliser l'application des dispositions de l'article 822 du Code civil et à modifier celles de l'article 817 du même code sur la forme de la* demande en partage *par voie de* requête collective, consacre, en réalité, la généralisation du dernier de ces textes en décidant que, du moment que les parties introduisent la demande en partage par voie de requête collective,

il ne sera besoin d'aucune autorisation préalable « *quelle que soit la capacité de l'intéressé et même s'il est représenté par un mandataire en justice* » (art. 822, nouv. réd., 3e al., ajouté par art. 2 l. 19 juin 1939) ; l'immunité dont bénéficiait déjà, au regard des héritiers mineurs ou interdits, la requête collective, prend ainsi une valeur générale, en sorte que la loi nouvelle (art. 1er) radie, dans l'article 817, § 1, la disposition concernant spécialement les mineurs et interdits, et devenue désormais sans objet comme rentrant maintenant dans le cadre plus général, tel qu'il est établi par la nouvelle rédaction de l'article 822.

Table alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage; les chiffres en caractères gras se réfèrent aux parties du livre dans lesquelles le sujet est traité avec quelque étendue.

Abandon des biens par l'héritier bénéficiaire, 951, 974; succession vacante, 1005.

Absence, communauté, **219**; succession, 726, 743, 1025; partage, 1074, 1163; dévolution des biens des absents, **1241**.

Abus des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, 162; des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, 183; — des droits, droit d'option de l'héritier, 844; révocation des donations entre époux, 1816.

Acceptation, communauté, **280**; remploi, 86, 604; successions, **845**; successions anomales, **807**; — pure et simple, **845**; expresse, **848**; tacite, 849; forcée, 852; — bénéficiaire, **868**; — du legs universel, 1469, à titre universel, 1492; à titre particulier, 1510; des donations, 1303, 1811; — provisoire, 1442; institution contractuelle, 1788; partage d'ascendant, 1929.

Accession, communauté, parts indivises, 60; communauté d'acquêts, 475; dot, régime dotal, 556.

Accessoire, théorie de l'—, communauté d'acquêts, 475; chose léguée, 1508.

Accroissement, communauté, 340; succession, 876; succession bénéficiaire, abandon, 974; libéralités, **1745**.

Acquêts, communauté légale, 20, 24, 42; communauté d'acquêts, 469, **472**; présomption d'—, 21, 42, 522.

Acquisitions, communauté légale, 20, 23, 42, 94; communauté d'acquêts, 471; séparation de biens, 532; héritier bénéficiaire, 947; — à titre onéreux ou à titre gratuit, communauté légale, 26, 37, **49**; communauté d'acquêts, 474; avantages matrimoniaux, 691, 697; rapport, **1105**; réduction, **1696**; — *intuitu personæ*, 26, 49, 1367.

Acte de notoriété, 104.

Acte de suscription, 1288, 1291.

Actes, d'administration, communauté, 159, 178, 189; séparation de biens, 245, **530**; régime dotal, 573, 575, 577, 661, 669; succession, 850; renonciation, 876; héritier apparent, 1022; partage provisionnel, 1162; retour conventionnel, 1375; substitutions, 1892; — aléatoires, partage, 1237; — conservatoires, communauté, 159, 186, 198, 237, 241, 280; successions, 850; renonciation, 876; legs, 1474; institution contractuelle, 1784; substitutions, 1893; — de disposition, communauté, 159, 178, 189; séparation de biens, 245, **530**; régime dotal, 575, 584, 661, 669; biens réservés, 178, 552, 659; successions, 850; séparation des patrimoines, 997; suc-

cession bénéficiaire, **957**; indivision héréditaire, 1213; — accomplis par l'héritier apparent, 1019, **1021**; — à titre onéreux ou gratuit, communauté, 37, 49, 57, 474, 477; institution contractuelle, 1780; — frauduleux, communauté, **161**, 250, 252; donations entre époux, 1852, 1855.

Actif, de la communauté légale, **20**; de la communauté d'acquêts, **470**; de la société d'acquêts adjointe au régime dotal, 670.

Action en nullité dotale, 589, 592, 682; — en partage, **1054**; — paulienne, communauté, 164, 252, 258, 346; constitution de dot, **415**, 429; régime dotal, 577; acceptation de succession, 866, 934, 935; renonciation, 877; convention d'indivision, 1068; partage, 1180, 1182; renonciation à un legs, 1587; action en réduction, **1722**; institution contractuelle, 1782; partage d'ascendant, 1940, 1944; — indirecte, de l'art. 1166, retrait d'indivision, 71; communauté, baux de longue durée, 198; séparation de biens, **234**; droit d'option de la femme commune en biens, 260; reprise d'apport franc et quitte, 500; nullité dotale, 592; action en partage, 1057, 1068; retrait successoral, 1060; rapport, 1102, 1104; révocation pour inexécution des charges, 1610; pour cause d'ingratitude, 1634; action en réduction, 1721, 1722; donations entre époux, 1816; partage d'ascendant, 1951; — en réduction, **1720**; prescription, 1723; partage d'ascendant, 1948; — en retranchement, 1850, 1851; — en reprise, successions anomales, 811.

Actions, communauté, 197, 198; régime sans communauté, 512; séparation de biens, 534, 676; régime dotal, 574, 676; héritiers légitimes, 827; successeurs irréguliers, 835; légataire universel, 1480; à titre universel, 1495; à titre particulier, 1516; partage, 1238; institué contractuel, 1789; partage d'ascendant, 1944.

Adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal, **667**.

Adjudication au profit de l'héritier bénéficiaire, 947, 948.

Administrateur judiciaire, succession bénéficiaire, 956, 970, 976.

Administration, de la communauté, **153**; des biens réservés, **177**; des propres de la femme, **188**; régime sans communauté, 512; biens de la femme séparée de biens, **528**; société d'acquêts adjointe au régime dotal, 671; succession bénéficiaire, **954**; succession vacante, 1003; biens de l'absent, 1246, 1247.

Adoptant, succession, 794; succession anomale, 802.

Aéronef, don manuel, 1331.

Agent de change, régime dotal, responsabilité, 609, 610, 611, 613.

Aliénation, régime dotal, meubles dotaux, **575**; — irrégulière, sanction, **591**; successeur anomal, 810; — du bien légué, 1649; — forcée, 1651; héritier apparent, 1019, **1021**; — à fonds perdu, réserve, 1698; institution contractuelle, 1782; — avec réserve d'usufruit, donations, 1366; réserve, 1698.

Aliénés, limites à la vocation successorale, 774; libéralités, 1390.

Aliments, régime dotal, 616; refus d' —, 1630.

Allotissement, partage d'ascendant, 1933.

Alsace et Lorraine, régimes matrimoniaux, 7, 212, 238, 246; successions, 717; testament, 1269.

Amende, du mari, 122; de la femme, 139; 325*bis*; contrat de mariage, publicité, 386, 388.

Ameublissement, 455.

Anerbenrecht, 1177.

Animus donandi, 323, 695, 698, 1107, 1109, 1110, 1113, 1133, 1256, 1315, 1319, 1324, 1332, 1456, 1696.
Annulation, du mariage, communauté, 223.
Apparence, successions, **1018**; témoins, 1286.
Apport de dot, 417.
Apportionnement, V. *Allotissement*.
Arrangement de famille, 57.
Arrêt du cours des inscriptions, 952.
Ascendants, successions, 759; — privilégiés, 756, 765; — naturels, successions, 792, succession anomale, 798; donateurs, succession anomale, 798; acceptation des libéralités adressées aux descendants, 1436, réserve, **1670**, 1827*bis*.
Assistance, pour le contrat de mariage, **373**.
Associations, capacité de recevoir, 1412.
Assurances, communauté légale, 34, 36; régime dotal, 560; — sur la vie, communauté légale, 27, 34, 38, 39*bis*; 328; rapport, 1112, 1125, 1132; libéralités, 1320, 1411*bis*, 1593, 1694, 1813.
Attentat, à la vie du bienfaiteur, 1627.
Attribution de la totalité de la communauté, 486, 693, 700.
Autorisation, du mari, communauté, **132**, 190, 197; séparation de biens, **528**; régime dotal, 614; — de justice, communauté, 137; régime dotal, 616.
Avancement d'hoirie, **1117**; partage d'ascendant, 1931.
Avantages indirects, rapport, 1106, 1109; inclus dans une convention à titre onéreux, 1109; — matrimoniaux, 494, 688; rapport, 1114; institution contractuelle, 1780, 1841; disponible et réserve, 1848, 1851.
Avocat, libéralités, 1420.

Bail, communauté, 198; séparation de biens, 245, 535; régime sans communauté, 512; régime dotal, 573, 584, 621*bis*; absence, 1247; retour conventionnel, 1375; exécution testamentaire, 1569; substitutions, 1892; — emphytéotique, 584. — V. *Actes d'administration*.
Bateau de navigation intérieure, don manuel, 1331.
Bénéfice d'émolument, 355; — d'inventaire, **868**, 932, **938**; effets, **940**; division des dettes, 1039.
Bien de famille, 344, 789*bis*, 908, 1071, 1175, 1178.
Biens, de communauté, 20; ordinaires de communauté, 100; partage d'ascendant, 1930; — consomptibles, communauté légale, 40; communauté d'acquêts, 470; régime sans communauté, 508*bis*, 514; régime dotal, 566, 644; — destinés à être vendus, communauté d'acquêts, 470; régime sans communauté, 514; régime dotal, 566, 644; — dotaux, en général, 9; communauté, 94; régime sans communauté, 504, 512; régime dotal, **549**. V. *Dot*; — estimés, communauté d'acquêts, 470; régime sans communauté, 514; régime dotal, 566, 644, 645; — incessibles, communauté légale, 33; communauté d'acquêts, 476; — personnels, communauté légale, 33; communauté d'acquêts, 476; — pouvant servir au remploi, 82, 605; — pouvant être compris dans une substitution, 1884; dans un partage d'ascendant, 1930; — dont il est tenu compte pour la rescision du partage d'ascendant, 1945; — paraphernaux, V. *Paraphernaux*; — à venir, donation, **1352**; partage d'ascendant, 1931; — réservés, 8, 99, 408; acquisition, 103; détermination, 105; dettes du mari, 125; dettes de la femme, 143; administration, 177, 408; preuve, 182; retrait des pouvoirs de la

femme, 183; contribution aux charges du ménage, 205; renonciation de la femme à la communauté, 278; reprises de la femme, 298; communauté d'acquêts, 469; régime sans communauté, 513; séparation de biens, 526, 528; régime dotal, 545, 552, 654, 659, 670; institution contractuelle, 1771; situés à l'étranger, mesures fiscales, 839.

Brevets d'invention, 31.

Bureau de bienfaisance, 1417.

Cadeaux d'usage, communauté, 179, 190; séparation de biens, 531; régime dotal, 575, 577; **rapport**, 1129, 1133; libéralités, 1594; réserve, 1696.

Caducité, du contrat de mariage, 391; des legs, **1577**, 1890; de l'institution contractuelle, 1790; donations en faveur du mariage, 1806; donation entre époux, 1820*bis*; partage d'ascendant, 1925 .

Caisses d'épargne, communauté, 175.

Cancellation d'un testament, 1655.

Cantonnement de la dotalité, 553.

Capacité, contrat de mariage, **373**; ameublissement, 456; femme séparée de biens, **528**; femme exerçant une profession distincte, **178**, 513, 528; successions légales, **720**; représensation, 744; — de tester, 773, **1384**; acceptation d'une succession, 860; partage, 531, **1073**; conversion de l'usufruit du conjoint survivant en une rente viagère, 783*bis*; — de disposer et de recevoir à titre gratuit, **1384**; exécuteur testamentaire, 1565; institution contractuelle, 1771, 1773; donations entre époux, 1814, 1816, 1819; partages d'ascendant, 1927.

Captation, 1381.

Cause du code civil, libéralités, 1256, 1453, 1456; — impulsive et déterminante, contrat de mariage, 447; libéralités entre concubins, 1422; — faites à des enfants adultérins ou incestueux, 1430; libéralités en général, **1457**, **1544**; disparition de la —, 1586; révocation des libéralités, 1588; révocation pour inexécution des charges, 1616, 1619; donations matrimoniales, 1756.

Caution, communauté, 97; préciput, 492; régime dotal, 570; conjoint survivant, 834; ascendants en concours avec conjoint survivant, 1827*bis*; succession bénéficiaire, 962; absence, 1245, 1248; donations, 1366; legs, 1581.

Certificat, d'héritier, 1017; publicité du contrat de mariage, 387, 388.

Cessation du bénéfice d'inventaire, 977; — de l'indivision, 1200.

Cession de droits successifs, 851, 877, 1058, 1060, 1195, 1200, 1206; lésion, 1237; action paulienne, 1238.

Charges affectant les libéralités, 58, 1440, **1530**, 1557, **1604**; illicites, immorales, impossibles, **1535**; réputées non écrites, **1542**; partages d'ascendant, 1945; successions, **924**; — stricto sensu, 929; — du ménage, communauté, 151, **204**; régime sans communauté, 512; séparation de biens judiciaire, 525, 675; contractuelle, 524; — usufructuaires, communauté, 150.

Chose d'autrui, donation, 1461, 1556; legs, **1500**; partage, 1224, 1232.

Choses, V. *Biens*.

Clause, d'exclusion de la communauté, 37, 446; d'attribution à la communauté, 54, 446, 473*bis*; d'ameublissement, 455; de réalisation, 457; de réversibilité, 328, 332; de séparation des dettes, 461; d'apport franc et quitte, 465; — commerciale, 495, 700; — de reprise d'apport franc et quitte, 498; — de dotalité, 555, 556, 446; de paraphernalité, 558, 446; de préciput, **489**, 692; d'attribution totale de la communauté, 486, 693, 700;

— de remploi, communauté, **77**, régime dotal, **602**, 659; — d'attribution, en matière de partage, 1195*bis*; — de réserve d'usufruit, 1366; — de retour conventionnel, **1367**; — de viduité, 1540; de résidence, 1540; d'inaliénabilité, 659, 1540; — d'imputation de la dot, 1095; principale et subsidiaire, 1096; — d'association, institution contractuelle, 1776.

Clauses, contraires aux bonnes mœurs, contrat de mariage, 403; — modifications de l'actif commun, communauté, **460**; — dérogations à la règle de la division des dettes entre les cohéritiers, 1042; — pénales, testaments, **1548**; partage d'ascendant, 1935, 1960; substitutions, 1878.

Coffres-forts, successions, 841.

Collatéraux, ordinaires, **764**; — privilégiés, 756, 772; — naturels, 793.

Collatio bonorum, 1084.

Combinaison des régimes matrimoniaux, 3, 401; — de la séparation de biens avec d'autres régimes, 539, **673**; du régime dotal avec la communauté d'acquêts, **667**; des différents disponibles, **1842**.

Communauté conjugale, généralités, 11; nature et position juridique, 14; personnalité morale, 15.

Communauté légale, **11**; composition, **18**; actif, **20**; passif, **108**; administration, **153**; dissolution, **208**; rétablissement, **246**, 251; projets de réforme, 6, *addenda*.

Communauté continuée, 212; — conventionnelle, 449; universelle, **454**, 694, 696, 700; — d'acquêts, **467**; actif, 470, passif, 479; — d'héritiers, **1031**.

Commune renommée, 213, 312, 316, 317, 649, 1724.

Comourants, 727.

Compensation, communauté, procédé de règlement, 335; — véritable, 336; succession bénéficiaire, 945, 959; rapport, 1140; créances héréditaires, 1212.

Compétence, successions, 818, 1013; partage, 1054*bis*; conversion de l'usufruit successoral du conjoint en une rente viagère, 783*bis*.

Composition des lots, partage, 1173.

Compte, du mari commun en biens, 157, 201; — de l'héritier bénéficiaire, 973; — de l'exécuteur testamentaire, 1573.

Concordat, 1110.

Concubins, libéralités, 1422, 1458, 1628.

Condamnation de l'héritier pur et simple, 895.

Condamnés, incapacité de disposer, 1399; de recevoir, 1409.

Conditions, régimes matrimoniaux, 445; — potestatives, donations, 1356, 1757, 1764; — résolutoires, 1358, 1360; — dans les libéralités, **1530**, 1576; — illicites, immorales, impossibles, **1535**; — dans les legs, 1580.

Confirmation, inaliénabilité dotale, 593; partage d'ascendant, 1958; partage, 1074, 1233, 1237*bis*; testament, 1295; donation, 1310, 1311, 1599; substitutions, 1878.

Confusion, 945.

Confusion de fait, communauté et propres du mari, 109, 134, 146, 149, 272, 351, 464, 480, *addenda*; biens réservés et propres de la femme, 182; séparation des dettes, 464; communauté d'acquêts, 469, 480; non-communauté, 510; séparation de biens, 521, 522; régime dotal avec société d'acquêts, 670; séparation des patrimoines, 992.

Congrégations, 1413, 1421, 1438, 1452.

Conjoint survivant, successions, 755, **758**, **761**, 766, **775**; dettes, 1039; partage, 1056; retrait successoral, 1060; rapport, 1088, 1101, 1119, 1127, 1139, 1141.

Conjonction, legs, 1747.
Consentement, libéralités, **1340.**
Conservateur des hypothèques, responsabilité, 609.
Consolidation, 945.
Constitution de dot, 410; nature juridique, 411; révocation, 412, 414, 1593, 1625; facultative, 412; formes, 413, 414; garantie, 414; action paulienne, **415**; effets et exécution de la —, 420; régime dotal, **550**; droits d'enregistrement, 414.
Contenance, partage, garantie, 1228.
Contenu de la pétition d'hérédité, 1018.
Continuation de la personne du défunt par l'héritier, **903**, 932, 1002, 1003; — de la communauté, ancien droit, 212; absence, 220.
Contrat de mariage, **366**; conditions de validité, **370**; capacité, **373**; forme, **380**; publicité, **385**; caducité, nullité, **390**; efficacité et durée d'application, **427**; période d'application du —, **437**.
Contre-lettres, contrat de mariage, **431**.
Contribution au passif, communauté, 353, 360; successions, 1046; légataires, 1481, 1496, 1523.
Contribution aux charges du mariage, communauté, **204.**
Convention d'indivision, 1066, 1165.
Conventions de mariage. — V. *Avantages matrimoniaux.*
Conventions matrimoniales. — V. *Contrat de mariage.*
Conversion de titres nominatifs en titres au porteur, communauté, 195; séparation de biens, 531; — de l'usufruit successoral du conjoint en une rente viagère, 783*bis*.
Corps certain, 171.
Coupes de bois, communauté, 98, 324.
Créance alimentaire de la femme, hypothèque légale, 709.
Créances, division, communauté, 345; successions, 1032; effet déclaratif du partage, 1211; — garanties par l'hypothèque de la femme, rang, **706.**
Créanciers, régimes matrimoniaux, séparation de biens, 234; droit d'intervention, 241; droit d'option, 260; régime dotal, insaisissabilité, **625**; — antérieurs ou postérieurs, 632, 683; — délictuels, communauté, 139; — régime dotal, 634; successions: succession bénéficiaire, **963**; — opposants, 964; séparation des patrimoines, 984; succession vacante, 1006; partage, 1057; conventions d'indivision, 1068; rapports, **1102**, 1104; libéralités, action en réduction, 1721, 1722; donations entre époux, 1816. — V. *Action indirecte, Action paulienne.*
Cumul du disponible et de la réserve, 1686.
Curateur, succession vacante, 880, 898, 1003; succession bénéficiaire, 956, 970.

Date certaine, régimes matrimoniaux, dettes de la femme commune en biens, 115; actes du mari, 200; dettes du mari, 350; reprises, 317; partage de la communauté, 350; séparation des dettes, 462; régime sans communauté, 508; hypothèque de la femme, 706; successions, dettes du défunt, 917; héritier bénéficiaire, 950; testaments, **1275**, 1281, 1287; donations, 1361; réduction, 1732.
Dation en paiement, arrangements de famille, 58; remploi, 81, 85, 90, 91; dot, régime dotal, 560.
Décès de l'un des époux, communauté, 211, 270, 271; — du grevé, 1890, 1891; — d'un enfant copartagé, 1925.
Déchéance, du bénéfice d'inventaire, 972, 978; — du terme, régime dotal, 644; rapport des dettes.

1157; — du grevé de substitution, 1890.
Déclaration de remploi, 85, — au greffe, acceptation bénéficiaire, 871; renonciation, 875.
Décorations, 1079.
Dédoublement du partage d'ascendant, 1961.
Dégrèvements pour favoriser la construction, 789*bis*, 1313*bis*.
Délais, pour faire inventaire de la communauté, 215; pour prendre parti, communauté, 261; successions, 891; — de la renonciation à la communauté, **267**; révocation pour cause d'ingratitude, 1636; — préfix, 1636.
Délaissement, dot incluse, 662.
Délivrance, legs universel, 1470; à titre universel, 1492; à titre particulier, 1510; donation, 1555; lots, partage judiciaire, 1178.
Demande de séparation de biens, 225, **237**; — de séparation des patrimoines, 988.
Demeure, 1585, 1614.
Dénaturation, clause testamentaire, 1553.
Déporté, successions, 778.
Dépôt, absence, 1247.
Désaccord entre les héritiers, partage judiciaire, 1163; au sujet du parti à prendre, communauté, 256; succession, 886.
Désignation du légataire, **1342**.
Détente fiscale, 789*bis*, 1313*bis*.
Détériorations, héritier apparent, 1019; rapport, 1140.
Détournement, des effets de la communauté, 280, 341, 353, 358; successions, **852**, 978.
Dettes, régimes matrimoniaux, communauté légale, **108**; — présentes, **112**; — nées pendant la communauté, **119**; — du mari, **120**; — de la femme, **128**; avec l'autorisation du mari, 132; — avec l'autorisation de la justice, 137; sans autorisation, 139; — des successions échues à la femme, 136, 147; biens réservés, 125, 143; renonciation de la femme, 279; récompenses, 325; division des dettes, 345, 348; régime sans communauté, 508, 510; séparation de biens, 526; régime dotal, 616; dettes du constituant, 616; successions et donations, 637; successions, **909**, **912**; division des — entre les héritiers, **1038**, 1078; — solidaires, 1039, 1041; indivisibles, 1039; hypothécaires, 1040; libéralités, dettes du donateur, 58, 1361; legs, dettes du défunt, 1481, 1496, 1523.
Dévolution d'une ligne à l'autre, 741, 779*bis* et suiv., 876; succession bénéficiaire, abandon, 976.
Deuil, communauté, 218; régime sans communauté, 511; régime dotal, 648.
Discussion, des biens du donataire insolvable, 1738.
Dispenses de rapport, **1117**; tacites, **1123**, 1941; — de récompense, communauté, 323, 328.
Disponible de droit commun, **1656**; — spécial entre époux, **1821**.
Dissolution de la communauté, **208**; — fictive, 235; — 235; — de la société d'acquêts adjointe au régime dotal, 672.
Divertissement, communauté, 280, 341, 353, 358; successions, **852**, 978.
Division des créances, communauté, 345; entre les héritiers, 1032; — des dettes, communauté, 345, 348; héritiers, 999, 1032, **1038**, 1078; légataires, 1481, 1496.
Divorce, communauté, 252; successions, 781.
Dol, contrat de mariage, 372; acceptation de succession, 860, 861; renonciation, 877; libéralités, 1381; partage, 1231, 1237*bis*.
Donations, en général, **1250**; formes, **1297**; acceptation, **1303**; état estimatif, **1306**; droits fiscaux,

1312*bis*; — sans formes, **1313**; — par voie de renonciation, 1315; indirectes, 1315, 1852; — à cause de mort, 1258, 1260; — de biens présents, par contrat de mariage, 1752, 1763; — consenties dans le contrat de mariage, entre les futurs époux, 1800; — de biens à venir, 1352, **1765**, 1815; — cumulative de biens présents et à venir, 1795, 1815; — matrimoniales, 1625, **1751**; — en faveur du mariage, mais hors contrat, 1804; — entre époux, 168, **1807**; — sous condition potestative, 1356; — de la chose d'autrui, 1461; — de sommes d'argent, rapport, 1147; — mutuelles, 1813; — préciputaires, **1117**, 1119, 1699; partages d'ascendant, 1930; — en avancement d'hoirie, **1117**; partages d'ascendant, **1930**; — avec réserve d'usufruit, 166, 1366; — déguisées, 696, 856, 1309, **1321**, 1446, 1593, 1607, 1624; à cause de mort, 1258, 1260; réserve, 1696; institution contractuelle, 1782; donations entre époux, 1813, 1853; partage d'ascendant, 1929; rapport, 1108, 1124, 1147; — rémunératoires, 1108, 1607; — avec charges, 58, 416, 1108, 1557, 1945; — et régimes de communauté, pouvoirs du mari, 159, **166**; donations excessives, 166; avec réserve d'usufruit, 166.

Donner et retenir ne vaut, 1349, 1588, 1557, 1765, 1815, 1885.

Dons manuels, 1809, **1327**, 1440, 1593, 1607, 1624; réserve, 1696; réduction, 1733; rapport, 1108, 1124.

Dons modiques, 1440, 1607; réserve, 1696. — V. *Cadeaux d'usage*.

Dot, 9; péril de la —, **229**; constitution de —, **410**; rapport, 412, 1108; réduction, 412, 1696; garantie, 414; action paulienne, 415; paiement de la —, **421**, 442; régime dotal, 550; immutabilité de la dot sous ce régime, **554**; cantonnement de la —, 553; accroissement, plus-values, 556; diminution, 558; transformation, **559**; propriété, 564; jouissance, 569, 674; administration, 576, 674; inaliénabilité dotale, **578**, **679**; dot mobilière, 586, 680; imprescriptibilité, **622**, 681; insaisissabilité, **625**, 683; conservation de la —, 637; restitution de la —, **642**; théorie de la — incluse, **660**; — moniale, 1532; — constituée conjointement, 1094; solidairement, 1094; rapport de la —, 1093, 1108.

Double legs conditionnel, 1875.

Droit, d'intervention des créanciers, séparation de biens, 241; communauté, 346; partage, 1141, **1180**; — d'option, retrait d'indivision, 64; absence, communauté, 220; mariage putatif, communauté, 224; femme commune en biens, **255**, 672; héritiers de la femme, 256, 340; succession, option des héritiers, **842**, **882**; — de poursuite des créanciers, communauté, 350, 360; séparation de biens, 527; — de rétention, régime dotal, 594; héritier apparent, 1020, 1140; réduction, 1739; — de suite, séparation des patrimoines, 999; — moral de l'auteur, 30; — de jouissance, du conjoint survivant, 214; de la communauté, 96; du mari sous le régime sans communauté, 512 et 513; sous le régime dotal, 569; — de viduité, communauté, 218; régime dotal, 648; société d'acquêts adjointe au régime dotal, 672.

Droits, acquis, renonciation à succession, 880; — d'auteur, V. *Propriété artistique ou littéraire*; — de chasse et de pêche, 1037; — *d'enregistrement*, retrait d'indivision, 68; dation en paiement entre époux, 275; prélèvements,

304; contrat de mariage, 399*bis*; constitution de dot, 414; clause commerciale, 497; successions, 788 à 789*ter*, 929, 944, 948; retrait successoral, 1062; testaments, 1294; legs, 1461*bis*, 1511, 1513; donations, 1312*bis*, 1326; dons manuels, 1332; donations par contrat de mariage, 1758*bis*; donations entre époux, 1813*bis*; partage d'ascendant, 1919; partage successoral, 1195; provisionnel, 1162; absence, 1246, 12448; — éventuels, constitution de dot, 551; legs de la chose d'autrui, 1504; institution contractuelle, 1783; substitutions, 1897; — de l'instituant, 1779; de l'institué, 1783; — du grevé de substitution, 1891, des appelés, 1891; — intransmissibles aux héritiers, 907; — viagers, réserve, 1698, 1705; — de la veuve, communauté, 218; — régime sans communauté, 511; régime dotal, 648.

Durée de la convention d'indivision, 1067.

Echange, communauté, 36, 74, 327; — avec soulte, 75, 327; régime dotal, 429, 562, 584, 618; successions anomales, 812.

Economies sur les revenus, communauté d'acquêts, 472; biens réservés, 105; avantages matrimoniaux, 700.

Ecriture, testament, 1222, 1284, 1288.

Effet déclaratif du partage, régimes matrimoniaux, 61, 346, 556; — en général, **1184**; partage d'ascendant, 1939.

Egalité dans le partage, **1174**; partage d'ascendant, 1934.

Emphytéose, régime dotal, 621*bis*.

Emploi, communauté, 80; régime dotal, 560, 563, 603, 676; successions anomales, 812; substitutions, 1887.

En fait de meubles la possession vaut titre, 191, 193, 597, 613, 640, 1621, 1639, 1738, 1799; héritier apparent, 1023; substitutions, 1892.

Enfants, adoptifs, successions, 751, 794, 801, 802, 803; libéralités, 1596, 1598, 1837, 1838; partage d'ascendant, 1925; — adultérins ou incestueux, successions, 731*bis*, 747, 790; libéralités, 1428, 1458; — communs, 168, 170, 1932; partages d'ascendant, 1932; — conçus ou non, 724; réserve, 1677; institution contractuelle, 1774; substitutions, 1883; — légitimés, 751, 1595, 1597, 1838; — issus d'un précédent mariage, 168, 697, 751, 755, 1925, 1932; — mort-nés, 723; — naturels, successions, 752, 757, 761, **762**, **790**, 801, 802, 804; libéralités, **1423**, 1596; substitutions, 1881; partages d'ascendant, 1925; — posthumes, partages d'ascendant, 1925; — renonçants ou indignes, réserve, 1667; disponible entre époux, 1838; partages d'ascendant, 1925, 1926; — viables, 723.

Enregistrement, V. *Date certaine, droits fiscaux*.

Enrichissement sans cause, régime dotal, 636.

Envoi en possession du successeur irrégulier, **831**, 879; — du légataire universel, 1472; dévolution des biens de l'absent, 1245; envoi en possession provisoire, communauté, 220; — définitif, absence, 1248.

Erreur, contrat de mariage, 372; héritier apparent, 1025, 1026, 1027; partage, 1232; legs, 1380; — de fait, 621; — de droit, régime dotal, 621; héritier, 1027; — commune, 1027.

Error communis facit jus, 1025, 1249, 1286.

Estimation, vaut vente, régime dotal, 566; — des biens compris dans le

partage, 1037, des biens donnés, rapport, 1142; réserve, 1704, 1706; partage judiciaire, 1172; partage d'ascendant, 1945.

Etablissement, des enfants, communauté, 168; récompense, 325*bis*; régime dotal, 614; rapport, 1108.

Etablissements publics, libéralités, 1437, 1440; — d'utilité publique, libéralités, 1437.

Etat, successions, **784**.

Etat estimatif, donation, 1148, **1306**, 1315, 1325, 1366, 1560, **1754**; institution contractuelle, 1770; donation cumulative de biens présents et à venir, 1796; donations entre époux, 1811; partages d'ascendant, 1929.

Etat des dettes et charges, donation cumulative, 1796.

Evaluation, V. *Estimation*.

Exception dilatoire, femme commune en biens, 261; héritier, 894.

Exception de garantie, 594, 905, 949.

Exceptions, héritier pur et simple, 905; héritier bénéficiaire, 949.

Exécution du jugement de séparation de biens, 239; — des dettes du défunt, 918.

Exécuteur testamentaire, 1166 *bis*, **1563**.

Exhérédation, 1343.

Exemptions de rapport, 1117, **1126**.

Expertise, partage judiciaire, 1172.

Exploitation agricole, indivision, partage, 1071, 117*ter*, 1195.

Expropriation pour cause d'utilité publique, régime dotal, 563, 572, 585, 618; révocation de legs, 1651.

Faible d'esprit, incapacité de disposer, 1390, 1403.

Faillite du mari, séparation de biens, 231, 235, 523.

Faute grave de l'héritier bénéficiaire, 971.

Femme commerçante, 142; — séparée de biens, capacité, **528**; — exerçant une profession distincte, capacité, **178**, 513, 528; détournement d'effets héréditaires, 855; capacité de tester, 1402; incapacité de donner, 1402; de recevoir, 1436; exécution testamentaire, 1565 institution contractuelle, 1771; partage, 1075; partage d'ascendant, 1927; révocation des donations entre époux, 1816.

Fente, successions, 738, 779*bis* et suiv., 876.

Fidéicommis sans obligation de restituer, 1873, 1877.

Fins de non-recevoir, séparation des patrimoines, 991.

Folle enchère, 1192.

Fondations, **1898**; par voie indirecte, 1906; par voie directe, 1909, 922.

Fonds de commerce, communauté légale, 27; communauté d'acquêts, 475; clause commerciale, 495; succession bénéficiaire, 960.

Force majeure, 216, 1140, 1148, 1585, 1609.

Force probante des testaments, 1280, 1287, 1291.

Forfait de communauté, 485.

Formes, du retrait d'indivision, 70; du remploi, 85, 604; de l'inventaire de la communauté, 217; de la renonciation à la communauté, **263**; de l'acceptation, 280; de la convention de rétablissement de la communauté, 246, 251; formes du contrat de mariage, **380**; des contre-lettres, 433; de l'envoi en possession du successeur irrégulier, **834**; de l'acceptation pure et simple d'une succession, **846**; de l'acceptation bénéficiaire, 871; de la réalisation des biens compris dans une succession bénéficiaire, 959; de la renonciation, 875; des libéralités, **1265**; des testaments, **1267**; des donations, **1297**; de l'état estimatif des donations,

1307; de la révocation des testaments, **1640**; de l'institution contractuelle, 1770; de la donation cumulative de biens présents et à venir, 1796; des autres donations en faveur du mariage, 1804; des donations entre époux, 1810; de la substitution, 1885; des partages d'ascendant, 1928; convention d'indivision, 1067; dispense de rapport, 1122; formes du partage, **1160**; amiable, 1168; judiciaire. 1169.

Frais, du contrat de mariage, 384; de conservation de la dot, 637; de la demande en délivrance, 1470, 1511; — funéraires, 929, 931; remploi, 93; scellés et inventaire, 929; rapport, 1129; retrait successoral, 1061; partage, 1178; substitutions, 1887.

Fraude, communauté, 48, 84, 156, **161**, 166, 199; séparation de biens, 245, 250, 252; renonciation à la communauté, 258; acceptation, 258; reprises, 309, 311; régime dotal, 573, 588; partage, 1166, 1219, 1237, **1238**; testament, 1277, 1281; donations, 1324; incapacités, **1446**; disponible entre époux, substitutions, 1876, 1885; V. *Détournement, divertissement, recel.*

Fraudes, incapacités de recevoir, 1446.

Fraudes fiscales, successions, 838.

Frères et sœurs. V. *Collatéraux*; — légitimes de l'enfant naturel, successions anomales, 804.

Fruits, des propres, 94, 284; communauté d'acquêts, 472; séparation de biens, 230, 536; récompenses, 320; divertissement, recel, 340; — de la dot, 569, 594, 646, 661, 683; héritier apparent, 1019; retrait successoral, 1061; rapport, 1128, 1136; partage judiciaire, 1178; partage, créanciers, **1180**; absence, 1247; retour conventionnel, 1375; légataire universel, 1479; à titre universel, 1495; à titre particulier, 1515; à terme, 1528; révocation pour cause de survenance d'enfant, 1601; pour cause d'inexécution des charges, 1621; pour ingratitude du donataire, 1637; réduction, 1737; institution contractuelle, 1788; donation cumulative, 1798; donations entre époux, 1819.

Gage des créanciers du défunt, séparation des patrimoines, 1000.

Garantie, communauté, 193, 272; dot, 414, 567; ameublissement, 456; régime dotal, 594, 596, 612; donations, 1556; legs, 1556; substitutions, 1892; partages d'ascendant, 1939, 1940; héritier bénéficiaire, 949; cohéritiers, 1047; retrait successoral, 1062; licitation, 1204; partage, **1224**; action en réduction, **1722**.

Gestion d'affaires, remploi, 91; séparation de biens, 536; héritiers, 1046.

Grosses réparations, 616.

Habilis ad nuptias, 373, 377.

Habitation, veuve, communauté, 218; régime sans communauté, 511; régime dotal, 648.

Habitations à bon marché, 344, 1071, 1175, 1178.

Hérédité — jacente, 821; possession de l' —, 822. V. *Succession.*

Héritiers. Conditions requises, 719; — légitimes, 828, 897; obligation aux dettes, **913**; séparation de biens, 233; droit d'option de la femme, 260, 271; reprise des linges et hardes, 278; donations, nullité, 1311; révocation pour ingratitude, 1634, 1635; action en réduction, 1721; révocation des donations entre époux, 1816; retrait d'indivision, **71**; — apparents, **1018**, 1249;

actes accomplis par l' — apparent, **1021**; pluralité d' —, **1028**; communauté d' —, **1031**; — bénéficiaires, **868**, **938**, **940**; rapport, 1088.

Homologation du partage, 1178.

Hypothèque légale de la femme mariée, 272, 275; rang, 429, **704**; retour conventionnel, 1374; substitution, 1892; — du légataire, 1518.

Hypothèques, communauté, 27; régime dotal, 585; — maritime, 1191; — fluviale, **1193**.

Immeubles, communauté légale, **42**, 45; — présents, **44**; — acquis entre le contrat de mariage et le mariage, 47; — acquis à titre gratuit, **49**; par succession, 51; par donation ou legs, 53; à titre onéreux, **55**; régime dotal, inaliénabilité, **578**.

Immutabilité de la dot sous le régime dotal, **554**; — des conventions matrimoniales, 247, **437**.

Impenses, communauté, récompenses, 329, 331; héritier apparent, 1020; rapport, 1140.

Impôts. V. *Droits d'enregistrement*.

Imprescriptibilité, dot, **622**, 681; action en partage, 1072.

Imputation des libéralités sur le disponible ou sur la réserve, **1711**; rapport, V. *Conjoint survivant*; — des paiements, **1157**.

Inaliénabilité de la dot sous le régime dotal, 388, **578**, 679; dot mobilière, 586, 680; sanction de l' —, **589**, 639; exceptions à l' —, **598**; exceptions conventionnelles, **600**; légales, **614**; — sous les régimes communautaires, 404, 407, 503.

Incapacité de la femme mariée, contrat de mariage, 404; sous le régime dotal, 388, 404, **579**, **1386**; — de recevoir, **1406**, 1583; — de disposer, **1386**; partage judiciaire, 1163; partage, **1073**; — V. *Capacité*.

Incendie d'un immeuble dotal, 560; d'un propre, 36.

Indignité successorale, 700, **729**, 807, 1667, 1838, 1925, 1926.

Indivisibilité, séparation de biens, 527; — de la saisine, 830; constitution de dot, 415; — du parti de l'héritier, 844, 877, 886, 895; — de la renonciation à un legs, 1587; non — des clauses du contrat de mariage, 399.

Indivision héréditaire, **1034**; maintien de l' —, **1066**.

Inexécution des charges, **1604**.

Inexistence, contrat de mariage, 383; testament, 1296; donation, 1310.

Infans conceptus, 724, 1412, 1596; fondations, 1910.

Injure grave, révocation des libéralités, 1628; — à la mémoire du bienfaiteur, 1629.

Insaisissabilité de la dot, **625**, 683; des revenus, 627; sanction, 639.

Inscription, substitutions, 1888; héritier bénéficiaire, 952; séparation des patrimoines, 990, 998.

Insolvabilité d'un donataire, réduction, 1734.

Institution contractuelle, 637, **1765**; — *per saltum*, 1775.

Intangibilité de la dot, **640**, 685; — de l'hypothèque légale, 640.

Interdits, limites à la vocation successorale, 774; incapacité de disposer, 1391; de recevoir, 1436; partage, 1074.

Intérêts des récompenses ou des reprises, communauté, 275, 299, 333, 365; régime sans communauté, 514; régime dotal, 647; dot, 414; — des dettes, communauté légale, 150; séparation des dettes, 463; apport franc et quitte, 466; communauté d'acquêts, 479; retrait

successoral, 1061; rapport, 1128, 1140; rapport des dettes, 1157.
Internés, limites à la vocation successorale, 774; incapacités de disposer, 1393; partage, 1074.
Interposition de personnes, libéralités, 1421, 1446; entre époux, **1852**; fondations, 1907.
Interprétation des libéralités, **1551**.
Intervention, de la femme commune en biens, 152, 169; — des créanciers, partage, 1141, **1180**; séparation de biens, 241.
Intuitus personae, 26, 49, 1367, 1578.
Inventaire, de la communauté, 212, 269, 358; séparation de biens, 237; reprises, 312; succession irrégulière, 834; succession vacante, 1004; substitutions, 1887; séparation des patrimoines, 989; partage judiciaire, 1171; absence, 1245; exécution testamentaire, 1570.
Irrévocabilité des donations, **1349**.
Isolement des patrimoines, bénéfice d'inventaires, **941**; séparation des patrimoines, 995.

Jacence de l'hérédité, 821.
Jouissance légale, 214.
Juste motif. V. *Motif légitime*.
Juste titre, partage, 1194.

Lacération d'un testament, 1655.
Légataires, désignation, **1342**; prédécès, 1578; paiement des —, **963**; rapport, 1103; rapport des dettes, 1157. — V. *Legs*.
Legs, communauté, 171; — avec faculté d'élire, 1346; — secret, 1347; — de nue propriété, 1466, 1488; — du disponible, 1466; — d'usufruit, 1489, 1748 — universel, **1465**; acceptation, 1469; délivrance, 1470; envoi en possession, 1472; obligations, 1481; — à titre universel, **1485**; acceptation ou renonciation, 1492; délivrance, 1492; droits du légataire, 1495; obligations, 1498; — à terme, 1528; — conditionnel, avec charges, **1530**; — à titre particulier, 1497, **1498**; droits du légataire, 1513; caducité des —, **1577**; — *de eo quod supererit*, 1466, 1872, 1877; — de la chose d'autrui, **1500**, **1549**; d'une chose indivise, 1505; — alternatif, 1875; acquittement des — par l'héritier, **926**; rapport des —, 1124, 1126.
Lésion, acceptation ou renonciation de la communauté, 259; successions, 862, 878; libéralités, 1379; licitation, 1204; partage, **1234**.
Lettres missives, 907, 1079.
Libéralités, en général, 1250; de droit commun, **1264**; — à statuts spécialisés, **1750**; — adressées aux pauvres, 1417; — entre concubins, 1422, 1458; — testamentaires, **1462**; interprétation des —, **1551**; étendue des —, **1461**; effets et exécution des —, **1554**; — avec charges, 1440; — en usufruit, 1706; en nue propriété, 1707; — préciputaires, 1699, 1714, 1931, 1118; consenties en avancement d'hoirie, **1117**, 1716; rapport des —, **1082**; indirectes, 1106, 1109, 1696; — par personnes interposées, 1108; — prises sur les revenus, rapport, 1131; réduction, 1696; révocation des —, **1588**.
Liberté des conventions matrimoniales, 3, **401**.
Licitation, régime dotal, 618; partage, 1172, 1192, 1195, 1199, 1200, 1203.
Lieu d'ouverture d'une succession, 818; de rédaction d'un testament, 1279.
Limites de la vocation successorale, **769**.
Linges et hardes, communauté, 278; régime dotal, 645.
Liquidation, de la communauté, **254**;

— de la succession, **899**; de la succession bénéficiaire, **954**; de la succession vacante, 1004.
Logement, de la veuve, communauté, 218; régime sans communauté, 511; régime dotal, 648.
Lorraine. V. *Alsace*.
Lots; communauté d'acquêts, obligations à —, 474; successions, composition des —, 1173; égalité des —, **1174**.

Maintien de l'indivision, communauté, 344; successions, **1066**.
Majorats, 1864.
Mandat domestique, 124, 144, 186; séparation de biens, 527; régime dotal, 628; — entre époux, communauté, 187*bis*, 443; séparation de biens, **536**; régime dotal, 659; — entre cohéritiers, 1037.
Maniement des deniers, héritier bénéficiaire, 962.
Manuscrit, communauté légale, 33.
Mariage putatif, communauté, 224; contrat de mariage, 392.
Masse de calcul, 1101; — d'exercice, 1101.
Médecin, incapacité de recevoir, 1420.
Mesures fiscales, successions, **838**.
Mesures de protection en faveur des enfants issus d'un précédent mariage, **697**, 1835.
Meubles, présents, communauté légale, 25, 26, 37; régime dotal, 555, 558; — corporels ou incorporels, communauté légale, 27; — consomptibles; V. — Biens consomptibles.
Mi-denier, 335.
Mineurs, contrat de mariage, 373; limites à la vocation successorale, 773; acceptation de succession, 883; détournement d'effets héréditaires, 855; incapacités de disposer, 1394; de recevoir, 1435; institution contractuelle, 1771; donations entre futurs époux, 1800; entre époux, 1819; partage, 1074.
Ministres du culte, incapacité de recevoir, 1420.
Mitoyenneté, régime dotal, 563, 585.
Mobiles, libéralités, 1256, 1457, 1540, 1545, 1550, 1876.
Modalités, dans les libéralités, **1526**; 1576.
Modes de disposer à titre gratuit, 1258.
Moment auquel s'apprécie la capacité de disposer, 1404; la capacité de recevoir, 1431; institution contractuelle, 1772; — de l'estimation des biens donnés, rapport, **1141**, 1148, 1151; réserve, 1709; — auquel le bénéfice de la séparation des patrimoines peut être invoqué, 991; — auquel le partage peut être demandé, **1063**; retrait d'indivision, 70; remploi, 83, 87; bénéfice d'émolument, 359; — auquel le partage d'ascendant peut être attaqué, 1954.
Morts-nés, 723.
Motifs légitimes, mandat domestique, 124, communauté, 216; régime dotal, 599; retrait successoral, 1060; conditions et charges, 1540; clauses pénales, 1550; exécution testamentaire, 1572.

Nature juridique, des prélèvements opérés par les époux communs en biens, **302**; — du bénéfice d'émolument, 356; de la séparation des patrimoines, 994; de la pétition d'hérédité, 1011; du retrait successoral, 1062; du rapport des dettes 1154; du partage, **1183**; de l'effet déclaratif du partage, 1189; des donations entre époux, 1817; de l'institution contractuelle, 1765; des droits du grevé et de l'appelé, 1894; de la fondation, 1902; du partage d'ascendant, 1917.
Navires, don manuel, 1331.

Nemo liberalis nisi liberatus, 1104.
Non-présence, contrat de mariage, 383, 393, 394, 399; partage, 1074, 1163, 1171.
Non-rétroactivité, 1827.
Notaire, régime dotal, responsabilité, 563, 609, 610, 611, 613.
Notification, donations, 1304.
Nourriture de la veuve, communauté, régime sans communauté, 511.
Nue-propriété, substitutions, 1870.
Nullité, du contrat de mariage, 383, **393**, 447; dotale, **589**, 621; des testaments, 1286, 1289, 1295; des donations, 1305, 1310, 1427, **1443**; des legs, 1427, **1443**; des donations déguisées entre époux, 1853; des libéralités faites par personnes interposées, 1853; partage, 1231; partages d'ascendant, 1943.

Obligation, aux dettes, communauté, 350, 360; successions, **909**, 1827*bis*; retour légal, 1377; légataire universel, 1482; à titre universel, 1496; à titre particulier, 1523; donataire, 1361, 1559; institué contractuel, 1777, 1788; — *ultra vires*, dettes, **912**, 1483, 1496, 1939, 1940, 1941; legs, **926**; obligation de doter l'enfant, 412; — de reconnaissance qui incombe au gratifié, 616, 1558, 1622, 1632; — naturelle, dot, 413; testament, 1294; — de garantie, dot, 414; — de payer la dot, **421**.
Obligations délictuelles, v. *Délits*; — légales, régime dotal, 626; — de l'exécuteur testamentaire, 1568; — de l'héritier bénéficiaire, 954, 971.
Œuvres d'assistance, de bienfaisance, régime dotal, 616.
Offices ministériels, communauté légale, 28, 344; succession bénéficiaire, 960.
Officiers de marine, incapacité de recevoir, 1420.
Omission d'un descendant dans un partage d'ascendant, 1924, **1943**, 1951, 1958.
Opposition, bénéfice d'émolument, 361; succession bénéficiaire, 965; partage, 1181.
Option, retrait d'indivision, 64; — du conjoint présent, communauté, 220; de la femme commune en biens, **255**, 672; — de l'héritier, **842**; — du bénéficiaire d'une donation cumulative de biens présents et à venir, 1798.
Ordre, des descendants, **750**; des collatéraux privilégiés, 756; des ascendants, 759; des collatéraux ordinaires, **764**.
Ordre successif, régimes matrimoniaux, 445; substitutions, 1874.
Ordre de réduction, 1725.
Ordres des successibles, **734**, **749**.
Ouverture, du préciput, 491; de la succession, 817; — du testament olographe, 1282; mystique, 1290; de l'institution contractuelle, 1786; de la substitution, 1890; des actions contre un partage d'ascendant, 1954.

Pactes adjoints à un don manuel, 1336; — successoires, 409, 807, 885, 1785, 1897, 1916.
Paiement, de la dot, **421**, 442; — des créanciers par l'héritier bénéficiaire, **963**; des légataires, **963**; succession vacante, 1006; — des dettes du futur héritier, rapport, 1111; — des créances héréditaires, 1212; des dettes du défunt, 917, 918.
Paraphernaux, **654**; ordinaires, **657**; avec dotalité incluse, **660**; administration, jouissance des —, 658, 661.
Pardon de l'offensé, 1636.
Parentèles, 816.
Parents naturels, réserve, 1681.
Part d'enfant légitime le moins pre-

nant, usufruit successoral du conjoint survivant, 755, 780; legs adressés à un enfant naturel, 1424; disponible entre époux, 1835, 1839.

Partage, communauté, actif, **338**; mode et effets, **342**; passif, **348**; régime dotal, 574; — inégal, 484, 700; rapport des dettes, 1157; sociétés, rapport des dettes, 1157, 1238; successions, **1049**; compétence, 1054*bis*; — par souche, 743, 876, 1173; — provisionnel, 1051, 1161, 1164, 1201, 1247; successions anomales, 814, 1056; — simulé, 1239; — précipité, 1239; — des biens de l'absent, **1246**; **— des** créances héréditaires, 1029, 1032, 1079, 1174, **1211**, 1215; — des dettes héréditaires, 1029, 1032, 1038, 1046, 1078; — en nature ou en valeur, 1080, 1174; — judiciaire, **1160**, 1236, 1571; homologation du —, 1178; nature du —, 1183, 1052; effet déclaratif du —, **1184**.

Partage d'ascendant, **1915**; conjonctif, 1932, 1955, 1957; rapport, 1125.

Parts indivises, communauté légale, 60; — inégales, communauté, 484.

Passage en cas d'enclave, régime dotal, 563, 585.

Passif, de la communauté et des époux, v. *Dettes*; passif provisoire et passif définitif de la communauté, 279, 325, 325*bis*, 326, 353, 360; de la communauté d'acquêts, 479; de la société d'acquêts adjointe au régime dotal, 670; — des successions, v. *Obligation aux dettes*, *Partage*, *Contribution au passif*; — des successions anomales, 808; du donateur, 1361; partage d'ascendant, 1939, 1940, 1941.

Patrimoine, **710**.

Pauvres, Libéralités adressées aux —, **1417**.

Pécule réservé, v. *Biens réservés*.

Pension alimentaire, 33; — de retraite, 33.

Péril de la dot, **230**.

Personnes, non conçues, futures, successions, 721; incapacité de recevoir, 1410; institution contractuelle, 1774; substitutions, 1883; — incertaines, incapacité de recevoir, 1416; — morales, libéralités, 1412, 1437, 1531; substitutions, 1869; — interposées, libéralités, 1421, 1446; donations entre époux, **1852**; fondations, 1907.

Perte de la chose léguée, 1583.

Pétition d'hérédité, **1007**.

Placements, propres de la femme, 196; séparation de biens, 532.

Pluralité d'héritiers, **1028**.

Plus-value, fonds de commerce, office, communauté d'acquêts, 475.

Porte-fort, contrat de mariage, 383; partage, 1165; partage d'ascendant, 1959.

Portraits, 1079.

Possession, de l'héritier, **820**; — d'état d'héritier, 1025; — d'état de témoin, 1286; — précaire, équivoque, 1334.

Pouvoirs, du mari sur la communauté, **153**, 407, 462, 503; — de la femme sur les biens réservés, **177**, 408; sur les biens ordinaires de la communauté, 185; — de l'héritier bénéficiaire, 971; de l'administrateur judiciaire, 976; de l'exécuteur testamentaire, 1568; du grevé de substitution, 1892.

Préciput, 489, 692, 700.

Prédécès, du légataire, 1578; de l'institué contractuel, 1790.

Prélèvements, communauté, **300**, 487; preuve, 294, 305*bis*; procédé de règlement, 335; successions, rapport, 1135, 1144, 1147, 1149.

Prescription, retrait d'indivision, 70; action en nullité dotale, 593, 679, 682; actions en nullité, en resci-

sion, en révocation, contre acceptation successorale, 867; droit d'option de l'héritier, 887; succession, acceptation bénéficiaire, 946, 969; séparation des patrimoines, 993; pétition d'hérédité, 1014; partage, 1072; obligation de garantie, 1226, 1233; rapport des dettes, 1157; action en rescision du partage, 1236; nullité du testament, 1295, 1444; droit de retour, 1376; révocation pour cause de survenance d'enfant, 1602; pour cause d'inexécution des charges, 1612; action en réduction, 1723; partage d'ascendant, 1956.

Présence réelle, des parties au contrat de mariage, 383, 393, 394, 399; d'un second notaire ou de témoins, 1283, 1288, 1299, 1303, 1753, 1811.

Présents d'usage, V. *Cadeaux d'usage*.

Présomptions, d'acquêts, 21, 42, 522, 539, 649; — de renonciation à la communauté, 265; d'acceptation de la communauté, 280; — de cautionnement, communauté, 294; — d'encaissement par la communauté, 318; du caractère personnel de la dette du mari, 126; — mucienne, 509, 521, 655; — de propriété, séparation de biens, 523; — de dotalité ou de paraphernalité, 550, 551, 552, 553; — de bonne foi, régime dotal, 595; — de réception de la dot, 652; avantages matrimoniaux, 695, 698; — de durée de la grossesse, 725; — de survie, 727; — d'interposition de personnes, 1090, 1449, 1856; — de confirmation du partage, 1233.

Preuve, de la profession exercée par la femme, 104; de la date des dettes de la femme commune, 115; du caractère de la dette du mari, 126; de la fraude du mari commun en biens, 163; de la qualité de bien réservé, 182; de la consistance de la communauté, 213; récompenses et reprises, 294, 305*bis*, 463, 469; — régime sans communauté, 515; société d'acquêts adjointe au régime dotal, 672; — du paiement de la dot, 424, 651; de la consistance de la dot, 649; successions, preuve des dettes du défunt, 917; de la qualité d'héritier, 1016; libéralités, dons manuels, 1333; pactes adjoints, 1336; cause impulsive et déterminante, 1460, 1541; caractère excessif des libéralités, 1724; date des donations, 1732; — intrinsèque ou extrinsèque, 1277, 1348, 1390, 1416, 1430, 1448, 1460, 1507, 1541, 1552, 1553.

Primes de remboursement, communauté d'acquêts, 474; — d'assurance sur la vie, 1112, 1125, 1132; récompense, 328, 331.

Privilèges, régime dotal, 585, 638, séparation des patrimoines, 990, 998, 999; vendeur, 1204.

Prix d'adjudication de l'immeuble licité, 1215.

Prix de réversibilité, 332.

Procuration, donation, 1302.

Prodigue, contrat de mariage, 377; capacité de disposer, 1403; institution contractuelle, 1711; donations entre époux, 1819; partage d'ascendant, 1927.

Produits, communauté, 36, 96; régime dotal, 571.

Profession distincte, V. *Biens réservés*.

Promesse d'égalité, 1793.

Propres, mobiliers, communauté, 23, 32, 191; imparfaits, 40; de la femme, administration, 188; communauté d'acquêts, 476; propres immobiliers, 42, 477.

Propriété, sous condition résolutoire ou suspensive, substitution, 1895; — temporaire, substitution, 1896; — artistique ou littéraire, commu-

nauté légale, 29; usufruit du conjoint survivant, 778; successions, 908; succession bénéficiaire, 960; dons manuels, 1331.

Publicité, du retrait des pouvoirs de la femme exerçant une profession distincte, 183; de la demande en séparation de biens, 238; du jugement de séparation de biens, 238; de la convention de rétablissement de la communauté, 246; du contrat de mariage, **385**; de la dot incluse, 663; de la demande en révocation pour cause d'ingratitude, 1639; substitution, 1888.

Puissance paternelle, contrat de mariage, 405.

Quasi-Contrats, 636.

Quasi-Délits, régime dotal, 634, 635.

Quae temporalia sunt ad agendum, 1296, 1636.

Quasi-Usufruit, communauté, 40, 470; régime sans communauté, 508*bis*, 514; régime dotal, 566.

Quotité disponible, V. *Disponible*.

Rapport successoral, en général, **1082**; — de la dot, 412, 562, 636, 1108; — des avantages matrimoniaux, 696, 699, 1114; — pour autrui, 1090; — en moins prenant, 1134, **1139**; en nature, 1134, **1145**; par voie d'imputation, 1135; de prélèvement, 1135; — dû par le conjoint, 1088, 1101, 1119, 1127, 1141, 1145; dispenses de —, **1117**; exemption de —, **1126**; dévolution des biens d'un absent, 1246; — des dettes, **1152**.

Rapports, dus par les époux à la communauté, **319**; — effectifs, 334; en moins prenant, 335; par prélèvements, 335; par le procédé du mi-denier, 335; par compensation, 335.

Réalisation, communauté, clause de —, 457; — de la succession bénéficiaire, 959; de la succession vacante, 1004.

Recel, communauté, 280, 341, 353, 358; succession, 852, 978.

Récoltes, communauté légale, 98, 324; communauté d'acquêts, 472; succession bénéficiaire, 959 .

Récompenses, dues par la communauté aux époux, 75, 76, **283**; causes des —, **290**, preuve, 294; montant des —, **296**; intérêts, 299; communauté d'acquêts, 472, 476; — dues par les époux à la communauté, 58, 67, 76, 89, 98, **319**; causes, 322; montant, **330**; règlement, **333**; intérêts, 333; — dues entre époux, 363; régime sans communauté, 514.

Recours de l'acquéreur évincé, régime dotal, 595, 612; — du copartageant évincé, 1046.

Réduction des libéralités en général, **1656**; action en —, **1720**; ordre de —, 1725; — en moins prenant, 1741; — des donations entre époux, 1819; — des libéralités matrimoniales, 1850, 1854; partages d'ascendant, 1946; — des libéralités excessives consenties à un enfant naturel, 1427, 1445; — des libéralités testamentaires faites par un mineur de plus de seize ans, 1445; — des libéralités adressées à une congrégation, 1445; — des baux de longue durée, communauté, 198; convention d'indivision, 1067.

Refus d'aliments, donations, 1630.

Régime matrimonial, du droit commun, 5, 11.

Régime sans communauté, 504.

Régime dotal, 540; avec société d'acquêts, **667**.

Régimes matrimoniaux, 1; — types, 4; — successifs, 445; — contractuels, **448**; immutabilité des —, **437**.

Registre du commerce, séparation des biens, 446.

Remariage, contrat de mariage, 441; V. *Disponible entre époux*; *Mesures de protection* envers les enfants issus d'un précédent mariage.

Remploi, communauté, **77**; régime dotal, 548, 560, 563, **602**; — par anticipation, 84, 604; — fictif, 609; — légal, 620; successions anomales, 812; — de la dot mobilière, 613; hypothèque de la femme, rang, 706, 709; partage, 1167.

Renonciation, à la communauté, **262**, 487; à une succession, 807, 851, **873**; au bénéfice d'inventaire, 978; au bénéfice de la séparation des patrimoines, 991; à un legs, 1587; droit de retour conventionnel, 1376; — gratuite, à titre de libéralité, 1110, 1315; — à l'action en réduction, 1722; du grevé de substitution, 1890.

Rente viagère, communauté, 291, 292, 296, 327, 331; — réversible, 332, 423; dot, 423; conjoint survivant, conversion de l'usufruit en une —, 783*bis*.

Rentes, communauté, 27; succession bénéficiaire, 960; cohéritiers, 1048.

Réparations, immeuble dotal, 616.

Répétition de l'indu, communauté, dettes, 352.

Représentation successorale, **742**, 1838; rapport, 1091; partage, 1173; legs, 1578; substitution, 1883; disponible entre époux, 1838; partage d'ascendant, 1925.

Reprise d'apport franc et quitte, 498; — des apports au cas d'attribution à l'un des époux de la totalité de la communauté, 487; régime sans communauté, 514.

Reprises de la femme commune renonçante, **274**; au cas d'acceptation, **283**; — en nature, 284; en valeur, **286**; intérêts des —, 275, 299, 333, 365; preuve des —, 294, **305***bis*, 462, 469; détournement d'effets, communs, 341.

Répudiation, V. *Renonciation*.

Requête collective, partage, 1074 et *addenda*.

Rescision de l'acceptation d'une succession, 862; d'une renonciation, 878; d'une licitation, 1204; du partage d'ascendant, 1945; régime dotal, 567.

Réserve, de droit commun, **1656**; — des descendants, 1666; — des ascendants, **1670**, 1679, 1825, 1827*bis*; — dans la famille adoptive, 1676; — dans la famille naturelle, 1677; nature de la —, **1682**; — administrative, 1691; sanction de la —, 1720; avantages matrimoniaux, 696, 699; partage d'ascendant, 1936.

Réserve d'usufruit (clause de), communauté, 166; donation, 1366.

Résolution, reprises de la femme commune en biens, 272; conversion de l'usufruit successoral du conjoint en une rente viagère, 783*bis*; rapport, 1146; partage, 1192; licitation, 1204; substitution, 1895.

Responsabilité, du mari : communauté, 159, 201, 272; de l'héritier bénéficiaire, 957, 962, **971**; de l'administrateur judiciaire, 976; — des tiers, remploi, 608, 613.

Restitution, des biens de la femme, régime sans communauté, 514; de la dot, régime dotal, **642**; héritier apparent, **1020**.

Rétablissement du régime primitif, **246**, 251, 673.

Rétention, héritier apparent, 120; rapport, 1140.

Retour, légal, **795**; conventionnel, **1367**, 1355.

Retrait d'indivision, **64**, 327, 521, 556, 655; — successoral, **1059**,

1491, 1827*bis*; communauté, 51, 345.

Rétractation, du retrait des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, 183; — de la renonciation à une succession, **878**; — de la révocation d'un testament, 1644.

Retrait des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, 183, 278.

Retranchement, 1850, 1851.

Rétroactivité, du retrait d'indivision, 68; de l'acceptation du remploi par la femme, 90; du jugement de séparation de biens, **243**; de la séparation de biens accessoire, 250; du divorce, 252; de l'envoi en possession, 837; du parti de l'héritier, 844, 877; du retrait successoral, 1062; du partage, 346, 551, **1184**; du retour conventionnel, 1373; de la révocation pour cause de survenance d'enfant, 1600; pour inexécution des charges, 1620; — de la réduction des libéralités, 1735. V. aussi pour la constitution de dot, 551.

Revenus, V. *Fruits*.

Réversibilité, 328, 332; prix de —, 332.

Révocation, du partage, **1238**; des libéralités, avantages matrimoniaux, 696; donations et legs, **1588**; pour cause de survenance d'enfant, **1589**, 1802, 1815; pour cause d'inexécution des charges, **1604**, 1925; pour cause d'ingratitude, **1622**, 1671, 1802, 1806; — des donations et des legs par la volonté unilatérale du disposant, **1640**; institution contractuelle, 1791; donations entre époux, **1816**; partage d'ascendant, 1938, 1940, 1944.

Risques, communauté, ameublissement, 456; reprise d'apport franc et quitte, 502; dot, 565, 568, 649; rapport, 1140, 1148, 1151.

Saisie, dot incluse, 662.

Saisie-Arrêt, indivision héréditaire, 1213.

Saisine héréditaire, **820**, 879; légataire universel, 1470; à titre universel, 1492; à titre particulier, 1510; institué contractuel, 1788; envoyés en possession des biens d'un absent, 1248; exécuteur testamentaire, 1568; partage d'ascendant, 1939; droit de provoquer le partage, 1056.

Sanction de la fraude du mari commun en biens, 164; du défaut d'inventaire de la communauté, 213 511; de l'inaliénabilité dotale, **589**; du défaut ou de l'insuffisance du remploi, **607**; publicité du contrat de mariage, 386, 388; — contre-lettres, 435; — immutabilité des conventions matrimoniales, 447; — liquidation de la succession bénéficiaire, 956, 967, 972, 976, 978; — des incapacités de disposer ou de recevoir, **1443**; des conditions ou charges impossibles, illicites ou immorales, **1542**; de la réserve, **1720**; des disponibles spéciaux, **1849**; substitutions prohibées, **1878**.

Scellés, séparation de biens, 237; succession irrégulière, 834; frais, 929; séparation des patrimoines, 989; partage judiciaire, 1171; exécution testamentaire, 1570.

Séparation, amiable, libéralités, 1458; — de biens, principale, **225**, 226; accessoire, 249; contractuelle, **516**; sous le régime dotal, 560, 644, **673**; — de corps, régime dotal, 686; succession, indignité, 731, 781; — de fait, 206; — des patrimoines, 930; principale, **981**; division des dettes, 1039; séparation accessoire au bénéfice d'inventaire, 933, **941**.

Sépultures, 908, 1078.

Séquestre, séparation des patrimoines, 989.
Sévices, révocation des libéralités, 1628.
Signature, de la femme, hypothèque légale, 152, 169, 187; donation d'un immeuble commun, 169; biens réservés, 127; — dans le testament, 1278, 1284, 1288.
Signification du titre du défunt, 918.
Simulation, 1446.
Situation faite à l'héritier définitif, 899; — à l'héritier unique, **901**.
Société, rapport, 1115; — civile d'indivision, 1069; — d'acquêts adjointe au régime dotal, **667**; — entre époux, 441; — de secours mutuel, 1415; — capacité de recevoir, 1415, 1437.
Solidarité, communauté légale, 131, 135, 214; contrat de mariage, 384; paiement de la dot, 421; séparation de biens, 527; legs particuliers, 1516; exécution testamentaire, 1568.
Soulte, communauté légale, 75; partage, 1175, 1192, 1195, 1202.
Souscription pour autrui, remploi, 92; donations, 1320; libéralités, 1411*bis*, 1416; fondation, 1903.
Stipulation de parts inégales, communauté, 484.
Subrogation personnelle, régime dotal, 612; héritier bénéficiaire, 947; cohéritiers, 1047.
Subrogation réelle, communauté légale, 48, 72 et suiv.; biens réservés, 105; communauté d'acquêts, 477; régime dotal, 429, **562**, 606, 620, 670; successions anomales, **811**; séparation des patrimoines, 992, 993; indivision héréditaire, 1037; rapport, 1140; prix d'adjudication de l'immeuble licité, 1216; absence, 1249; substitution, 1892.
Substitutions, vulgaires, 1774, 1862; — fidéicommissaires, **1858**; prohibées, 1372, 1866; permises, **1879**; graduelles, 1863; perpétuelles, 1863.
Successeurs irréguliers, 828, 897; obligation aux dettes, 913; rapport, 1088.
Successions ab intestat ou **Successions légales**, **710**; ouverture et transmission, **817**; — mixtes, communauté, 52, 1219; anomales, **795**; réserve, 1675; dettes, 1039, 1045; partage, 1056; — par transmission, 886, 1173; — vacantes, 880, **896**, 989, **1003**.
Suggestion, 1381.
Sûretés, rente viagère du conjoint survivant, 783*bis*.
Survenance d'enfant, **1589**.
Suspension de la prescription, héritier bénéficiaire, 946; rapport des dettes, 1157.
Syndicat professionnel, capacité de recevoir, 1414.

Tarif des droits de mutation successorale, 789.
Taxe successorale, 789, 929.
Témoins, donations, 1299, 1303; testaments, 1283, 1284, 1285, 1286, 1288.
Terme, régimes matrimoniaux, 445; donations, 1358; libéralités, 1528; — incertain, 1358, 1529, 1580.
Testament, comparé à la donation, 1259; formes du —, **1267**; — privilégié, 1260; olographe, **1271**, 1472; authentique, **1283**, 1472; mystique, **1288**, 1472; date du —, **1275**, 1281, 1287; force probante du —, 1280, 1287, 1291; témoins, 1283, 1284, 1285, 1286, 1288; conjoints, 1293, 1928, 1930, 1932; — verbal, 1294; nullité du —, 1286, 1289, 1295; inexistence, 1652; — *ab irato*, 1390; pluralité de —, 1646; **révocation du —, 1640**; destruction, lacération, cancellation du —, 1655.

Tierce opposition, 241.
Tirage au sort des lots, 1178.
Titre exécutoire, héritier, 918.
Titre gratuit et titre onéreux, 1253.
Titre de noblesse, 1078.
Titres nominatifs, communauté, 191, 195.
Tombeaux, 908, 1078.
Transaction, partage, 1166, 1237.
Transcription, divorce, 253; retrait d'indivision, 68; jugement prononçant le retrait des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, 183; règlement des reprises de la femme renonçante, 275; prélèvements, 304; avantages matrimoniaux, 696; successions, 821, 848, 870; successions anomales, 807; retour successoral, 1373; renonciation à succession, 875; renonciation à un legs, 1587; partage, 1193, 1195, 1204; donations et testaments, 1475*bis*, 1494, 1513, 1561, donations matrimoniales, 1754; institution contractuelle, 1770, 1785; donation cumulative, 1796, 1799; donation entre époux, 1812, 1819; substitutions, 1888; partages d'ascendant, 1028, 1929, 1940; héritier bénéficiaire, 948; retrait d'indivision, 68; retrait successoral, 1062.
Transportés, succession, 778.
Trésor, communauté d'acquêts, 474.
Trousseau, 1129.
Tuteur, incapacité de recevoir, 1419; — à la substitution, 1886.
1016.

Usufruit, communauté, 291, 292; — successoral du conjoint survivant, 755, 756, 761, 766, 775; — successoral des ascendants en concours avec le conjoint survivant, 1827*bis*; substitution, 1870.
Utilisation des deniers, succession bénéficiaire, 963; succession vacante, 1005; remploi légal, 620.

Vacance de la succession, 896, 989, 1003.
Vente des biens compris dans une succession bénéficiaire, 958, 978; dans une succession vacante, 1004; — isolée des biens héréditaires, 1167; partage judiciaire, 1172.
Ventilation, communauté, biens indivis, 62; dettes héréditaires, 1045.
Veuve, droits, communauté, 218; V. *Viduité*.
Viabilité, 723.
Vices du consentement, contrat de mariage, 372; succession, acceptation, 860, 861; renonciation, 877; libéralités, 1378; partage, 1231; — dont peut être atteint un partage d'ascendant, 1942; — cachés, partage, 1228.
Viduité, communauté, 218; régime sans communauté, 511; régime dotal, 648; clauses de — 1540; droits de — 218, 511, 648.
Violence, contrat de mariage, 372; acceptation de succession, 861; renonciation, 877; partage, 1231, 1237*bis*; libéralités, 1383.
Vocation héréditaire, 734; preuve.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

Imp. G. Thone, Liège (Belgique)

DESACIDIFIÉ
A SABLÉ : 2001

Imp. G. Thone,
Liège (Belgique)





BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01067287 3