BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE

Faculté de droit de Paris. Droit romain. De la Restitution de la dot. Droit français : De la Société d'acquêts et de sa [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Roty, Henri. Faculté de droit de Paris. Droit romain. De la Restitution de la dot. Droit français : De la Société d'acquêts et de sa combinaison avec le régime dotal. Thèse pour le doctorat,... par Henri Roty,.... 1874.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

A. FERRET 1978

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT

PAR

Henri ROTY

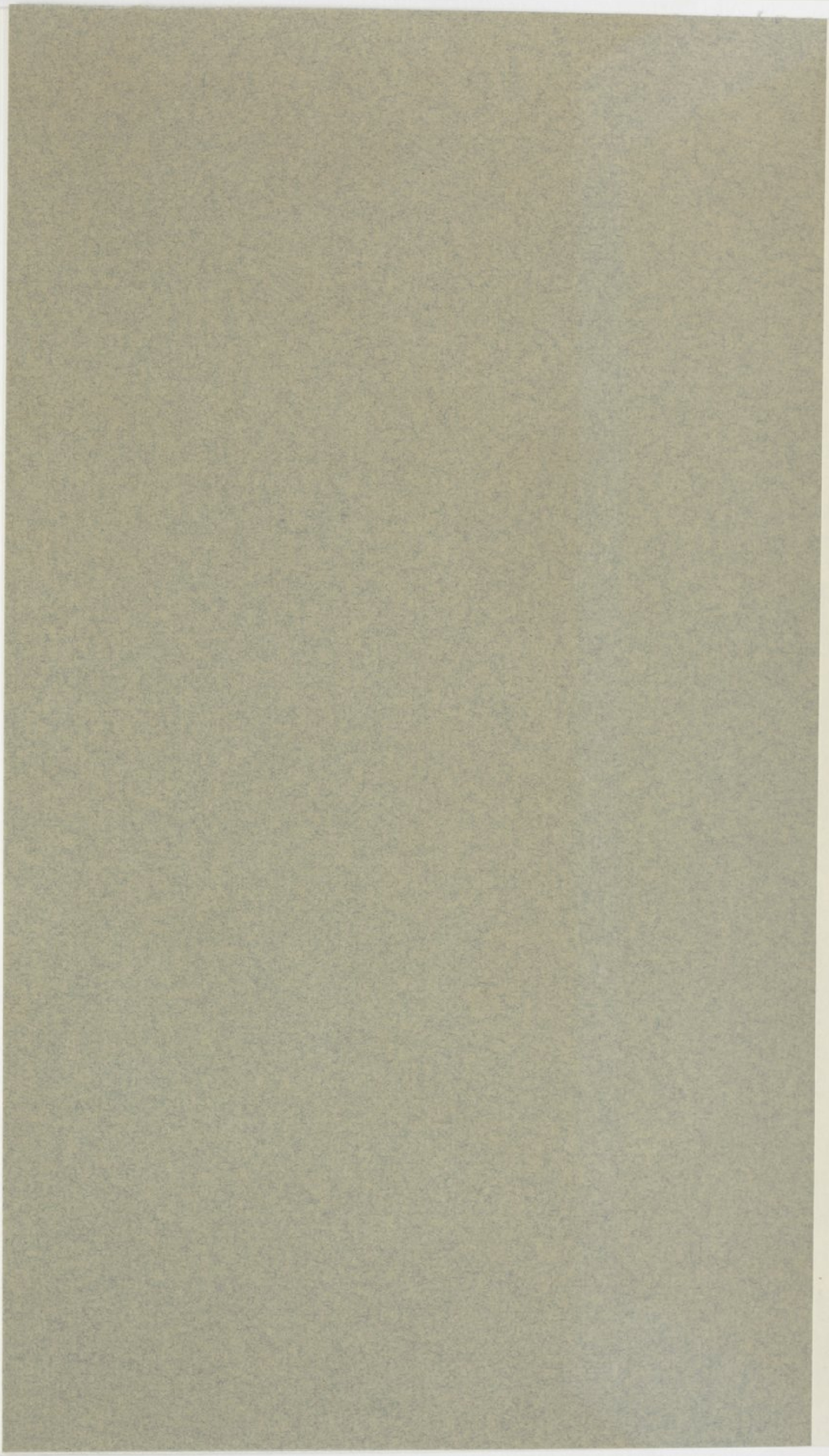
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

IMPRIMERIE WALDER

RUE DE L'ABBAYE, 22

1874



A M. LACAN

ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS
A LA COUR DE PARIS

3701

F

43867

C

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

ET DE SA COMBINAISON AVEC LE RÉGIME DOTAL

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

le jeudi 10 décembre 1874, à 8 heures et demie

PAR

Henri ROTY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Né à Clamecy (Nièvre)

BIBLIOTHÈQUE
D 9013

Président : M. COLMET DE SANTERRE.

Suffragants : MM. DUVERGER, BEUDANT, GÉRARDIN, ACCARIAS. — *Professeurs.*

PARIS

IMPRIMERIE WALDER

RUE DE L'ABBAYE, 22

1874

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

(Dig., lib. XXIII, tit. 3, et XXIV, tit. 3; Cod., lib. V, tit. 13 et 18.)

Aperçu historique.

Dans les premiers temps de Rome, lorsque l'organisation de la société reposait tout entière sur la prépondérance d'un certain nombre de familles patriciennes, au-dessous desquelles se trouvait le reste du peuple divisé en clientèles, le mari acquérait sur sa femme une puissance absolue, résultant des formalités mêmes qui accompagnaient toujours le mariage. La femme *in manum conventa*, c'est-à-dire ainsi soumise au pouvoir du mari, cessait de faire partie de la famille à

laquelle elle avait appartenu jusque-là, pour entrer dans celle de son mari, où elle était placée, vis-à-vis de ce dernier, dans la condition d'une fille, « *filiæque locum obtinebat* » (Gaïus I, § 111).

Au moyen de la *conventio in manum*, la femme acquérait le droit de porter le titre de *materfamilias*, qui l'entourait d'une certaine considération, mais sans la faire participer à la puissance du *paterfamilias*, à l'égard duquel elle devenait *in loco filiæ*. Or, en prenant dans la famille une position analogue à celle de la *filiafamilias*, la femme devenait incapable d'être propriétaire : tout ce qu'elle pouvait avoir au jour de son mariage, et tout ce qu'elle acquérait depuis, tombait dans le patrimoine de son mari. De même que ses enfants, la femme n'avait qu'un droit de succession sur les biens du mari, à la mort de ce dernier, et ne pouvait en aucun cas réclamer comme bien distinct de celui de son mari ce que celui-ci avait acquis par elle. Ainsi, à l'origine, le mari ayant toujours la *manus*, n'avait, lors de la dissolution du mariage, rien à restituer à la femme.

Mais cette puissance excessive de la *manus* ne pouvait durer longtemps : la *conventio in manum* tomba rapidement en désuétude, lorsque les progrès de la civilisation et les rapports chaque jour plus fréquents et plus intimes avec des peuples nouveaux eurent modifié les mœurs des anciens Romains. Dès lors, la femme put échapper à la puissance maritale, et garder une personnalité distincte de celle de son mari : elle resta dans sa propre famille, sous la puissance pa-

ternelle de son ascendant; et, cette puissance venant à s'éteindre, elle put devenir *suî juris*, et capable d'être propriétaire. Le mari, n'acquérant alors légalement aucun droit sur la fortune de sa femme, dut se faire remettre une somme, un bien quelconque, au moyen duquel elle contribuât aux charges du mariage; de là vint l'usage de la dot que l'on définit ainsi : « Ce que la femme, ou quelque autre personne pour elle, donne ou promet au mari afin de l'aider à soutenir les charges du mariage » (1).

Cependant, nous ne trouvons pas encore à cette époque l'obligation de restituer la dot imposée au mari : ce dernier, devenu propriétaire du fonds dotal, *dominus dotis*, conservait probablement un droit de propriété même après la dissolution du mariage; les documents à cet égard nous font, du reste, à peu près défaut. Mais les fragments des jurisconsultes qui nous sont parvenus donnent lieu de croire que, dès le sixième siècle, le principe de la restitution de la dot commençait à s'établir. Plusieurs causes semblent avoir contribué à amener ce résultat; ce fut d'abord l'abus du divorce, qui menaçait de mettre en péril l'institution du mariage, et contre lequel on voulut lutter en imposant au mari la perspective de perdre la dot, alors que les fortunes étaient devenues bien plus considérables.

D'ailleurs, les progrès de la civilisation aidant, on comprit que la dot n'était remise au mari que pour subvenir aux

(1) Pellat, *Textes sur la Dot*, I.

charges du mariage, et que, la cause même de la dot cessant d'exister, le fonds dotal ne devait plus demeurer entre les mains du mari.

Enfin, on voulut d'une part que la crainte de perdre la dot rendît le mari moins prompt à répudier la femme, et d'autre part que la femme divorcée pût facilement trouver un nouveau mari en considération de sa dot

Pour arriver à ce résultat, un premier moyen fut emprunté au droit commun ; le mari s'obligea, en recevant la dot, à la restituer lors de la dissolution du mariage ; la femme qui avait stipulé cette restitution pouvait réclamer ses biens par l'action *ex stipulatu*. Cette convention devenant d'un usage très-fréquent, la jurisprudence vint ensuite elle-même au secours de la femme, et finit par considérer le mari comme obligé *quasi ex contractu* à restituer la dot. C'est ainsi qu'on voit s'établir le principe nouveau de l'obligation pour le mari de restituer la dot à la dissolution du mariage; c'est dans ce but qu'est établie au profit de la femme l'action *rei uxoriæ* résultant, de droit, du fait seul de la constitution de dot, en l'absence de toute stipulation.

Mais jusque-là aucune garantie spéciale qui assurât cette restitution de la dot n'avait encore été introduite ; d'un autre côté, les maux qui avaient fait imposer au mari l'obligation de restituer la dot ne faisaient qu'augmenter à mesure que Rome s'enrichissait des dépouilles de tous les peuples et se laissait envahir en même temps par leur luxe et leurs vices. La dépravation des mœurs avait contribué, avec les guerres

civiles et les proscriptions de la fin de la République, à diminuer considérablement le nombre des citoyens. Aussi, pour arriver à repeupler l'empire, dut-on songer à favoriser le mariage en punissant le célibat, et à garantir à la femme d'une façon plus efficace la restitution de sa dot. Tel fut le but des lois *Julia*, *De maritandis ordinibus* (an 736 ou 757 de Rome), et *Papia Poppæa* (an 17 avant ou 4 après J.-C.), qui punissent le célibat et récompensent la paternité, et de la loi *Julia*, *De adulteriis* et *De fundo dotali* (an 737, de Rome), qui réprime l'adultère et qui pose le principe que le mari ne pourrait désormais aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme.

C'est alors que commence l'époque classique à partir de laquelle nous voyons le régime de la dot prendre tous ses développements : nous trouvons, dès lors, des renseignements précis sur notre sujet dans les nombreux écrits des jurisconsultes. Partout nous voyons dominer cette idée, qui avait inspiré les lois du temps d'Auguste, qu'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les femmes conservent leur dot, afin de pouvoir toujours trouver à se marier. Aussi voit-on peu à peu s'établir de nouvelles garanties qui doivent encore mieux assurer à la femme la restitution de sa dot : telle fut, par exemple, l'interdiction faite au mari d'hypothéquer la dot de sa femme même du consentement de cette dernière; c'est aussi dans ce but qu'on étendit au profit de la femme le privilége qui lui permettait de passer pour le recouvrement de sa dot avant les autres créanciers chirographaires de son

mari. Faciliter et multiplier les mariages, tel est le but que poursuivent les jurisconsultes de cette époque; mais on n'en est pas encore arrivé à voir dans la dot le bien de la femme : le principe est toujours que le mari, propriétaire de la dot, n'est appelé qu'éventuellement à la restituer.

Plus tard, sous des influences nouvelles, les mœurs se transforment et les changements qu'elles éprouvent se reflètent dans les modifications de la législation romaine. Le christianisme, qui a pénétré dans les différentes classes de la société romaine, s'y fait, malgré les persécutions, une place de jour en jour plus large, et finit par absorber le paganisme : au lieu de punir le célibat, il le préconise; dès lors, les lois caducaires sont abolies, mais non les lois qui tendent à assurer la restitution de la dot. Justinien, qui fond ensemble l'action *ex stipulatu* et l'action *rei uxoriæ*, multiplie même à l'excès les garanties de cette restitution. Ce n'est plus alors dans le but d'encourager au mariage; mais on a fini par comprendre que la dot est la propriété de la femme, et qu'en conséquence le droit à la restitution n'en doit pas être seulement éventuel, mais aussi certain qu'un droit de propriété. Néanmoins, on ne va pas jusqu'à supprimer complétement le principe de l'acquisition de la dot par le mari; mais les conséquences en sont tellement atténuées, qu'en réalité la femme peut être désormais considérée comme propriétaire de la dot, et que c'est en cette qualité qu'elle peut en réclamer la restitution.

CHAPITRE PREMIER.

DANS QUELS CAS Y A-T-IL LIEU A LA RESTITUTION DE LA DOT?

C'est en principe quand le mariage est dissous, et que la femme existe encore à cette époque, qu'il y a lieu de restituer la dot. Ainsi, la première condition, c'est qu'il y ait eu mariage, car là où il n'y a pas de *justæ nuptiæ*, il n'y a pas de dot; et la réclamation d'un bien qui aurait été remis à l'homme à titre de dot, lorsqu'il n'y a pas eu mariage, devrait s'exercer au moyen de la *condictio sine causâ*, et non par l'action *rei uxoriæ*. Il faut aussi que le mariage soit dissous, ce qui arrive, nous dit Paul, « *divortio*, *morte*, *captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum* » (L. I, *De divortiis* et *repudiis*, XXIV, 2). Ces derniers mots, « par la captivité ou la mise en servitude de l'un des époux, » se rapportent à la *capitis deminutio* de l'un des époux. Nous remarquerons à ce propos que la *media capitis deminutio* résultant de la déportation ne dissout pas le mariage, si le conjoint de l'époux condamné ne veut pas se séparer de ce dernier. C'est ce qu'exprime la loi 5, § 1, *De bonis damnatorum* (lib. XLVIII, tit. XX) : « Quod si deportata sit filiafamilias, Marcellus ait, quæ sententia vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium; nam cum libera

mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere. » Observons aussi que les effets de la *capitis deminutio maxima* résultant de la captivité de l'un des époux sont anéantis rétroactivement, si le captif revient, tandis qu'ils partent du jour où la captivité a commencé, s'il ne revient pas.

Enfin, il faut aussi, avons-nous dit, pour qu'il y ait lieu à la restitution de la dot, que la femme existe encore à l'époque de la dissolution du mariage. Cette condition n'est pas absolue : bien que la femme fût morte pendant le mariage, la dot pourrait être réclamée dans les trois cas suivants : 1° lorsque la dot est provenue du fait ou des biens d'un ascendant paternel, pourvu que cet ascendant vive encore ; 2° lorsque le mari a donné la mort à la femme ; 3° lorsqu'il a été convenu que, même en cas de prédécès de la femme, la dot serait restituée. Ces règles seront plus loin l'objet d'une explication plus détaillée.

De ce qu'il faut que le mariage soit dissous pour qu'il y ait lieu à la restitution de la dot, il en résulte les deux règles suivantes, que nous étudierons séparément, tout en parcourant les exceptions qu'elles comportent :

1° La dot ne peut pas être redemandée pendant le mariage ;

2° La dot qui doit revenir à la femme ne peut pas être restituée durant le mariage.

Ces deux règles sont parfaitement distinctes, et ne doivent pas être confondues, car « non-seulement elles reposent sur

des motifs différents, mais elles ont chacune leur caractère spécial et leurs exceptions particulières (1). »

Première règle. — *La dot ne peut pas être redemandée pendant le mariage.* — Cette règle est fondée sur ce motif que la dot, étant apportée par la femme pour aider le mari à supporter les charges du mariage, il est naturel que cette destination soit respectée pendant toute la durée du mariage; elle doit, en conséquence, rester pendant tout ce temps entre les mains du mari : « Dotis causa perpetua est cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit » (Paul, l. 1, *De jure dotium*, lib. XXIII, tit. III). Le même jurisconsulte ajoute également ailleurs : « Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt ». (L. 56, § 1, lib. XXIII, tit. III).

Cette règle admet une exception importante : lorsque les affaires du mari sont en mauvais état, et que l'existence de la dot se trouve mise en péril, il est permis à la femme, mais seulement quand elle est créancière éventuelle de la restitution, d'intenter par anticipation l'action *rei uxoriæ* pour se faire rendre sa dot. Mais à quel moment précis la femme pourra-t-elle ainsi agir en restitution? Le jurisconsulte Ulpien prévoit la question et y répond : « Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit, ma-

(1) Pellat, *Textes sur la Dot*, p. 312.

riti facultates ad dotis exactionem non sufficere » (L. 24, pr., D., *Soluto matrimonio*, lib. XXIV, tit. III).

Ainsi, la femme ne peut redemander la dot que lorsque l'insolvabilité du mari est très-évidente; il faut, pour qu'on admette cette exception à notre première règle, que la dot soit réellement mise en péril; ce point n'est pas douteux. Mais, comme le principe est que la dot ne peut être réclamée qu'à la dissolution du mariage, le préteur ne délivre la formule de l'action qu'en y introduisant la supposition qu'un divorce a eu lieu, afin d'élargir les pouvoirs du juge. Cette fiction admise, le juge accordera à la femme ce qu'elle pourrait demander après que le divorce aurait eu véritablement lieu : elle aura une action « *rei uxoriæ utilis quasi facto divortio.* »

Justinien introduit en cette matière deux innovations : la première consiste en ce que, se montrant moins rigoureux que les jurisconsultes de l'époque classique, il permet à la femme de réclamer sa dot dès que le mauvais état des affaires du mari fait redouter son insolvabilité, sans qu'il soit nécessaire d'attendre, comme on l'exigeait précédemment, que le mari fût devenu réellement insolvable. Quant à la seconde innovation, elle consiste en ce que, à cette époque, le système formulaire ayant disparu pour faire place à la procédure extraordinaire, cette fiction de l'époque classique, qui ne permettait d'accorder dans ce cas qu'une action utile, « *quasi facto divortio,* » fut supprimée comme n'ayant plus de raison

d'être, et comme n'étant, suivant Justinien, qu'une *falsa dissimulatio* (Cod. c. 30, in fine, *De jure dotium*).

Il y a une autre exception moins importante à la règle d'après laquelle la restitution de la dot ne peut être exigée pendant le mariage : c'est dans le cas prévu par la loi 5, § 1, *De bonis damnatorum*, que nous avons déjà citée plus haut. Si, malgré la *capitis deminutio* de son mari, la femme consent à rester dans les liens du mariage, il arrivera que le fisc, auquel tous les biens du mari sont dévolus, s'emparera de la dot de l'épouse, qui, n'ayant alors aucun droit pour réclamer sa dot, puisque le mariage n'est pas dissous, en serait ainsi dépouillée pour avoir été trop attachée à son mari. Mais ce résultat inique avait été prévu et repoussé par la loi 1, *De repudiis* (C. 5, 17), qui, bien que le mariage ne fût pas dissous, permettait dans ce cas à la femme de poursuivre contre le fisc le recouvrement de sa dot.

Deuxième Règle. — *La dot qui doit revenir à la femme ne peut pas être restituée pendant le mariage.* — Sur quoi repose cette seconde règle et quelle en est l'origine ? Cette question, qui divise les interprètes, a donné lieu à deux grands systèmes.

Dans un premier système on regarde la règle qui défend la restitution anticipée de la dot comme dérivant de celle qui défend les donations entre époux ; car lors même que la dot ne devrait pas rester définitivement au mari par suite de la mort de la femme, en restituant prématurément la dot, le mari se prive au profit de sa femme des fruits destinés à l'in-

demniser des charges du mariage ; c'est donc, dit-on, une donation qui n'est pas plus valable que celle de tout autre objet qui enrichit la femme aux dépens du mari.

Telle est, disent les partisans de ce système, la raison invoquée par Paul dans la loi 28, *De pactis dotalibus*, où, prévoyant un pacte postérieur au mariage, par lequel la femme convient qu'un créancier sera payé avec les fruits du fonds dotal, le jurisconsulte, se demandant quel sera le sort d'un pareil pacte, répond : « Quum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur ut dimittat creditorem, et erit mera donatio. » Ainsi, c'est une pure donation, puisque, les fruits de la dot devant subvenir aux besoins du ménage, c'est de ses propres biens que le mari s'engage à désintéresser le créancier. Les empereurs Honorius et Théodose, ajoute-t-on, expliquent aussi de la même manière la règle qui nous occupe : Si, disent-ils, la restitution de la dot a eu lieu pendant le mariage sans cause légitime, elle ne pourra être maintenue, « quia donationis instar perspicitur obtinere » (L. un., *Si dos constante matrimonio soluta fuerit*, Cod., V, tit. XIX).

D'après un deuxième système, auquel nous croyons devoir nous ranger, cette règle remonterait à la loi Julia, *De adulteriis et de fundo dotali*, qui, dans le but d'assurer à la femme la conservation de sa dot, avait posé en principe que, dès que le mariage avait été contracté, les époux ne pouvaient plus changer la destination de la dot par aucune convention postérieure. Voici comment on raisonne pour le décider ainsi :

Si l'on s'en tenait aux principes qui régissent la prohibition des donations entre époux, on devrait décider que, cette prohibition ayant pour but l'intérêt exclusif de l'époux qui a fait un sacrifice, la restitution ne pourrait être attaquée que par l'époux donateur, et serait valable à l'égard de la femme. Or, le contraire résulte clairement de plusieurs textes : c'est ainsi qu'Ulpien décide (L. 27, § 1, D, *De religiosis*) que le mari sera dispensé de contribuer aux frais de sépulture de la femme, s'il a valablement restitué la dot dans un cas d'exception légale, « in quibus hoc ei facere legibus permissum est. » C'est donc qu'il n'en serait pas libéré si la restitution n'était pas valable. De même, dans la loi 1, § 5, D, *De dote prælegata*, le même jurisconsulte décide que, lorsque le mari a légué à sa femme la dot qu'elle lui a apportée, si cette dot a été valablement restituée durant le mariage, le legs sera nul, parce qu'alors il n'y a plus de dot, mais qu'au contraire le legs serait valable et donnerait lieu à l'action *de dote*, si la restitution n'avait pas été valablement faite : dans ce cas encore, le mari ne se trouverait donc pas libéré.

Ainsi la restitution, qui n'était pas valable, pouvait être attaquée non-seulement par le mari, mais encore par la femme qui pouvait de nouveau réclamer sa dot lors de la dissolution du mariage. La défense de restituer la dot durant le mariage n'a donc pas pour but unique l'intérêt du mari, mais plutôt celui de la femme à qui l'on veut avant tout conserver sa dot. Tel est précisément l'objet des lois Julia et Papia Poppæa, qui tendent à un même but politique: la facilité et la sécurité des

mariages au moyen de la conservation de la dot. Et, ce qui prouve que l'origine de notre règle se trouve précisément dans ces lois, c'est que la défense de restituer la dot pendant le mariage porte le mème caractère que les autres prescriptions des lois Julia et Papia Poppæa. De plus, c'est dans ces lois que se trouvent les exceptions à notre règle : cela résulte du texte même d'Ulpien que nous venons de citer, lorsqu'il dit: « in quibus hoc legibus permissum est, » en parlant des cas où le mari peut rendre la dot pendant le mariage. Or, c'est habituellement aux lois Julia et Papia Poppæa que se rapporte cette expression de *leges* ainsi employée. Tout porte donc à croire que notre règle a été établie en même temps et par les mêmes lois que ses exceptions.

D'ailleurs, et c'est un argument auquel ne peut résister le premier système, la prohibition des donations entre époux ne peut suffire à motiver notre règle dans toutes ses applications et à expliquer les effets qu'attachent les textes à la restitution anticipée de la dot. En effet, la constitution d'Honorius et de Théodose, que nous avons précédemment citée, et qui semble, de prime abord, favorable au premier système, puisqu'en parlant d'une restitution de dot pendant le mariage, elle dit : « quod legibus stare non potest, quia donationis... », ajoute comme sanction qu'après la mort de la femme ses héritiers rendront la dot au mari *cùm fructibus*, c'est-à-dire avec les fruits dont il a été privé par la restitution prématurée de la dot. Or, les principes sur lesquels se fonde la nullité des donations entre époux ne comportent pas une pareille conséquence, puisqu'on

refusait à l'époux donateur la répétition des fruits et intérêts, même quand l'époux donataire s'en était enrichi (L. 21, § 1, D., *De don. inter vir. et ux.* lib. XXIV, tit. 1) (Pomponius, l. 31, § 6, *eod. tit.*). Il faut donc, pour expliquer la décision de la loi un. (Cod. 5, 19), reconnaître que, outre la prohibition des donations entre époux, il y a une autre cause de nullité de la restitution de la dot : cette cause est la destination spéciale des fruits de la dot, qui doivent subvenir aux charges du mariage.

Après avoir recherché quelle était la base de cette seconde règle, nous devons examiner les exceptions qu'elle comporte. Il y a en effet des cas où il est de l'intérêt des époux qu'ils puissent, même durant le mariage, régler ensemble leurs intérêts respectifs, sans qu'on ait à craindre que la dot soit dissipée par la femme.

C'est ainsi que la restitution de la dot est permise exceptionnellement pendant le mariage :

1° *Ut æs alienum solvat* (L. 20 D., *Soluto matrimonio*), pour que la femme puisse acquitter ses dettes. Certains auteurs veulent en outre que la femme n'ait pas d'autres biens au moyen desquels elle puisse satisfaire ses créanciers. Alors, disent-ils, la restitution de la dot n'est pas considérée comme une donation que lui fait le mari, mais comme un secours que ce dernier lui accorde dans un besoin pressant. C'est du reste le seul moyen, ajoute-t-on, de concilier les lois 20, D., *Soluto matrimonio*, et 28, *De pactis dotalibus*, dont l'une autorise la restitution pour payer les dettes, et l'autre semble la

défendre. Mais on répond en observant que la loi 28, *De pactis dotalibus*, ne prévoit pas le cas d'une restitution, mais le cas d'une promesse de restitution qui n'oblige pas le mari, lors même que la restitution consommée serait valable. De plus, il n'est pas question dans ce texte que la femme ait d'autres biens. D'ailleurs, cette exception ne contient rien de contraire au but de la loi, qui tend seulement à éviter que la dot ne soit restituée trop légèrement, et pour des dépenses inutiles.

2° *Ut sese suosque alat* (l. 73, §1, *De jure dotium*), afin que la femme subvienne elle-même à ses besoins et à ceux de ses gens. On comprend que diverses circonstances pouvaient nécessiter une pareille convention entre les époux, par exemple l'absence du mari pour cause de service militaire, ou pour des affaires lointaines. D'ailleurs, cette restitution ne fait pas changer la destination de la dot, qui est de pourvoir aux charges du mariage, puisqu'alors les revenus de la dot, et les charges du mariage, se trouveront réunis sur la même tête.

3° *Ut fundum idoneum emat* (L. 73, *De jure dot.*, lib. XXIII, tit. 3), *ut prœdia idonea emat* (L. 20, *Soluto matrimonio*), afin que la femme puisse acheter un fonds convenable, c'est-à-dire un fonds de bon rapport, soit une terre productive, soit une maison commode. Mais cette explication n'est pas admise par tout le monde ; selon certains auteurs, le mot *idoneus* aurait ici un sens particulier : *fundus idoneus* signifierait un fonds propre à garantir le paiement d'une dette. Le mot *idoneus* serait pris dans le même sens que dans les expressions

usitées chez les jurisconsultes de *cautio idonea*, *fidejussor idoneus*. Cette explication, dit-on, est d'autant plus vraisemblable que, par ce moyen, on considère cette cause de restitution comme analogue à la précédente, ce que semble faire Paul en les réunissant : « Ut æs alienum solvat, aut prædia idonea emat. » Dans les deux cas, le but est de venir en aide à la femme, soit pour payer ses créanciers, soit pour leur offrir une garantie.

Mais c'est une supposition qui nous paraît un peu arbitraire, que celle qui consiste à donner un sens aussi étendu au mot *idoneus*. On observe d'ailleurs, avec raison, que dans les expressions *cautio idonea*, *fidejussor idoneus*, l'idée de sûreté à fournir ne se trouve pas dans l'adjectif *idoneus*, mais dans les mots *cautio* et *fidejussor*, tandis qu'on ne peut trouver cette idée d'une manière spéciale dans le mot *fundus*.

L'explication que nous avons donnée de ces mots, qui désigneraient un « fonds convenable », nous paraît certainement dans l'esprit de notre règle : aussi est-elle généralement admise. En effet, « l'achat d'immeubles était, au point de vue des anciens Romains, la manière la plus sûre de placer son argent.... En outre, au temps de la loi Julia, les femmes ne pouvaient pas aliéner leurs immeubles sans l'autorisation de leur tuteur. Par cette double raison, le législateur, qui voulait simplement empêcher que la dot ne fût rendue pour fournir à des dépenses inutiles, pouvait voir ici un fondement suffisant à une exception (1). »

(1) Pellat, *Textes*, p. 370.

Enfin, remarquons que le fonds, acquis par la femme avec sa dot ainsi restituée, ne deviendra pas dotal ; s'il en était autrement, l'opération ne serait pas une restitution exceptionnelle, mais une *permutatio dotis*.

4° « *Ut in exsilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat* » (L.73, *De jure dot.*); « *ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret* » (L. 20, *Sol. matr.*). La dot peut enfin être restituée afin que la femme puisse subvenir aux besoins des personnes qui lui tiennent de près pendant leur exil ou leur relégation. D'après la loi 20, cette dernière exception n'aurait pas été absolument établie dans la loi, mais elle aurait été introduite par la doctrine des jurisconsultes, « quia justa et honesta causa est, non videtur malè accipere... » Aussi peut-on, sans difficulté, étendre le cercle des personnes mentionnées dans les textes, et y faire entrer, par exemple, un neveu orphelin, un beau-père qui aurait élevé la femme comme sa propre fille, enfin tous ceux à propos desquels on pourrait dire qu'il y a *justa et honesta causa*.

Les interprètes ne sont point d'accord sur la personne que Paul veut désigner, quand il dit : « *Ut egentem virum..... sustineat.* » Les uns voient dans cet *egens vir* un premier mari divorcé, tombé dans la misère : la fréquence des divorces, qui avaient lieu d'un commun accord, a pu donner naissance à cette supposition; mais il est vraisemblable que, si

elle était exacte, le jurisconsulte eût ajouté quelqueques mots d'explication. D'autres imaginent qu'il s'agit là d'un mari actuellement sous la puissance de son père : dans ce cas, la dot appartenant au *paterfamilias* à qui elle avait été remise, s'il ne pouvait pas lui-même, à cause de son éloignement ou par suite d'empêchements quelconques, pourvoir à l'administration des biens dotaux et aux besoins du ménage, et s'il avait quelque soupçon sur la capacité de son fils relativement à cette administration, le paterfamilias pouvait alors restituer la dot à sa belle-fille, afin qu'elle pourvût elle-même aux charges du mariage. — On a proposé aussi d'entendre par *egens vir* le mari actuel, mais sans qu'il fût *alieni juris* : on peut ainsi, dit-on, supposer que les revenus des biens dotaux étant insuffisants, il est utile de les convertir en argent, s'il s'agit d'immeubles, ou de décharger le mari de toute responsabilité ultérieure, pour le cas où la consommation du capital dotal serait devenue nécessaire.

Enfin, M. Pellat pense qu'il y a eu dans notre texte quelque faute de copiste : « Paul pourrait bien avoir écrit dans le premier texte (loi 73) : «*Ut egentem ex alio viro filium... sustineat,*» de même qu'il a écrit dans le second (loi 20, *Sol. mat.*) : « *Ut liberis ex alio viro egentibus consuleret.* » Avec cette correction, notre loi 73 présenterait toutes les personnes mentionnées dans la loi 20, et seulement celles-là.

Maintenant que nous connaissons la règle, et les exceptions qu'elle comporte, nous devons nous demander qu'elle en sera la sanction lorsqu'elle aura été violée.

Tout d'abord, la restitution de la dot faite par le mari en dehors des cas prévus ne le libérera point; sa femme, bien que l'ayant peut-être dissipée déjà, pourra lui redemander la dot par l'action *de dote* (L. 1, § 5, D., *De dote prælegatâ*, lib. XXXIII, tit. IV) (L. 27, § 1, *De religiosis*, XI, tit. VII).

Mais est-il nécessaire pour la validité de la restitution que la dot ait réellement reçu l'emploi qui l'a motivée? On a soutenu que le mari était responsable, et tenu de justifier de l'emploi de la dot. On invoque en ce sens les termes de la loi 73 : « Manente matrimonio, non perdituræ uxori ob has causas dos reddi potest. » Mais c'est attribuer à cette phrase un sens trop étendu, le jurisconsulte ayant voulu dire seulement que la dot ne doit pas être remise entre les mains d'une femme qu'on saurait susceptible de la dissiper. Si donc le caractère de la femme a pu inspirer au mari une légitime confiance, il satisfait à la loi en lui restituant sa dot dans les cas prévus, et ne demeure pas responsable de l'inutilité de l'emploi : il est définitivement libéré : « ceterum si non perdituræ, et ex justis causis soluta sit, non supererit actio » (L. 22, § 1, *Soluto matrimonio*).

Si le mari avait indûment restitué la dot à sa femme ou s'il avait de justes motifs de craindre qu'elle n'en fît pas un usage régulier, il pourrait la lui redemander au moyen d'une *condictio*. En effet, la restitution ayant été faite avec une destination certaine, c'est une *datio ob causam*, et si la dot restituée n'a pas reçu son emploi convenu, le mari peut se la faire restituer par la *condictio ob causam dati, causâ non secutâ*.

CHAPITRE II.

A QUI APPARTIENT LE DROIT DE RÉCLAMER LA DOT?

Pour savoir à qui appartiendra le droit d'agir en restitution de la dot, il faut distinguer suivant qu'il y a eu, ou non, une convention sur ce point.

Section Ire.

Cas où il n'y a pas eu de convention sur le point de savoir qui pourrait réclamer la dot.

A défaut de convention relative à la restitution de la dot, pour décider à qui appartiendra le droit de la réclamer, il y a lieu d'examiner les différentes hypothèses dans lesquelles peut se produire la dissolution du mariage.

§ 1. — *La femme meurt pendant le mariage et l'ascendant qui a fourni la dot lui survit.* — Avant de se demander à qui la dot devra, dans ce cas, être restituée, il faut distinguer suivant que la dot est *profectice* ou *adventice*. C'est, d'ailleurs, à ce seul point de vue que la distinction de ces deux genres de dot offre quelque intérêt. Or, la dot est dite *profectice*, lorsqu'elle provient soit du fait, soit des biens d'un ascendant

paternel de la femme, parce que c'est à son point de départ qu'elle doit alors retourner, « *reversura est eo undè profectura est.* » Elle est *adventice* dans tous les autres cas : peu importe alors son point de départ, car elle n'y retourne pas de droit.

Si la dot est profectice, c'est à l'ascendant paternel qui l'a constituée qu'appartient le droit de la réclamer. Le retour de la dot à l'ascendant paternel est une exception toute de faveur motivée par cette idée, qu'il ne faut pas qu'à la douleur d'avoir perdu sa fille vienne se joindre pour le père le chagrin de perdre la dot qu'il a constituée. Telle est la raison de cette règle qui nous est donnée par Pomponius : « Jure succursum est patri ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta (L. 6, *De jure dot*, lib. XXIII, tit. 3).

Puisque ce droit de retour appartient à l'ascendant par cela seul qu'il a fourni la dot de ses propres biens, peu importe que la femme fût encore sous la puissance de son ascendant au moment de son décès, ou qu'elle fût émancipée. Ce point nous est attesté par un grand nombre de textes (Ulpien, loi 5 D., *De divortiis ;* loi 71, *De evictione*, lib. XXI, tit. 2; l. 5, *De jure dotium ;* loi 59, *Soluto matrimonio*). La loi 10, pr. (*Sol. matr.*), l'indique en termes formels : « etiam si in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat. » Quelques auteurs ont cependant soutenu que la dot profectice ne faisait pas retour à l'ascendant lorsque la femme était *sui juris* lors de la dissolution du mariage. On s'est fondé pour le décider ainsi sur un argument *à contrario* tiré de la

loi 4, *Sol. matr.* (Cod. lib. V, tit. XVII), ainsi conçue : « Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet. » Or, cette décision, qui n'est autre qu'un rescrit d'Alexandre Sévère, relatif à un cas spécial où la femme était *filiafamilias*, peut-elle aucunement amoindrir la portée des textes si nombreux qui résolvent la question dans le sens que nous avons d'abord indiqué? Cela est bien invraisemblable : telle ne peut être l'importance d'une décision spécialement rendue pour le cas où la femme est *filiafamilias*, et qui ne contient rien de contraire à la règle établie dans les textes précédemment cités.

§ II. — *La femme meurt pendant le mariage après que l'ascendant qui a fourni la dot est lui-même prédécédé, ou a subi une* CAPITIS DEMINUTIO MAXIMA. — De ce que le retour de la dot profectice est une faveur accordée à l'ascendant paternel qui l'a constituée, la dot, bien que profectice, restera au mari si, au moment de la dissolution du mariage, cet ascendant est décédé, de même que s'il a subi une *maxima capitis deminutio* (L. 8, § 4, *De bonis damnatorum*, lib. XLVIII, tit. 20), à moins qu'il n'eût constitué la dot dans le but de la soustraire à la confiscation qui le menaçait, en supposant que le crime ait été commis précédemment, « nisi probetur patrem metu condemnationis in fraudem fisci filiæ prospexisse » (L. 9, eod. tit.).

Nous avons dit que, dans ce cas, la dot devait rester au mari; en effet, les héritiers de la femme n'ont aucun droit pour la réclamer, puisque l'action *rei uxoriæ* n'a pu prendre nais-

sance en leur personne ; il en serait de même des héritiers de l'ascendant lui-même, mort après la dissolution du mariage, si le mari n'avait pas été par lui mis en demeure de restituer la dot : « Paulus respondit id quod dotis nomine mariti datum est, si post mortem mariti nulla mora intervenit, apud heredem mariti remanere oportere » (*Vat. frag.*, § 97). Sous Justinien, il n'en est plus ainsi ; l'action *de dote*, résultant de la combinaison des différents éléments de l'action *ex stipulatu* et de l'action *rei uxoriæ*, est désormais transmissible aux héritiers du père ou de la femme, quand même le mari n'aurait pas été mis en demeure.

Nous venons de voir à qui appartenait la dot profectice au cas de dissolution du mariage par la mort de la femme : or, que devient, dans le même cas, la dot adventice? Personne n'ayant alors aucun droit pour réclamer la dot, elle appartient exclusivement au mari : « Mortuâ in matrimonio muliere.. adventitia autem dos semper penes maritum remanet » (Ulpien, *Frag.* t. VI, §§ 4 et 5). En principe, les héritiers de la femme ne peuvent avoir l'action de dot ; une seule exception est faite à leur profit, c'est lorsque le mari est le meurtrier de sa femme ; nous verrons plus loin que, réciproquement, la femme n'a pas droit à la restitution de la dot au cas où elle s'est rendue coupable du meurtre de son mari.

La législation de Justinien apporte une modification à cette règle : désormais les héritiers de la femme peuvent de plein droit se faire restituer la dot adventice (L. 1, § 4, *Rei uxoriæ*, Cod.).

§ III. — *Le mariage se dissout par le divorce, par le prédécès ou la* CAPITIS DEMINUTIO *du mari.* — Il est de principe que la femme divorcée ou survivante a le droit de se faire restituer sa dot, et que si elle est sous la puissance de son père, celui-ci acquiert ce droit par l'intermédiaire de sa fille, d'après les principes de la puissance paternelle. Mais cette règle souffre plusieurs exceptions ; c'est ainsi que la femme, même après le divorce ou le prédécès du mari, n'aura pas le droit de se faire restituer la dot:

1° Si elle a tué son mari (L. 10, §, 1 *Sol. matr.*);

2° Si elle a répudié son mari, ou si le mariage a été dissous à cause d'une des fautes pour lesquelles la loi permet au mari de répudier son épouse;

3° Si le mari, mourant *in matrimonio*, a fait une disposition testamentaire au profit de sa femme, et que celle-ci l'accepte ; dans ce cas, en effet, la femme devait opter entre la libéralité de son mari et la réclamation de sa dot ; le cumul lui était défendu par l'édit *De alterutro* (L. 1, § 3, *De rei ux.* Cod.). Il n'en était pas de même cependant au cas où il y avait lieu d'exercer l'action *ex stipulatu* ; la femme pouvait alors, tout en se faisant restituer sa dot, profiter de la disposition testamentaire de son mari, à moins que le legs n'eût été formellement fait pour tenir lieu de la dot (L. 46, *Sol. matr.*).

Mais comment s'obtiendra la restitution de la dot, lorsque la femme aura le droit de l'exiger ? Il faut distinguer :

Si la femme est SUI JURIS, c'est à elle seule qu'appartient le droit de réclamer la dot ; on lui accorde à cet effet une action

personnelle et de bonne foi appelée *rei uxoriæ* (Ulp. Frag., tit. VI, § 6). Il n'y a pas lieu de rechercher à quel moment elle est devenue *suî juris* ; il suffit qu'elle le soit lorsqu'elle intente l'action ; peu importe aussi que la dot soit profectice ou adventice : la solution est la même dans tous les cas.

Cependant, si une fille *suî juris* a reçu une dot de son ascendant paternel, et si, craignant de mourir avant son mari et son ascendant, elle veut s'arranger de façon à ce que la dot profectice ne retourne pas à l'ascendant, il peut arriver qu'elle s'entende avec son mari pour divorcer. Par ce moyen, d'après ce que nous avons dit plus haut, le mari pourrait garder la dot à la mort de sa femme, sans que l'ascendant pût la réclamer, puisque, dans ce cas, la femme ne serait pas morte durant le mariage. Mais cette fraude a été prévue et déjouée par la loi 5, *de divortiis*, qui décide que le père pourra alors, par une *actio rei uxoriæ utilis*, se faire restituer la dot, comme si sa fille était décédée pendant le mariage. « Non enim minùs patri quam marito succurrere prætorem oportet. Danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia. »

Si la femme est encore soumise à la puissance paternelle, le droit de réclamer la dot appartient à l'ascendant qui a cette puissance ; lui seul peut exercer l'action *rei uxoriæ*, d'après le principe que tout ce que le fils ou la fille de famille acquiert est acquis au père de famille. Mais, par une grave dérogation à ce principe, le père ne pourra intenter cette action sans le concours de sa fille, « adjunctâ filiæ personâ » (Ulpien, Frag.,

t. VI, § 6), ou tout au moins sans son consentement exprès ou tacite (L. 2, § 2, *Sol. matr.*). Cette dérogation au principe absolu de la puissance paternelle a pour but de réserver à la fille le moyen de veiller à la conservation de sa dot, qui doit lui faciliter un second mariage. Aussi le père qui a acquis l'action *rei uxoriæ* du chef de sa fillle ne pourra-t-il changer cette destination lors même que cette dot aurait été fournie par lui. En principe, le concours ou le consentement de la fille est indispensable au père qui veut réclamer la dot, sans même qu'il y ait lieu de distinguer si cette dot est adventice ou profectice.

Or, de quelle manière ce consentement de la fille devra-t-il être donné? Deux hypothèses se présentent : la fille est présente, ou bien elle est absente, lorsque le père intente l'action *rei uxoriæ*.

Au cas où la fille est présente, son concours peut n'être que tacite, et résulte de ce qu'elle ne s'oppose pas aux poursuites commencées par l'ascendant : « Et est ab imperatore Antonino rescriptum, filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri » (L. 2, § 2, *Sol. matr.*). Cette opposition ne pourrait plus se produire après la *litiscontestatio* de l'action *rei uxoriæ;* mais si la fille qui a consenti d'abord à l'action de son père manifeste une volonté contraire ou est émancipée avant cette *litiscontestatio*, le père ne peut plus agir, « *frustrà pater aget* » (L. 22, § 5, *Sol. matr.*).

Mais si la fille était en état de démence, le père pourrait agir seul, encore bien qu'on ne pût alors interpréter le silence

de la femme comme un consentement tacite de sa part, mais parce qu'on suppose que la fille aurait consenti si elle avait joui de toute sa raison : « Et Julianus scripsit quasi ex voluntate filiæ videri experiri patrem si furiosam filiam habeat. »

Si la femme est absente, par exemple, si elle est trop éloignée pour qu'on puisse attendre son consentement, ou si l'on ne sait pas où elle est, le père peut agir en restitution de la dot, mais à la charge de garantir par satisdation au défendeur que sa fille, à son retour, approuvera les poursuites faites. On est plus exigeant ici que dans le cas de folie de la femme, parce que, du moment qu'elle peut avoir un avis, la femme doit être avertie, afin qu'on puisse croire qu'elle y consent, « ubi enim sapit, scire eam exigimus ut videatur non contradicere. »

Dans le cas où la fille se cacherait afin de ne pas donner son consentement, ou si elle refusait absolument son concours, le magistrat examinerait lui-même si la fille a de bonnes raisons pour refuser ainsi son consentement (comme, par exemple, si le père était un dissipateur entre les mains duquel la dot pourrait se trouver en péril), et délivrerait ou refuserait à l'ascendant suivant les cas, *causâ cognitâ*, la formule de l'action. En statuant sur le procès porté devant lui en vertu d'une action ainsi délivrée aux parties après contestation, le juge doit prendre les mesures nécessaires, notamment faire intervenir des cautions, pour donner satisfaction de la manière la plus convenable et la plus équitable aux intérêts du père et de la fille.

Si, au contraire, c'est le père qui est absent, la fille pourra agir elle-même en restitution de la dot, mais en donnant caution que son père ratifiera (L. 22, § 4, *Sol. matr.*). Ulpien suppose dans ce texte que le père est absent de Rome, où la dot est réclamée par la fille elle-même, par suite de la condamnation du père, « *propter condemnationem* » ; or, il s'agit ici d'une condamnation qui n'enlève pas la puissance paternelle ; mais si le père avait, au contraire, été condamné à la déportation, la puissance paternelle se trouvant ainsi éteinte, la fille serait dispensée de donner caution (L. 42, *Sol. matr.*).

De même si, le père étant en démence, son curateur ne voulait pas agir, la fille pourrait le faire, en donnant caution que les poursuites seraient ratifiées. Enfin la fille pourrait agir, même sans caution, si son père était *suspectæ vitæ, quo casu soiet filiæ competere de dote actio* (L. 8, *De procurat. et defens.*, lib. III, tit. 3). En effet, dans ce cas, il y a lieu de craindre qu'il ne dissipe la dot, « ne acceptam dotem consumat » (L. 22, § 6, *Sol. mat.*).

Quelle serait la sanction de ces règles touchant la restitution de la dot au cas où il n'y a pas eu de convention sur le point de savoir à qui appartient le droit de la réclamer ? Si ces règles ont été violées, en principe, le mari n'est pas libéré, et l'action de dot peut de nouveau être exercée contre lui. Ainsi, le père a-t-il reçu la dot sans le concours de sa fille, celle-ci, devenue *sui juris*, pourra de nouveau poursuivre son mari en restitution de la dot (L. 2, § 1, *Sol. mat.*). De même si la fille *alieni juris* a obtenu la restitution de sa dot malgré la volonté

de son père, celui-ci pourra se la faire payer de nouveau, soit du vivant de sa fille, soit même après sa mort, « patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur » (L. 3, § 1, et 22, § 1, *Sol. mat.*). Toutefois, si le père avait exigé la dot sans le concours de la fille pour la remettre au nom de celle-ci à un second mari, et si, après la mort de son père, la fille, devenue *sui juris*, intentait l'action *de dote* contre son premier mari, elle serait repoussée par l'exception de dol ; il y aurait en effet dol de sa part à réclamer une dot dont elle a profité, conformément au but auquel tend la loi (L. 4, *Sol. mat.*).

Section II.

Cas où il y a une convention sur le point de savoir qui pourra réclamer la dot.

Celui qui constitue la dot peut en même temps stipuler du mari que cette dot lui sera rendue lors de la dissolution du mariage ; lorsqu'une telle convention est intervenue, la dot, qui prend alors le nom de *dot receptice*, doit, à l'époque de la dissolution du mariage, être restituée à la personne au profit de qui la stipulation a été faite, pourvu qu'on soit dans les cas fixés par cette convention pour la restitution. C'est au moment même de la constitution de la dot, *ex continenti*, que doit se placer la stipulation dont nous nous occupons : toutefois, elle peut avoir lieu *ex intervallo*, lorsque le constituant

est le père de la femme encore sous sa puissance. Car, dans ce cas, bien que la constitution de la dot, subordonnée au mariage, ait déjà eu lieu, les choses restent encore à la discrétion du constituant, qui peut, en vertu de ses droits de *paterfamilias*, empêcher le mariage, et, par conséquent, retirer tout effet à la constitution de dot. Mais, après le mariage, cette stipulation ne peut plus jamais avoir lieu, au moins sans le consentement de la femme, « quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non potest, nisi consentiat (L. 29, *Sol. mat.*).

Ces conventions peuvent se faire, soit par une stipulation suivie d'une promesse conforme, soit par simple pacte. Dans le premier cas, c'est par l'action *ex stipulatu*, action de droit strict que nous étudierons plus loin, qu'on poursuit l'exécution de ces conventions; dans le second, c'est par l'action *præscriptis verbis*, ou l'exception *pacti conventi*, suivant que le pacte a suivi immédiatement, *ex continenti*, ou seulement *ex intervallo*, la constitution de dot (Ulpien, l. 7, § 4, *De pactis*, lib. II, tit. 14).

A quelles conditions, la convention (pacte ou stipulation) qui modifie les principes quant à la personne à qui la restitution est due peut-elle être valable? Il faut qu'elle intervienne entre les personnes qui, d'après les principes ou la convention qu'on fait, pourraient réclamer la dot, et celles qui, d'après les principes, en doivent la restitution. Si l'une de ces personnes n'y est pas intervenue, la convention ne peut ni lui profiter, ni lui être opposable. Afin de nous faire mieux comprendre, citons quelques exemples :

Postérieurement au mariage, celui qui a constitué la dot convient avec le mari seulement que la dot devra lui être restituée ; la femme n'en conservera pas moins le droit de réclamer la dot, lors de la dissolution du mariage, parce qu'elle n'a pas pris part à cette convention.— Une femme a reçu une dot de son ascendant paternel ; puis, après son mariage, elle convient avec son mari, et du vivant de son ascendant, mais sans que celui-ci intervienne, que, dans le cas où elle viendrait à prédécéder, le mari garderait la dot ; cette convention n'enlèvera pas à l'ascendant le droit à la restitution de la dot, ce pacte ne pouvant lui être opposable.—Au contraire, si, avant le mariage, il intervient entre le futur et le constituant une convention, en vertu de laquelle la dot devra être restituée au constituant, et non à la femme, cette convention recevra son exécution, comme étant parfaitement valable, quoique la femme n'y fût pas intervenue ; car, avant le mariage, la femme n'avait encore aucun droit sur la dot. — Enfin il peut se faire qu'on convienne que la dot sera restituée à un tiers. Ce pacte sera valable, et comme tel exécuté, pourvu que le tiers y soit intervenu. Toutefois cette dernière condition n'est pas, exceptionnellement, exigée dans l'hypothèse suivante : Un ascendant maternel, qui a constitué une dot à sa fille, stipule, sans que celle-ci intervienne, que la dot sera restituée à lui ou à sa fille; puis il meurt avant la dissolution du mariage. Si l'on s'en tenait aux principes que nous venons d'exposer, la femme ne pourrait invoquer, pour réclamer la dot, la convention à laquelle elle n'est pas intervenue ; mais, par

une dérogation introduite en considération du respect dû à l'affection paternelle, on autorise la femme à agir en restitution de la dot, de préférence aux héritiers du constituant.

De même que la stipulation, le pacte *de reddendâ dote* peut être invoqué par les héritiers de celui qui l'a fait (L. 6, *De jure dot.* Cod., lib. V, tit. XII). Mais nous voyons par ce texte que toute personne ne peut pas efficacement faire un pacte *de reddendâ dote*. Il est sans effet lorsqu'il émane du père de la femme, et qu'il a été fait à son profit. Nous savons en effet que la dot profectice peut être réclamée de droit par le père au moyen de l'action *rei uxoriæ*; or, le père ne peut pas changer à son profit l'action *rei uxoriæ* en une action *præscriptis verbis*: « Patris (pactum) dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione simplici minimè creditur innovare. »

On se demande à ce propos si l'action *præscriptis verbis*, que les Institutes de Justinien mentionnent au nombre des actions de bonne foi dans les cas de contrat estimatoire et d'échange, est également de bonne foi dans toutes ses autres applications. L'affirmative est généralement admise. A l'appui de cette opinion, on cite une loi d'Ulpien (L. 17, § 2, *De præscriptis verbis*, lib. XIX, tit. v), qui, dans une hypothèse où il ne s'agit ni de contrat estimatoire, ni d'échange, applique la théorie des fautes particulière aux actions de bonne foi. « Si l'affaire, » dit le jurisconsulte, « est dans l'intérêt du débiteur seul, ou dans l'intérêt des deux parties, le débiteur est tenu du dol et de la faute ; si elle est seulement dans l'intérêt du créancier,

le débiteur n'est tenu que du dol, « *quia prope depositum hoc accedit.* »

D'ailleurs le même jurisconsulte qualifie expressément l'action *præscriptis verbis* de bonne foi dans le cas de précaire (L. 2., § 2, *De precario*, lib. XLIII, tit. 26), et Paul dit également, en parlant de cette action du concédant à précaire (*Sentences*, V, tit. 6, § 10), « et civilis actio hujus rei sicut commodati competet. » — Pour décider le contraire, on a argumenté de la loi 19, § 2 (*De precario*), qui, dans le texte de la Florentine, est ainsi conçu : « cùm quid precario rogatum est non solùm interdicto possumus, sed et *incerti condictione*, id est præscriptis verbis. » Ainsi l'action *præscriptis verbis* étant une *condictio* ne serait pas de bonne foi ; mais il y a très-probablement là une erreur de texte, que d'autres manuscrits rectifient par les mots *incerti actione* mis à la place des mots *incerti condictione*. D'ailleurs le motif même qui a fait créer l'action *præscriptis verbis* suffirait pour prouver qu'elle doit être de bonne foi. En effet, cette action a été introduite afin de sanctionner des conventions qui n'étaient pas valables aux yeux du droit strict, pour en conserver la foi, « *ut fides placiti servetur* » (L. 4, *De rerum permutatione*, Cod.); elle doit donc pouvoir les faire respecter conformément à tout ce que demande la bonne foi.

CHAPITRE III.

CONTRE QUI LA DOT PEUT-ELLE ÊTRE RÉCLAMÉE?

Pour déterminer quelles sont les personnes qui peuvent être poursuivies par l'action en restitution de la dot, il faut distinguer si le mari est *sui juris* ou s'il est *filiusfamilias* au moment de la constitution de la dot.

I. — *S'il est* SUI JURIS, c'est contre lui seulement ou ses héritiers que pourrait être poursuivie la restitution de la dot (L. 22, § 12, *Sol. matr.*).

II. — *S'il est fils de famille*, ALIENI JURIS, il faut encore distinguer :

1° Il peut se faire que la dot ait été constituée au *paterfamilias* du mari. Alors, comme on n'a traité qu'avec le père, ce dernier seul est obligé à la restitution de la dot. C'est contre lui seulement que devra être intentée l'action *rei uxoriæ*, qui ne pourrait être dirigée contre le mari que comme héritier de son père (L. 22, § 12, in fine, *Sol. mat.*). Toutefois, bien que, dans ce cas, ce ne soit qu'en qualité d'héritier de son père, et non en qualité de mari que le *filiusfamilias* se trouverait poursuivi, il lui est permis, comme nous le verrons plus loin,

d'invoquer son titre de mari pour opérer une rétention, s'il y a droit.

2° Supposons maintenant que la dot a été constituée au *filiusfamilias* lui-même. — Si la dot a été constituée au mari sur l'ordre de son père, on a contre le mari l'action *rei uxoriæ*, et contre le père l'action *rei uxoriæ quod jussu*. En effet, en recevant la dot, le fils de famille s'est obligé à la restituer tout aussi bien qu'un *paterfamilias*, car « filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur » (L. 39, *De oblig. et action*, XLIV, tit. VII, et L. 141, § 2, *De verb. oblig.*). Donc, continue la loi 39 « ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest. » Quant au père de famille, l'obligation de son fils ne peut l'obliger lui-même d'après les principes rigoureux du droit civil, mais le préteur délivre alors contre lui la formule de l'action *rei uxoriæ* en la modifiant par cette considération que le fils a reçu la dot par ordre de son père.

Ainsi, qu'on agisse contre l'un ou l'autre, du père de famille ou du fils, on obtiendra toujours une condamnation pour le tout.

Si la dot a été constituée au mari sans l'ordre de son père, on a encore contre le fils l'action *rei uxoriæ*, et contre le père l'action *rei uxoriæ de pĕculio*, ou *de in rem verso*. Aussi, dans ce cas, le préteur modifie la formule de l'action *rei uxoriæ* délivrée contre le père, par cette considération que le fils a un pécule profectice jusqu'à concurrence duquel le père doit respecter les obligations du fils, ou que la constitution de dot a tourné à l'avantage du père. L'action dirigée contre le fils aboutira à

une condamnation à restituer intégralement. L'action dirigée *de peculio* contre le père aboutira à une condamnation jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule profectice du *filiusfamilias*. Enfin, l'action *de in rem verso*, intentée également contre le père, aboutira à une condamnation qui, d'abord, sera égale au profit qu'il aura retiré de la dot, et qui, ensuite, pour la différence entre ce dont le *paterfamilias* se sera enrichi et le montant intégral de la dot, sera prononcée jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule.

Observons que tous ceux qui succèdent à titre universel aux personnes que nous venons d'indiquer comme devant la restitution de la dot, peuvent être poursuivis par l'action *rei uxoriæ*.

Ces principes ainsi posés, il y a lieu de les appliquer dans différentes hypothèses :

1° *Le mari meurt laissant un ou plusieurs héritiers, soit testamentaires, soit* AB INTESTAT. C'est à ces héritiers du mari que l'on devra réclamer la dot. Cependant, dans le cas particulier où la femme est *alieni juris*, si c'est son père qui devient l'héritier du mari, la femme ne peut agir en restitution de sa dot. Mais cela tient simplement à ce qu'on ne peut poursuivre une personne sous la puissance de laquelle on se trouve. Lorsque la femme devient *sui juris*, elle peut agir en restitution contre son père ou ses héritiers, aussi bien que contre tout autre héritier de son mari.

2° Si c'est l'*ærarium*, et plus tard le *fisc*, qui succède aux biens du mari, le fisc est traité comme un héritier ordinaire ;

il doit, en conséquence, payer les dettes du mari et, par suite, restituer la dot de la femme : « Si marito publico judicio damnato, pars aliqua bonorum ejus publicetur, fiscus creditoribus ejus satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est. »

3° Il peut arriver que le mari perde la liberté, et passe sous la puissance d'un maître, ou qu'il se donne en adrogation ; ce sera alors contre le maître ou l'adrogeant qui ont recueilli toute la fortune du mari que la femme pourra agir en restitution de sa dot.

Supposons maintenant que ce sont les biens du père, à qui la dot a été remise, qui passent à un successeur universel ou à titre universel. Il faut distinguer si le mariage est dissous, ou s'il ne l'est pas.

A. — Si le mariage n'est pas encore dissous lorsque le père vient à mourir, la femme n'a pas le droit d'exiger la restitution de sa dot. Mais les successeurs du père vont-ils pouvoir retenir cette dot ? Non ; nous nous trouvons, en effet, ici, en présence d'un principe qui s'oppose à ce résultat : c'est que la dot doit toujours aller là où sont les charges du mariage : « *Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt* » (L. 56, §§ 1 et 2, *De jure dot.*). Tant que le mari est fils de famille, c'est le père qui pourvoit à la nourriture et à l'entretien des époux : car c'est lui qui détient la dot. Dès que le fils sort de la puissance de son père, il devient seul chargé de pourvoir aux besoins du ménage : il prélèvera donc la dot tout entière dans la succession de son père, mais en donnant caution pour garantir ses cohéritiers de toute réclamation que sa femme pourrait diriger

postérieurement contre eux. Pour faire ce prélèvement, le mari agira par l'action *familiæ erciscundæ*, s'il est héritier de son père (L. 51, *Fam. ercisc.*, lib. X, tit. II). S'il a été exhérédé par ce dernier, il pourra encore, néanmoins, faire ce prélèvement, mais ce sera au moyen d'une action *familiæ erciscundæ utilis*, « maritus dotis persecutionem habebit sive heres institutus esset familiæ erciscundæ judicio, sive non, utili actione » (L. 1, § 9, *De dote prælegata*).

B. — Le mariage est déjà dissous lorsque le père est mort. Si la dot avait été remise directement au père, tous ses héritiers sont exposés à l'action civile *de dote*; et si le fils a été exhérédé, il n'en sera aucunement tenu. Mais si la dot avait été remise au fils lui-même, ce dernier seul demeurerait tenu de l'action civile *de dote*; toutefois, les autres héritiers du père le seraient, du chef de ce dernier, des actions prétoriennes *quod jussu*, *de peculio*, et *de in rem verso*.

Remarquons enfin, en terminant ce chapitre, que toutes les règles que nous venons d'exposer relativement aux personnes contre lesquelles l'action de dot peut être intentée sont toujours applicables, qu'il s'agisse de l'action *rei uxoriæ* ou de l'action *ex stipulatu*. En effet, l'obligation de restituer la dot, qu'elle résulte de la constitution ou d'une promesse, s'impose également à tous les héritiers; l'une et l'autre de ces deux actions sont transmissibles contre ces derniers.

CHAPITRE IV.

QUE COMPREND LA RESTITUTION DE LA DOT ?

En principe, le mari ou son père, actionnés en restitution de la dot, doivent restituer ce qu'ils ont reçu ou ce qu'ils ont reconnu avoir reçu à titre de dot, ou ce qui leur a été promis à ce titre, lors même qu'ils ne l'auraient pas encore reçu. Mais on comprend que cette règle ne peut être rigoureusement appliquée dans tous les cas, et que, pour savoir ce qui doit être restitué à la dissolution du mariage, il est nécessaire de distinguer la nature de l'objet constitué en dot : ce peut être de l'argent ou des quantités, des corps certains estimés ou non estimés.

SECTION Ire.

La dot consiste en choses qui se consomment par l'usage.

Si le mari a reçu à titre de dot des choses fongibles, des *res fungibiles*, c'est-à-dire qui se consomment par l'usage, il peut en disposer suivant sa volonté. Mais ces choses sont aux risques et périls du mari qui, quoi qu'il arrive, en devra toujours

restituer d'autres en même quantité, qualité et genre (Gaïus, l. 42, lib. II, *De jure dot.*). On ne pourra donc réclamer contre le mari que la somme reçue par lui, et non ce dont il aura fait acquisition : « Ex pecuniâ dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur, quum neque maritus uxori actionem empti posset competere. At dotis tantum actio tibi competit » (L. 12, Cod. V, tit. XII, *De jure dot.*).

Section II

La dot consiste en corps certains livrés avec estimation.

Lorsque des choses ont été données en dot avec estimation, cette estimation est considérée comme valant vente, et par suite le mari ne peut plus restituer les choses mêmes qui ont été constituées en dot, mais la somme à laquelle elles ont été estimées (L. 5, *Sol. matr.*). Ainsi l'estimation des choses dotales doit être considérée comme une vente, à moins qu'une convention particulière n'en ait autrement réglé les effets. Il en résulte notamment que le mari, débiteur d'une quantité, ne peut plus être libéré par la perte de la chose due : c'est à lui seul qu'incombent les risques de la chose. Aussi la loi 10, pr., *De jure dotium*, nous dit-elle que le mari a généralement intérêt à ce que les choses qu'il reçoit en dot ne soient pas estimées, surtout si ce sont des choses de peu de durée, comme des vêtements, puisque, à la dissolution du mariage, quoique

ces vêtements soient usés, le mari en devra néanmoins l'estimation, la perte totale ou partielle de l'objet estimé restant toujours à sa charge.

Mais si les choses ainsi estimées viennent à périr avant la réalisation du mariage, la perte en sera supportée par la femme et non par le mari, par application des principes qui régissent les ventes conditionnelles, « quia nondùm erat impleta venditio, quia estimatio venditio est » (L. 10, § 5, *De jure dot.*).

De cette idée que l'estimation donnée aux objets constitués en dot doit être assimilée à une vente, il en résulte aussi que le mari a, s'il en est évincé, une action *ex empto* contre la femme ; mais, à la différence d'un acheteur ordinaire qui profiterait de l'excédant de l'indemnité qu'il reçoit sur le prix qu'il a payé, il devra rendre à la femme, lors de la dissolution du mariage, tout ce qu'il aura ainsi obtenu, parce que la vente *dotis causâ* n'admet pas comme la vente du droit commun la recherche d'un gain : il suffit que le mari ne perde rien : « Quæ sententia habet æquitatem, quia non simplex venditio sit, sed dotis causâ, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris ; sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrum sentire » (Ulpien, L. 16, *De jure dot.*).

Cependant tous les principes de la vente ne sont pas applicables en notre matière : ainsi, bien que dans une vente ordinaire, le vendeur seul, s'il éprouvait une lésion considérable, pourrait en obtenir la réparation (encore cette cause de rescision de la vente pour lésion d'outre moitié n'a-t-elle été

introduite que par les empereurs Dioclétien et Maximien), ici, la vente ayant lieu *dotis causâ*, on viendra au secours de la partie lésée quelle qu'elle soit, majeure ou mineure ; il ne faut pas, en effet, que l'un des époux s'enrichisse aux dépens de l'autre. Lorsque l'un des époux aura été lésé par une estimation trop faible ou trop forte, le juge de l'action *rei uxoriæ* trouvera dans la formule *in bonum et æquum concepta* les pouvoirs nécessaires pour répartir la lésion suivant les règles de la plus entière bonne foi (L. 6, § 2, et l. 12, § 5, *De jure dot.*).

Il peut se faire que l'estimation des choses dotales n'en opère pas la vente : si l'on convient, par exemple, que les objets donnés en dot avec estimation seront rendus eux-mêmes à la dissolution du mariage, on ne fait que fixer le montant de la valeur de la chose. Les interprètes disent de cette estimation qu'elle est faite *taxationis causâ* (L. 1, *Sol., matr.*, Cod. lib. V, tit. 18.) Le mari n'a pas alors contre la femme, en cas d'éviction, l'action en garantie d'un acheteur, l'action *ex empto* ; et si la femme ignorait qu'un autre avait un droit de propriété ou d'hypothèque sur la chose donnée en dot, en d'autres termes, si elle était de bonne foi, le mari n'aurait aucune action contre elle : « *Quum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur. Ideoque rebus evictis, si mulier bonâ fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur* » (L. 69, § 7, *De jure dot.*). On n'applique pas à la lettre cette dernière phrase, « alioquin de dolo tenetur », car, lors même que la femme a été de mau-

vaise foi en se constituant sa dot, le mari, ne pouvant intenter contre elle une action infamante (L. 2, *De act. rer. amot.*, XXV, 2), emploiera une action *in factum* qui lui permettra, du reste, d'arriver au même but que par l'action *de dolo* (L. 1, *De jure dot.*, Cod.).

L'estimation *taxationis causâ* ne servira pas seulement à déterminer la somme que le mari aura à payer, si, par sa faute, la chose vient à périr, mais elle augmentera encore la responsabilité de ce dernier. Nous verrons plus loin que si les choses données en dot ont été livrées sans estimation le mari n'est tenu que de la faute qu'il n'aurait pas commise dans la gestion de ses propres affaires, de la *culpa levis in concreto* ; il est alors seulement obligé « ad præstandam diligentiam quam suis rebus adhibet. » Au contraire, dans le cas où il y a eu estimation de la chose dotale, le mari est tenu de la faute que ne commettrait pas un homme diligent, de la *culpa levis in abstracto*. Cet effet attaché à l'estimation de la chose dotale d'augmenter la responsabilité du mari repose sur une présomption toute naturelle ; en effet, en estimant la valeur de la chose qu'elle remet au mari en prévision du cas où la chose serait perdue ou détériorée, la femme indique suffisamment qu'elle compte sur toute la diligence de celui à qui elle la confie. Cela résulte clairement d'un texte d'Ulpien contenant la même décision pour une estimation *taxationis causâ* faite dans le cas d'une société (L. 52, § 3, D., *Pro sociis*). Or, il doit en être de même en matière de dot, puisque, en l'absence d'estimation, le mari et l'associé sont tenus de la même responsabilité.

Un troisième genre d'estimation se présente dans le cas où l'on convient que le mari rendra en nature les choses encore existantes, *res exstantes*, et, d'après l'estimation, les *res non exstantes* (L. 50, *Sol. matr.*, et l. 21, *De jure dot.*, Cod.). Les risques n'en restent pas moins, dans ce cas, à la charge du mari, qui sera toujours obligé de rendre ou les choses, ou leur estimation. Aussi, lui reconnaît-on le droit de garder non-seulement les fruits, mais encore tous les produits, comme s'il y avait eu une simple estimation valant vente (L. 18, *De jure dot.*, et l. 66, § 3, *Sol. matr.*).

Enfin, il peut se faire que l'estimation ait pour but d'obliger alternativement le mari à rendre la chose ou l'estimation. S'il a été convenu que le choix appartiendrait à la femme, celle-ci pourra demander le montant de l'estimation, ou les choses mêmes données en dot ; s'il a été dit que ce serait au choix du mari, ou même s'il n'a été rien dit à cet égard, le mari aura seul le choix de rendre ou la chose, ou le prix. Mais, si la chose a péri, même sans la faute du mari, ce dernier est tenu de payer le prix, d'après les principes qui régissent les obligations alternatives. Si, au contraire, la chose a été détériorée, et si le choix appartient au mari, il peut se libérer en rendant la chose dans l'état où elle se trouve, en supposant bien entendu que le mari ne soit pas en faute (L. 10, § 6, *De jure dot.*). Dans ce cas encore, le mari, en rendant la chose elle-même, gardera tous les accessoires, lors même que ce ne seraient pas seulement des fruits; car les risques étant alors à sa charge, il est juste qu'il jouisse aussi des produits : « Quonian periculo

mariti vixerunt mancipia, partus sicut fructus matrimonii tempore perceptos apud virum remanere debere... » (Paul, lib. VIII, Resp. § 144, *Vat. frag.*).

Section III.

La dot consiste en corps certains non estimés.

Lorsque les choses constituées en dot n'ont pas été estimées, le mari est tenu de les restituer en nature lors de la dissolution du mariage. Cette obligation cesse au cas où les objets donnés en dot viennent à périr par cas fortuit durant le mariage, pourvu que le mari n'ait pas été mis en demeure de les restituer. Toutefois, malgré sa demeure, le mari serait encore libéré, s'il était prouvé que les choses eussent péri entre les mains de la femme, ou s'il avait mis lui-même la femme en demeure de recevoir : « Ne damnum sentiat quod postea offerente eo mulier accipere noluit » (L. 26, Paul, lib. 57). D'ailleurs, les choses dotales doivent être rendues dans l'état où elles se trouvent; si donc les objets donnés en dot ont été détériorés par cas fortuit, le mari pourra les rendre tels qu'ils sont sans indemnité, à moins qu'ils n'aient subi cette détérioration depuis la dissolution du mariage, et après que le mari a été mis en demeure : ce dernier serait alors tenu de la détérioration.

De ce que le mari est tenu de rendre en nature les choses qu'il a reçues en dot sans estimation, il résulte qu'il doit être

responsable de leur conservation. Mais, dans quelle limite sa responsabilité sera-t-elle engagée par suite de la détérioration ou de la perte totale de la chose? De quelle faute le mari est-il tenu, à l'égard des biens dotaux? La loi 17, pr. *De jure dotium*, nous répond: «In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causâ suâ dotem accepit...» Ainsi le mari ne sera pas, comme le dépositaire, tenu seulement de son dol, c'est-à-dire d'un fait actif ou d'une négligence, accompagnés l'un et l'autre de l'intention de nuire, mais aussi de sa faute, c'est-à-dire du fait ou de la négligence par suite desquels, il aura, même sans intention de nuire, causé la perte ou la détérioration du fonds dotal; il est tenu de sa faute, même «*in omittendo*,» parce que c'est dans son intérêt qu'il a reçu la dot: « Quia causâ suâ dotem accepit » (L. 16, *De fundo dotali*, lib. XXIII, 5). Il ne suffit donc pas au mari de ne rien faire qui puisse nuire aux choses dotales; il doit encore se montrer diligent dans l'administration de la dot; c'est ce qu'ajoute la loi 17, *De jure dot.*, précédemment citée: « Sed etiam diligentiam præstabit quam suis rebus adhibet. » Cette diligence qu'on exige du mari sera celle à laquelle sont soumis les associés, les copropriétaires, les cohéritiers; comme eux, en effet, le mari gère la chose d'autrui tout en veillant à la sienne propre. Bien qu'il n'y ait pas de société formelle entre les époux, puisque les biens dotaux, loin d'être communs, appartiennent exclusivement au mari, il y a un but commun, l'entretien de la famille, auquel doivent contribuer les fruits des biens primitifs du mari, et ceux des biens dotaux. On peut

donc dire avec raison qu'en « se constituant cette dot, la femme se confie au mari comme à un associé dans un intérêt pécuniaire commun (1).

Il y a lieu d'examiner maintenant ce que peut comprendre la restitution de la dot, lorsqu'elle consiste en objets incorporels, créance ou usufruit.

Supposons d'abord que l'objet constitué en dot est une créance. En principe, le mari en devra rendre le montant lors de la dissolution du mariage. Mais s'il ne l'a pas touchée, durant le mariage, et s'il n'y a eu ni dol, ni faute de sa part, il sera libéré en rendant la créance elle-même, quelle que soit la solvabilité du débiteur (L. 49, *Sol. matr.*). La négligence, dont pourrait ici être responsable le mari, consisterait, comme pour la dot corporelle, à n'avoir pas agi avec le même soin que pour ses propres affaires dans les poursuites qu'il devait exercer contre le débiteur de la dot. Nous croyons, en effet, que la même raison existe pour suivre ici la décision précédemment donnée pour le cas où la dot comprend des corps certains. Cependant, suivant quelques interprètes, le mari serait, dans le recouvrement des créances dotales, tenu de la diligence la plus exacte; son devoir serait assimilé à celui du mandataire, et non plus à celui de l'associé; en acceptant une créance à titre de dot, le mari se chargerait, en quelque sorte, de l'affaire d'autrui. Il est possible que cette divergence ait existé parmi les jurisconsultes romains, les textes n'étant pas

(1) Pellat, *Textes sur la Dot*, p. 121.

d'accord pour exiger du mari, en matière de créance, la « diligentia quam suis rebus adhibet, » dont parlent ceux qui sont relatifs aux *res corporales in dotem datæ*. Quoi qu'il en soit, examinons quelques exemples de responsabilité du mari en cette matière :

1° *La femme a cédé une créance à son mari à titre de dot*. Le mari est alors tenu de restituer la somme qu'il a dû obtenir en exerçant l'action de la femme, dont il était le *procurator in rem suam*. S'il n'a pu rien obtenir du débiteur, et s'il n'est pas en faute, il se libérera en rendant l'action qui lui avait été confiée (L. 49, *Sol. matr.*).

2° *Une dot a été promise au mari*. Lorsque ce qui a été promis au mari en dot lui est encore dû au moment où doit se faire la restitution, en principe, le mari peut se libérer en cédant sa créance, pourvu qu'il n'ait pas pris sur lui les risques de la solvabilité du débiteur, ce qu'il est réputé faire lorsqu'il accorde crédit au débiteur, en exigeant de lui des intérêts : car, alors, il a tenu la créance pour bonne, ce qu'on exprimait par ces mots, « *nomen secutus est* » (L. 71, *De jure dot.*). De plus, le mari est censé avoir accepté la créance lorsque, connaissant l'insolvabilité du débiteur, il a souffert qu'il promît une dot à sa femme, « quod sciens tale nomen secutus videretur quale initio obligationis fuerit » (L. 41, § 3, *De jure dot.*). De même, si le mari n'a pas été payé par suite de son dol ou de sa faute, il reste tenu de restituer ce qui lui avait été promis : on imputerait donc au mari de ne pas avoir fait plus tôt ses diligences, lorsque le débiteur, encore solvable à l'é-

poque où il aurait pu le poursuivre, serait devenu depuis insolvable. Toutefois, si le débiteur était le père de la femme, la femme elle-même, ou seulement un tiers dont l'intention ait de faire une libéralité, les risques seraient alors à la charge de la femme ; en d'autres termes, le mari, naturellement excusable d'avoir ménagé de semblables débiteurs, serait libéré en rendant à la femme la créance telle qu'elle existe au moment où la dot doit être restituée.

3° *Un débiteur de la femme délégué par celle-ci promet au mari comme dot ce qu'il devait à la femme.* — En principe, la délégation est aux risques du délégataire et non à ceux du délégant, c'est-à-dire qu'en cas d'insolvabilité du délégué le délégataire n'a pas de recours contre le délégant. En est-il de même de la délégation pour cause de dot? Les interprètes sont divisés sur cette question. Les uns pensent que le mari reste dans la règle générale, et qu'ainsi il doit supporter l'insolvabilité du débiteur délégué, à moins que la femme n'ait fait la délégation à ses risques et périls. Les autres sont d'avis qu'il y a lieu de faire ici exception aux règles de la délégation, et décident que la délégation pour cause de dot doit toujours être réputée faite aux risques de la femme. C'est cette dernière opinion qui nous paraît préférable. En effet, le créancier ordinaire qui prend en paiement une nouvelle créance en place de l'ancienne éteinte par la novation « court la chance de l'insolvabilité de l'ancien débiteur.... Au contraire, le mari n'a pas en vue de mettre fin à un rapport antérieur mais d'en commencer un; de se cons-

tituer, en recevant une dot, éventuellement débiteur de sa restitution. Il s'agit donc de savoir ce qu'il aura à restituer et, pour cela, d'examiner ce qu'il a reçu.

« A-t-il été payé par le débiteur délégué, il rendra la somme ou la chose qui lui a été livrée.

« N'a-t-il pas été payé, il rendra ce qu'il a, sa créance contre le débiteur, en faisant cession de son action, à moins qu'on ne puisse lui reprocher de n'avoir pas exigé le paiement dans un moment où le débiteur était en état de le faire » (1).

Ainsi, l'insolvabilité du débiteur qui a promis la dot est supportée par la femme envers qui le mari se libérera en lui cédant son action contre ce débiteur, à moins qu'on ne puisse reprocher au mari quelque négligence dans les poursuites (L. 56, *pr.*, *De jure dot.*).

Voyons maintenant ce que comprend la restitution au cas où le mari a reçu en dot un usufruit; examinons comment s'opérera cette restitution.

Il est de principe en droit romain que l'usufruit ne peut être cédé par l'usufruitier à un autre qu'au nu-propriétaire, parce que l'usufruit est un droit intransmissible. Il en résulte que, si le mari a reçu en dot un usufruit portant sur un fonds dont la femme n'a pas la nue propriété lors de la dissolution du mariage, le mari ne peut pas opérer la restitution de la dot en cédant cet usufruit à sa femme. D'autre part, il faut

(1) Pellat, *Textes*, p. 170.

remarquer que l'usufruit ayant été constitué en dot uniquement en vue des charges du mariage, le mari ne peut plus conserver cet usufruit lorsque le mariage est dissous. Comment appliquera-t-on en notre matière ces deux principes en apparence inconciliables de l'intransmissibilité de l'usufruit et de l'obligation de restituer les choses dotales? C'est ce que nous allons voir dans différentes hypothèses.

Première hypothèse. — *Le mari a reçu en dot un usufruit qui appartenait à la femme, et qui portait sur un fonds dont il était nu-propriétaire.* — L'usufruit ainsi cédé au mari à titre de dot venant se réunir à son droit de nue propriété se trouve nécessairement éteint par ce qu'on appelle la confusion ou la consolidation. Le mari ne pourra donc pas rendre l'usufruit qu'il a reçu, si le mariage vient à se dissoudre par le divorce ; mais il satisfait alors à son obligation de restituer en rétablissant un nouveau droit d'usufruit sur son fonds, au profit de sa femme, au moyen de l'*in jure cessio* : cet usufruit ne sera pas différent de celui qu'avait primitivement la femme, et cessera par les mêmes causes d'extinction qui auraient pu faire cesser le premier, s'il n'avait été donné en dot (L. 78, pr. et § 1, *De jure dot.*).

Remarquons que, si la femme qui s'est constitué en dot son usufruit sur le fonds du mari mourait pendant le mariage, le mari n'aurait alors rien à restituer, non en vertu du principe que le mari gagne la dot quand la femme meurt *in matrimonio*, mais parce qu'il profite comme tout propriétaire de ce que

le droit d'usufruit s'éteint par la mort de l'ayant-droit. On tire de là cette conséquence que, si la dot ne comprend pas d'autres biens, le mari ne retenant rien à titre de dot, ne contribuera pas aux frais funéraires faits pour sa femme, puisque l'action *funeraria* n'est donnée que « in eum ad quem dotis nomine quid pervenerit » (Ulpien, l. 16, D, *De religiosis et sumptibus funerum*).

Deuxième hypothèse. — *Le mari a reçu en dot l'usufruit d'un fonds qui appartient à sa femme.* — Comme il acquiert alors un véritable droit d'usufruit ordinaire, le mari est susceptible de le perdre par le non-usage, s'il néglige d'en jouir pendant deux ans. Nous avons donc à distinguer : 1° si le mari a conservé l'usufruit jusqu'à la dissolution du mariage ; 2° si, au contraire, il l'a perdu par le non-usage ; 3° enfin si, pendant le mariage, il a acquis de sa femme la nue propriété du fonds.

1° Le mari a conservé l'usufruit jusqu'à la dissolution du mariage. — Si le mariage se dissout par la mort de la femme, la dot devant dans ce cas rester au mari, ce dernier n'a rien à restituer ; il garde l'usufruit.

Si c'est la mort du mari qui amène la dissolution du mariage, l'usufruit étant ainsi éteint par la mort de l'usufruitier, l'obligation des héritiers du mari se borne à partager avec la femme les fruits de la dernière année au prorata de ce que le mariage a duré pendant cette dernière année.

Enfin le mariage se dissout-il par le divorce, le mari doit tout à la fois restituer l'usufruit et une partie des fruits de la

dernière année. Mais comment se fera cette restitution ? Il faut distinguer :

La femme est-elle restée propriétaire, l'usufruit lui sera cédé par le mari au moyen de l'*in jure cessio*, sur la réclamation qu'elle en fera par l'action *rei uxoriæ*.

Si la femme a aliéné la nue propriété, il est certain que le mari ne peut plus lui céder l'usufruit, puisqu'elle n'est pas nue-propriétaire. Mais la femme peut alors, par l'action *rei uxoriæ*, contraindre le mari à faire cession de l'usufruit au nu-propriétaire, afin d'en tirer profit vis-à-vis de celui auquel elle a transmis la propriété, soit parce qu'ayant vendu le fonds sans déduire l'usufruit, elle est tenue envers l'acheteur à lui procurer cet usufruit, soit parce qu'elle espère en obtenir un certain prix de l'acheteur à qui elle l'avait promis, soit enfin parce qu'elle veut en gratifier l'acquéreur de son fonds pour en priver son mari, qui, en la répudiant, est devenu son ennemi (L. 78, § 2, *De jure dot.*). On pourrait encore prendre d'autres partis. Ainsi le mari resterait usufruitier, mais il vendrait ou louerait à la femme, moyennant un droit insignifiant, *nummo uno*, l'exercice de son droit ; ou bien encore, il lui donnerait caution, ainsi qu'à ses héritiers, de les en laisser jouir tant que lui-même vivrait. Enfin, on pourrait aussi faire cession de l'usufruit au nu-propriétaire, afin que celui-ci constituât un nouvel usufruit au profit de la femme, ou lui procurât un équivalent en argent ou autres objets.

2° Le mari a perdu par le non-usage l'usufruit qui lui avait été constitué en dot. — Si, au moment de l'extinction de

l'usufruit par le non-usage, la femme avait encore la nue propriété du fonds sur lequel cet usufruit existait, le mari n'aurait rien à restituer lors de la dissolution du mariage, puisque l'usufruit perdu pour lui serait venu se réunir à la nue propriété de la femme. — Si, au moment de l'extinction de l'usufruit par le non-usage, la femme n'avait plus la nue propriété du fonds, parce qu'elle l'avait vendue à un tiers, elle pourrait, à la dissolution du mariage, demander une indemnité au mari à raison de la faute qu'il a commise en laissant éteindre l'usufruit. Nous venons de voir, en effet, que, s'il avait conservé l'usufruit, il pourrait, sinon le lui céder, du moins l'en faire profiter de plusieurs manières.

3° Le mari a, pendant le mariage, acquis de sa femme la nue propriété du fonds sur lequel porte l'usufruit donné en dot.— Ici encore, l'usufruit est éteint et ne peut être restitué : Que comprendra donc la restitution? Il faut également distinguer : Si, dans la vente du fonds, le prix a été fixé eu égard à la valeur de la nue propriété et à celle de l'usufruit tout à la fois, le mari n'aura rien à restituer; car la femme, ayant ainsi reçu, par anticipation, la valeur de l'usufruit, ne peut plus la réclamer de nouveau. — Si, au contraire, le prix a été fixé uniquement d'après la valeur de la nue propriété, le mari doit restituer, à la dissolution du mariage, le prix de l'usufruit. — Il faut remarquer que, même dans ce dernier cas, si le mari venait à mourir avant la *litis contestatio* de l'action *rei uxoriæ*, ses héritiers n'auraient plus rien à restituer (L. 78, § 3, *De jure dot.*).

Troisième hypothèse. — *Le mari a reçu en dot un usufruit qu'un tiers a constitué sur son propre fonds.* — Nous savons que le mari ne peut pas céder à sa femme l'usufruit que le tiers lui a constitué. En quoi consistera donc la restitution ?

Si le mari n'a pas acquis du tiers la nue propriété du fonds sur lequel porte l'usufruit, on aura recours aux mêmes moyens que nous avons indiqués pour le cas où la femme a vendu la nue propriété du fonds sur lequel elle avait donné en dot à son mari un droit d'usufruit (Voyez le 1° de la deuxième hypothèse).

Si le mari a acquis du tiers la nue propriété, il devra constituer à la femme un nouvel usufruit, comme dans le cas où la femme a donné en dot au mari un usufruit qu'elle avait sur le fonds de ce dernier : toutefois, s'il meurt avant la *litis contestatio* de l'action *rei uxoriæ*, ses héritiers ne sont tenus de rien restituer à la femme.

Quatrième hypothèse.— *La femme a constitué en dot au mari l'usufruit qu'elle avait sur le fonds d'un tiers.* — La femme n'a pas pu céder son droit d'usufruit au mari, puisque ce droit n'est pas transmissible ; elle n'a pu que lui en laisser l'exercice ; donc le mari n'aura rien à restituer lors de la dissolution du mariage ; il ne devra qu'une chose, cesser l'exercice du droit que sa femme lui avait abandonné.

CHAPITRE V.

DE LA RESTITUTION DES FRUITS, ACCESSOIRES ET AUGMENTATIONS DE LA DOT DONNÉE SANS ESTIMATION

Section Ire.

Des fruits.

Le mari n'a jamais à restituer aucune portion des fruits, lorsque la dot consiste en choses qu'il n'est pas tenu de restituer en nature, telles que les choses données en dot avec estimation valant vente. Il ne peut donc être question de restitution des fruits de la dot, que lorsque cette dernière doit être rendue en nature, c'est-à-dire lorsqu'elle comprend des corps certains constitués en dot sans estimation.

Pour savoir dans quels cas et comment les fruits des choses dotales devront être compris dans la restitution de la dot, il faut distinguer à quel moment ces fruits ont été perçus. Or, nous savons que les fruits échus ou perçus pendant le mariage appartiennent au mari par cette raison que, la destination de la dot étant de subvenir aux charges du mariage, les revenus qu'elle produit doivent appartenir au mari. D'autre part, il

est de principe que les fruits échus ou perçus avant le mariage, ou depuis la dissolution du mariage, augmentent la dot, et doivent être restitués avec elle, sauf convention contraire.

De ce que les fruits des choses dotales appartiennent au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage, il résulte que le mari gagne ceux de la dernière année au prorata du temps que le mariage a duré pendant cette année là; par exemple, si le mariage a duré six mois, la moitié des fruits seulement appartiendra au mari, l'autre moitié devra être restituée à la femme.

Si le fonds dotal a été livré au mari avant le mariage, le mari doit restituer tous les fruits échus avant le mariage, puisqu'il n'y a aucun droit; et quant aux fruits échus après le mariage, il gardera ceux qui correspondent aux années et aux fractions d'année que le mariage a duré.

Si le fonds n'a été livré que postérieurement au mariage, le mari conservera seulement les fruits d'autant d'années et de fractions d'année qu'il s'en sera écoulé depuis le jour de la tradition jusqu'à la dissolution du mariage. Dans ce cas, on ne s'attache pas à la date du mariage: sans doute, si un certain laps de temps s'est écoulé depuis le jour du mariage jusqu'à la tradition, le mari, pendant cet intervalle, a supporté les charges du mariage avec ses seules ressources; mais alors on peut dire qu'il a accepté cette situation avec ses conséquences, en n'exigeant pas au moment du mariage la tradition immédiate de la dot (L. 5, *Sol. matr.*).

Tout ce que nous venons de dire des récoltes d'un fonds serait applicable aux fruits de toutes autres choses données en dot sans estimation (L. 7, § 9, § 10, § 11, *Sol. matr.*).

Lorsqu'il s'agit de fruits ou de revenus qui se perçoivent plusieurs fois par an, ou une seule fois dans une période de plusieurs années, l'attribution proportionnelle au mari et à la femme s'en fait en prenant pour unité la période de temps dans laquelle les fruits sont perçus. Ainsi, supposons qu'une femme apporte en dot un bois en coupes réglées, une *sylva cædua*, où les coupes n'ont lieu que tous les dix ans ; le mariage dure quatre ans. Dans ce cas, soit que la coupe ait été faite pendant le mariage, soit qu'elle ait été faite depuis sa dissolution, le mari aura droit à quatre dixièmes des bois coupés, et sa femme à six dixièmes. — Si la femme a apporté en dot un pré qui produit deux récoltes de foin par an, et si le mariage a duré quatre mois, le mari aura droit aux deux tiers de la première récolte faite pendant le mariage, ou, s'il n'y en a pas eu encore, de la première qui aura lieu après la dissolution du mariage.

Mais avant que les fruits soient ainsi partagés d'après les règles que nous venons d'exposer, il faut en prélever les frais faits à propos de la chose qui les a produits, afin de les rembourser à l'époux qui en a fait l'avance. On ne considère, en effet, comme fruits, que ce qui reste, déduction faite des dépenses de chacun des époux. C'est ainsi que lorsqu'une femme a donné une vigne en dot à la veille des vendanges, et qu'elle provoque le divorce peu de temps après la récolte, le juriscon-

sulte Scævola pense que le mari ne doit pas seulement restituer les fruits de onze mois, mais qu'il doit déduire avant tout partage les dépenses qu'elle a dû faire, ainsi que celles que le mari aurait pu faire lui-même (L. 7, D.).

Section II

Des accessoires et augmentations de la dot.

D'autres choses que les fruits peuvent être acquises à l'occasion de la dot : tels sont les différents produits que les biens dotaux peuvent accidentellement donner, les accroissements qu'ils reçoivent, en un mot tous les biens de l'acquisition desquels la dot est la cause. Voyons si toutes ces choses que nous désignons sous les termes d'accessoires et augmentations de la dot doivent être comprises dans la restitution de la dot. Tout ce que nous allons dire à ce sujet ne s'applique évidemment qu'au cas où la dot a été donnée sans estimation comme nous l'avons supposé pour les fruits. En principe toutes les choses qui augmentent la dot, aussi bien que la dot elle-même, doivent être rendues à la femme qui trouve ainsi une compensation aux risques qu'elle court.

D'après ces règles, si les fonds dotaux non estimés ont reçu quelque accroissement, la femme en profitera (L. 10, § 1, *De jure dot.*). C'est ainsi que la dot s'augmente lorsque l'usufruit se réunit à la nue propriété donnée en dot, ou lorsque l'allu-

vion apporte un agrandissement au fonds dotal (**L.** 4, *De jure dot.*).

Il en sera de même du produit des biens ne rentrant pas dans la catégorie des fruits : tels seront les arbres arrachés même dans le but de les remplacer (L. 8, *De fundo dotali*), ceux qui ont été abattus par le vent, etc... Dans la loi 7 (§ 12, *Sol. matr.*), Ulpien compare ces produits au trésor trouvé sur le fonds dotal ; c'est ainsi qu'il décide que le mari doit les rendre à la femme, de même qu'il lui rendrait la moitié du trésor, qu'il aurait reçue à titre de propriétaire du sol : « in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. »

Dans le cas où le mari a reçu en dot une portion indivise dans un fonds, si, durant le mariage, le copropriétaire du fonds intente contre lui l'action *communi dividundo*, et si, à la suite du partage, le fonds entier est adjugé au mari, la portion que ce dernier a reçue de la femme reste seule dotale. Mais, en vertu du principe que tout ce qui est acquis à l'occasion des choses dotales doit être restitué en même temps que la dot, le mari sera tenu de rendre le fonds entier à la femme, sauf à se faire rembourser la somme qu'il a été comdamné à payer au copropriétaire. Toutefois, comme il n'y a de dotale que la partie du fonds donnée en dot, le mari pourrait, pendant le mariage, aliéner, sans le consentement de sa femme, la partie qui lui est échue par suite de l'adjudication : le fonds serait ainsi remis dans l'indivision, et le mari ne serait tenu de restituer à la femme que ce qu'il en avait primitivement reçu.

Lorsque le mari trouve dans le fonds dotal des carrières déjà en voie d'exploitation, ou même non encore ouvertes, les produits qu'il en retire sont assimilés à des fruits, et comme tels appartiennent au mari, qui n'aura donc pas à en tenir compte lors de la restitution de la dot (L. 7, § 13, *Sol. matr.*, et l. 18, *De fundo dotali*, lib. XXIII, tit. v).

Les donations et les legs adressés à des esclaves dotaux sont évidemment des accessoires, et non des fruits : aussi ces libéralités doivent-elles, d'après les règles précédentes, être restituées à la femme avec la dot, lorsqu'elles ont été faites au profit d'esclaves dotaux qui sont aux risques de la femme.

Toutefois, si l'auteur de la donation ou du legs fait à l'esclave dotal a eu l'intention de gratifier le mari, ce dernier n'est pas tenu de restituer à la femme le montant de cette libéralité ; car alors l'esclave est censé avoir acquis *ex re mariti*. Mais, en principe, de tous les profits qu'il retirera des esclaves dotaux, le mari ne peut garder que ceux qui proviennent de leur travail ; il devra donc restituer à la femme tout ce qu'il aura acquis par eux d'une autre manière, à moins que ce ne soit *ex re suâ*, par exemple en achetant ou vendant, ou en prêtant par l'intermédiaire de ces esclaves.

Il peut se faire que le mari ait affranchi un esclave dotal qui lui avait été livré en dot sans estimation ; l'affranchissement sera valable, puisque le mari peut disposer des meubles dotaux. Mais, par suite de cet affranchissement, le mari peut acquérir certains droits vis-à-vis de l'affranchi; c'est ainsi qu'il acquiert, entre autres, un droit à la succession de ce dernier, de même

que tous les avantages que l'esclave aura pu s'engager à lui procurer à l'effet d'obtenir sa liberté. Or, toutes ces acquisitions ainsi faites à l'occasion des biens dotaux devront-elles être restituées à la femme? Nous distinguerons deux hypothèses :

Première hypothèse. — *Le mari a procédé à l'affranchissement de l'esclave dotal sans le consentement, ou malgré l'opposition de la femme.* — Dans ce cas, le mari doit restituer à la femme, outre la valeur de l'esclave au moment de l'affranchissement, ce qui lui sera provenu de l'affranchi en sa qualité de patron, *quasi ad patronum*, ou à tout autre titre. Mais l'action donnée contre le mari ne sera pas la même dans tous les cas. C'est par une *condictio ex lege*, dérivant de la loi Papia (L. 65, *Sol. matr.*), que le mari sera poursuivi à l'effet de rendre tout ce qu'il aura acquis en qualité de patron, par exemple la valeur des *operæ* qui lui auraient été promis *libertatis causâ*, ou la portion que la loi Papia réserve au patron dans la succession de l'affranchi. Au contraire, tout ce que le mari aura reçu de l'affranchi à un autre titre que celui de patron, c'est-à-dire *ex affectione liberti*, lui sera réclamé au moyen de l'action *rei uxoriæ* (L. 61, *Sol. matr.* Cod.).

Deuxième hypothèse. — *Le mari a procédé à l'affranchissement de l'esclave dotal avec le consentement de la femme.* — Il peut se faire que la femme, en donnant son consentement exprès, ait voulu faire une donation à son mari ; on sait en

effet que cette donation est valable parce qu'elle est faite « *manumittendi causâ* » (L. 24, § 4, et 62, *Sol matr.*). Dans ce cas, le mari n'aura rien à restituer à la femme, ni la valeur de l'esclave, ni rien de ce qui lui sera provenu de l'affranchi, soit en sa qualité de patron, soit à tout autre titre. — Si c'est seulement avec le consentement tacite de la femme, c'est-à-dire sans opposition de sa part, que l'affranchissement a eu lieu, le mari est alors considéré comme ayant géré les affaires de sa femme ; il sera tenu par la *condictio ex lege* de restituer tout ce qu'il aura recueilli en qualité de patron. Mais ce qu'il aura reçu à un autre titre, par exemple par suite de libéralités de l'affranchi, ne pourra lui être réclamé par l'action *rei uxoriæ*, parce qu'alors le mari l'a acquis *ex re suâ*, puisque l'esclave, régulièrement affranchi, a volontairement disposé en sa faveur (L. 64, pr. et § 5, *Sol matr.*). Il est bien évident que, dans ce cas, le mari ne devra pas restituer la valeur de l'esclave, puisqu'il ne peut être tenu que de ce dont un gérant d'affaires doit rendre compte.

En résumé, la règle est que lorsque le mari a reçu en dot des corps certains non estimés, il doit les rendre avec leurs accessoires, produits extraordinaires, fruits perçus ou échus avant ou après le mariage. C'est par application de cette règle que, lorsque le mari a affranchi un esclave malgré l'opposition de sa femme, celle-ci pourra, par l'action *rei uxoriæ* réclamer tout ce qui lui sera provenu des biens de l'affranchi à tout autre titre que celui de patron. Et si la *condictio ex lege Papiâ* n'existait pas, le principe dont il s'agit exigerait évidemment

que ce qui fait l'objet de la *condictio* pût être réclamé par l'action *rei uxoriæ*. Aussi croyons-nous que si la femme avait négligé d'exercer l'action de la loi *Papia Poppæa* immédiatement après que le mari aurait reçu, en qualité de patron, quelque chose des biens de l'affranchi, et si elle avait perdu cette action, elle pourrait encore, à la dissolution du mariage, réclamer par l'action *rei uxoriæ* ce qu'elle aurait pu demander par la *condictio*.

Des principes et des règles que nous avons exposés dans ce chapitre, il ressort clairement que le mari est toujours responsable des dommages qui proviennent de son dol, ou de sa faute appréciée *in concreto*, parce que son obligation résulte comme d'un contrat de bonne foi. En conséquence, il devra indemnité à la femme pour tout ce que, par son dol ou par sa faute, il aura détérioré ou bien manqué de recevoir ou de conserver. Si donc le mari s'est mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, ou se refuse de mauvaise foi à restituer des choses dotales qu'il détient, il pourra être condamné à payer une indemnité que la femme fixera elle-même sous la foi du serment, « tanti quanti mulier in litem juraverit, quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat » (L. 25, § 1, *Sol. matr.*). Si ce n'est que par suite de sa faute que le mari se trouve dans l'impossibilité de restituer, l'indemnité ne pourra être fixée par la femme, le juge seul appréciera (L. 2, § 1, *De in litem jurando*, XII, 3).

CHAPITRE VI.

DES DÉLAIS ACCORDÉS POUR RESTITUER LA DOT.

L'époque à laquelle doit avoir lieu la restitution de la dot varie selon la nature des choses dont elle se compose.

Si la dot consistait en corps certains destinés à être rendus en nature, le mari doit les restituer sans aucun délai lors de la dissolution du mariage ; et cela est juste, puisque le mari a dû les conserver : or, s'il les a encore, il n'éprouve aucun dommage à les restituer ; au contraire, s'il ne les a plus, comme alors il est en faute de ne les avoir pas gardés, il ne peut pas se plaindre de ce qu'on ne lui donne pas de délai pour les restituer.

Dans la loi 25, § 4, *Sol matr.*, le jurisconsulte Paul prévoit un cas où la restitution immédiate peut être préjudiciable au mari, et il indique comment, en pareille circonstance, on peut concilier l'intérêt du mari avec la règle d'après laquelle la dot doit être restituée sans délai. Un mari, ayant reçu en dot un fonds de terre, l'a loué pour cinq années ; mais, au bout d'un an, le mariage se dissout par le divorce, et, la femme réclamant sa dot, le mari se trouve tenu de restituer le fonds de terre. On comprend que cette restitution immédiate du fonds de terre pourrait nuire au mari, qui, tenu de

faire jouir le preneur, pourrait être condamné à l'indemniser, si sa femme ne respectait pas le bail qu'il a consenti. Pour obvier à cet inconvénient, Paul décide que, si le mari restitue le fonds à sa femme, celle-ci devra lui donner caution de laisser jouir le preneur pour le cas où ce dernier réclamerait la jouissance des quatre années de bail restant à courir. Le mari devra, de son côté, donner caution à la femme de lui restituer le prix du loyer que le preneur aura payé entre ses mains.

Si le mari a reçu en dot de l'argent ou des quantités, en général toutes choses qui s'apprécient *pondere*, *numero*, *mensurâ*, il a pour restituer la dot un délai de trois ans à dater de la dissolution du mariage; à chacune de ces trois années, il doit restituer un tiers de cette dot, « annuâ, bimâ, trimâ die redditur » (Ulpien, *frag.*, tit. VI, § 8). On a trouvé juste de laisser au mari un certain délai pour se procurer des choses semblables à celles qu'il a reçues et les restituer : car on ne peut admettre qu'il ait toujours gardé les sommes ou les quantités reçues en dot, et à la conservation desquelles il n'était nullement tenu.

S'il arrivait que la dot, qui consistait à l'origine en corps certains, eût été changée pendant le mariage et sans la faute du mari en une obligation de restituer une certaine quantité, on n'hésitait pas à admettre que le mari pourrait jouir alors du délai de trois ans pour cette restitution.

Toutefois, les règles précédentes ne recevraient pas leur application dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il y a eu convention contraire sur le délai de restitution ; les époux peuvent, en effet, par des pactes, déroger aux délais que comporte la restitution de la dot, mais seulement en ce sens qu'ils peuvent les supprimer ou les diminuer; ils ne peuvent jamais les prolonger, au moins pendant le mariage (L. 15 et 16, *De pactis*, XXIII, IV).

2° Si le mari, s'étant engagé à donner caution pour la restitution de la dot, n'a pas fourni cette caution; car alors il est tenu de restituer la dot sans aucun délai.

3° Lorsque le mari a commis des fautes qui, commises par la femme, auraient autorisé une rétention *propter mores*. Nous verrons plus loin en quoi consistent ces fautes, et la rétention qui en est la conséquence.

4° Quand le mari a légué sa dot à la femme ; ses héritiers ne jouissent alors d'aucun délai pour restituer, puisque, dans ce cas, la dot est réclamée, non par l'action *rei uxoriæ*, mais par l'action *ex testamento*.

Si le mari se trouvait en retard de restituer, les risques seraient à sa charge, lors même que ces risques ne proviendraient ni de son dol, ni de sa faute. De plus, ce retard du mari pourrait avoir pour conséquence de l'obliger à donner caution, relativement à certaines choses qui ne seraient pas rendues immédiatement à la dissolution du mariage. Par exemple, supposons que quelques-uns des esclaves dotaux aient pris la fuite : dans ce cas, le juge de l'action *rei uxoriæ* ne pourrait pas, sans injustice, condamner le mari à les restituer ; mais il ne peut pas non plus l'en déclarer libéré. Dans

ces circonstances, le juge ordonnera au mari de s'engager à poursuivre les esclaves et à les restituer dès qu'il les aura retrouvés, sinon à en payer le prix à la femme.

La distinction du droit classique entre les corps certains et les quantités, au point de vue du mode de restitution de la dot, a été entièrement modifiée par Justinien. Désormais, les immeubles devront être restitués sans délai, et les meubles à l'expiration du terme d'une année (L. un. Cod. *De rei uxoriæ*, § 7). Cette innovation n'a pas été heureuse ; elle ne réalise aucun progrès, et l'on ne voit aucune raison pour donner au mari un délai d'un an à l'effet de rendre les meubles corps certains, aussi bien que les quantités. Ce que Justinien voulait faire, c'était sans doute tout simplement abréger l'ancien délai de trois ans pour la restitution des quantités, et il a négligé, en le faisant, de remarquer que les meubles et les quantités n'étaient pas identiquement la même chose. Quoi qu'il en soit, si la dot consiste en immeubles, le mari doit désormais la restituer aussitôt après la dissolution du mariage ; si elle consiste en meubles corporels ou incorporels, il aura un délai d'un an pour faire cette restitution. Le retard du mari pour restituer entraîne les mêmes conséquences qu'autrefois ; mais de plus, si la dot consiste en meubles, et si la restitution n'a pas lieu dans le délai déterminé, le mari devra, à partir de l'expiration de ce délai, les intérêts à quatre pour cent de la valeur estimative de la dot, à compter de l'expiration de la première année.

CHAPITRE VII.

DIMINUTIONS QUE PEUT SUBIR LA DOT LORSQU'ELLE EST RESTITUÉE.

Après avoir examiné ce qui doit être restitué à titre de dot, il nous faut maintenant étudier certaines causes qui empêchent de condamner le débiteur de la dot à une restitution complète ; ces causes sont les suivantes :

1° Le droit pour le mari de retenir la dot en totalité ou en partie, dans certains cas ;

2° Le bénéfice de compétence.

SECTION Ire.

Des rétentions.

Lorsque le mari n'est pas obligé à restituer la dot en vertu d'une stipulation, mais qu'il est poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, il peut, pour certaines causes déterminées, retenir une partie de la dot, « *aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas* » (Ulp., *Frag.*, tit. VI, § XIX). Nous allons examiner dans quels cas spéciaux peuvent avoir lieu ces rétentions.

I. — La rétention *propter liberos* a lieu au profit du mari seulement et dans deux hypothèses :

Première hypothèse. — Si le divorce a lieu par la faute de la femme ou de l'ascendant sous la puissance duquel elle se trouve, le mari, en restituant la dot, a le droit de retenir un sixième de cette dot par chaque enfant issu du mariage, mais jusqu'à concurrence de trois sixièmes seulement, quel que soit le nombre des enfants (Ulp. Frag. tit. VI, § 10). La faute de l'ascendant consiste en ce qu'il a envoyé au mari le *nuntium divortii* sans motif suffisant; celle de la femme consiste à avoir, par sa conduite, motivé le divorce, ou à avoir envoyé le libelle de répudiation sans raison sérieuse. Il n'y aurait plus lieu à cette rétention si le divorce avait été motivé par la conduite de l'un et de l'autre des époux.

Cette rétention a un double but : 1° il faut punir la femme qui, par sa faute, a amené la dissolution du mariage; 2° le mari, devant continuer après le divorce à entretenir les enfants, qui sont une des charges du mariage, il est juste qu'on lui laisse à cet effet une partie de la dot. Ces deux motifs doivent concourir; il en résulte que le mari ne pourra exercer la rétention si c'est par sa faute que le divorce est intervenu, car alors le premier motif de la rétention manque, ou bien s'il n'y a pas d'enfants, car alors le second motif n'existe pas.

Bien que la rétention *propter liberos* n'eût lieu de droit que dans le cas où le divorce était arrivé par la faute de la femme,

on pouvait convenir qu'elle aurait lieu quelle que fut la cause du divorce (Vat. Frag., § 106 et 107). On pouvait aussi augmenter par un pacte la quotité à retenir pour un nombre donné d'enfants, et même autoriser pour un seul enfant la retenue de la dot entière (L. 2, D., *De pact. dot.*).

Remarquons enfin que le mari n'a pas d'action pour réclamer la partie de la dot à laquelle il peut avoir droit; ce n'est que par voie de rétention qu'il peut en profiter : « non plures tamen quam tres sextœ in retentione sunt, *non in petititione* » (Ulp. Frag. tit. VI, § 10, in fine).

Deuxième hypothèse. — Au cas de prédécès de la femme, si la dot est profectice, et doit en conséquence retourner à l'ascendant qui l'a fournie, la dot ne fera retour à ce dernier que sous la déduction faite au profit du mari d'autant de cinquièmes qu'il y aura d'enfants, et cela *in infinitum* (Ulp. Frag., tit. VI, § 4). Le droit de rétention se trouve ici plus étendu, sans doute, parce que le mari se trouve alors en présence d'une personne à qui l'on n'a accordé que par faveur le droit de réclamer la dot.

II. — La rétention *propter mores*, qui, comme la précédente, n'est exercée que par le mari, peut avoir lieu dans deux cas : 1° Dans le cas d'adultère de la femme (*propter graviores mores*); la rétention porte alors sur un sixième de la dot; 2° Dans le cas de fautes moins graves (*propter minores* ou *leviores mores*), ce qui comprend tous les actes d'inconduite de la femme qui

ne constituent pas un adultère; la rétention porte alors sur un huitième de la dot (Ulp. Frag., tit VI, § 12); s'il est reconnu que le mari a favorisé les mauvaises mœurs de la femme, ou s'il a les mêmes torts, il est juste que le mari ne puisse plus exercer son droit de rétention (L. 47 et 39, *Sol. mat.*).

Si la dot avait été restituée par le mari sans qu'il eût tenu compte de la faute commise, il aurait alors une action *de moribus*, pour réclamer le montant de la rétention auquel il avait droit : mais cette action ne passerait pas à ses héritiers et ne pourrait être exercée par lui contre les héritiers de sa femme (L. 1, *De dotibus*, Code Théodosien, lib. III, tit. 13).

III. — La rétention *propter impensas* est exercée par le mari à raison de certaines dépenses qu'il a pu faire dans l'intérêt des biens dotaux; il y a lieu de distinguer plusieurs sortes de dépenses : les dépenses nécessaires, les dépenses utiles et les dépenses voluptuaires.

La rétention s'exerce sans restriction pour les dépenses nécessaires, c'est-à-dire celles qui ont été faites pour la conservation de la dot, « quibus non factis dos deterior futura esset. » Quant aux dépenses utiles, c'est-à-dire celles qui ont rendu la dot plus productive, « quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, » en principe, elles ne donnent lieu à un droit de rétention au profit du mari qu'autant que les circonstances n'en rendent pas le remboursement trop onéreux à la femme :

« Iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest » (L. 8, D., *De impensis in res dotales factis*, lib. XXV, tit. 2). Mais, si ces dépenses avaient été faites du consentement de la femme, le mari aurait toujours le droit d'en opérer la rétention. Pour les dépenses voluptuaires, « quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est » (Ulp. frag., tit. VI, § 17), elles ne donnent jamais lieu à un droit de rétention au profit du mari, même lorsqu'elles ont eu lieu avec le consentement de la femme. Le mari aurait seulement, dans ce cas, la faculté d'enlever ce que ses dépenses ont produit, à la condition, toutefois, que cela n'occasionnât pas de dégradation au préjudice du fonds dotal (Ulp., l. 9, *De impensis in res dotales*).

Ainsi les dépenses nécessaires seules donnent toujours lieu au droit de rétention au profit du mari. C'est ce qu'on exprimait en ces termes : « Necessariæ impensæ ipso jure dotem minuunt, » les dépenses nécessaires diminueni de plein droit la dot. Or, que faut-il entendre par cette règle ? Nous avons à cet égard des textes au Digeste qui semblent en contradiction : c'est la loi 56, § 3, *De jure dotium,* et la loi 5, pr. et § 1, *De impensis in res dotales factis*; mais on reconnaît généralement que la contradiction tient seulement à ce que le premier de ces textes a été interpolé. Aussi doit-on décider, comme le fait la loi 5, *De impens. in res dot.*, que les corps certains ne cesseront pas d'être dotaux par cela seul que le mari aura fait pour eux des dépenses nécessaires, même si ces dépenses ont

fini par égaler la valeur de ces biens dotaux, mais qu'ils resteront entre les mains du mari à titre de gage jusqu'à ce que ses dépenses lui aient été remboursées.

Au contraire, la règle d'après laquelle les dépenses nécessaires diminuent de plein droit la dot, s'appliquera à la lettre lorsque la dot consistera tant en argent qu'en corps certains; c'est alors seulement la portion pécuniaire de la dot qui sera diminuée, puisque le mari se paiera naturellement sur elle de ses dépenses. Mais si les dépenses nécessaires sont supérieures au montant de la dot pécuniaire, le mari gardera le surplus de la dot, consistant en corps certains, à titre de gage pour ce qui lui restera dû.

Enfin, si le mari a négligé d'exercer son droit de rétention, est-il déchu de toute espèce de droit contre la femme? La question paraît avoir été autrefois discutée. Mais nous pensons qu'on admettait généralement que le mari pourrait alors poursuivre le remboursement de ses dépenses au moyen de la *condictio indebiti*. Telle était du moins l'opinion de Marcellus qu'Ulpien approuve malgré l'avis de beaucoup d'autres : « Sed etsi plerique negant, tamen propter æquitatem Marcelli sententia admittenda est » (L. 5, § 2, *De impensis in res dotales*, lib. XXV, tit. II).

IV. — La rétention *propter res donatas* est fondée sur le principe de la prohibition des donations entre époux ; en conséquence, le mari, qui n'a pas recouvré par la revendication

les choses qu'il a données contrairement à cette prohibition, peut en opérer la rétention en restituant la dot.

V. — Enfin la rétention *propter res amotas* est le droit accordé au mari de retenir sur la dot même la valeur des choses que la femme aurait, à son préjudice, détournées en vue du divorce. Bien que cette soustraction réunît tous les caractères du *furtum*, elle ne donnera pas lieu à l'action *furti*, à cause des relations qui unissent les époux entre eux. Mais, outre le droit de rétention qui est alors accordé au mari, on a établi à son profit une action spéciale, *actio rerum amotarum*, qui tient lieu de la *condictio furtiva*, et par laquelle il peut agir en restitution ou en indemnité.

Observons que ces trois dernières rétentions, à la différence des deux premières, peuvent être exercées non-seulement par le mari, mais aussi par ses héritiers. C'est, qu'en effet, le mari seul doit être autorisé à retenir quelque chose à raison des enfants à l'entretien desquels il doit seul pourvoir, ou à raison de l'inconduite de sa femme dont il a seul le droit de se plaindre. En d'autres termes, c'est dans un intérêt exclusivement attaché à la personne du mari qu'est le fondement des rétentions *propter liberos et propter mores*, tandis que celui des rétentions *propter impensas*, *propter res donatas*, *propter res amotas*, se trouve ou dans la prohibition de la loi, ou dans un enrichissement de la femme qui ne doit pas être toléré aux dépens de la fortune de son mari ou de ses héritiers.

Sous Justinien, ce système de rétentions a disparu : considé-

rant que le mari avait d'autres moyens d'obtenir ce que ces rétentions lui procuraient, et jugeant surtout que ces rétentions portaient une atteinte trop grave au droit de propriété de la femme, Justinien les a supprimées (L. 1, § 5, *Rei ux.* Cod.). Il ne conserve absolument que la rétention *propter impensas*, mais réduite aux dépenses nécessaires, et sauf quelques modifications. Si la dot pécuniaire est suffisante pour rembourser les dépenses nécessaires faites sur le fonds dotal, la rétention consistera comme autrefois en ce que la dot en sera diminuée d'autant. S'il n'y a pas de dot pécuniaire, lorsque le montant de la dépense est inférieur à la valeur du fonds pour lequel elle a été faite, le mari n'a que le droit de retenir le fonds jusqu'à ce qu'il ait été remboursé; mais lorsque les dépenses nécessaires faites successivement par le mari ont fini par égaler la valeur du fonds dotal, si, au bout d'un an, la femme n'a pas remboursé les dépenses du mari, le fonds cesse d'être dotal, le mari étant désormais autorisé à le garder à titre de dation en paiement. Jusqu'à l'expiration du délai d'un an, l'aliénation du fonds est prohibée, afin d'éviter que, par l'effet du remboursement effectué en temps utile, le fonds déjà aliéné puisse redevenir dotal.

Quant aux dépenses utiles, Justinien a accordé à cet égard au mari un avantage qu'il n'avait pas dans l'ancien droit; il lui permet de répéter ces dépenses par l'action de mandat, quand elles ont été faites du consentement de la femme, et par l'action de gestion d'affaires, quand elles ont été faites à l'insu de l'épouse. Enfin, si la rétention *propter res amotas* a été

également supprimée, Justinien n'en a pas moins maintenu l'action *rerum amotarum*, établie autrefois pour le cas où le mari ne pouvait exercer utilement son droit de rétention.

Section II.

Du bénéfice de compétence.

Le bénéfice de compétence est une faveur accordée à certains débiteurs, en vertu de laquelle le débiteur poursuivi ne peut être condamné envers son créancier que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut payer, « *in quantum facere potest*, » et par laquelle il échappe aux rigueurs qu'entraîne la condamnation non exécutée, c'est-à-dire à la contrainte par corps.

Le mari, relativement à son obligation de restituer la dot, jouit de ce bénéfice, mais dans le cas seulement où il est poursuivi par l'action *rei uxoriæ*: on comprend en effet que si la dot était réclamée au moyen de l'action *ex stipulatu*, il ne pourrait être question du bénéfice de compétence, le juge devant alors condamner le mari à payer ce qu'il a promis, sans pouvoir apprécier autre chose que la validité de la stipulation. Au contraire, dons l'action *rei uxoriæ*, le juge ayant tous pouvoirs pour statuer *ex æquo et bono*, devra tenir compte de la position et des ressources du mari; si, par erreur, il avait négligé de le faire, le mari, condamné *in solidum*, pourrait opposer l'exception de dol à la femme qui le poursuivrait en vertu de ce jugement, au moyen de l'action *judicati*, « Ne-

ratius et Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt, eaquæ tutum fore » (L. 17, § 2, *Sol. matr.*). En effet, le motif qui a fait introduire ce bénéfice au profit du mari est que, en raison des relations d'affection qui ont existé entre les époux, l'on n'a pas cru devoir permettre à la femme de poursuivre trop rigoureusement son mari, et de l'inquiéter, même après lui avoir enlevé tout ce qu'il avait. Aussi regarderait-on comme contraire aux bonnes mœurs, par conséquent comme n'étant pas valable, la convention par laquelle le mari renoncerait d'avance à ce bénéfice, dont il jouit non-seulement à l'encontre de sa femme, mais encore vis-à-vis des successeurs universels ou à titre universel de cette dernière (L. 27, Gaius, *Sol. matr.*).

Le bénéfice de compétence existant entre ascendants et descendants, respectivement débiteurs, le père du mari ne sera condamné également que dans la limite de ses facultés, lorsque c'est contre lui que sera intentée l'action *rei uxoriæ* (L. 15, § 2, *Sol. matr.*). Mais ce bénéfice, étant tout personnel, n'est pas transmissible aux héritiers du mari ou du beau-père, à moins qu'ils ne soient les enfants issus du mariage (Ulp., l. 12, *Sol. matr.*, et Pompon., l. 18, pr. *eod.*).

Or, comment déterminera-t-on ces facultés jusqu'à concurrence desquelles le mari peut être condamné ? D'après le droit classique, le *quantum facere potest*, jusqu'à concurrence duquel sera seulement condamné le débiteur jouissant du bénéfice de compétence, s'apprécie eu égard à son actif brut, et sans retrancher ce qu'il peut devoir à d'autres créanciers

(L. 16 et l. 19, *De re judicata*, lib. XLII, tit. 1). Cette évaluation se fera au moment même du jugement, et non pas au moment de la *litis contestatio*, par suite du but même de ce privilége en vertu duquel le mari ne peut être condamné à fournir plus qu'il n'a. Et si le mari a dans son patrimoine des créances dont le montant est égal à celui de la dot, il devra, pour restituer ce qu'il doit à la femme, lui céder les actions qui sont attachées à ces créances (L. 43, *Sol. matr.*).

Toutefois, il peut se faire que le mari soit privé du bénéfice de compétence : c'est lorsque, par son dol, il s'est mis dans l'impossibilité de restituer intégralement la dot ; mais il n'en serait pas de même si le dol, par lequel il s'est rendu insolvable, avait été dirigé contre une autre personne que sa femme (L. 18, § 1, *Sol. matr.*).

Enfin, remarquons que le bénéfice de compétence n'empêche pas le surplus du *quod reus facere potest* de rester *in obligatione.* Aussi le mari ou le beau-père, condamnés seulement jusqu'à concurrence de leurs facultés, doivent-ils promettre et donner caution, que, s'ils acquièrent d'autres biens, ils achèveront de payer la partie de leur dette à laquelle ils n'auront pas été condamnés. « Cautione videlicet ab eo exponenda quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit hoc restituere procuret » (L. 1, § 7, Cod., *Rei ux.*).

Sous Justinien, le bénéfice de compétence est maintenu tel que nous venons de le voir organisé à l'époque classique. Il y faut cependant remarquer une innovation. Tandis qu'autre-

fois, dans le calcul des valeurs jusqu'à concurrence desquelles le mari pouvait être condamné, on ne faisait aucune déduction de l'actif brut, désormais on devra déduire de cet actif une somme au moyen de laquelle le mari puisse pourvoir à ses besoins, *ne egeat*, avant de le condamner envers la femme *in quantum facere potest*. Mais cette innovation n'atteignit pas le but qu'on se proposait, puisque les autres créanciers du mari, qui n'auront pas été payés, et auxquels il n'aura pu opposer le bénéfice de compétence, pourront se faire payer sur la somme qui lui a été laissée pour suffire à ses besoins. — De plus, cette innovation a l'inconvénient de dépouiller la femme au profit des autres créanciers du mari, auxquels ce dernier ne peut opposer le bénéfice de compétence, et de créer ainsi à leur profit un privilége qui n'a aucune raison d'être.

CHAPITRE VIII.

DES GARANTIES QUI ASSURENT A LA FEMME LA RESTITUTION DE SA DOT.

Section Ire.

Du privilége de la dot.

La principale garantie qui assurât à la femme la restitution de sa dot, à l'époque du droit classique, était le droit de se faire payer sur les biens du mari par préférence aux créanciers chirographaires, droit qu'on désignait en ces termes : « privilegium inter personales actiones » (L. 19 pr. *De rebus auctoritate jud. pos.* lib. XLII, tit. 5). Ce privilége était basé sur l'intérêt public qu'il y avait à ce que les femmes pussent conserver leur dot : « nam et publicè interest, dotes mulieribus conservari, cum donatas esse fœminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maximè sit necessarium » (Pompon. l. 1, *Soluto matr.*).

Ce n'était pas seulement dans le cas où il y avait mariage que ce privilége existait pour la restitution de la dot ; il était également accordé toutes les fois qu'il y avait apparence de mariage, à l'effet d'assurer la restitution des choses qui auraient été dotales si le mariage avait eu lieu : c'est ce qui

arrivait, par exemple, si la femme avait épousé un esclave le croyant libre, ou bien si elle avait contracté un mariage nul. Le motif qui avait fait introduire ce privilége paraissait même si grave qu'il était interdit à la femme de renoncer à cette garantie. « Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat » (Pauli Sententiæ, lib. I, tit. I, § 6).

Ce privilége qui, étant absolument personnel à la femme, ne passait jamais à ses héritiers, portait sur tous les biens du mari, ou, s'il n'y avait pas eu réellement mariage, sur tous les biens de celui qui avait paru être le mari. — Lorsqu'une femme qui avait épousé un esclave le croyant libre agissait *de peculio* contre le maître de l'esclave, nous savons que ce maître de l'esclave avait le droit de déduire du pécule tout ce qui lui était dû, par préférence à tous les autres créanciers; mais le privilége de la femme s'exerçait alors, à l'encontre du mari lui-même, sur tous les biens qu'elle avait apportés en dot, ou que le pécule avait acquis au moyen de la dot, « nisi in his tantum rebus, quæ in dote datæ, vel ex dote comparatæ ; quasi et hæ dotales sint » (L. 22, § 13, *Sol. matr.*).

Lorsqu'une femme avait épousé un fils de famille, nous avons vu qu'elle pouvait, à la dissolution du mariage, agir en restitution de la dot pour le tout contre son mari, ou *de peculio* contre le père de ce dernier. Or, si elle poursuit contre le père, par l'action *judicati de peculio*, l'exécution d'une condamnation pour la totalité de pécule obtenue par elle contre

le fils, ou si elle agit par l'action *rei uxoriæ de peculio* contre le père lui-même, elle devra certainement subir sur le pécule la déduction de ce que le fils doit au père ; mais alors la femme pourra-t-elle invoquer contre le père lui-même son privilége sur les objets dotaux ou sur ceux que le pécule a acquis au moyen de la dot? L'affirmative ne nous semble pas douteuse : la loi 22, que nous venons de citer, l'admet pour le cas où la femme agit contre le maître de l'esclave qu'elle a épousé par erreur, et il y a même raison pour le lui permettre lorsqu'elle agit contre le *paterfamilias*, c'est-à-dire contre le père de son mari.

Ainsi, dans le droit classique, la femme n'avait qu'un « privilegium inter personales actiones, » c'est-à-dire un privilége qui ne lui assurait le recouvrement de sa dot que par préférence aux créanciers chirographaires.

C'est à l'insuffisance de ce privilége que Justinien pourvoit par une série de constitutions destinées à créer, au profit de la femme, des garanties beaucoup plus efficaces. C'est ainsi que, par une constitutiou de l'année 529 (L. 30, *De jure dot.*, Cod.), il établit au profit de la femme une hypothèque privilégiée sur toutes les choses qu'elle a apportées en dot, sans qu'il y ait à distinguer si elles ont été estimées ou non, ou s'il s'agit de meubles ou d'immeubles, « in rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus (si tamen exstant), sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint... »

De plus, il résulte des motifs sur lesquels s'appuie cette constitution que la femme pourra, au lieu de se prévaloir de

cette hypothèque privilégiée, agir par voie *de revendication des choses dotales*. En effet, Justinien, après avoir établi cette hypothèque au profit de la femme sur toutes les choses dotales, voulant alors justifier cette grave innovation, ajoute que, la femme ayant été propriétaire de sa dot, à l'origine, et ayant continué de l'être, au moins *jure naturali*, pendant le mariage, il est de toute justice de lui reconnaître sur ce fonds un droit préférable à tous les autres. Aussi, partant de cette idée que la femme est restée propriétaire de la dot, Justinien est-il conduit à reconnaître que la femme pourra réclamer sa dot par voie de revendication. Mais, il ne faudrait pas donner à ce droit une portée trop absolue; et nous croyons bien que la revendication ne pourrait pas être exercée sur les choses valablement aliénées (1).

Par une nouvelle constitution, édictée en 530, Justinien, voulant encore ajouter aux protections déjà accordées à la dot de la femme, prohibe d'une façon absolue l'aliénation du fonds dotal. Désormais, le mari ne pourra plus aliéner les choses dotales, même avec le consentement de la femme; cette règle a d'ailleurs pour but d'assurer plus d'efficacité à l'hypothèque privilégiée et à la revendication qu'avait accordées à la femme la constitution de l'année 529 : « Sed ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire. » En même temps, Justinien accorde à la femme une hypothèque légale, mais non privilégiée, sur

(1) Demangeat, *De fundo dotali*, p. 98 et suiv.

les biens du mari. Cette hypothèque porte sur tous les biens de ce dernier, et même sur ceux du père du mari, quand il est obligé à la restitution. Ce ne fut d'abord qu'une hypothèque simple, c'est-à-dire ne prenant rang qu'à la date du mariage, ou de la remise de la dot, si elle avait eu lieu avant le mariage. Mais l'année d'après, en 531, Justinien en fait une hypothèque privilégiée, c'est-à-dire qu'il lui donne rang avant celle de tous les autres créanciers du mari, même antérieurs en date au mariage : c'est ce qui résulte de la constitution *Assiduis* (L. 12, *qui potiores in jure*, lib. VIII, tit. 18, Cod.). — On a assez souvent reproché à Justinien, pour que nous n'y revenions pas, cette faveur excessive, qui a pour résultat tout à la fois de spolier les créanciers du mari ayant hypothèque avant le mariage, et de ruiner le crédit de l'homme qui se marie, en mettant les tiers qui traitent avec lui dans la crainte d'une hypothèque tacite et privilégiée. C'était la conséquence forcée du principe de l'époque classique poussé à sa dernière limite : « Reipublicæ interest mulieres dotes salvas esse..... »

Mais la femme peut-elle renoncer à ces différentes garanties légales ? Il faut distinguer :

Elle peut renoncer au privilége qui porte sur les biens du mari : cela résulte d'une constitution de l'empereur Anastase, qui permet à la femme de renoncer aux hypothèques qui pouvaient lui avoir été consenties, pourvu que cette renonciation soit spéciale, et qu'elle détermine particulièrement les choses et les personnes en faveur desquelles elle est faite (L. 21, *ad Sc. Vell.*, lib. III, tit. 29).

Mais elle ne peut renoncer à son hypothèque privilégiée sur les biens dotaux, « ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. »

Observons que cette prohibition ne s'applique que « in fundo non æstimato, qui et dotalis proprie nuncupatur » (L. 1, *De rei uxor. act.*, Cod., § 15, lib. V, tit. 13). Or, de ce que Justinien ne s'occupe dans cette constitution que de la renonciation à l'hypothèque sur les immeubles donnés en dot sans estimation, il résulte que la femme pourra renoncer à son hypothèque sur les biens apportés en dot avec estimation, et sur les choses acquises *ex pecuniâ dotali*.

Section II.

Garanties conventionnelles.

Quoique les garanties dont nous venons de parler doivent, en général, être suffisantes aux parties, on peut encore recourir à d'autres moyens pour assurer la restitution de la dot d'une façon plus certaine : tels sont l'hypothèque, le gage et la caution. Cette dernière sorte de garantie, qu'on désignait à l'époque classique sous le nom de *satisdatio dotis nomine*, consistait à faire intervenir une tierce personne pour garantir l'obligation contractée par le mari de restituer la dot ; elle avait cela de remarquable qu'elle était une des rares cautions auxquelles ne s'appliquait pas la loi *Cornelia*, qui défendait que le même individu, dans la même année, se

portât caution de la même personne au delà d'une certaine somme (Gaïus, Com. III, §§ 124 et 125).

A la différence de ce qui est établi pour certaines des garanties légales qui lui sont accordées, la femme peut renoncer à ces garanties conventionnelles, même antérieurement à la dissolution du mariage, parce que ces dernières ne reposent pas sur un principe d'ordre public.

Si le mari, s'étant engagé à donner caution pour la restitution de la dot dans un cas où il avait un délai pour l'effectuer, ne fournissait pas cette caution lors de la dissolution du mariage, nous avons vu qu'il était alors tenu de restituer la dot sans pouvoir se prévaloir du délai qui lui était accordé par la loi. Mais l'étendue de cette obligation variait d'après les circonstances ; si le mari, sans aucun mauvais vouloir de sa part, ne pouvait trouver de caution, sans doute on le condamnait à payer immédiatement, mais alors on l'autorisait à retenir sur la dot le profit qu'il en aurait retiré, s'il avait pu jouir du délai. Si, au contraire, le mari se refusait de mauvaise foi à donner caution, il était tenu dans ce cas de restituer immédiatement et sans pouvoir faire aucune déduction, comme dans le premier cas (L. 24, § 2, *Sol. matr.*).

Plus tard, les constitutions impériales défendent à la femme d'exiger un fidéjusseur de son mari pour la restitution de la dot; et Justinien, en renouvelant cette prohibition, ajoute qu'elle ne pourra pas non plus exiger de caution de son beau-père. Cette prohibition est fondée sur ce qu'il y aurait d'injurieux dans le fait, par la femme, d'exiger, pendant le mariage, une

caution pour assurer la restitution de sa dot : elle ne doit pas avoir plus de confiance dans un tiers que dans son mari ou son beau-père : « Si enim credendam mulier sese suamque dotem patri mariti existimavit : quare fidejussor vel alius intercessor exigitur ut causâ perfidiæ in connubio eorum generetur? » (L. 1 et l. 2, *ne fidejussores vel mandatores dotium dentur*, Cod., lib. V, tit. 20).

Enfin, lorsque le mariage est dissous, il reste permis à la femme d'exiger qu'il lui soit donné un fidejusseur. En effet, il n'y a plus alors d'intérêt à empêcher des marques de défiance entre les anciens époux ; de plus, il est de principe que dans toutes les actions de bonne foi parmi lesquelles se range l'action *de dote*, le demandeur puisse toujours exiger une caution du défendeur pour tout ce qui ne doit pas être fourni immédiatement : « in omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ evenit, si agat aliquis ad interponendam cautionem ex justâ causâ condemnatio fit » (L. 41, *De judiciis*, lib. V, tit. 1).

CHAPITRE IX.

DES ACTIONS *rei uxoriæ* ET *ex stipulatu*.

Afin de compléter autant que possible cette courte étude des principes du droit romain relatifs à la restitution de la dot, nous croyons devoir traiter en quelques mots des deux principales actions au moyen desquelles la dot pouvait être réclamée au mari, de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu*, qui, comme nous l'avons vu, sont données, la première, lorsque la constitution de dot a été pure et simple, et, la seconde, lorsqu'elle a été accompagnée d'une stipulation suivie d'une promesse de restitution.

D'après ce que nous avons dit, l'action *rei uxoriæ* résulte du seul fait de la constitution de dot, *quasi ex contractu ;* et elle a pour but d'assurer la conservation de la dot non-seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans un intérêt d'ordre public (L. 1, *Sol. matr.*). L'autre, l'action *ex stipulatu*, résulte au contraire d'un contrat *verbis*, et a pour but unique de le faire respecter suivant les règles du droit commun. Nous trouvons donc entre ces deux actions différence d'origine et différence de but. De là résultent des différences profondes entre les règles auxquelles elles sont soumises :

Première différence. — L'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi, et peut être arbitraire, au moins dans l'opinion généralement admise aujourd'hui et à laquelle nous n'hésitons pas à nous ranger ; en effet, ce caractère nous paraît résulter implicitement de la loi 7, § 1, *De fundo dotali*, D., qui fait mention de l'ordre de restituer, ce qui caractérise les actions arbitraires ; nous en trouvons une autre preuve dans la loi 25, § 1, *Soluto matrimonio*, où le jurisconsulte Paul reconnaît que le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ,* a pu recevoir du juge un ordre de restituer.

Au contraire, l'action *ex stipulatu* est une action *stricti juris*: le juge doit rigoureusement renfermer sa condamnation dans les termes du contrat *verbis* d'où elle est née.

Deuxième différence. — Il n'y a lieu à l'action *rei uxoriæ* que lorsqu'il y a possibilité pour la femme de contracter un nouveau mariage. Ainsi, lorsque la femme meurt la première, le mari garde la dot : en effet, le double but de l'action *rei uxoriæ* venant à manquer, cette action n'est plus possible. Il est vrai que, dans le cas où l'ascendant paternel qui a constitué la dot à la femme survit à celle-ci, cet ascendant peut réclamer la dot ; mais c'est là, avons-nous dit, une exception toute de faveur, introduite à titre de consolation pour l'ascendant qui a perdu sa fille.

Au contraire, lorsque la restitution de la dot a été stipulée pour le cas de la dissolution du mariage, l'action *ex stipulatu* s'exerce sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si la femme peut ou non se remarier.

Troisième différence. — L'action *rei uxoriæ* ne passe pas aux héritiers de la femme, si celle-ci meurt, même après la dissolution du mariage, sans avoir mis le mari ou ses héritiers en demeure de restituer.

L'action *ex stipulatu* passe aux héritiers de la femme, lors même que celle-ci serait morte sans avoir mis en demeure le mari ou ses héritiers.

Quatrième différence. — Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, jouit, comme nous l'avons dit, d'un certain délai pour restituer la dot de quantités. — S'il est poursuivi par l'action *ex stipulatu*, il doit la restituer immédiatement après la dissolution du mariage, en supposant qu'il n'ait stipulé aucun délai à son profit.

Cinquième différence. — Lorsque la dot est réclamée par l'action *rei uxoriæ*, le mari peut invoquer à son profit le bénéfice de compétence, tandis qu'il ne pourrait pas l'opposer contre l'action *ex stipulatu*.

Sixième différence. — Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* peut opérer certaines rétentions sur la dot, tandis qu'il est tenu de la rendre intégralement, lorsqu'il est soumis à l'action *ex stipulatu*.

Septième différence.— Nous avons vu que, lorsque la femme réclame la dot par l'action *rei uxoriæ* contre les héritiers de son mari, elle ne peut cumuler avec elle les avantages que son mari lui a faits par testament (L. 1, § 2, *De rei uxor.*, Cod.); elle doit opter entre le legs ou la dot. — Au contraire, lorsqu'elle exerce l'action *ex stipulatu*, la femme peut en même

temps demander le legs que son mari lui a fait, à moins que le mari ne lui ait adressé ce legs qu'à la condition qu'elle ne réclamerait pas sa dot.

Telles sont, dans le droit classique, les principales différences qui séparent ces deux actions en restitution de la dot : les autres n'en sont que les conséquences. Justinien fait disparaître complétement toutes ces différences, en fondant ensemble l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu* pour en former une nouvelle action à laquelle il attache les avantages de chacune des deux précédentes, et qu'il désigne en ces termes : « *actio ex stipulatu de dotibus exigendis* » (Inst., § 29, *De actionibus*).

Les innovations fondamentales de Justinien en cette matière se trouvent dans sa Constitution de 530 (L. 1, *De rei uxor. act.* Cod.). Après avoir dit que la constitution de la dot sera censée avoir été stipulée au profit de la femme, Justinien en tire cette conséquence que la dot ne sera pas réclamée par l'action *rei uxoriæ*, mais par l'action *ex stipulatu*, même s'il n'y a pas eu de convention ; en un mot, il accorde à la femme une action qu'on peut considérer comme le résultat d'un pacte *de reddendâ dote* toujours sous-entendu dans l'intérêt de la femme, à moins qu'un *extraneus* ait fait une stipulation à son profit en constituant la dot.

Puis, faisant l'application des règles de l'ancienne action *ex stipulatu*, il décide :

1° Que le droit d'agir en restitution passera aux héritiers de la femme, qu'elle meure pendant le mariage ou après, sans

distinguer si elle a mis ou non son mari en demeure de restituer ;

2° Que, si le mari a fait des dispositions testamentaires en faveur de la femme, celle-ci peut en principe cumuler l'action en restitution de la dot avec l'action *ex testamento*.

3° Enfin, que le mari n'aura plus le droit d'opérer des rétentions.

Mais, ne voulant pas conserver à la nouvelle action *ex stipulatu* ce que l'ancienne avait de trop rigoureux, soit pour la femme, soit pour le mari, Justinien ajoute que, pour tout le reste, on suivra les règles de l'ancienne action *rei uxoriæ*.

Ainsi la nouvelle action *ex stipulatu*, ou *de dote*, sera de bonne foi ; le mari poursuivi par cette action pourra invoquer le bénéfice de compétence ; lors même que la femme aurait été exhérédée ou émancipée par l'ascendant qui lui a constitué une dot, elle pourra toujours réclamer la dot ; enfin, lorsqu'une autre personne aura constitué la dot, et n'en aura pas stipulé la restitution à son profit, c'est à la femme qu'appartiendra le droit de la réclamer, et, si elle est *alieni juris* à l'époque de la dissolution du mariage, l'ascendant sous la puissance duquel elle se trouvera ne pourra qu'avec son concours réclamer la restitution de la dot.

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

ET DE SA COMBINAISON AVEC LE RÉGIME DOTAL.

Introduction historique.

Le législateur eût fait une œuvre insuffisante et incomplète si, après avoir établi les règles et conditions auxquelles est subordonnée la validité du mariage, cet acte le plus important de la vie, qui sert de fondement à la famille, et par cela même à la société, il ne s'était pas spécialement préoccupé des conventions multiples auxquelles peut donner lieu la réglementation des intérêts de l'homme et de la femme dont l'existence doit se confondre désormais dans la joie comme dans la peine, de façon à ne plus former qu'une seule et même vie. Que deviendront, dans cette confusion de deux êtres jusque-là com-

plétement étrangers l'un à l'autre, leurs biens respectifs destinés dès lors à former le patrimoine de la nouvelle famille? Resteront-ils distincts ou se confondront-ils? Qui les administrera? On sent qu'à ce propos mille questions peuvent s'élever à la solution desquelles les parties ne sauraient aviser complétement, faute de les prévoir toutes, si elles n'étaient guidées et éclairées, et s'il n'était suppléé à leurs omissions par de sages dispositions législatives répondant aux vœux si multiples et variés des différents membres de la société. C'est à cette nécessité que pourvoit la loi par les divers régimes du contrat de mariage dont elle offre le choix aux futurs époux, tout en leur réservant à cet égard la plus grande indépendance, et notamment la faculté d'allier les uns aux autres les éléments de ces régimes. C'est ainsi que le Code civil (art. 1581) autorise spécialement, à cet effet, la combinaison de deux systèmes reposant sur des principes essentiellement distincts, ainsi que nous le verrons plus loin, la société ou communauté d'acquêts et le régime dotal.

Avant d'aborder directement la question qui fera l'objet de cette étude, il n'est pas sans intérêt d'en rechercher en quelques mots l'origine historique, ce que nous ne croyons pouvoir faire utilement qu'après avoir jeté un rapide coup d'œil sur la condition des époux chez les différents peuples qui ont précédé et préparé la fondation de notre ancienne France.

Chez tous les peuples primitifs de l'antiquité comme de nos jours, on trouve un usage presque toujours admis, c'est l'achat de la femme par le mari. C'est moyennant un prix plus

ou moins considérable que s'obtient le consentement des parents de la femme. Ainsi s'effectuait le mariage dans l'antiquité orientale, chez les Grecs, les Thraces, les Hébreux, etc.; tel était l'usage suivi chez les Germains : « Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert » (1) ; telle est même aujourd'hui la barbarie moderne chez quelques peuples de l'Amérique où le mariage est proprement une acquisition (2).

Les premiers temps de Rome ne nous offrent pas un spectacle différent, lorsque, par le seul fait du mariage, la femme tombait sous la puissance absolue du mari, *in manu mariti*, puissance que le mari acquérait, entre autres modes, par achat (*coemptione*) ou par l'usage (*usu*), comme il aurait acquis une chose, un meuble quelconque. On sait, d'ailleurs, combien était rigoureuse cette institution de la *manus*, qui dépouillait la femme de toute capacité et de tout droit de propriété. Mais cet état de choses ne dura pas longtemps à Rome ; de bonne heure on voit se substituer à cette extrême sujétion de la femme, une indépendance qui donne naissance à ce qu'on appelle le régime dotal. Dès lors, le patrimoine de la femme reste distinct de celui de son mari ; de là vient la division de ses biens en biens *dotaux*, et biens *paraphernaux*, la femme conservant la libre disposition de ces derniers ; quant aux autres, qui se composaient de tous ceux que la femme s'était constitué ou qui avaient été donnés à son mari pour supporter les charges du mariage, le mari en devenait propriétaire dé-

(1) Tacite, *De moribus Germanorum*, § 18.
(2) Robertson, *Hist de l'Amérique*.

finitif, n'étant pas même tenu de les restituer à la dissolution du mariage. Par la suite, on imagina différentes causes de résolution de ce droit de propriété, par exemple le droit de retour en faveur du père qui a constitué la dot, s'il survit à sa fille, *solatii causâ;* puis on donne à la femme le droit de se faire restituer la dot par les héritiers du mari, au cas où ce dernier est prédécédé. C'est qu'alors on arrive à cette époque où la diminution effrayante de la population, résultant des divorces trop fréquents, fait dire au jurisconsulte Paul : « *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse, propter quas nubere possunt* » (1). Mais ces remèdes, imaginés afin de protéger la dot de la femme, étaient insuffisants; l'obligation pour le mari de restituer la dot pouvait être illusoire, puisqu'elle ne lui enlevait pas le droit de disposer du fonds dotal : c'est à cette situation qu'Auguste voulut remédier par la loi *Julia, De fundo dotali*, qui enlevait au mari le droit d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme. Mais là s'en tint la législation romaine en faveur de la femme; il fallut l'intervention du christianisme pour obtenir à son profit une légère compensation en échange des soins et du dévouement apportés par elle à sa nouvelle famille : tel fut le but de la donation *ante nuptias*, imposée au mari afin de servir de pendant à la dot de la femme, en ce sens que les mêmes causes, qui faisaient gagner tout ou partie de la dot au mari, faisaient gagner à la femme tout ou partie de la donation anténuptiale.

(1) L 2, D., *De jure dotium.*

Cependant les fortunes respectives des deux époux n'en restèrent pas moins toujours distinctes, le mari continuant de bénéficier seul des fruits, des économies et du travail de la femme. Justinien fit bien, il est vrai, participer la femme aux biens du mari dans certains cas particuliers, en décidant, par exemple, que la veuve pauvre, et non dotée, aurait droit au quart des biens de son mari, s'il ne laissait pas d'enfants, et à l'usufruit de ce quart seulement, au cas où il en laisserait, droit qui, dans nos pays de droit écrit, fut appelé *la quarte pauvre*. Mais il n'y a là qu'une disposition exceptionnelle ; nous ne trouvons nulle part un principe en vertu duquel la femme ait droit à une portion des biens acquis durant le mariage.

Toutefois, certaines espèces de société paraissent avoir été en usage entre époux, telles que la société *universorum bonorum*, et la société *universorum quæ ex quæstu veniunt ;* or, d'après les principes des lois 7 et 8, *pro socio*, si l'on n'avait pas formellement exprimé ce que devait comprendre le fonds social, c'était une sorte de société d'acquêts. Mais il faut remarquer que cette société entre époux ne devait se présenter que bien rarement, puisque ni la législation, ni le préteur ne s'en étaient spécialement occupés. C'est donc ailleurs que nous devons chercher les premières traces de notre clause de société d'acquêts.

Nous allons, en conséquence, examiner les régimes matrimoniaux usités chez les Gaulois et les Germains, peuples qui, avec les Romains, ont préparé la fondation de la nationalité

française, pour arriver ensuite aux différents systèmes suivis dans notre ancienne France.

Tout ce que nous connaissons à cet égard des usages gaulois, avant la conquête des Romains, est emprunté aux Commentaires de César (1). C'est là que nous voyons indiquée, comme existant déjà à cette époque, une sorte d'association entre époux se composant de deux apports égaux faits par la femme et le mari, et destinés à former un fonds commun qui appartenait en totalité au survivant des époux. C'était une communauté partielle portant sur des objets déterminés, et à la dissolution de laquelle il n'y avait pas de partage, l'attribution de ce qui composait cette société étant faite au survivant des époux tout à la fois pour le capital et pour les fruits perçus pendant le mariage. Doit-on voir là l'origine de notre communauté de biens ? A notre avis, cette combinaison est loin de ressembler au régime de la communauté légale : c'est une convention aléatoire, un gain de survie auquel la veuve n'a droit qu'autant qu'elle a elle-même fait un apport, et, de même que pour la donation anténuptiale des Romains, dans la proportion de sa dot : « Si la communauté » dit M. Troplong (2); « était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers ? Pourquoi pas aussi dans les pays du centre et du midi ? Pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tan-

(1) Bel. Gal, VI, 19.

(2) *Traité du contrat de mariage,* préface, XCIX.

dis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal ? »

Et, en effet, ne voit-on pas le régime dotal pénétrer, après la conquête, dans les Gaules devenues désormais partie intégrante de l'empire d'Occident? Les lois romaines s'y implantent si profondément, que le Code Théodosien devient la loi commune : telle est la législation qui régit ce pays jusqu'au v^e^ siècle, époque où les barbares viennent arracher les Gaules à l'empire d'Occident, et d'où date la division du territoire en deux grandes fractions que distinguent dès lors deux régimes différents. Là où la population gallo-romaine reste plus nombreuse, dans le Midi et la Bourgogne, le droit romain subsiste malgré l'invasion; il reste la loi du pays : de là cette dénomination donnée à ces provinces appelées plus tard *pays de droit écrit,* par opposition aux autres provinces, où la coutume locale se substitue à la loi romaine, et qu'on appelle *pays de coutumes*, ou *de droit coutumier*.

Dans le droit germanique, chez ces peuplades barbares qui, au cinquième siècle, font invasion dans les Gaules, et y rédigent leurs lois, nous trouvons des institutions d'une nature toute particulière, et dans lesquelles on peut voir une certaine ressemblance avec le régime de la communauté d'acquêts. On sait que les droits du chef de famille sur sa femme et ses enfants n'étaient pas, chez les Germains, une puissance rigoureuse et absolue comme chez les Romains : c'était un droit de tutelle ou de protection, appelé le *munaium*, que le père avait sur ses enfants, et le mari sur sa femme : c'est en vertu de ce

mundium que le mari acquérait sur les biens apportés par sa femme un droit presque absolu d'administration et de jouissance ; mais il ne pouvait les aliéner sans le consentement de la femme, et il était tenu de les restituer lors de la dissolution du mariage. Le mari devait acheter le *mundium* : tel était le but de la dot qui fut d'abord payée par lui au père de la jeune fille ou à celui de ses parents à qui le *mundium* appartenait. Puis, sous l'influence des idées chrétiennes, la femme ayant acquis plus de liberté, et étant, dès lors, regardée comme partie au contrat de mariage, ce fut à elle-même que cette dot fut attribuée. De là cette notion nouvelle qui prévalut dans presque toutes les législations du nord de l'Europe : « La dot est donnée par le mari non plus aux parents de la femme, mais à la femme elle-même » (1). De plus, le mari devait faire à la femme un présent connu sous le nom de *morgengab*, ou don du matin, ainsi désigné parce qu'il était offert à la femme après la première nuit du mariage. C'est ce *morgengab* qu'on voit plus tard se confondre avec le *pretium nuptiale*, et donner naissance à ce qui fut appelé le *douaire*, donation de l'usufruit d'une part de ses immeubles (ordinairement le tiers) que le mari faisait à sa femme pour le cas de survie de cette dernière.

Mais là ne se bornèrent pas les avantages accordés à la femme : on trouva injuste que le mari pût dans tous les cas bénéficier des revenus des biens de sa femme, sans que cette

(1) M. Odier, *Traité du contrat de mariage*, n° 1001.

dernière participât jamais aux profits de cette gestion : de là vint l'usage d'attribuer à la femme une part dans les acquêts faits pendant le mariage; c'est ce que la loi saxonne, tit. IX, exprimait ainsi : « *De eo quod vir et mulier simul acquisierunt, mulier mediam portionem accipiat.* » La loi Salique et la loi Ripuaire attribuaient également à la veuve le tiers des mêmes acquêts : « *Tertiam partem de omni re quam simul collaboraverunt...* » (Lex Ripuariorum, tit. XXXVII). C'est ainsi que toutes les lois barbares rédigées aux huitième et neuvième siècles assurent à la femme une part dans tous les gains et acquêts résultant de la collaboration commune et de l'administration du mari. Mais si l'on se demande quelle est la nature de ce droit accordé à la femme par les différentes lois germaniques, on doit reconnaître qu'il n'y a là qu'un gain de survie, et non pas un droit de communauté, puisque la femme qui prédécède ne transmet aucun droit sur les acquêts à ses héritiers.

Voyons enfin quels étaient les régimes matrimoniaux suivis dans notre ancienne France.

Au point de vue des conventions matrimoniales, la France se divisait en trois grandes fractions : les pays de droit coutumier, la Normandie et les pays de droit écrit.

Système des pays coutumiers. — Dans le nord et l'est de la France, l'élément germanique absorba l'élément romain ; l'invasion y laissa des traces plus profondes que dans le Midi, où la population indigène était d'ailleurs restée plus nombreuse. C'est ainsi que, dans les pays coutumiers, nous voyons

le droit de survie de l'époque franque se transformer peu à peu en la communauté coutumière; les premiers monuments de notre droit coutumier l'attestent, en reconnaissant à la femme le droit de prendre sa moitié dans les biens communs (*Assises de Jérusalem*, *Cour des bourgeois*, ch. 152; *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. VI).

Aussi, Beaumanoir, au XIII^e^ siècle, disait-il déjà que la communauté de biens entre époux était devenue depuis longtemps la coutume générale : « *Chascuns si sait que compeignie se fet par mariage; car sitost comme mariage est fet, li biens de l'un et de l'autre si sont quemun par la vertu dou mariage* (1). » Mais c'est à l'époque féodale que la communauté acquiert ses principaux développements. Alors l'Eglise a profondément pénétré le mariage de son esprit, et les mœurs du temps ne comprennent pas la vie commune sans la communauté de biens. C'est à cette époque que le douaire, provenu du mélange du *pretium nuptiale* et du *morgengab*, est rendu légal, et déterminé dans sa quotité par Philippe-Auguste, dans son édit de 1214; les douaires furent désormais fixés, à défaut de stipulation, à l'usufruit de la moitié des biens que le mari possédait au jour du mariage, ou qui lui advenaient plus tard par succession, et qui, par suite, n'entraient pas en communauté. Vers la même époque, les femmes mariées sous le régime de la communauté obtiennent un autre avantage, celui de s'affranchir du paiement de la moitié des dettes en

(1) Beaumanoir, *Coutume de Beauvaisis*, chap. 21, n° 2.

renonçant à la communauté, ce qui leur avait été absolument impossible jusque-là ; cette faculté, d'abord réservée à la femme noble, au moment des croisades, fut ensuite attribuée à la femme roturière elle-même, lors de la formation des coutumes. Enfin, après ces premiers progrès, arrivent avec le temps le développement de la théorie des récompenses, la restriction des obligations de la femme dans la mesure de son émolument, et l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari.

Régime de la Normandie. — Parmi les provinces du Nord, la Normandie faisait exception à la règle générale : la communauté coutumière y était non-seulement repoussée comme régime de droit commun, mais même absolument prohibée ; le régime ordinaire était le régime dotal, mais bien différent de celui de Justinien. La dot n'y était pas inaliénable, mais le mari ne pouvait l'aliéner qu'avec le consentement de la femme, règle qui trouvait sa sanction dans l'action, ou *bref de mariage encombré*, accordée à la femme pour le cas où ses biens avaient été aliénés sans son consentement. Et, même en consentant à l'aliénation, la femme conservait contre son mari une action de remploi, qu'elle pouvait exercer subsidiairement contre les tiers, afin de rentrer dans son bien : c'est ce qui faisait dire à Basnage : « Bien de femme ne doit pas se perdre. » Ainsi, la coutume normande se séparait à la fois et du droit romain et du droit coutumier, dont elle excluait absolument la communauté ; toutefois, cette prohibition ne s'é-

tendait pas à la clause de société d'acquêts, qu'il était libre aux époux de stipuler dans leur contrat de mariage.

Système des pays de droit écrit. — Dans le Midi, les lois romaines avaient survécu, malgré l'invasion ; elles y avaient même pris de si fortes racines que les rois wisigoths et burgondes en avaient fait compiler une rédaction, au commencement du vi^e^ siècle, et y avaient attaché leur sanction : de là, datent le *Breviarium Alarici* des Wisigoths et le *Code Papien* des Bourguignons, où le régime dotal avait été maintenu à peu près tel qu'il existait avant Justinien ; puis, peu à peu, les lois de Justinien s'y étaient fait connaître, et le régime dotal s'y était fortifié de tous les priviléges que cet empereur y avait attachés. La donation anténuptiale était aussi gravée dans les mœurs ; quant à la donation *propter nuptias* de Justinien, elle se transforma sous le nom *d'augment de dot*, *incrementum dotis*, droit de survie attribué à la femme sur les biens de son mari, pour une part qui s'ajoutait à sa dot et l'augmentait ; c'était, en général, l'usufruit d'une somme ou de biens égaux à la moitié de la dot, que la femme prenait dans la fortune du mari, lequel, de son côté, gagnait, sous le nom de *contre-augment*, tout ou partie de la dot, quand il survivait à sa femme (1).

Mais le régime dotal était très-souvent modifié par une clause devenue presque de style dans le ressort du Parlement

(1) Roussilhe, *Traité de la Dot.*

de Bordeaux, et fréquemment stipulée dans d'autres Parlements : nous voulons parler de la clause de société d'acquêts.

Cette société n'avait lieu entre les époux qu'autant qu'elle avait été stipulée dans le contrat de mariage ; elle embrassait « toutes les acquisitions faites pendant le cours du mariage par le travail ou le soin commun des conjoints, et même ce qui venait des fruits des biens dotaux ou de l'usufruit des biens donnés aux conjoints, les meubles par eux acquis, quelque part que ce fût, et le prix des charges achetées pendant le mariage ; mais les biens donnés à l'un des conjoints n'y étaient pas compris (1). »

Or, quelle utilité, quels avantages pouvait-on retirer de l'insertion d'une pareille clause dans un contrat de mariage ayant pour base le régime dotal ? Quels résultats, en un mot, produisait cette combinaison de deux régimes matrimoniaux si différents, et, en apparence, inconciliables? C'est ce que nous expliquerons après avoir développé les principes sur lesquels repose l'article 1581 du Code civil, dont nous nous proposons de faire l'objet de cette étude.

C'est, en effet, pour répondre aux mêmes besoins, et obvier aux mêmes inconvénients qui avaient fait introduire l'usage de cette clause dans nos pays de droit écrit, que les rédacteurs du Code civil ont cru devoir édicter l'article 1581, aux termes duquel la société d'acquêts peut encore aujourd'hui être établie entre les époux qui se soumettent au régime

(1) Acte de notoriété du 5 avril 1699, rapporté par Salviat (*Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, p. 5 et 6.)

dotal. Et, bien que l'usage d'une telle société appliquée à ce régime eût été tacitement conservé par la faculté que la loi a laissée d'une manière générale de faire dans les contrats de mariage toutes les stipulations que peuvent commander l'intérêt ou la volonté des parties, le législateur a cru devoir s'en expliquer formellement dans ce cas particulier, afin de marquer plus d'égards pour les pratiques reçues dans une matière aussi importante que le contrat de mariage, et de rassurer plus complétement nos anciens pays de droit écrit sur la jouissance d'un usage qui n'était qu'un mélange légitime du régime dotal et du système de la communauté. Tel est le but de l'article 1581 du Code civil, ainsi conçu : « En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. »

Il ressort des termes mêmes de cet article et de la place qu'il occupe à la fin du titre du contrat de mariage, que les rédacteurs du Code ont eu, en l'édictant, un double but : celui de réconcilier les habitants du Midi avec le régime légal de la communauté, en leur permettant de l'assortir à des usages qui leur étaient chers, et celui de donner quelques bases à ce régime conventionnel, en fixant la divergence de la jurisprudence du Midi sur certains points, et en mettant cette jurisprudence en harmonie avec les principes généraux consacrés au titre du contrat de mariage dans la nouvelle législation. C'est donc en puisant dans les auteurs qui ont écrit sur les sociétés d'acquêts des provinces du Midi, et sur-

tout dans l'ancienne jurisprudence de Bordeaux, que nous devrons suppléer à ce que les articles 1498 et 1499 du Code civil peuvent avoir d'incomplet, tout en modifiant cette ancienne doctrine par les principes du nouveau droit.

Après cet exposé historique, que nous avons cru devoir mettre en tête de cette étude, afin d'en faire un travail aussi complet que possible, nous allons indiquer, en quelques mots, le plan que nous nous sommes imposé, pour donner plus de clarté et de méthode à notre thèse.

Puisqu'aux termes de l'article 1581 précité, c'est aux articles 1498 et 1499 du Code civil que nous devons nous en référer pour régler les effets de la société d'acquêts jointe au régime dotal, nous croyons devoir traiter d'abord de la société ou communauté d'acquêts, en général, telle que la loi l'a établie dans les articles que nous venons de rappeler. Puis, nous exposerons succinctement les caractères généraux et les principales règles du régime dotal, ainsi que les dangers et les inconvénients que peut présenter ce régime et auxquels il est permis de remédier, notamment, d'après l'article 1581, par la clause de société d'acquêts. Nous n'aurons plus ainsi, pour épuiser notre sujet, qu'à déterminer les dérogations que les règles propres au régime dotal doivent apporter aux dispositions du Code sur la société d'acquêts, et à signaler les heureux avantages qui peuvent résulter de cette légitime combinaison.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SOCIÉTÉ OU COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS.

Le but de notre étude étant de rechercher ce que c'est que la société d'acquêts stipulée dans un contrat de mariage ayant pour base le régime dotal, c'est sur les dispositions des articles 1498 et 1499, qui traitent spécialement de la communauté d'acquêts, que nous devrons le plus insister, les effets de cette communauté étant, en principe, les mêmes que ceux de la société d'acquêts ajoutée au régime dotal, sauf quelques exceptions, que nous indiquerons dans la suite. Nous allons donc étudier successivement ce qui concerne la formation de la société d'acquêts, les éléments dont se composent l'actif et le passif de cette société, la constatation des apports, l'administration et la dissolution de cette société.

SECTION Ire.

Formation de la société.

La communauté d'acquêts étant, en principe, une modification de la communauté légale, ne peut s'établir que par une

convention spéciale, légalement passée dans les formes, et devant les officiers publics établis pour la recevoir, conformément aux dispositions des articles 1394 et suivants. Mais il n'y a pas de clause proprement dite, et de rigueur, pour établir cette communauté restreinte : il suffit que la volonté des parties se soit manifestée d'une manière claire et précise ; peu importent les expressions dont on se sert. Pothier (1), lui-même, considérait déjà la clause suivante : « Les futurs conjoints seront communs en tous les biens qu'ils acquerront, » comme emportant une stipulation tacite de communauté d'acquêts : *Qui dicit de uno, de altero negat.*

Cependant, on a soutenu que les termes de l'article 1498 étaient restrictifs. En effet, Toullier (2), reproduisant la doctrine de Merlin, enseigne qu'il faut nécessairement que les époux, employant la formule exclusive dont se sert la loi, conviennent « qu'*il n*'y aura entre eux *qu*'une communauté d'acquêts. » Cette question, que nous ne discuterons pas pour le cas où la société ou communauté d'acquêts serait seule stipulée comme régime matrimonial, quoique la solution ne nous en semble pas moins certaine dans le même sens, ne nous paraît pas devoir faire de doute en notre matière : si, en effet, après s'être soumis au régime dotal par leur contrat de mariage, les époux conviennent ensuite qu'ils seront néanmoins associés aux acquêts, il est évident que leur intention est de déroger, relativement à ces acquêts, aux principes de

(1) *Traité de la communauté*, n° 317.
(2) T. XIII, n° 317.

leur régime matrimonial. Il ne peut y avoir d'équivoque, de quelque façon que la question soit envisagée : les époux ont voulu dire que, tandis que leurs intérêts seraient séparés en vertu du régime dotal, pour tout ce qui concerne leur fortune personnelle antérieure au mariage, et pour tout ce qui est exclu de la société d'acquêts, ces mêmes intérêts seront confondus, au contraire, quant aux biens meubles et immeubles qui seront acquis à titre onéreux pendant le mariage, avec les produits des économies et de l'industrie commune. Cette association des époux sera, en un mot, circonscrite dans la mesure même où elle le serait, si les époux avaient expressément déclaré « qu'*il n'y aurait qu'une* société d'acquêts. » La loi doit être entendue dans son esprit; et, en matière d'interprétation des conventions matrimoniales, bien loin d'être formulaire et restrictif de la liberté des stipulations, l'esprit du Code civil tend à admettre, au contraire, une liberté plus grande encore que dans tous les autres contrats. Aussi conclurons-nous en disant qu'à défaut de stipulation expresse, l'intention d'établir une société d'acquêts peut résulter simplement de l'ensemble des conventions du contrat de mariage.

Nous ne croyons pas qu'il y ait rien d'incompatible dans la société d'acquêts avec la clause qui attribuerait à l'époux survivant la part du prédécédé dans cette société. La stipulation d'acqêts se combine alors avec la convention prévue par l'article 1525 du Code civil. Cette attribution ne devra donc pas, en principe, être considérée comme une donation entre

époux, réductible jusqu'à concurrence de la quotité disponible, mais plutôt comme une convention du mariage, affranchie des règles relatives aux donations (1).

On admettait aussi autrefois, dans les pays de droit écrit, la validité d'un pacte consistant à réserver les acquêts aux enfants à naître du mariage; cette clause était même presque toujours jointe aux contrats de mariage passés dans le ressort du Parlement de Bordeaux. La dévolution, *ou réserve contractuelle* des acquêts, résultait d'une clause expresse par laquelle les époux, stipulant la société d'acquêts, déclaraient qu'ils étaient affectés ou *reversibles* aux enfants à naître de cette union. Par suite de cette clause, les enfants devenaient, au décès de leur père ou de leur mère, propriétaires définitifs de cette communauté dont le survivant restait usufruitier pour moitié. Cette convention ressemblait aux donations *à cause de mort*, en ce sens qu'elle était subordonnée à la condition de survie des enfants qui pouvaient naître du mariage; mais elle était irrévocable, en ce sens que toute aliénation à titre gratuit des acquêts était interdite aux époux donateurs.

Or, ce pacte est-il encore aujourd'hui valable aux yeux du Code civil? Est-il compatible avec la législation nouvelle? Nous croyons qu'on peut encore valablement faire une pareille stipulation, quoique l'opinion contraire ait été soutenue par de nombreux auteurs. On reconnaîtra d'abord que les rédac-

(1) Req., 12 juillet 1842 et 27 janv. 1866, S.-V., 42, 1, 679; 66, 1, 149.

teurs du Code n'ont pas supposé que la loi nouvelle dût faire obstacle à la stipulation de cette clause, puisque M. Duveyrier, dans son rapport au Tribunat, s'exprimait ainsi sur les articles 1498, 1499 et 1581 de notre Code : « Ces dispositions laissent à la société d'acquêts son existence accoutumée, et à ceux qui la contractent la liberté des stipulations usitées, si elles ne blessent ni la loi, ni les mœurs .... On pourra encore stipuler la totalité des acquêts en faveur de l'époux survivant ou *en faveur des enfants,* pourvu que l'ordre légal des successions soit maintenu, la loi limitative des donations respectée. » (1). M. Maleville, qui a concouru à la rédaction du Code, dit aussi, dans son *Analyse raisonnée* (t. 3, p. 295) : « Les époux peuvent stipuler que les acquêts de la société appartiendront au survivant d'entre eux, ou qu'ils *appartiendront aux enfants provenus du mariage.* » Il en résulte que, sous la limitation indiquée par M. Duveyrier, la clause dont nous parlons peut encore être valablement stipulée.

Cependant, on a dit que cette clause était incompatible avec notre nouvelle législation, que les principes nouveaux applicables tant aux donations qu'aux conventions matrimoniales ne permettaient pas cette clause de reversion. En effet, ajoute-t-on, cette stipulation ne peut plus valoir ni comme donation à cause de mort, ni comme institution contractuelle : comme donation à cause de mort, puisque ces donations sont prohibées en principe ; comme institution contractuelle,

(1) Locré, t. 3, p. 396.

puisqu'elle n'est pas faite cumulativement au profit de l'un des époux et des enfants, mais au profit des enfants seuls, et que, du reste, la donation de biens à venir demeure sans effet au cas du décès de l'époux donataire avant l'époux donateur. Du reste, dit-on encore dans ce système, cette stipulation ne serait pas valable comme pouvant modifier l'ordre légal des successions (1).

Mais l'erreur de ce système est justement de regarder cette clause de réversion comme une donation, quand, au contraire, il s'agit ici d'une stipulation matrimonale : c'est ainsi que cette clause était considérée autrefois, et nous en trouvons une preuve dans l'ouvrage de Lapeyrère, qui nous apprend que l'insinuation n'en était pas requise ; cette doctrine est également rapportée par Salviat dans sa Jurisprudence du Parlement de Bordeaux. Pourquoi cette clause aurait-elle changé de caractère en passant dans notre législation ? De même qu'autrefois, c'est un pacte qui fait partie intégrante de la société d'acquêts : ce serait une erreur de droit d'y voir une donation. Aussi, en nous opposant les articles 893, 906 et 943 du Code civil, nos adversaires ne prouvent rien; il y a lieu de se placer ici seulement au point de vue de l'article 1387 qui, par rapport aux conventions matrimoniales, laisse la plus grande latitude aux conjoints, et ne contient rien qui soit en opposition avec cette affectation des acquêts au profit des enfants. On nous objecte à ce propos que pour se soutenir à titre de con-

(1) MM. Tessier, *De la Soc. d'acq.*, n° 417 ; Bellot des Minières, *De la Communauté d'acquêts* ; Odier, *Contr. de mar.*, n°s 715 à 723.

vention matrimoniale, ce pacte doit rester dans les conditions de l'article 1387 du Code : or, dit-on, il déroge à l'ordre légal des successions, puisque, par ce moyen, les enfants du premier lit seraient exclus des acquêts faits pendant le second mariage. Mais cet argument ne peut nous être opposé ; car, nous ne nions pas que, s'il intervenait à propos d'un second mariage, ce pacte dérogerait à l'ordre légal des successions ; au contraire, au cas de premier mariage, rien ne peut l'empêcher d'être valable. Enfin, l'article 304 du Code civil nous fournit à cet égard un argument des plus concluants, en décidant que « le divorce ne prive les enfants nés du mariage d'aucun des avantages qui lui étaient assurés par la loi ou par les *conventions matrimoniales* de leurs père et mère. » Ce texte nous semble devoir à lui seul trancher la question en notre sens ; car il prévoit précisément les résultats de la clause qui nous occupe ; c'est donc que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu la prohiber pour l'avenir (1).

Section II.

Composition de la société d'acquêts.

L'article 1498 du Code civil est ainsi conçu : « Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les

(1) MM. Battur, t. 2, n° 362 ; Rodière et Pont, *Traité du Contrat de mar.*, t. II, n° 1226 ; Troplong, t. III, n°s 1858 et suivants.

dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur... » Il semblerait résulter des termes de cet article que tous les biens mobiliers acquis par chacun des époux, de quelque source qu'ils proviennent d'ailleurs, lui restent propres, de telle sorte que, ces biens n'entrant pas en communauté, l'actif de la société pourrait se trouver réduit à néant. Il y a évidemment là une erreur de rédaction, résultant de ce que, le législateur voulant se référer à l'article 1401 et effacer pour le régime qui nous occupe la disposition du paragraphe premier de cet article, il en a repris les termes sans observer qu'ils exprimaient plus que sa pensée. D'ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 1498 vient rectifier le premier, en décidant que, «après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. » Ainsi, ni le mobilier appartenant aux époux au jour de leur mariage, ni celui qui peut leur advenir ensuite à titre de succession ou donation n'entrera en communauté. Quant au mobilier provenant de l'industrie ou du travail des époux, il appartient à la société d'acquêts.

La même observation s'applique aux dettes futures que notre article semblerait aussi exclure absolument de la société d'acquêts, comme il en exclut les dettes actuelles. Il y a encore là un vice de rédaction que personne n'hésite à corriger en décidant que cette expression de dettes futures ne

comprend que les dettes futures personnelles des époux, celles qui ne sont ni charge d'acquêts, ni dettes des fruits des propres, le passif de la société d'acquêts suivant, en effet, la loi équitable qui fait du passif et de l'actif deux parties corrélatives et correspondantes. Ainsi, les époux resteront personnellement chargés des dettes dont ils sont respectivement tenus à l'époque du mariage, et de celles qui grèveront les donations ou successions à eux échues depuis le mariage : le passif de la société d'acquêts comprendra exclusivement les dettes contractées pendant le mariage par le mari ou la femme dûment autorisée. Tels sont, en principe, les éléments dont se composent l'actif et le passif de la société ou communauté d'acquêts que nous allons étudier plus loin en détail.

Nous ajouterons que les futurs époux peuvent modifier la composition de la société d'acquêts indiquée par l'article 1498, au moyen de toutes sortes de conventions, pourvu qu'elles soient licites, par application du principe de la liberté des conventions matrimoniales consacré par l'article 1387 du Code civil. C'est ainsi que les époux peuvent stipuler, par exemple, que les revenus de leurs biens propres, en général, ou de tels biens spécialement désignés, n'entreront pas en communauté, ou faire tomber au contraire dans la communauté les biens qui leur seront acquis à titre gratuit, ou enfin en exclure les bénéfices ou les dettes provenant de telle ou telle cause déterminée.

Mais les époux peuvent-ils limiter la communauté, soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers?

On a soutenu que cette clause de réduction de la communauté n'était pas valable; on s'appuie, pour le décider ainsi, sur un des principes établis dans notre ancien droit relativement à la validité des clauses de communauté convention nelle, reproduit par Pothier(1): « Les clauses qui laissent indirectement au mari le pouvoir de s'avantager des biens de la communauté aux dépens de sa femme, ou d'en avantager la femme à ses dépens, ne sont pas valables. » Ce principe a, dit-on, passé dans le Code civil, dont les articles 1096 et 1099 prohibent les donations déguisées entre époux, et ne permettent les donations entre vifs qu'avec le caractère de révocabilité. Or, cette clause de réduction présenterait un danger sérieux pour la femme, en ce que le mari, administrateur de la communauté ainsi restreinte, aurait la plus grande facilité pour s'avantager au détriment de son associée; il n'aurait pour cela qu'à employer les deniers de la société en acquisition de meubles ou immeubles, selon que la communauté serait réduite aux acquêts immobiliers ou aux acquêts mobiliers (2).

Mais la plupart des auteurs modernes admettent, avec la jurisprudence, la validité de cette clause, et la placent au nombre de celles par lesquelles la loi (art. 1387) permet de modifier les règles qu'elle a établies relativement à la composition de la société d'acquêts. Le principe qu'on ne

(1) Introduction au titre *De la Communauté*, n° 35.

(2) MM. Bellot des Minières, t. 3, p. 24; Zachariæ, t. 3, p. 519; Rolland de Villargues, n° 637.

doit pas laisser aux époux la faculté de s'avantager indirectement pendant le mariage n'était pas absolu, même dans l'ancien droit, puisqu'il ne faisait pas obstacle à la société d'acquêts de la Normandie restreinte aux immeubles et aux rentes seulement. Ne peut-on pas dire, du reste, que le principe indiqué par Pothier, et non explicitement sanctionné dans notre Code, n'y a pas passé d'une manière absolue? En effet, sous le régime de la communauté d'acquêts, il suffit au mari de ne pas faire inventaire des successions mobilières qui lui adviennent durant le mariage, pour les faire tomber, malgré le contrat, en communauté, et par suite en avantager sa femme. Quant à la considération tirée de ce que cette clause est essentiellement désavantageuse pour la femme, elle ne nous paraît d'aucune valeur, puisque la femme a stipulé en toute liberté avant le mariage, et qu'elle aurait bien pu se soumettre au régime d'exclusion de communauté encore plus désavantageux pour elle. Ainsi, en aucune façon, nous ne trouvons là de dérogation aux principes généraux qui dominent la matière des conventions matrimoniales. Nous croyons donc qu'il faut reconnaître la validité de cette clause, qui, en pratique, est encore constamment usitée dans le ressort de l'ancien Parlement de Normandie (1).

(1) MM. Troplong, nº 1856; Marcadé, art. 1498; Rodière et Pont, 1232; Dalloz, 2570; Aubry et Rau, t. IV.

§ Ier — Actif.

Ainsi que cela résulte des termes mêmes de l'article 1498, que nous avons rappelé plus haut, les époux, en se mariant, ne mettent rien en commun ; par le fait seul de la stipulation d'acquêts, ils excluent de l'actif de leur communauté tous les biens, même mobiliers, qu'ils possèdent au moment de leur union; ils n'apportent à la communauté qu'ils établissent entre eux « que leur économie, leur industrie, et la volonté de faire tourner ces dispositions personnelles au progrès du mariage et à des acquisitions qui deviendront communes » (1). A partir de la célébration du mariage, il y a bien entre les époux une véritable communauté, une véritable société, mais cette société, au lieu d'avoir un actif réel, appréciable en argent, au moment de sa naissance, n'est, pour ainsi dire, qu'une société d'espérance, dans laquelle l'apport de chacun des époux se borne à ce qui pourra être acquis par son travail ou par son industrie, ou par les économies réalisées sur les revenus de ses propres.

Voyons séparément chacun des éléments dont se compose l'actif de la société d'acquêts.

1. *Fruits et revenus échus pendant le mariage.* — Il est de principe que toutes les règles de la communauté légale auxquelles il n'a pas été derogé d'une manière expresse ou impli-

(1) M. Troplong, t. III, n° 1861.

cite par le contrat de mariage, sont applicables à la communauté conventionnelle : nous aurons donc à appliquer ici le paragraphe deuxième de l'article 1401 qui établit, en des termes plus longuement développés que l'article 1498, l'usufruit de la communauté sur les propres des époux. Ainsi cet usufruit portera sur tous les propres mobiliers ou immobiliers et nous devrons suivre pour les propres des époux les règles qu'on applique sous le régime de la communauté légale. Nous déciderons donc que la communauté d'acquêts a droit, pendant sa durée, aux fruits des biens propres réalisés par la perception, ou jour par jour, suivant les règles de l'usufruit ordinaire; à la jouissance du bail consenti à l'un des époux antérieurement au mariage, sous la condition de payer le prix du loyer ; aux produits des mines et carrières et des coupes de bois suivant les distinctions établies par l'article 1403, etc....

Il est bien entendu qu'il ne s'agit ici que des fruits et revenus perçus ou échus depuis le mariage et avant la dissolution de la société. Donc, les fruits perçus avant le mariage et encore existants lors de la célébration du mariage, les intérêts ou arrérages échus avant le mariage, mais non encore payés, soit parce que le débiteur est en retard, soit parce que le terme du paiement n'est pas arrivé, tous ces fruits et revenus rentrent dans le mobilier présent exclu de la communauté, et demeurent propres à l'époux propriétaire. C'est là une des grandes différences qui distinguent la société d'acquêts de la communauté légale, car cette dernière profite, comme on le sait, des fruits perçus avant le mariage et encore existants lors de sa

célébration ; ce sont, en effet, des meubles qui tombent dans la communauté (art. 1401), s'ils n'en sont spécialement exclus.

Quant aux fruits pendants par branches ou par racines lors de la dissolution du mariage, ils restent propres à l'époux propriétaire, comme dans la communauté légale dont on suit ici les principes et non les règles ordinaires de la société.

Mais la communauté, qui a droit aux fruits des biens propres postérieurement au mariage, doit-elle récompense à l'époux propriétaire pour les frais de semence et de labour par lui déboursés antérieurement pour la production de ces fruits ?

S'il s'agissait d'un usufruit ordinaire, nous devrions appliquer la règle de l'article 585, aux termes duquel l'usufruitier n'est tenu de donner, ni ne peut recevoir, aucune récompense pour les fruits pendants lors de son entrée en jouissance ou lors de la cessation de l'usufruit. Mais on est généralement d'accord pour en décider autrement, lorsqu'il s'agit de l'usufruit résultant de la communauté légale. On admet alors que l'époux propriétaire ne peut réclamer aucune récompense pour les fruits pendants lors de la célébration du mariage, bien qu'au contraire il doive récompense à la communauté pour les fruits pendants lors de la dissolution de la communauté. C'est, du reste, l'application du principe des récompenses entre la communauté et les époux, fondé sur la nécessité de ne pas permettre aux époux de s'avantager au détriment de la communauté, ou d'avantager celle-ci au

détriment de leurs propres. En effet, si la communauté ne doit pas récompense à l'époux propriétaire pour les fruits pendants lors de la célébration du mariage, c'est parce que l'argent que cet époux a dépensé en frais de culture ou de semence serait, s'il l'eût gardé, tombé dans la communauté à titre de meuble présent, de même qu'il y tomberait encore s'il lui était remboursé, de telle façon que la communauté se trouverait à la fois débitrice et créancière, ce qu'on évite en décidant qu'il n'est rien dû à l'époux propriétaire.

Or, par cela même que la jouissance est réglée dans le cas de communauté d'acquêts, comme dans celui de la communauté légale, l'époux sur le fonds duquel il existe, au jour de la dissolution de la société, des fruits pendants par branches ou par racines, devra récompense à la communauté d'acquêts pour les frais de production de ces fruits.

Mais s'il existe des fruits pendants au jour de la célébration du mariage, devra-t-on suivre, pour la communauté d'acquêts, la décision que nous venons d'indiquer pour la communauté légale, et décider que la société d'acquêts sera alors dispensée de toute récompense ?

Un premier système décide qu'on ne doit pas suivre d'autre règle, ici, que celle de la communauté légale, et que la société d'acquêts ne devra donc pas de récompense à l'époux propriétaire ; si, dit-on dans ce système, l'on ne peut dire ici que les frais de production représentent des valeurs qui seraient entrées dans la communauté, on peut soutenir que l'époux propriétaire a voulu que la société profitât de l'état de choses, tel

qu'il avait été constitué par lui au moment où elle a pris naissance (1).

Mais c'est là précisément la question à résoudre, et il nous semble plutôt que l'intention des époux, en réduisant la communauté aux acquêts, a été de ne faire qu'une société de bénéfices et de revenus ; en gardant propre tout capital, l'intention de chacun des époux est de ne rien abandonner de ce qui lui appartient. Or, l'époux à qui appartient le propre serait dépouillé, si l'on ne lui remboursait pas les dépenses qu'il a faites pour obtenir des fruits dont il ne profite pas personnellement.

C'est ce que répond un second système enseigné par un grand nombre d'auteurs (2) et qui, selon nous, est préférable au premier, en décidant que, par une juste réciprocité, la communauté, qui doit être indemnisée des frais de production par l'époux sur le fonds duquel il existe des fruits pendants au jour de la dissolution, doit indemniser de ces mêmes frais l'époux propriétaire du fonds sur lequel il existait des fruits pendants au jour de la célébration du mariage. Les fruits, en effet, ne sont envisagés en principe que sous la déduction des dépenses faites pour les produire : *fructus non sunt nisi deductis impensis*. Ce principe de réciprocité nous paraît seul applicable et seul logique, puisque nous ne trou-

(1) MM. Troplong, *Contr. de mar.*, n° 1869 ; Duranton, t. XIV, n° 11.

(2) MM Marcadé, sur l'art. 1498 ; Rodière et Pont, t. II, n° 1239 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 379.

vons plus ici aucun des motifs qui ont fait décider le contraire à propos de la communauté légale.

II. *Acquêts meubles et immeubles faits pendant le mariage.*— Nous avons vu que, parmi les meubles et immeubles acquis pendant le mariage, ceux-là sont exclus de l'actif de la société d'acquêts, qui sont échus aux époux à titre gratuit, comme à titre de donation ou de succession. Cette seconde classe d'acquêts comprendra donc seulement les bénéfices résultant du travail, de l'industrie et de l'économie des époux. Or, dans quels cas les bénéfices des époux auront-ils ce caractère? Quelle sera précisément l'étendue et la portée de l'expression « *industrie commune*, » dont se sèrt la loi? Il ne faut pas entendre ces mots: « industrie commune, » comme restreignant l'actif de la communauté aux acquisitions qui ont nécessité le concours matériel de chacun des époux et l'intervention simultanée de l'industrie et du travail de chacun d'eux. Ainsi qu'on l'a dit avec raison, ces mots « industrie commune » ne signifient pas un travail nécessairement collectif, mais le travail de l'un et de l'autre, le travail qui, bien que fait séparément et dans des spécialités différentes, tourne cependant à l'utilité commune; en d'autres termes, c'est le produit du travail individuel ou collectif fait pendant la communauté d'intérèts résultant du mariage. Et, quelque humble ou quelque élevée que soit la profession des époux, quelque lucratif ou quelque modeste que soit leur travail ou leur labeur, il n'importe : les bénéfices, les économies, les acqui-

sitions qui peuvent en résulter tombent dans l'actif de la société d'acquêts; mais il faut, dans tous les cas, que ces produits aient été réalisés pendant le mariage. Il est, du reste, quelques-unes de ces acquisitions à propos desquelles il est nécessaire d'entrer dans quelques détails.

Ainsi, les créations de l'esprit devront-elles tomber dans la communauté d'acquêts? Pothier résolvait négativement autrefois cette question, à propos des choses qui devaient figurer dans l'inventaire des biens de la communauté coutumière : « Les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés, » disait-il, « ne doivent pas être compris dans l'inventaire ; ce sont choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de biens » (1). Dans le droit nouveau, certains auteurs ont donné la même décision, en disant qu'il s'agissait là de la propriété la plus intime, la plus empreinte du caractère de personnalité (2) ; mais leur avis n'a pas prévalu.

On admet généralement aujourd'hui que les créations de l'esprit, reconnues meubles par la détermination de la loi, tombent comme telles dans la communauté. C'est ce qu'exprimait éloquemment le procureur-général Dupin devant la Cour de cassation : « La loi ne considère pas le moment où le peintre, le poëte, le musicien, conçoit son œuvre; elle considère le moment où l'ouvrage est achevé, où il est devenu une chose susceptible de vente, de louage, de cession en tout

(1) Pothier, *De la Communauté*, n° 682.

(2) MM. Bellot des Minières, t. 3, p. 315; Tessier, n° 258; Toullier, t. XII, n° 116.

ou en partie.... Or, toutes choses mobilières ayant une valeur lucrative, ou susceptibles de donner des bénéfices, entrent de droit dans la communauté.» Les œuvres littéraires, musicales, artistiques ou industrielles sont, après tout, le fruit d'un travail, qui, pour être intellectuel, n'en appartient pas moins à la communauté d'acquêts; donc, celle-ci acquerra, soit l'œuvre composée, soit le prix de la cession qui en aurait été faite par l'auteur (1).

Cependant, si la création était antérieure au mariage, elle demeurerait la propriété exclusive de l'époux qui en serait l'auteur; lui seul aurait droit au prix de la cession qu'il en ferait. Mais, d'après les principes exposés plus haut, les fruits de ce propre exclu de la société d'acquêts, c'est-à-dire les revenus des éditions publiées pendant le mariage, appartiendraient à la société, à la charge par cette dernière de payer les frais des éditions nouvelles.

Doit-on compter parmi les bénéfices qu'embrasse la société d'acquêts, ceux que procurent les hasards de la fortune, tels que la découverte d'un trésor, le gain à une loterie, les bénéfices résultant du jeu ou d'un pari? En principe, la question nous semble devoir être résolue négativement. Pothier nous fournit à cet égard un argument qui nous paraît n'être pas sans valeur. «Si,» dit-il en parlant de la clause de stipulation de propres et de réalisation, «les conjoints ont stipulé propre ce qui leur adviendrait durant le mariage par succession, don,

(1) MM. Duranton, t. XIV, n° 131; Zachariæ, t. 3; Odier, t. I, n° 82; Rodière et Pont, t. I, n° 440.

legs ou autrement, ces termes, *ou autrement*, comprennent les bonnes fortunes qui pourraient arriver à l'un ou l'autre des conjoints durant la communauté. » Cette solution est certainement applicable au régime de la société d'acquêts, sous lequel les époux n'ont pas exclu seulement telle ou telle classe de biens, mais tout ce qui est en dehors des bénéfices provenant de l'industrie commune et des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens. Nous croyons donc que la moitié qui, d'après la loi, appartient à l'inventeur, *jure inventionis*, dans le trésor qu'il a découvert, lui demeure propre, et que la société d'acquêts n'y a aucun droit. Il en serait autrement des profits résultant d'un travail, d'une industrie, comme seraient les produits de la chasse, de la pêche, le gibier et le poisson appartenant évidemment à la communauté, mais non la pierre précieuse ou la perle fine dont l'époux serait devenu propriétaire par droit d'occupation. C'est l'opinion généralement admise (1).

On a cependant repoussé cette décision : quelques auteurs veulent qu'on tienne compte des circonstances, et proposent de décider que ce qui aura été trouvé à l'occasion du travail auquel se livrait l'époux, appartiendra à la société, comme le produit du travail même ; c'est ainsi que la pierre précieuse, le trésor, seront, selon eux, des bénéfices accessoires d'un travail dû à la société, et dont elle doit dès lors profiter (2).

(1) MM. Toullier, t. XIII, n° 323 ; Odier, t. II, n° 687 ; Marcadé, art. 1499 ; Zachariæ, t. III, p. 511.

(2) MM. Duranton, t. 15, n° 12; Troplong, n° 1872.

Mais nous ne croyons pas cette distinction fondée, ne trouvant aucune raison pour déroger ainsi au texte de la loi, et nous maintenons que ces purs dons de fortune sont exclus de la société d'acquêts.

Nous donnerons la même solution, relativement au lot gagné à une loterie ; comme les bénéfices dont nous venons de parler, c'est un pur don de fortune, où l'industrie des époux n'a eu aucune part; aussi, comme tel, doit-il être exclu du fonds social, à moins qu'il ne soit prouvé que les billets, au moyen desquels le gain a été fait, ont été payés des deniers communs : car, alors, le lot serait évidemment une acquisition de la communauté.

Cette décision a été également contestée : sans nous arrêter à la supposition de M. Duranton, qui fait de la prévoyance apparente de l'époux gagnant une sorte d'industrie dont la société doit profiter, nous avouons ne pas trouver bien concluant l'argument de M. Troplong, disant que, « si c'est le mari qui a pris ce billet, c'est peut-être la femme qui, dans un songe superstitieux, en a rêvé les nombres et a voulu que son chiffre fût livré à l'essai » (1).

Nous croyons donc qu'en principe ce gain restera propre à l'époux qui a acheté le billet, et nous pensons qu'il en faut dire autant des bénéfices faits au jeu ou résultant d'un pari. Il ne nous paraît pas juste que des profits ainsi subordonnés au hasard puissent être mis au même rang que les bénéfices

(1) *Contr. de mar.*, n° 1872.

résultant du travail et de l'industrie des époux, qui, seuls, d'après la loi, doivent être réputés acquêts de communauté.

Mais il est bien évident que, s'il s'agissait de jeux ou de paris où l'adresse, l'habileté, en un mot l'exercice des facultés physiques ou morales de l'homme peuvent jouer un rôle considérable, nous reconnaîtrions là une véritable industrie, dont les produits tomberaient dans la société d'acquêts.

La propriété des offices donne lieu à plus de difficultés. Il ne pouvait y avoir de doute à cet égard dans l'ancien droit, puisque les offices étaient considérés comme immeubles. Mais, dans le droit nouveau, où les offices sont des meubles, doivent-ils tomber dans la société d'acquêts ?

L'office concédé gratuitement au mari, pendant le mariage, entrera-t-il dans l'actif de la société d'acquêts, ou restera-t-il propre à l'époux concessionnaire ?

Un premier système se refuse à voir dans cette concession un profit assimilable aux produits de l'industrie. C'est, d'après quelques auteurs, un acte de pure libéralité de la part du chef de l'Etat, qui, comme un pur don de fortune, doit être exclu de la société d'acquêts et rester propre à l'époux ainsi gratifié (1).

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Ce n'est pas là un don gratuit de l'Etat au profit du mari, c'est une concession du gouvernement, faite en raison des mérites et de la capacité de l'époux récompensé. Aussi peut-on la considérer

(1) Bordeaux, 2 juillet, 1840 (S.-V. 40, 2, 398).

comme le résultat d'une industrie, le fruit légitime d'un talent qui appartient à la société. Si le nouveau concessionnaire était chargé de payer une indemnité à ses collègues, il y aurait encore moins de doute, l'acquisition, dans ce cas, étant à titre onéreux (1).

Mais la valeur vénale d'un office possédé par le mari avant le mariage, quoiqu'elle tombe dans la communauté légale, n'entre pas dans l'actif de la société d'acquêts, conformément aux principes sur lesquels repose cette société (art. 1498).

Cependant il a été jugé que la plus-value, qu'un office resté propre au mari a pu acquérir durant le mariage, appartient à la communauté ; la raison qu'on donne à l'appui de cette décision est que l'office a augmenté de valeur par l'industrie et le travail du mari, et que ce travail et cette industrie appartiennent à la société (2). Mais la jurisprudence, en général, et la majorité des auteurs repoussent cette décision par le motif que la plus-value ne constitue pas un objet distinct de l'office lui-même; le mari, titulaire de l'office au moment de son mariage, doit le reprendre dans l'état où il se trouve, de même que, sous le régime de la communauté légale, il reprendrait sans récompense le propre qui aurait augmenté de valeur par le fait seul de son industrie particulière (3).

Il faut appliquer aux fonds de commerce les solutions que

(1) MM. Troplong, t. III, n° 1874; Zachariæ; Rodière et Pont, n° 1251; Agen, 2 déc. 1836 (Dal., 37, 2, 309).

(2) Bordeaux, 29 août 1840 (Sirey, 41, 2, 142).

(3) MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 375; Troplong ; Rodière et Pont, n° 1253; Cass., 8 mars 1843.

nous venons de donner pour les offices ministériels, avec cette différence que les fonds de commerce tombés en communauté devront, à défaut de stipulation spéciale du contrat de mariage, être compris dans le partage comme toute autre valeur, sans que l'époux qui exerce le commerce y ait un droit exclusif, mais aussi sans qu'on puisse lui interdire de créer un nouvel établissement.

Le fonds de commerce appartenant à l'un des époux avant le mariage ou acquis par lui depuis, à titre de succession ou de donation ou pour lui servir de remploi, lui restera propre, non-seulement pour la valeur qu'il avait au moment du mariage, mais même pour la plus-value que lui a apportée l'activité industrielle de cet époux. Au contraire, ce fonds de commerce tomberait dans la communauté, s'il avait été acquis par la communauté ou créé par l'un des époux durant le mariage.

Quant aux gratifications extraordinaires accordées à l'un des époux, pendant le mariage, pour services rendus à l'Etat, elles entrent naturellement dans la société d'acquêts. Il y a, en général, dans la gratification ainsi accordée, moins une donation véritable, que la récompense d'un service, un équivalent qui est dû naturellement par celui à qui ce service a été rendu et qui, comme rétribution de tout travail, doit tomber en communauté C'est donc avec raison que la doctrine et la jurisprudence attribuent à la communauté les sommes qui ont une semblable origine (1).

(1) MM. Rodière et Pont, n° 1254; — Colmar, 20 déc. 1832.

Mais l'indemnité accordée à la victime d'un accident, par application des articles 1382 et suivants du Code civil, ne fera pas, en principe, partie de l'actif de la communauté d'acquêts. En effet, cette indemnité n'est plus le produit d'un travail appartenant à la société conjugale, c'est la représentation de ce travail lui-même considéré comme capital. Il en résulte que la communauté d'acquêts n'aura droit qu'aux revenus de cette indemnité, et, si les tribunaux ont accordé une rente viagère à la victime, la communauté d'acquêts percevra les arrérages de cette rente pendant sa durée.

Enfin, une hypothèse qui peut fréquemment se présenter de nos jours est celle où l'un des époux est propriétaire d'obligations dont le remboursement s'effectue par des tirages avec primes, comme les emprunts de certains gouvernements, de certaines compagnies de crédit et un grand nombre d'emprunts municipaux. Dans ce cas, les bénéfices résultant du remboursement de ces obligations doivent-ils appartenir à la société d'acquêts ou rester propres à l'époux ? Nous croyons que, comme pour le billet de loterie, ces bénéfices, où l'industrie des époux n'a eu aucune part, doivent être, à ce titre, exclus de la communauté ; d'ailleurs, on peut considérer que l'obligation remboursable avec prime a pour objet un capital variable quant à son *quantum* et quant au terme d'exigibilité, et dont le montant et l'échéance ne se fixent que par des tirages périodiques. Après le tirage, l'obligation est censée avoir eu toujours pour objet le lot qui lui est échu ; le capital ainsi remboursé doit donc rester propre à l'époux

à qui cette obligation appartient à titre de propriétaire.

Telles sont les principales règles au moyen desquelles on peut déterminer l'actif de la société d'acquêts. Mais, si cette société a été réduite aux acquêts immobiliers, comme nous l'avons prévu plus haut, l'actif s'en trouvera naturellement restreint aux immeubles acquis durant le mariage, et tous les meubles, qui auraient été acquêts sous le régime de la société d'acquêts ordinaire, resteront propres du mari, tant que ce dernier ne les aura pas immobilisés. Nous en tirerons cette conséquence que, quelles que soient les sommes employées par le mari à l'acquittement de ses dettes ou à l'amélioration de ses propres, il n'en devra jamais récompense à la communauté, tandis que la femme devra rembourser à son mari tout ce qui aura été payé dans son intérêt personnel. Toutes les autres règles que nous venons d'exposer pourront être appliquées à cette société d'acquêts ainsi restreinte, sans toutefois perdre de vue que tous les meubles, sans exception, se trouvent ici complétement exclus de la communauté.

§ II. — Passif.

C'est un principe élémentaire en matière de société qu'il n'entre au passif que les dettes qui entreraient dans l'actif si elles étaient exigibles au profit des associés, au lieu de l'être contre eux. Ce principe, qui a servi de base à l'article 1409, est aussi reproduit dans l'article 1498, aux termes duquel les époux, qui adoptent le régime de la société d'acquêts,

excluent de la communauté leurs dettes actuelles et futures, c'est-à-dire les dettes qui leur sont personnelles au moment du mariage, et celles qu'ils contractent personnellement à l'occasion de propres par eux recueillis postérieurement au mariage.

On entendra donc par dettes actuelles ou présentes celles-là seulement qui résultent d'un acte antérieur au mariage. C'est ainsi que, pour la dette à terme ou conditionnelle, on s'attachera à la date du contrat et non à celle de l'échéance du terme ou de la réalisation de la condition. De même, pour la dette résultant d'un jugement, on s'attachera à la date de la cause primitive, et non à celle du jugement. Ainsi les dépens d'un procès commencé avant le mariage, mais continué et jugé depuis, seront exclus de la société d'acquêts. Mais si le mari avait repris l'instance dans laquelle la femme était engagée avant le mariage, les dépens antérieurs au mariage seraient seuls exclus de la société, les dépens faits depuis restant alors à la charge de la communauté.

Toutefois, si l'un des époux avait des enfants d'un précédent mariage, les frais d'éducation et d'entretien de ces enfants constituant une obligation dont la cause renaît tous les jours, sont à la charge de la société d'acquêts, bien que le principe de cette obligation soit antérieur au mariage.

Quant aux dettes futures, nous en avons déjà donné la définition en relevant ce qu'avait de trop général l'article 1498; nous rappelons que ces dettes comprennent seulement le passif correspondant à l'actif futur, c'est-à-dire les dettes qui

grèvent les donations entre vifs ou testamentaires et les successions mobilières ou immobilières échues à l'un des époux pendant le mariage : celles-là seulement sont exclues de la société d'acquêts; toutes les autres dettes contractées par le mari ou par la femme avec l'autorisation de son mari restent à la charge de la communauté comme étant la partie corrélative et correspondante de l'actif social.

Ainsi sont dettes de la société d'acquêts :

1° Les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes même personnelles à l'un des époux (art. 1409 et 1512) ; les réparations usufructuaires des immeubles, et des meubles mêmes qui n'entrent pas dans la communauté ; les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes autres charges du mariage. Toutes ces dettes, par leur nature même, sont charge des revenus, et comme telles doivent être supportées par la société d'acquêts, usufruitière des biens propres des époux (1).

2° Les dettes attachées aux choses acquises par les époux, en d'autres termes, les dettes contractées pour le compte de la société, par exemple le prix de meubles ou immeubles acquis pendant le mariage.

3° Toutes les dettes contractées par le mari durant le mariage, au moins en principe : en effet, le mari, comme chef de la communauté d'acquêts, est maître d'obliger les biens acquêts de la société; il peut les perdre, et les dissiper ; à plus

(1) MM. Tessier, *De la Soc. d'acq.*; Odier, *Contr. de mar.*, n° 705.

forte raison peut-il soumettre ces biens aux dettes qu'il contracte. Cependant, cette règle souffre exception, lorsqu'il s'agit de dettes contractées pour l'utilité particulière du mari, par exemple pour dégrever ses biens propres ; si ces dettes ont été acquittées avec les deniers de la société, le mari en doit alors récompense. Dans tous autres cas, les dettes du mari sont à la charge de la société, quand même elles ne seraient d'aucune utilité pour elle ; ainsi, lorsque le mari cautionne un tiers par pure obligeance, bien que ce cautionnement soit étranger aux affaires de la société, il reste sans récompense à la charge de cette dernière.

Quant aux dots promises par le mari en faveur des enfants, elles sont à la charge de la société d'acquêts comme dans le cas de la communauté légale (art. 1439) ; contrairement à la jurisprudence de nos anciens pays de droit écrit, la législation nouvelle a cessé de considérer l'obligation de doter comme un office paternel seulement. Elle a adopté les principes de notre ancien droit coutumier, qui y voyait une obligation commune basée sur l'affection naturelle des deux époux. Désormais, le mari qui dote les enfants communs est censé agir autant en son nom qu'en celui de sa femme : telle est l'idée qui a passé dans notre communauté légale (article 1439), et par conséquent dans la société ou communauté d'acquêts.

4° Enfin tombent aussi dans la société d'acquêts : les dettes de la femme agissant soit avec l'autorisation du mari (articles 1409 et 1419), soit en vertu de son mandat exprès ou tacite,

général ou spécial (art. 1420). En dehors de ces cas, les dettes que la femme contracte, même avec l'autorisation de justice, n'obligent pas la communauté, sauf les exceptions résultant de l'article 1427, dont l'énumération ne serait pas limitative d'après l'avis d'un grand nombre d'auteurs (1).

Au point de vue du droit de poursuite, les mêmes règles que sous la communauté légale sont applicables aux créanciers personnels des époux, comme à ceux de la société d'acquêts. En conséquence, les créanciers personnels du mari antérieurs au mariage, ou postérieurs, et les créanciers de la société peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens propres du mari, ainsi que sur les biens de la communauté. Quant aux créanciers personnels de la femme, ils ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres de cette dernière, si toutefois ces biens ont été constatés par un inventaire ou état authentique antérieur à leur confusion avec le mobilier commun. A défaut d'inventaire, ainsi que nous le verrons plus loin, dans la section relative à la constatation des apports des époux, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement, tant sur les biens propres de la femme que sur ceux du mari et sur les biens communs.

Mais la principale difficulté que présente la composition du passif, est relative à la société d'acquêts réduite aux immeubles, dont nous avons parlé précédemment. Comment s'établira, dans ce cas, la contribution aux dettes contractées par

(1) MM. Delvincourt, t. II; Duranton, t. XV, n° 305; Rodière et Pont, n° 816; Troplong, n° 970; Marcadé, art. 1427.

le mari durant le mariage ? La société sera-t-elle tenue de ces dettes, en tout ou en partie ? En un mot, les meubles acquêts exclus de cette société doivent-ils contribuer, ou non, à l'acquittement des dettes contractées pendant le mariage ?

Plusieurs systèmes ont été proposés sur ce point :

Un premier système voit dans cette clause un forfait de communauté par suite duquel la femme, ou ses représentants, aurait droit à la moitié des immeubles acquêts, sans avoir à supporter aucune part dans les dettes ; on met ainsi toutes les dettes contractées pendant le mariage à la charge du mobilier restant entre les mains du mari, à l'exception de celles qui sont relatives à des propres de la femme, ou aux immeubles composant l'actif de la communauté. Cette opinion s'appuie surtout sur les principes de la dotalité, la communauté réduite aux acquêts immobiliers étant, dit-on, presque toujours adjointe au régime dotal. Or, sous le régime dotal, la femme n'est, en effet, jamais tenue des dettes contractées par le mari, soit pour les besoins du ménage, soit dans un autre but. Mais cette application des règles du régime dotal est presque universellement repoussée ; il s'agit ici d'une communauté d'acquêts, et lors même qu'elle est jointe au régime dotal, tout ce qui a rapport à cette communauté doit être régi, à défaut de stipulation dérogatoire, par les dispositions du droit commun (art. 1581 combiné avec l'art. 1528).

Un deuxième système consiste à répartir les dettes entre les biens immeubles appartenant à la société d'acquêts, et les biens meubles acquêts, devenus propres du mari, proportion-

nellement à leur valeur respective. Ce système tend surtout à s'appuyer sur l'équité, et sur le principe qu'il n'y a de biens que déduction faite des dettes, principe en vertu duquel les dettes doivent suivre en général les biens, dans la proportion dans laquelle ils sont mis en communauté ou en sont exclus. Il y a injustice, dit-on, à ne pas faire contribuer le mobilier à l'acquittement des dettes, parce que le mari aurait dû payer les dettes avant d'acheter des meubles qui resteraient libres de toutes charges dans ses mains, tandis que tout le poids des dettes retomberait sur l'actif de la société d'acquêts. Le mari, ajoute-t-on, serait ainsi maître de ruiner la société, pendant que, lui, il augmenterait son patrimoine et s'enrichirait au détriment de la communauté; d'ailleurs, cette proportion à garder entre le passif et l'actif se retrouve partout sous le régime de la communauté légale (art. 1414, 1425), et doit certainement être étendue à la communauté réduite aux acquêts immobiliers (1).

Enfin, d'après un troisième système, auquel nous n'hésitons pas à nous ranger, les dettes contractées pendant le mariage restent exclusivement à la charge de la société d'acquêts, c'est-à-dire à la charge des immeubles acquis durant la communauté. En effet, il faut appliquer ici les règles de la communauté légale, sauf à tenir compte des modifications apportées par les stipulations du contrat de mariage. Ce contrat, lorsque les époux réduisent la communauté aux acquêts im-

(1) Caen, 31 mai 1828, S.-V. 50, 2, 193; — M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, nº 1906.

mobiliers, déroge à la communauté légale sur tous les points où y déroge la communauté réduite aux acquêts ; mais quant à l'attribution du passif, la clause qui nous occupe n'y déroge nullement. Il y a donc lieu de suivre ici la règle en vertu de laquelle les dettes contractées durant le mariage tombent dans la communauté (art. 1409). En conséquence, les dettes doivent être à la charge des immeubles seulement, qui composent tout l'actif de la communauté dont nous parlons. C'est d'ailleurs l'application nécessaire du principe de toute société, à savoir qu'il n'y a de biens dans une société que déduction faite des dettes dont elle est grevée. Or, ici, les biens de la société sont les immeubles acquis durant le mariage. Enfin, loin que l'équité soit blessée de cette décision, nous croyons qu'au contraire « l'injustice consisterait à décider que la communauté profiterait de cet actif, que le mari aurait été libre de ne pas constituer, et que ses biens personnels répondraient des dettes au paiement desquelles auraient peut-être suffi les deniers qu'il a convertis en immeubles au profit de la société » (1). Telle est, du reste, la pratique constamment suivie dans les localités où la clause de communauté réduite aux acquêts immobiliers est le plus fréquemment usitée.

(1) MM. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, n° 1262

Section III.

De la constatation des apports.

Comme dans la communauté légale, tout bien est réputé acquêt de la société. Lorsqu'un époux prétend que tel bien lui appartient comme propre, c'est donc à lui de le prouver. C'est ce que la loi établit virtuellement, lorsque, réglant le partage du fonds social, elle autorise les époux à prélever d'abord « leurs apports dûment justifiés » (art. 1498). Or, s'il est facile de constater l'origine des immeubles, pour lesquels la disposition de l'article 1402 est certainement applicable, même sous le régime de la société d'acquêts, il n'en est pas ainsi quant aux meubles; aussi le législateur a-t-il prévu, dans l'article 1499, la difficulté que pourrait faire naître cette question : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Ainsi, dans le doute, et à défaut de titres qui en constatent l'origine antérieure au mariage, ou l'acquisition pendant le mariage à titre gratuit, tous les meubles possédés par les époux, au moment de la dissolution du mariage, seront présumés acquêts, si le contraire n'est prouvé. Il en était de même dans l'ancien droit (1); le Code n'a donc fait que confirmer l'ancienne jurisprudence. « Quand un époux, » dit M. Troplong, « entre en ménage en

(1) M. Tessier, *De la Soc. d'acq.*, n° 68.

confondant ses meubles, il est censé avoir entendu que l'origine n'en serait pas recherchée, et que la possession de la société d'acquêts vaudrait titre de propriété à la société (1). » Telle est la présomption établie par l'article 1499 du Code civil.

Mais comment se fera la preuve destinée à faire tomber cette présomption? Comment l'époux qui était propriétaire de meubles au moment du mariage, ou à qui il en est échu depuis, pourra-t-il établir ce fait et prouver son droit exclusif de propriété ?

Sous l'ancienne législation, la preuve pouvait se faire tant par titre que par témoins et même par commune renommée. L'article 1499 du Code civil semble plus strict; il parle d'un inventaire ou état en bonne forme. Cet article est-il restrictif de l'ancien droit? Toute autre preuve est-elle insuffisante en dehors de l'inventaire ou de l'état en bonne forme ? C'est à ces questions que nous allons répondre en distinguant selon qu'il s'agit du mobilier existant au jour du mariage, ou du mobilier échu aux conjoints durant le mariage.

Remarquons que par ces mots « en bonne forme », l'article 1499 n'exige pas nécessairement un acte authentique; tout le monde reconnaît que, même un inventaire sous seing privé et dûment enregistré pour en assurer la date, aussi bien que tout état joint à un acte authentique, ou ayant date certaine, seraient des titres suffisants. On devrait donc considé-

(1) *Traité du Contrat de mar.*, t. III, n° 1881.

rer comme ayant ce caractère un compte de tutelle, un état estimatif accompagnant une donation, ou même celui que le testateur aurait inséré dans le testament.

1° Voyons d'abord ce qui concerne le mobilier existant lors du mariage. — Pour constater le mobilier apporté par l'un des époux et qui devait rester exclu de la société d'acquêts, pourrait-on suppléer par d'autres actes au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme ? En d'autres termes, la présomption de l'article 1499 est-elle une présomption *juris et de jure* qui n'admette pas la preuve contraire ?

Nous distinguerons, suivant que la question intéresse les tiers ou les époux entre eux :

A l'égard des tiers, le défaut d'inventaire ou d'acte en bonne forme, dressé antérieurement au mariage, ne peut être réparé ; nous nous trouvons alors en présence de la disposition de l'article 1510 qui, relativement à la clause de séparation de dettes, clause que comprend implicitement la stipulation d'acquêts, décide que dans ce cas, « les créanciers de l'un ou de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté. » Ainsi, tout état postérieur au mariage serait suspect de fraude à l'égard des créanciers, et comme tel ne saurait leur être opposé. Le défaut d'inventaire leur a laissé croire que le mobilier faisait partie de l'actif social ; les tiers ne doivent pas être trompés (1).

(1) MM. Battur, t. 2 ; Bellot des Minières, t. 3 ; Duranton, t. XV, n° 16 ; Rolland de Villargues, *Communauté*, 641.

Cependant il a été jugé qu'une constatation suffisante pour avertir les tiers, et qui écarterait toute idée de fraude de la part des époux, pourrait tenir lieu de l'inventaire ou de l'acte en bonne forme; la disposition de l'article 1499 pourra n'être pas appliquée dans toute sa rigueur, par exemple, à l'égard d'un objet mobilier désigné dans le contrat de mariage, lorsqu'il est certain qu'il n'a pas changé de nature. Ainsi, le fonds de commerce apporté en dot par la femme mariée sous le régime de la société d'acquêts, et désigné dans le contrat de mariage, reste propre à la femme, s'il n'a pas changé de nature au moment de la dissolution du mariage, encore que ce fonds n'ait pas été constaté par un inventaire ou état en bonne forme (1). Il en serait de même du billet souscrit par un tiers au profit d'une femme associée aux acquêts, et contenant l'énonciation qu'il est fait à titre de remboursement d'un prêt qu'elle aurait consenti antérieurement au mariage. Cette énonciation prouverait suffisamment que la créance dont s'agit appartenait à la femme, et cette preuve équivaut d'autant mieux à l'inventaire lui-même que la créance ne pourrait être transmise à un tiers sans que celui-ci reconnût qu'elle est un propre de la femme.

A l'égard des époux entre eux, la présomption d'acquêts, à défaut d'inventaire ou d'acte en bonne forme, est-elle applicable avec la même rigueur pour le mobilier possédé au moment du mariage?

(1) Paris, 23 février 1835 (D. 35, 2, 32).

On a soutenu que la preuve de l'apport mobilier des époux ne pouvait, aussi bien dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers, résulter que d'un inventaire ou état en bonne forme, dressé antérieurement au mariage. En effet, a-t-on dit, les termes de l'article 1499 sont formels; d'un autre côté, l'époux, en ne constatant pas légalement l'état de ses meubles, et les confondant avec ceux de la communauté d'acquêts, est censé avoir voulu en faire don à la société conjugale (1).

Mais nous croyons qu'il faut permettre aux époux, pour établir au regard l'un de l'autre la consistance de leurs propres, de recourir à des modes de preuve moins rigoureux, par exemple, un acte de partage non argué de fraude, ou même un état détaillé dressé par les époux peu de temps après le mariage. L'article 1499 n'établit qu'une présomption simple, présomption *juris tantum*, puisqu'elle ne rentre pas dans les termes de l'article 1350, § 2, et contre laquelle la preuve contraire doit être admise par les modes ordinaires. Quant à cette présomption que l'époux, en ne faisant pas d'inventaire, a voulu communiquer la propriété de ses meubles à son conjoint, elle est par sa nature même en opposition évidente avec l'esprit de la clause choisie par les époux, qui, par le fait seul de la stipulation d'acquêts, sont censés exclure de la communauté leur mobilier respectif, présent et futur : aussi cette présomption ne peut-elle être admise qu'avec la plus grande

(1) MM. Duranton, Bellot, Taulier (*loc. cit.*)

réserve, et jusqu'à preuve contraire seulement. Nous devons donc autoriser les époux à faire la preuve que les meubles leur sont propres par les moyens que le droit commun met à leur disposition. Ce sera aux tribunaux à apprécier la pertinence et la gravité de la preuve. Mais, comme les époux ont pu se procurer une preuve écrite, nous ne croyons pas qu'on doive les autoriser à faire cette preuve par témoins, et moins encore par commune renommée (1).

On a cependant admis (2), même dans ce cas, la preuve testimoniale et par commune renommée, en s'appuyant surtout sur l'autorité de l'ancien droit, et entre autres sur ce passage de Pothier : « Lorsqu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du mobilier que les conjoints, ou l'un des époux, avaient lors du mariage, on admet la preuve par commune renommée. On laisse à la discrétion du juge de fixer sur les enquêtes faites au moyen de la commune renommée la quantité de ce mobilier. » Mais, sous le Code civil, l'admission de la preuve par commune renommée nous paraît impossible, comme contraire à la loi. Ce n'est pas là, en effet, une preuve ordinaire, admissible toutes les fois que la loi n'en prohibe pas l'emploi; c'est, au contraire, un mode de preuve tout à fait exceptionnel, qui pourrait être considéré comme une peine édictée par la loi dans certains cas, par exemple, dans l'hypothèse de l'article 1415 et de l'article 1504,

(1) MM. Troplong, n° 1882 ; Maleville, *Analyse raisonnée du Code civil*, t. 3, p. 351 ; Rodière et Pont, t. II, n° 1274.

(2) M. Battur, t. 2, n° 367.

contre le mari qui n'a pas fait inventaire. En n'admettant ce mode de preuve qu'au profit de la femme, et pour le mobilier échu pendant le mariage, l'article 1504 le refuse implicitement pour le mobilier que les époux possédaient au moment de sa célébration.

D'autres auteurs, reproduisant la distinction de l'art. 1504, autorisent ce genre de preuve par commune renommée au profit de la femme seulement, tout en le refusant au mari. Or, on comprend l'utilité de l'article 1504 au cas où le mobilier est échu à la femme pendant le mariage ; la femme, étant alors sous la dépendance de son mari, peut n'être pas libre de faire constater le mobilier qui lui échoit. Mais de quelle garantie spéciale, de quel droit d'exception la femme a-t-elle besoin avant son mariage, et lors des conventions matrimoniales ? N'est-elle pas alors dans la même position que peut l'être son mari pour veiller à ses droits et faire observer les formalités prescrites par la loi ? Elle ne peut pas reprocher à son mari de n'avoir pas fait faire une constatation qu'il lui appartenait alors à elle seule d'exiger.

Dans notre ancien droit, non-seulement on permettait aux époux de justifier de leur droit de propriété par témoins et par commune renommée, mais on avait même quelquefois recours à certaines présomptions, lorsque les moyens de preuve étaient impossibles ou insuffisants. C'est ainsi que les meubles, meublant la maison dans laquelle les époux demeuraient, étaient censés propres à l'époux dans la maison duquel l'autre était venu s'installer. Nous pensons qu'aujourd'hui,

cette présomption ne serait plus suffisante à elle seule pour enlever à ces meubles la qualité d'acquêts. D'ailleurs, cette présomption peut n'être pas conforme à la vérité : les meubles peuvent, en effet, n'être plus les mêmes ; ils ont pu être remplacés par d'autres de plus grande valeur, ou même augmentés pour satisfaire aux besoins de la nouvelle famille. Les juges ne devraient donc tenir compte de cette présomption que dans le cas où elle serait entièrement fondée en fait, ou qu'elle serait accompagnée d'un commencement de preuve par écrit (1).

On admet généralement aujourd'hui qu'à défaut d'inventaire la simple déclaration contenue au contrat de mariage, ou la quittance donnée par le mari, contenant l'une et l'autre l'indication de la valeur du mobilier des époux, est suffisante pour faire la preuve du mobilier apporté par chacun des époux ; en effet, la femme l'a acceptée à une époque où son indépendance vis-à-vis de son mari lui permettait de ne pas s'en contenter, et d'en exiger la justification. Donc, s'il est dit dans un contrat de mariage que la célébration vaudra quittance des apports de la femme, cette déclaration forme en faveur de celle-ci un titre, et une preuve complète de cet apport. Mais cette déclaration ne saurait avoir pour effet d'autoriser l'époux en faveur duquel elle est faite à établir la consistance du mobilier dans le but d'en exercer la reprise en nature : elle ne peut valoir qu'à l'effet de reprendre la somme à laquelle le mobilier a été évalué (2).

(1) Pau, 10 décembre 1858 (Dalloz, Rec. per. 59, 2, 18).
(2) Grenoble, 18 juillet 1851 (Dalloz, 52, 2, 292).

II. — Venons au mobilier échu à l'un des époux durant le mariage :

A l'égard des tiers, tout le monde reconnaît qu'il ne peut être suppléé par aucune preuve au défaut d'inventaire ou d'état authentique qu'exige l'article 1499. En effet, après avoir autorisé la poursuite des créanciers sur le mobilier apporté par les époux et non inventorié, l'article 1510 ajoute : « Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique. » Le défaut d'inventaire a laissé croire aux tiers que ce mobilier appartenait à la société d'acquêts ; il ne faut pas que l'époux puisse renverser des espérances qui se sont fondées sur cette omission. L'époux aura seulement alors une action en récompense contre la communauté.

A l'égard des époux entre eux, il faut, conformément à l'article 1504, distinguer le mobilier échu au mari, et celui qui échoit à la femme. Après avoir consacré, en principe, la nécessité de constater par un inventaire le mobilier qui échoit à l'un des époux durant le mariage, l'article 1504 continue : « A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par la commune renommée, de la valeur de ce mobilier. » Ainsi le mari ne peut, à l'en-

contre de sa femme, faire preuve de son droit exclusif sur ce mobilier que par un inventaire ou titre quelconque propre à justifier de sa consistance, déduction faite des dettes. Au contraire, la femme peut rapporter cette preuve par tous les modes légaux, et même par commune renommée. La raison de cette différence, nous l'avons vu, est que la femme se trouve pendant le mariage sous la dépendance de son mari ; cette situation particulière de la femme fait supposer qu'elle n'a pu se procurer de preuve écrite de la consistance du mobilier à elle échu. C'était au mari à lui procurer cette preuve ; la loi punit ce dernier de ne l'avoir pas fait, en admettant contre lui la preuve par commune renommée.

Lorsqu'il parle du mobilier échu à la femme, l'article 1504 n'accorde pas seulement à celle-ci, mais aussi à ses héritiers, le droit de faire preuve, tant par titres que par témoins, de la valeur du mobilier non inventorié ; au contraire, lorsqu'il s'agit du mobilier échu au mari, le même article dit limitativement que, « à défaut d'inventaire du mobilier qui lui est échu, le mari ne peut en exercer la reprise ! » Que faut-il en conclure, sinon que le législateur n'a pas voulu étendre cette disposition aux héritiers du mari ? Nous pensons donc que ces derniers pourront être admis à établir, tant par titres que par témoins, la valeur du mobilier échu à leur auteur. Ceci est vrai aussi bien pour les héritiers à reserve que pour les autres en général ; car il n'est pas nécessaire d'être réservataire pour invoquer la nullité de l'avantage indirect résultant, au profit de la femme, du défaut d'inventaire. Et c'est en vain qu'on

nous opposerait que les héritiers ne doivent pas avoir plus de droits que leur auteur : « Tous les jours, en effet, » dit M. Delvincourt (t. 3, p. 80), « les héritiers ont le droit d'attaquer les actes passés par le défunt et que le défunt n'aurait pu attaquer lui-même. En effet, le mari n'est pas admissible à venir dire à la justice qu'il a violé les dispositions de la loi qui lui enjoignaient de faire inventaire ; les héritiers, au contraire, sont recevables à demander d'être admis à faire la preuve de la fraude qui a été faite à leurs droits. » C'est ainsi que, dans le cas d'un second mariage, si le mari n'a pas fait inventaire de son apport mobilier précisément afin qu'il fût réputé acquêt, et pour avantager ainsi indirectement sa nouvelle épouse, il a été jugé que cet avantage serait sujet à réduction s'il excédait la quotité disponible; que par suite les enfants du premier lit seraient recevables à faire constater que le mobilier était propre à leur auteur, et cela tant par titres que par témoins ou commune renommée (1), de même qu'ils seraient admis aussi à se servir de ces moyens de preuve pour faire constater la valeur d'une succession mobilière échue à leur père durant son second mariage, sans qu'on pût leur opposer le défaut d'inventaire (2).

Section IV.

De l'administration des biens de la société d'acquêts.

Au point de vue de l'administration des biens composant

(1) Bruxelles, 27 février 1832 (Dalloz, *Jur. gén., Contr. de mar.*, n° 2628).
(2) Amiens, 17 décembre 1824 (Dalloz, *loc. cit.*).

la société d'acquêts, les règles à appliquer sont généralement les mêmes que celles de la communauté légale. C'est donc aux dispositions des article 1421 et 1422 qu'il faut s'en référer à cet égard. Ainsi l'administration de la société d'acquêts est remise au mari, qui, seigneur et maître de la communauté, a les mêmes droits absolus de disposition que sous le régime de la communauté légale : « *est pleno jure dominus omnium conquæstuum.* » (1) Il oblige donc la communauté par tous les engagements qu'il contracte ; il peut intenter toutes les actions appartenant à la société, soit comme propriétaire, soit comme usufruitière des biens propres mobiliers ou immobiliers des époux. Mais il peut être poursuivi sur ces biens propres mobiliers ou immobiliers par tous les créanciers qui ont action contre la communauté, de même que ses créanciers personnels peuvent poursuivre la société d'acquêts pendant sa durée. Au contraire, la femme n'engage à elle seule la communauté que dans des cas exceptionnels ; elle ne peut être poursuivie sur ses propres par les créanciers de la communauté qu'autant qu'il s'agit d'une dette qui y est tombée de son chef, ou que ses propres mobiliers, n'ayant pas été inventoriés, elle ne peut, comme nous l'avons vu, les soustraire à leur action. A tous ces points de vue, aucune dérogation n'est apportée aux principes généraux de la communauté légale.

Nous appliquerons ces mêmes principes relativement aux profits personnels que les époux tirent de la communauté

(1) Dumoulin, *Sur la cout. de Paris,* art. 43, gloss. 1.

d'acquêts ou la société elle-même de leurs biens propres : il y aura donc lieu à récompense toutes les fois que l'un des trois patrimoines s'est enrichi aux dépens de l'autre. La société d'acquêts devra notamment récompense aux époux pour la valeur des propres mobiliers qui sont entrés dans la communauté dans le cas où cet effet se sera produit ; de même chacun des époux devra récompense à la société pour les améliorations apportées à ses propres mobiliers ou immobiliers au moyen des deniers de la société.

Mais les règles de la communauté légale ne sont pas susceptibles d'une application aussi étendue lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences de la communauté d'acquêts relativement aux biens propres des époux ; là se présentent plusieurs questions importantes que nous nous contenterons d'indiquer brièvement, parce qu'étant spéciales au régime pur et simple de la communauté réduite aux acquêts, elles ne peuvent avoir qu'un intérêt secondaire dans une étude destinée surtout à montrer ce que devient la société d'acquêts dans sa combinaison avec le régime dotal.

La stipulation d'acquêts, nous l'avons vu, a pour effet d'exclure de la communauté tout le mobilier que les époux possédaient lors du mariage, ou qui leur est échu par la suite. Or, quelle sera, pendant le mariage, la condition de ces propres mobiliers ? Resteront-ils la propriété de l'époux qui pourra les reprendre en nature, ou bien deviendront-ils la propriété de la communauté, à la charge par cette dernière d'en rembourser la valeur à la dissolution de la société conjugale ? En-

fin, quels sont, en général, les pouvoirs du mari sur les propres mobiliers de la femme? Telles sont les principales questions auxquelles donne lieu l'administration de la communauté d'acquêts.

Sur la question de savoir quelle sera la condition des propres mobiliers durant le mariage, un premier système répond que l'époux conserve en principe la propriété de ses meubles propres; mais que, par exception, tombent en communauté à charge de récompense : 1° les choses qui se consomment par le premier usage; 2° les choses destinées à être vendues; 3° les meubles estimés sans déclaration que l'estimation ne vaut pas vente (arg. d'analog. tiré de l'art. 1551). Telle est, ce nous semble, l'opinion de la majorité des auteurs (1).

Un deuxième système consiste à dire que la propriété des propres mobiliers est transférée sans distinction à la communauté, et que le droit de l'époux se borne à leur valeur. C'était, dit-on, la doctrine de Pothier et de Lebrun, et rien n'indique que le Code ait voulu s'en écarter (2).

Ainsi, d'après le premier système, que nous venons d'indiquer, le mari, quoique administrateur seulement de la fortune propre de la femme, aurait le droit d'aliéner à titre onéreux, seul et sans le consentement de sa femme, les choses fongibles, celles qui par leur nature sont destinées à être vendues, ou celles qui sont livrées avec estimation, puisque ces choses

(1) MM. Duranton, t. XIV, p. 318; Toullier, t. XIII; Aubry et Rau, t. IV, p. 383.

(2) MM. Troplong, tr. du *Contr. de mar.*, n° 1937; Delvincourt, t. III.

deviennent la propriété de la communauté. Au contraire, le mari devrait prendre le consentement de la femme, s'il s'agissait de choses non fongibles, et qui n'auraient pas été estimées au contrat, parce qu'alors la propriété en reste à la femme. Telles sont les conséquences du premier système au sujet de la seconde question, à savoir quels sont en général les pouvoirs du mari sur les propres mobiliers de la femme ? Mais un grand nombre d'auteurs repoussent cette opinion, décidant, d'après l'article 1428, que, dans tous les cas, le mari peut disposer seul à titre onéreux du mobilier personnel de la femme, puisque, disent-ils, d'une part, cet article accorde au mari l'exercice des actions mobilières et possessoires de la femme, et que, d'autre part, il ne prohibe que l'aliénation des immeubles personnels de celle-ci sans son consentement.

Section V.

Dissolution et liquidation de la societé d'acquêts.

La société d'acquêts se dissout, comme dans l'ancien droit, par les mêmes causes que la communauté légale. Ces causes que nous rappelons, sans nous y arrêter, sont : 1° la mort de l'un des époux ; 2° la séparation de corps ; 3° la séparation de biens ; 4° le jugement qui prononce la nullité d'un mariage putatif ; 5° la déclaration d'absence lorsque l'époux présent opte pour la dissolution et que la date du décès de l'absent demeure inconnue.

Lorsque la société d'acquêts est dissoute, la femme a le droit de renoncer à la communauté, ou de l'accepter, dans les mêmes délais et sous les mêmes conditions que pour la communauté légale. Ainsi, le défaut d'inventaire dans les trois mois du décès du mari entraînerait, en principe, la déchéance du droit de renoncer. Il faut d'ailleurs reconnaître, comme la jurisprudence l'a fait pour la communauté légale, qu'il y a telles circonstances dans lesquelles il n'est pas possible de maintenir, comme absolu et fatal, le délai de trois mois imposé par la loi : il en sera ainsi, par exemple, si la veuve a été empêchée, et si elle n'a fait aucun acte d'immixtion, de même que si elle s'était trouvée dans un cas d'impossibilité matérielle, comme si elle avait fait rescinder, après l'expiration des délais, une acceptation à laquelle elle avait été déterminée par le dol des héritiers du mari (1).

Dans nos anciens pays de droit écrit, la femme mariée sous le régime de la société d'acquêts n'était pas soumise à ces mêmes règles; notamment dans le ressort du Parlement de Bordeaux, la femme pouvait renoncer pendant trente ans à la société d'acquêts, sous la seule condition de fournir un état affirmatif de la succession, et de rendre compte des biens. Par suite de cette jurisprudence, attestée par nos anciens auteurs (2), la Cour de cassation, aux termes d'un arrêt du vingt-deux ventôse, an IX, a jugé qu'il n'était pas nécessaire,

(1) Bordeaux, 24 févr. 1829 (Dalloz, Rec. per. 2, 297); Req. 5. Déc. 1838 (39, 1, 41).

(2) Salviat, *Acquêts* ; Lapeyrère, lett c.

pour la validité d'une renonciation de la veuve à la société d'acquêts établie dans le ressort du Parlement de Bordeaux, que cette renonciation eût été précédée d'un inventaire dressé dans les trois mois du décès du mari (1). Mais on remarquera que cette décision est antérieure à la promulgation du Code; aussi la solution eût-elle été différente, si, bien que formée sous l'empire des anciens principes, la société d'acquêts ne s'était dissoute par la mort du mari qu'après la publication du Code. Du moment, en effet, que le principe a été admis qu'il en est de la société d'acquêts comme de la communauté légale, c'est-à-dire que, sous l'un et l'autre de ces deux régimes, l'efficacité de la renonciation de la veuve est subordonnée à la confection d'un inventaire dans les trois mois du décès du mari, il est clair que cette formalité doit être remplie par la veuve, encore qu'elle en eût été dispensée par la législation sous l'empire de laquelle s'est formée la société qui a existé entre elle et son mari. On ne peut pas dire que le Code civil ait porté atteinte aux droits de l'épouse en prescrivant la nécessité de l'inventaire, sa forme et ses délais; car les droits acquis à l'épouse souffrent d'autant moins de cette disposition que la loi met, au contraire, dans ses mains tous les moyens de les conserver (2).

Cependant, nous croyons qu'on peut décider ici, comme on le fait généralement à propos de la communauté légale, que le défaut d'inventaire n'enlève pas toujours à la femme le

(1) Merlin, *Quest. de droit*, société d'acquêts § 1.
(2) Limoges, 19 juin 1835 (Dalloz, 35, 2, 169).

droit de renoncer à la communauté d'acquêts. L'inventaire est principalement exigé pour prouver la bonne foi de la femme, pour constater le *quantum* de la communauté. Or, si ce *quantum* est régulièrement établi, s'il est clairement démontré qu'aucun bien n'a été soustrait par la femme, le défaut d'inventaire n'a nui à personne. Pourquoi, dès lors, la punir en lui enlevant le droit de renoncer ? Sa position est, ici, semblable à celle d'un héritier ordinaire ; la femme, comme l'héritier ordinaire qui n'a pas fait inventaire dans les délais prescrits, doit aussi pouvoir renoncer. Quoi qu'il en soit, la femme veuve étant réputée acceptante, tant qu'elle n'a pas renoncé, il en résultera qu'après trente ans, elle sera réputée avoir accepté la communauté ; car, au bout de ce temps, la faculté de renoncer sera certainement prescrite.

Si la femme renonce à la communauté, elle se contente de reprendre en nature ses immeubles d'abord, et ensuite, le mobilier qui lui est resté propre : le mari devra payer à la femme ou à ses représentants la valeur de tout ou partie du mobilier de la femme qu'il ne pourra représenter, à moins qu'il n'établisse que ce mobilier a péri par cas fortuit, ou par suite de l'usage auquel il était destiné. Si les objets mobiliers dont la femme veut exercer la reprise sont tels que la propriété en ait été acquise à la communauté, le mari est débiteur envers la femme d'objets d'une pareille quantité, qualité et valeur, au moment de la dissolution de la société, ou de la valeur à laquelle ils avaient été estimés au jour de la célébration du mariage ou de leur acquisition.

Par sa renonciation, la femme est affranchie des dettes contractées pendant la communauté, mais elle perd tout droit sur l'actif de la société d'acquêts, et même sur le mobilier qui a pu y entrer de son chef.

Comme les effets de cette renonciation sont soumis aux mêmes règles que ceux de la renonciation à la communauté légale, nous rappellerons seulement que, de même que l'acceptation, la renonciation est irrévocable; une femme qui aurait renoncé ne pourrait plus accepter ensuite; elle est dépouillée irrévocablement. Il n'y a pas lieu d'appliquer ici la disposition de l'article 790, relativement à la prescription du droit d'accepter acquise contre les héritiers; une grande différence sépare les deux cas. En matière de succession, notre législation n'admettant pas d'héritier nécessaire, il est constant que nul ne peut être héritier malgré lui; aussi, jusqu'à ce que la succession ait été appréhendée, la personne fictive du défunt en conserve la propriété. Ici, au contraire, la propriété ne peut pas rester un instant incertaine : par le seul fait de la renonciation de la femme, elle est transférée au mari, qui en est saisi, et est absolument tenu de l'accepter.

Si la femme a accepté la communauté, il y a lieu, comme pour la communauté légale (art. 1468 et suiv.), de procéder à la liquidation et au partage après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés. Nous avons expliqué plus haut ce qu'on doit entendre par les mots : « apports dûment justifiés; » nous n'avons donc pas à revenir sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application des ter-

mes de l'article 1499. Mais comment se feront les prélèvements dont parle l'article 1470? Nous savons que les prélèvements de la femme, aux termes de l'article 1471, s'exercent avant ceux du mari; mais, dans l'exercice de ces prélèvements, la femme sera-t-elle préférable aux créanciers de la société d'acquêts? Là est la difficulté qui a donné lieu à trois systèmes différents :

Observons que la question ne peut s'élever qu'au cas où il s'agit de la reprise du prix des propres aliénés, puisque, si ces derniers existaient encore en nature, la femme les reprendrait sans aucun doute en sa qualité de propriétaire.

Une première opinion reconnaît à la femme un droit de préférence sur les créanciers chirographaires pour les meubles et les immeubles, mais en lui refusant absolument tout droit d'hypothèque légale sur les biens conquêts; la femme serait, d'après ce système, un créancier saisi de son gage, qui, par suite d'une sorte de droit de rétention, doit pouvoir se payer avant tous les autres. On considère les reprises de la femme comme un dépôt qu'elle reprend, et sur lequel n'ont aucun droit les créanciers de la communauté (1).

Dans un second système, on décide que la femme doit être préférée à tous les créanciers même hypothécaires et postérieurs à la cause de ses reprises, tant sur les meubles que sur les immeubles; pour le décider ainsi, on considère le droit de prélèvement accordé à la femme comme un droit de copropriété. Telle a été pendant un certain temps la doctrine

(1) M. Troplong, t. III, nos 1367 et suiv.

de la jurisprudence, qui tendait à faire regarder le droit de prélèvement comme produisant le même effet qu'un partage, et faisait ainsi disparaître rétroactivement l'hypothèque des créanciers. C'est ainsi que, par un arrêt du 15 février 1853, la Cour de cassation, se fondant sur les articles 1470, 1471, 1483 et 1493, décidait que « c'est à titre de propriétaire que la femme a droit au prélèvement de ses propres lors de la dissolution de la communauté, et qu'en conséquence l'actif de cette communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises ci-dessus ; qu'il suit de là que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté et qu'elle doit être intégralement remplie des dites reprises avant que lesdits créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de cette communauté. »

Enfin, d'après un troisième système, la femme concourt avec les créanciers chirographaires, et sans aucun droit de préférence à son profit. Les priviléges, dit-on, dans ce système, sont de droit strict, et, si le prélèvement en nature est autorisé par la loi, ce n'est qu'à l'encontre du mari, et non des créanciers : « Simple créancière de ses reprises, la femme, quand elle accepte la communauté, procède en vertu d'un droit qui, en lui-même, ne contient aucune cause de préférence par rapport aux autres créanciers du mari ou de la communauté. Elle reste soumise à la règle générale, d'après laquelle les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix (sauf la préférence attachée aux priviléges et aux hypothèques) s'en distribue entre eux par con-

tribution (C. Nap., 2093 et 2094) (1). » Telle est la doctrine suivie par la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation (arrêt des Chambres réunies du 16 janvier 1858), d'après laquelle la femme, dans l'exercice de ses prélèvements, n'a pas, sauf l'hypothèque légale, de cause de préférence sur les créanciers de la communauté.

Après ces prélèvements, le surplus de l'actif social se partage par portions égales entre les époux ou leurs héritiers, à moins que les conventions matrimoniales n'établissent une répartition particulière du fonds social entre les ayants-droit : le partage se ferait alors suivant la proportion fixée au contrat de mariage. D'ailleurs, en principe, on procède pour effectuer le partage d'après les mêmes règles que pour le partage de l'actif de la communauté légale.

Toutefois, il y a lieu d'observer ici que les créanciers d'une société d'acquêts doivent, au moins d'après un système auquel nous nous rangeons, être préférés sur les biens de la société, quelle que soit la date de leur inscription, aux créanciers personnels de l'un des associés. Telle était la doctrine admise dans le ressort de l'ancien Parlement de Bordeaux, où l'on fondait cette décision sur ce principe que les sociétés d'acquêts sont, en général, régies par les mêmes règles que les sociétés ordinaires. Nous en trouvons la preuve dans une consultation de Dumoulin, rapportée par Salviat (page 7) : « quand il s'agit d'une société d'acquêts conventionnelle en pays de droit écrit,

(1) MM. Rodière et Pont, t. II, n° 1090.

on ne peut la régler qu'en conformité des lois civiles qui concernent les sociétés. » Or, comme nous pensons que les règles de la société d'acquêts sous le Code civil doivent être, sauf dérogation expresse, les mêmes que celles des sociétés d'acquêts de nos pays de droit écrit, nous décidons que, comme autrefois, les créanciers de la sociétés d'acquêts seront préférés aux créanciers personnels des associés, sur les biens de l'actif social. Les créanciers de la société n'auront pas même besoin de demander la séparation des patrimoines, lorsque la société cessera par la mort de l'un des époux, comme l'exige l'article 878 du Code civil de la part des créanciers d'une succession pour conserver leurs droits contre les créanciers particuliers de l'héritier: « car la séparation des patrimoines est de droit ici: il n'y a pas, en effet, de confusion possible, comme dans le cas d'une succession, entre les biens de la société et ceux de l'époux survivant, cet époux ne représentant pas la société dissoute, comme l'héritier représente le défunt (1). »

Il est bien entendu que ce droit de préférence au profit des créanciers de la société d'acquêts cesse immédiatement après le partage des biens de la société; par le fait seul du partage, ils deviennent de simples créanciers personnels de l'un et l'autre des époux.

(1) MM. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, t. II. — *Conf.* Bordeaux, 23 janvier 1826 (D. 26, 2, 199).

CHAPITRE II

DU RÉGIME DOTAL.

Ainsi que nous l'avons annoncé plus haut, nous allons tracer rapidement les caractères généraux et distinctifs et les principales règles du régime dotal, nécessaires à connaître afin de faire mieux ressortir les modifications que subit ce régime en se combinant avec la clause de société d'acquêts : tel sera l'objet de notre première section; nous indiquerons ensuite dans une deuxième section les principaux avantages et inconvénients du régime dotal, pour pouvoir constater par la suite quels heureux résultats produit la combinaison de ces deux régimes.

Section Ire.

Des caractères généraux et des principales règles du régime dotal.

Nous avons vu, dans notre introduction historique, que le régime dotal nous venait du droit romain, comme celui de la communauté nous avait été transmis par les coutumes: c'était le régime en vigueur dans les provinces méridionales de la France où il était observé tel que que l'avait fait le droit de Justinien, à quelques légères modifications près, introduites par

la jurisprudence des Parlements. Les rédacteurs du projet du Code civil, confondant ce régime avec les conventions exclusives de communauté, n'en avaient pas parlé dans la loi sur le contrat de mariage; mais, sur les vives réclamations de nos anciens pays de droit écrit, un nouveau chapitre fut ajouté au projet du Code civil pour régler spécialement les effets du régime dotal. Or, ce régime n'ayant été adopté que comme régime exceptionnel, on a voulu qu'il ne résultât que d'une déclaration expresse des époux à cet effet (art. 1392).

Cependant, quoique le régime de la communauté forme le droit commun de la France, on ne saurait considérer le régime dotal comme une simple clause modificative du droit commun, comme une exception à ce droit. Sans doute les époux qui veulent adopter le régime dotal doivent déclarer qu'ils se soumettent à ce régime ; et, à defaut de cette déclaration, ils seront censés avoir voulu adopter le régime de la communauté légale qui n'a pas besoin d'être expressément stipulé. Mais en cela consiste toute la différence qui distingue, aux yeux du législateur, les deux régimes ; ils ont chacun une existence propre, indépendante, dans notre Code civil ; il leur est consacré, à l'un et l'autre, un chapitre spécial, et le législateur a établi entre eux une sorte d'égalité dans l'article 1391, qui constate et consacre l'indépendance de ces deux régimes dans les termes suivants : « Ils (les époux) peuvent cependant déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. — Au premier cas, et sous le régime de la com-

munauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. — Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III. »

Ainsi les époux sont libres de choisir l'un ou l'autre de ces deux régimes; chacun d'eux est régi par des principes ou des règles qui lui sont propres, et se suffit pleinement à lui-même. C'est cette indépendance du régime dotal vis-à-vis de la communauté qui distingue ce régime de toutes les clauses modificatives ou exclusives de la communauté légale.

Le régime dotal est un système d'association conjugale d'après lequel la dot se trouve réglée par des règles particulières qui assurent sa conservation pendant le mariage, et dans l'intérêt de la famille, bien mieux que les autres régimes; tel est l'un de ses principaux caractères. Et nous verrons même plus loin qu'un des plus grands reproches qu'on adresse à ce régime, est précisément d'avoir tout sacrifié à cette conservation de la dot, confiance dans la bonne conduite des époux, bonne foi des tiers, libre disposition de la fortune de la femme: le bien dotal ne doit pas se perdre; il faut absolument qu'il se retrouve à la dissolution du mariage : c'est là le but du régime dotal, et rien ne peut empêcher d'arriver à cette fin.

Ce n'est pas la constitution d'une dot qui distinguera le régime dotal : car il peut y avoir des biens dotaux aussi bien sous le régime de la communauté légale que sous le régime exclusif de communauté ; et, sous tous les régimes, la dot est « le bien que la femme apporte au mari pour l'aider à sup-

porter les charges du mariage » (art. 1540). Mais les conditions de cet apport sont ce qui différencie le régime de la communauté et le régime dotal : tandis qu'en principe, sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme sont dotaux, sous le régime dotal, au contraire, la dot ne comprend que les biens qui ont été spécialement constitués comme tels.

Ce qui caractérise surtout le régime dotal, c'est qu'il repose sur le principe de la séparation des patrimoines des deux époux, lesquels conservent leurs biens et droits distincts pendant toute l'association conjugale, et en disposent suivant les règles générales du droit public qui concernent les rapports des époux entre eux. Cette séparation des patrimoines forme la principale différence qui existe entre le régime dotal et le régime de la communauté : de celle-là découlent toutes les autres.

De ce que le principe du régime dotal est la séparation, il en résulte qu'il n'y aura de dotal que ce qui a été constitué en dot : de là, nous tirerons cette conséquence que, s'il n'y a pas de dot constituée sous le régime dotal, il n'y aura pas de biens dotaux, et qu'ainsi la dot, tout en ayant donné son nom à ce régime, n'est pas de son essence. Si donc, les époux ont déclaré adopter le régime dotal, et si la femme ne s'est pas constitué de dot, le principe de la séparation produira tout son effet : tous les biens de la femme seront extra-dotaux ou paraphernaux (art. 1574) ; la femme en conservera seulement la libre administration, comme si elle était contractuellement séparée de biens. Ce principe reste entièrement applicable au

mari, quelque forme que les stipulations des parties donnent au régime dotal. Sous ce régime, le mari ne fait, de son chef, aucun apport ; il ne met rien dans la société conjugale ; il ne prend aucun engagement relatif à ses propres biens. La dot ne peut procéder que de la femme, quoiqu'elle ne soit pas essentielle au régime dotal ; s'il y a un apport qualifié de ce nom, c'est la femme seule qui a contribué à le former.

De même que sous le régime de la communauté pour les propres de la femme, la conservation et la restitution de la dot sont aussi imposées au mari sous le régime dotal. Mais, ici, cette conservation a cela de spécial et de caractéristique, qu'elle est prescrite et réglée non-seulement à l'égard du mari, et dans l'intérêt de la femme, pour la conservation des droits de propriété de cette dernière, mais aussi à l'égard de la femme elle-même et dans l'intérêt de la famille ; c'est pourquoi la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas, même avec le consentement de son mari, disposer de ses biens dotaux. C'est là un caractère spécial et propre à la dot sous le régime dotal ; constituée par l'épouse en sa faveur, elle est censée l'être surtout en faveur de la famille ; elle forme comme un fonds de réserve pour cette dernière. En d'autres termes, la dot est, sous ce régime, indisponible ou inaliénable, du moins en principe ; car les époux peuvent se réserver la faculté de l'aliéner.

Mais, et c'est encore là un des points caractéristiques de ce régime, tandis qu'il met cette restriction aux droits du mari et de la femme sur ces biens dotaux, le régime dotal attribue

au mari sur les mêmes biens des droits beaucoup plus étendus que ne lui en accordent les autres régimes d'association conjugale sur les propres de la femme. La comparaison des articles 1549, 1428 et 1531 nous en fournit la preuve ; c'est ainsi que, sous le régime dotal, le mari a le droit d'exercer les actions réelles immobilières de la femme, droit qui lui est refusé sous les autres régimes de communauté et sans communauté. C'est ainsi que, sous le régime dotal, le mari a non-seulement le droit de recevoir les capitaux, mais il n'est même pas tenu de faire emploi ; la loi ne lui impose aucune obligation à cet égard. Par la même raison, si, durant le mariage, les époux aliènent un immeuble dotal stipulé aliénable par le contrat de mariage, mais sans que l'obligation de remploi ait été imposée, le mari pourra en toucher le prix, qui, bien que provenant de la vente d'un immeuble, n'en est pas moins alors un capital mobilier ; aucune restriction n'est apportée, aucune condition n'est imposée au mari par la loi quant au droit de recevoir ce prix. Aussi, tout en laissant de côté, à cause du cadre restreint de notre étude, la question si vivement discutée de savoir si le mari a un droit de propriété sur la dot, comme sous Justinien, nous dirons que nous pensons avec M. Troplong que le mari a un quasi-domaine sur le fond dotal, et que nous en trouvons une nouvelle preuve dans la dernière doctrine de la jurisprudence, accordant au mari le droit de disposer des valeurs dotales mobilières sans le concours de sa femme, droit qui ne saurait s'expliquer dans le système qui refuse de reconnaître le mari comme *dominus dotis*.

D'après ce que nous venons de voir, y a-t-il lieu de dire que le régime dotal diminue la capacité générale de la femme ? Nous ne le pensons pas; bien qu'il restreigne, sous certains rapports, les droits de la femme, cette dernière n'en conserve pas moins toute sa capacité ordinaire : c'est ainsi que lorsqu'elle s'est reservé des biens paraphernaux, elle peut en acquérir d'autres au moyen de ces derniers; il est vrai que, si tous ses biens étaient dotaux, la femme ne pourrait pas acquérir, n'ayant rien au moyen de quoi elle puisse faire des acquisitions; mais elle n'en conserve pas moins, dans ce cas, sa capacité pleine et entière. De là il résulte que si la femme a des biens paraphernaux, elle reste dans les termes du droit commun, quant à ce qu'elle acquiert : elle est censée l'avoir acquis de ses propres biens; tandis qu'au contraire, si tous ses biens sont dotaux, elle est censée avoir acquis au moyen des deniers de son mari.

Observons à ce propos que nous ne partageons pas l'avis de M. Troplong, qui considère comme un des traits caractéristiques du régime dotal cette présomption que tout ce que la femme acquiert pendant le mariage est censé acquis avec les deniers de son mari, à moins qu'elle ne prouve l'origine des deniers; l'*undè habuit*. Cette présomption de la loi Quintus Mucius (L. 51, *De donat. inter vir et ux.*,) n'est pas, selon nous, spéciale au régime dotal : la meilleure preuve que nous puissions en citer, c'est qu'on l'applique sous d'autres régimes, alors même que le mari n'a pas sur les biens de la femme les droits que lui confère le régime dotal. C'est ce que nous

prouve l'article 559 du Code de commerce, aux termes duquel, sans distinction de régime, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent au mari, qu'ils ont été payés de ses deniers, et doivent, par conséquent, être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à faire la preuve du contraire.

C'est à cette courte esquisse des caractères généraux et distinctifs du régime dotal, que nous croyons devoir nous en tenir, pour ne pas sortir du cadre de notre sujet : nous laisserons donc de côté les détails plus spécialement relatifs à l'application du régime dotal, et pour lesquels nous renvoyons à une étude approfondie de ce régime. Voyons maintenant quels peuvent être ses avantages et ses inconvénients.

Section II.

Avantages et inconvénients du régime dotal.

Le régime dotal est un régime éminemment conservateur ; et, s'il n'est d'aucun secours pour les progrès du ménage, il est, du moins, un rempart contre la dissipation ; il se prête moins aux spéculations du mari que les autres régimes ; il favorise moins surtout les augmentations du patrimoine des époux, mais il met tout ce qui existe à l'abri des hasards et des revers de fortune, si fréquents de nos jours. Si on lui reproche de trop faire pour cette conservation, on doit reconnaître que les autres régimes ne font peut-être pas assez. Ce régime, du reste, n'a rien d'exclusif ; il admet des tempéraments : comme

nous l'avons dit, il est permis de stipuler que les biens dotaux seront aliénables, et, en général, ce régime n'interdit aucune des conventions qui peuvent faire fléchir les règles de l'inaliénabilité.

Mais ce régime présente aussi de graves inconvénients, auxquels on est souvent amené à remédier au moyen de clauses spéciales, ou stipulations, destinées à en adoucir les rigueurs. C'est qu'en effet le régime dotal a le défaut de ne pas donner assez à l'association conjugale, et de trop séparer les intérêts des époux. S'il est vrai que l'on ne doit pas dire que l'union des personnes entraîne absolument la communion des biens, on a peine à comprendre néanmoins que les intérêts de deux époux, vivant en commun, restent complétement distincts, comme le veut le régime dotal. D'autre part, ce régime ne maintient pas l'égalité des personnes. Car, pour conserver la dot de la femme, tout est sacrifié : le mari, les tiers et le crédit; rien ne peut empêcher que la dot se retrouve. Mais là se bornent les faveurs du régime dotal au profit de la femme : elle conservera sa dot, il est vrai, mais elle n'a aucun espoir de la voir augmenter. La femme, privée de la disposition la plus fructueuse de ses biens, est étrangère aux gains qui peuvent se capitaliser pendant le mariage avec les fruits de ses propres biens : ces fruits sont la propriété exclusive du mari, qui profite de tous les bénéfices de l'épargne commune. « La femme n'économise pas pour elle; elle économise pour son mari » (1).

(1) M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. III.

Il est vrai qu'aux reproches, parfois très-violents, que M. Troplong adresse au régime dotal, on pourrait lui répondre par ses propres paroles : « La dot est souvent la dernière ressource et la dernière planche de salut dans le naufrage ; il importe de la sauver... Le fait est que la cause de la dot, qui procure aussi les aliments à la famille et qui lui assure son avenir, a des droits privilégiés incontestables.» Or, à quoi doit-on surtout pourvoir dans un système d'association conjugale ? Est-ce aux intérêts des tiers, et même de chacun des époux, ou à ceux de la famille ? Il est évident que c'est avant tout l'intérêt de la famille que doivent avoir pour objet les conventions matrimoniales : c'est en vue de cette famille que l'on stipule ; c'est en sa faveur que le législateur a fait fléchir les règles du droit commun. Peut-on beaucoup reprocher à un régime matrimonial qu'il s'occupe plutôt de ces intérêts, qu'il garantisse mieux ces droits que ceux des tiers ? C'est précisément ce que fait le régime dotal, où la cause de la dot est la cause principale : « *Dotium causa semper et ubique prœcipua est.* » (L. 1, D., *Soluto matrimonio.*)

Mais le principal vice du régime dotal est de ne faire jamais profiter la femme de l'accroissement de fortune qui survient au mari, alors même que cet accroissement est dû aux revenus de la dot ou aux travaux de la femme. C'est surtout contre cet inconvénient que M. Troplong, l'adversaire opiniâtre du régime dotal, s'élève, et non sans raison, avec le plus de force : « Le régime dotal, s'écrie-t-il, marche à rebours du vrai, en donnant tous les bénéfices au mari, et rien à la femme ; la

femme aura travaillé, aura souffert, aura économisé, sans que les profits soient partagés avec elle! Pareille à une étrangère, il faudra qu'elle quitte tout ce qui était cher à son cœur; il faudra qu'elle se contente de retirer son pécule dotal, sorte de dépôt qui doit la consoler du reste! » (1) Il faut reconnaître, en effet, que si le régime dotal préserve la femme de tout danger de perdre, il ne l'associe à aucun progrès. « La diligence de la mère de famille est cependant un élément d'activité et de prospérité qu'un régime intelligent doit exciter... Mais le régime dotal ne sait pas tirer parti de cette vertu; il ôte à la femme toute émulation, en attribuant au mari seul tous les bénéfices des soins actifs de la femme. »

C'est à ces inconvénients multiples, c'est surtout à ce vice d'organisation du régime dotal, déjà senti dans l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit, qu'on avait remédié en introduisant l'usage d'ajouter au régime dotal la clause de société d'acquêts. L'application des principes de ces deux régimes matrimoniaux combinés ensemble va nous montrer, en effet, qu'on peut ainsi corriger les inconvénients qu'offre chacun de ces deux régimes en particulier, et réunir au profit des époux les avantages du régime dotal et ceux de la communauté d'acquêts.

(1) *Contr. de mar.*, t. I, préface.

CHAPITRE III.

COMBINAISON DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS AVEC LE RÉGIME DOTAL.

La société d'acquêts n'étant considérée dans l'article 1581 que comme une clause du régime dotal, les principes fondamentaux de ce régime n'en doivent souffrir aucune atteinte. Mais certaines règles particulières au régime dotal, et qui ne sont pas de son essence, peuvent se trouver modifiées par l'adjonction de cette clause, de même que le régime dotal peut lui-même apporter quelques dérogations aux dispositions relatives à la clause de société ou communauté d'acquêts, telle qu'elle est régie par les articles 1498 et 1499 du Code civil.

Et d'abord, bien que nous ayons employé indistinctement, à propos des articles 1498 et 1499, les termes de société ou communauté, afin de mieux montrer que les mêmes règles sont applicables dans l'un et l'autre cas, on peut dire que la société d'acquêts et la communauté d'acquêts ne sont pas absolument la même chose : l'une est une modification du régime dotal, l'autre une modification de la communauté légale. La société d'acquêts empêche le mari de faire exclusivement siens les revenus des biens dotaux ; la communauté d'acquêts

exclut de la communauté le mobilier et les dettes qui tombent du chef des époux dans la communauté légale. Enfin, nous verrons plus loin, relativement à l'administration des biens paraphernaux, que, dans la société prévue par l'article 1581, la femme a véritablement le titre d'associée, et n'est pas seulement en communauté, « elle est *in actu* dans cette société, tandis que dans l'autre elle est plutôt *in habitu*, elle n'est pas sociétaire ; elle n'a qu'une espérance de l'être » (1).

Avant d'examiner spécialement les effets de cette combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal, nous poserons en principe que toutes les dispositions du Code relatives au capital, soit dotal, soit paraphernal, doivent être empruntées au régime dotal, tandis qu'en sens inverse, tout ce qui concerne les revenus, leur emploi, leur capitalisation postérieure, doit être régi par les règles de la communauté. C'est ainsi que nous appliquerons, en principe, les dispositions du régime dotal relatives à la constitution et à la réception de la dot, de même que celles relatives à la nature des biens donnés en dot ; il s'agit alors en effet du capital, et cette question doit être réglée par le régime principal auquel se sont soumis les époux. Lorsqu'au contraire il s'agira de régler soit l'attribution des fruits à la société d'acquêts, soit les droits de disposition du mari sur les biens composant l'actif social, soit les modes de dissolution ou de partage, c'est aux dispositions du régime de la communauté qu'il faudra s'en référer.

(1) M. Bellot des Minières, t. IV, p. 319.

Pour présenter nos observations dans un ordre méthodique et clair, nous expliquerons successivement les différentes particularités de cette combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal, suivant qu'il s'agit de la composition, de l'administration ou de la dissolution de cette société.

Section Ire.

Composition de la société.

Comme nous l'avons dit précédemment, le principal vice du régime dotal est de ne jamais faire bénéficier la femme des accroissements de fortune provenant soit des revenus des biens dotaux, soit des économies et des travaux de la femme elle-même. Cette injustice se trouve corrigée par la stipulation de la clause de société d'acquêts jointe au régime dotal : par l'effet de cette clause, le droit de jouissance qu'avait le mari change complétement de nature ; d'une part, il ne sera plus tenu pendant le mariage aux obligations des usufruitiers, car il administrera en maître les fruits de la dot et les biens qui tombent dans la société d'acquêts, dont il est le chef, comme de toute communauté ; d'autre part, il ne profitera plus exclusivement des acquisitions qu'il peut faire avec les économies des fruits dotaux ; sa femme en acceptant la société d'acquêts en aura la moitié, sans distinguer si ces économies proviennent des revenus et fruits de la dot, ou d'autres biens. En effet la société d'acquêts comprend, comme dans l'ancien droit,

tous les fruits et revenus, intérêts et arrérages de tous les biens du mari et de la femme, mais elle reste également tenue de toutes les charges du mariage (art. 1581, 1498, 1499 combinés avec les art. 1528, 1401 et 1409).

En un mot, la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal ne conserve des prérogatives de la dot que l'obligation de restituer le capital à la dissolution du mariage, ainsi que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ; les bénéfices résultant des revenus de la dot sont régis par les principes de la communauté.

Il est bien évident que la clause de société d'acquêts modifiera toute constitution de dot à titre universel portant sur une quote-part, ou sur la totalité des biens à venir : on ne saurait admettre en effet que les époux aient constitué une société d'acquêts dont la moitié des bénéfices seraient frappés de dotalité au fur et à mesure qu'elle les ferait, et comme tels seraient exclus de la société. Cette constitution de dot ne sera applicable qu'aux biens à venir qui restent en dehors de la société d'acquêts, c'est-à-dire ceux qui sont acquis à titre de donation ou de succession. Les acquêts faits par la femme durant le mariage n'étant ainsi ni dotaux, ni paraphernaux, formeront une troisième classe de biens qui seront régis exclusivement par les règles de la communauté, et que le mari administrera seul durant le mariage.

Si l'ascendant qui a constitué une dot à la femme abandonne ou cède au mari un immeuble en paiement de la dot qu'il a promise, devra-t-on appliquer l'art. 1553 de la dotalité pure,

d'après lequel cet immeuble ne sera pas dotal, mais deviendra la propriété du mari, qui en devra seulement la valeur, ou bien l'art. 1406 de la communauté, d'après lequel tout arrangement de ce genre produit des propres pour la femme? Ni l'un ni l'autre ; la société d'acquêts, ayant droit à l'usufruit de la dot, comme de tous les biens propres des époux, en général, acquiert en vertu de ce droit la propriété de l'argent promis en dot, et, par suite, le mari, en acceptant un immeuble à titre de *datio in solutum*, est censé faire un achat dont le produit réputé acquêt tombera dans la communauté. Telle était la doctrine généralement reçue dans l'ancien droit (1), et nous ne doutons pas qu'elle ne doive être encore suivie sous le Code civil.

Section II.

Administration des biens.

La stipulation d'une clause de société d'acquêts n'empêche pas d'exister la division des biens de la femme en biens dotaux et bien paraphernaux. Quant à l'administration des premiers, point de difficulté; elle reste soumise aux règles du régime dotal. Mais la question qui s'élève ici est celle de savoir à qui appartiendra l'administration des biens paraphernaux: devra-t-on appliquer les règles de la dotalité pure, en vertu

(1) MM. Tessier, *de la Dot*, t. I; Maleville, *Anal. rais. du Code civil*; Odier, *Contr. de mar.*, n° 1504.

desquelles la femme conserverait la libre administration et la jouissance de ces biens, ou celles de la communauté, d'après lesquelles le mari aurait le droit de les administrer et d'en percevoir les fruits?

Malgré les arguments sérieux sur lesquels s'appuie l'opinion contraire (1), nous inclinons à croire qu'il faut ici, par application des règles du régime dotal, reconnaître à la femme le droit de conserver l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, sauf l'obligation où elle se trouve par suite de l'adoption d'une société d'acquêts de verser entre les mains du mari administrateur de cette société les économies par elle réalisées sur ses revenus. C'est en effet très-probablement dans l'intérêt de la femme qu'on stipulera la société d'acquêts dans un contrat de mariage ayant pour base le régime dotal; or, il nous paraît difficile d'admettre qu'une clause établie en sa faveur puisse tourner à son détriment.

En stipulant une société d'acquêts, la femme a voulu améliorer sa position par sa participation aux bénéfices et économies réalisés pendant le mariage; cette clause ne pourrait donc pas sans injustice s'interpréter contre elle. D'ailleurs, c'est une question d'intention, puisque, même sous le régime de la communauté, la femme peut se réserver la jouissance de quelques-uns de ses propres (arg. d'analogie tiré de l'art. 1534). Or, en se réservant des paraphernaux sans donner pouvoir au mari d'en percevoir les fruits, la femme n'a-t-elle pas manifestement indiqué sa volonté de conserver elle-même l'admi-

(1) M. Marcadé, art. 1581.

nistration de ces biens, de même qu'elle attribuait au mari la jouissance et l'administration des biens dotaux? On nous objecte, il est vrai, que l'article 1581 paraît contraire à notre opinion en renvoyant aux articles 1498 et 1499, d'après lesquels le mari, chef de la communauté d'acquêts, aurait l'administration et la jouissance des propres de la femme. Mais, selon nous, ces articles ne supposent pas que le mari a nécessairement l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme, et nous n'y trouvons rien qui soit incompatible avec la réserve que ferait la femme à son profit de l'administration d'une partie de sa fortune. D'ailleurs ne pourrait-on pas soutenir avec quelque apparence de raison que l'article 1498 semble lui-même viser cette hypothèse lorsqu'il dit que le partage embrasse les acquêts faits par les époux ensemble ou *séparément?* Les acquêts ainsi faits *séparément* par la femme seraient les économies qu'elle aurait réalisées sur les revenus dont elle a la jouissance. Enfin si nous hésitions encore à nous prononcer sur cette question, une dernière raison nous déterminerait en faveur de l'opinion que nous avons d'abord adoptée, c'est que telle était la doctrine suivie dans l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit, à laquelle, nous l'avons dit précédemment, nous croyons devoir nous conformer toujours en cette matière imparfaitement élaborée par le Code civil, à moins qu'il n'y soit fait une dérogation expresse. Telle est aussi la doctrine de la jurisprudence actuelle, qui a peu varié à cet égard (1).

(1) Cass., 14 nov. 1864; D., 65, 1, 137; Riom, 31 janv. 1866, D., 66, 2,

Il est bien entendu que cette solution, qui repose entièrement sur le droit d'administration qu'implique la réserve en paraphernal, cesserait entièrement d'être applicable, lorsque, par son contrat de mariage, la femme aurait donné à son mari procuration pour administrer ses paraphernaux, ou lorsqu'elle l'en laisserait jouir sans opposition, bien qu'elle ne lui en eût pas donné mandat (1557, 1578). Dans ce cas, en effet, la femme, en laissant au mari le droit de s'immiscer dans la gestion de ses paraphernaux, est censée l'autoriser à percevoir les fruits en sa qualité de chef de la société d'acquêts; il en résulte que, dès lors, tous les fruits, les revenus et les acquisitions faites par le mari au moyen des paraphernaux tombent immédiatement dans la société d'acquêts.

Ainsi la femme mariée sous le régime de l'article 1581 peut déléguer au mari l'administration de ses biens paraphernaux, comme elle peut la lui enlever. Spécialement, elle a seule, en principe, le droit de donner à bail ses biens paraphernaux. Et il a été jugé, en effet, que le mari qui occupe, sans le consentement de la femme, une maison paraphernale, peut en être expulsé sans que la décision, qui ordonne cette expulsion, puisse être réputée porter atteinte à la puissance maritale, bien que la femme habite elle-même cette maison (1).

Mais il résulte du même arrêt que les biens acquis avec les économies faites sur les revenus paraphernaux doivent être

219.—MM. Tessier, *de la Soc. d'acq,* n° 85 ; Aubry et Rau, t. IV ; Troplong t. III, n° 1900.

(1) Agen, 30 mai 1845, et sur pourvoi, req. 15 juillet 1846 (Dalloz, 46, 1, 356.)

considérés comme acquêts de communauté, et sont soumis comme tels à l'administration du mari.

Section III.

Dissolution et liquidation de la société d'acquêts.

Il est certain que, si le mariage est dissous par la mort du mari, la femme jouira, pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, des droits d'aliments et d'habitation accordés par l'article 1465 à toutes les veuves mariées en communauté, soit qu'elles acceptent, soit qu'elles renoncent. Mais comment seront réglés ses droits lorqu'elle aura fait son option? C'est là que surgissent les difficultés.

Nous savons que le régime de communauté et le régime dotal sont en opposition entre eux relativement à l'attribution des fruits naturels des biens appartenant à la femme : d'une part, sous le régime de communauté, on applique à cet égard les dispositions générales relatives à l'usufruit (art. 585); par suite, les fruits naturels ou industriels existant au moment de la dissolution de la société d'acquêts sont attribués sans récompense au propriétaire de l'immeuble qui les a produits, à moins qu'il ne s'agisse de coupes de bois, ou autres perceptions que la communauté aurait pu faire comme usufruitière, et qu'elle n'a pas faites. D'autre part, sous le régime dotal, les fruits des biens dotaux se partagent, lors de la dissolution du mariage, entre le mari et la femme ou leurs héritiers, au pro-

rata du temps qu'a duré le mariage pendant la dernière année. Or, quelle est celle de ces deux solutions que l'on devra suivre, lorsqu'au régime dotal sera jointe une clause de société d'acquêts? Par application des principes que nous avons posés comme base des règles de cette combinaison, nous déciderons qu'on doit suivre ici la décision donnée pour le régime en communauté. Il s'agit en effet d'une question de fruits, et, à cet égard, .en stipulant une société d'acquêts, les époux sont censés s'être soumis aux conséquences de ce régime. Les fruits de la dot ont été mis en communauté; le mari, ayant ainsi renoncé au droit exclusif qu'il avait sur ces mêmes fruits, a accepté pour leur attribution les règles particulières à la société d'acquêts.

On objecte (1), il est vrai, pour décider le contraire, que la stipulation d'acquêts ayant pour but d'améliorer la position de la femme, il ne faut pas qu'elle puisse l'empirer; mais, loin d'être plus mauvaise ici, la position de la femme peut au contraire être plus avantageuse que sous le régime dotal, si l'on suppose, par exemple, que la perception des fruits n'a eu lieu que postérieurement à la dissolution de la société d'acquêts, puisque nous savons que, dans ce cas, l'époux propriétaire conserve sans récompense les fruits de ses biens propres. Nous croyons donc avec un grand nombre d'auteurs (2 qu'il faut appliquer ici les principes qui régissent le droit

(1) MM. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, n° 2038.

(2) MM. Troplong, t. III, n° 1869; Aubry et Rau, t. IV, p. 539; — Rouen, 3 mars 1853 (S.-V., 54, 2, 135.)

d'usufruit de la communauté, et écarter la disposition de l'article 1571, relative au régime dotal.

Ce n'est, du reste, que dans les rapports respectifs des époux entre eux que les principes de la communauté doivent être appliqués ; ceux du régime dotal conservent vis-à-vis des tiers toute leur force et leur empire. La stipulation d'une société d'acquêts ne peut porter aucune atteinte aux principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux : le mari, chef de cette société, ne peut donc contracter, même avec le consentement de la femme, aucune obligation qui puisse être directement, ou indirectement, ramenée à exécution sur ces immeubles.

Ainsi, nous savons que, sous le régime de communauté, la femme, qui concourt avec son mari à la vente d'un immeuble appartenant à la communauté, renonce par cela même à exercer plus tard tout recours contre le tiers acquéreur. Or, le même résultat doit-il se produire sous le régime dotal combiné avec la société d'acquêts ? En d'autres termes, la femme, ainsi commune quant à ce qui concerne la société d'acquêts, peut-elle renoncer à son hypothèque légale sur les biens composant cette société ? Bien qu'au premier aspect il ne semble pas douteux que la femme puisse faire à cet égard tout ce qui est permis à une femme mariée sous le régime de communauté, il faut cependant décider que la femme ne peut par aucun acte compromettre, durant le mariage, l'exercice de son hypothèque légale, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui s'y trouvent soumis. Et cette solution est

vraie, soit que la femme accepte la société d'acquêts, soit qu'elle y renonce.

En effet, lorsque la femme renonce à la société d'acquêts, elle est censée n'avoir jamais été propriétaire des biens de la société. Ces immeubles sont considérés comme ayant toujours appartenu au mari, et, en conséquence la femme peut, en invoquant son hypothèque légale, poursuivre le paiement de ses reprises sur ces immeubles comme sur tous les autres biens du mari, nonobstant sa renonciation antérieure au droit de se prévaloir de son hypothèque légale; car la femme n'a pu rien faire qui altérât, pendant le mariage, les garanties données à l'inaliénabilité de la dot.

Cette décision n'est pas unanimement acceptée; certains auteurs admettent bien que la femme peut opposer son hypothèque légale, même sur les immeubles de la société, aux créanciers envers lesquels elle ne s'est pas personnellement obligée. Mais ils veulent faire prévaloir les principes du régime de la communauté réduite aux acquêts sur ceux du régime dotal, lorsque la femme a concouru à la vente d'immeubles communs, ou qu'elle s'est obligée personnellement envers les créanciers de la société. Ils décident que la femme, sous le régime dotal combiné avec la société d'acquêts, ne peut jamais exercer son hypothèque légale sur les immeubles communs à l'encontre des créanciers vis-à-vis desquels elle s'est personnellement obligée, et qu'elle ne peut pas non plus l'invoquer, même au cas où elle a renoncé à la société d'acquêts, contre les tiers acquéreurs des immeubles communs si elle a

concouru à la vente. En effet, dit-on, lorsque « la femme dotale s'est mariée avec société d'acquêts, elle est commune quant à ces acquêts ; elle a tous les droits d'une femme commune ; il faut oublier qu'elle a une dot. Les acquêts sont à son égard des biens à part, libres, susceptibles de tous actes de commerce. Sans quoi, ce serait une étrange position que celle de la femme qui serait commune pour acquérir, et dotale pour conserver, et qui, associée par un pacte solennel de son contrat de mariage, serait exempte des dettes. » (1).

Mais tous ces arguments ne peuvent prévaloir contre les raisons qu'on donne à l'appui du premier système, avec lequel nous décidons que, dans les précédentes hypothèses, la femme n'a pu valablement renoncer à son hypothèque légale, si cette hypothèque est la garantie de sa dot immobilière ou même d'une dot simplement mobilière, d'après l'extension donnée par la jurisprudence à l'inaliénabilité de la dot (2).

Nous avons dit que cette solution était également applicable lorsque la femme accepte la société d'acquêts ; cette acceptation, en effet, n'emporte pas nécessairement renonciation de la part de la femme à faire valoir, sur les immeubles de la société d'acquêts, l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales. Il est bien vrai que la femme peut, après la dissolution du mariage, renoncer à l'hypothèque

(1) M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1911.

(2) Req. 16 nov. 1847 (Devill., 48, 2, 665) ; Angers, 10 août 1839 (Devill., 40, 2, 130.)

légale, et il semble tout d'abord que le fait même de l'acceptation de la société d'acquêts doive impliquer chez la femme cette volonté de renoncer à son hypothèque légale, au moins en ce qui concerne les immeubles faisant partie de l'actif de cette société. Mais il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, que l'acceptation de la société d'acquêts eût été faite en pleine connaissance de son actif et de son passif, et de façon à pouvoir être une preuve certaine de la renonciation de la femme à son hypothèque. Autrement, en effet, l'acceptation de la société ne pourrait suffire à elle seule; car il ne faut pas perdre de vue que les renonciations ne se présument pas. Aussi, déciderons-nous qu'au cas où le mari a vendu le fonds dotal, si la femme, à la dissolution du mariage, accepte la société d'acquêts, quoi qu'on puisse dire alors que, le mariage étant dissous, l'inaliénabilité de la dot n'existe plus, néanmoins son acceptation ne fait aucun obstacle à l'action en revendication qui appartient alors à la femme contre les tiers détenteurs du fonds dotal. On prétendrait vainement que son acceptation de la société d'acquêts est une ratification tacite de l'aliénation, car cette acceptation indique bien l'intention de la femme de prendre part à l'émolument de la société d'acquêts, mais elle n'implique pas la volonté de renoncer au droit que lui donne le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal. En effet, le mari, chef de la société d'acquêts, n'avait pas le droit de faire des actes d'aliénation, et il n'a pu aucunement lier sa femme par leurs effets ou par leurs suites. C'est en vain qu'on nous objecterait que la femme, par suite de son

acceptation, est tenue de la moitié des dettes contractées durant le mariage, et doit, lorsqu'elle veut faire révoquer l'aliénation indûment consentie, être écartée par la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Car, suivant ici l'opinion professée par M. Rodière, dans son *Traité de l'indivisibilité* (n° 432), nous pensons que cette maxime ne peut être opposée qu'à celui qui est obligé à la garantie d'une manière complète, ce qu'on ne peut dire de la femme, qui n'est tenue que de la moitié des dettes, et jusqu'à concurrence de son émolument. Mais comme, dans ce cas, la femme prend part à la moitié de l'actif social, si elle fait prononcer la résolution de l'aliénation de son fonds dotal, elle sera tenue de restituer à l'acquéreur la moitié du prix de vente qui était entré dans la société d'acquêts, et dont elle se trouve ainsi avoir profité.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le principe d'après lequel la dot ne peut être restituée pendant le mariage ne dérive pas de la prohibition des donations entre époux, mais seulement d'une disposition légale qui prohibait spécialement cette restitution.

II. — Par exception, la dot peut être valablement restituée pendant le mariage, pour payer les dettes de la femme, lors même que celle-ci aurait des biens paraphernaux propres à désintéresser ses créanciers.

III. — L'action *rei uxoriæ* peut être arbitraire.

IV. — L'action *præscriptis verbis* est toujours de bonne foi.

V. — La dot profectice fait retour à l'ascendant qui l'a constituée, dans tous les cas où le mariage est dissous par le prédé-

cès de la femme, que celle-ci soit *alieni juris*, ou qu'elle soit *sui juris*.

VI. — Lorsqu'un débiteur de la femme, délégué par celle-ci, a promis au mari comme dot ce qu'il devait à la femme, les risques de la créance ainsi déléguée n'incombent au mari que s'il s'en est chargé, ou s'il est en faute.

VII. — Les dons et legs adressés à un esclave, donné en dot sans estimation, doivent être restitués par le mari en même temps que la dot, à moins que ces libéralités n'aient été faites *contemplatione mariti* (lois 47, *De jure dot.* et 31, § 4, *Sol. matr.*, combinées avec les lois 45, § 1, *De adq. vel om. hered.*, XXIV, tit. 2, 10, § 2, et 6, § 9, *De jure dot.*, et l. 3 pr. *De fundo dotali*, 23, 5).

VIII. — Il est probable que la rétention *propter liberos* et la retention *propter mores* ne pouvaient se cumuler (arg. du § 11, *Frag. Ulp.*, tit. VI).

IX. — Depuis Justinien, la femme, au lieu d'intenter l'action hypothécaire pour le recouvrement de sa dot, peut, si elle le préfère, procéder par voie de revendication des choses dotales, mais seulement lorsqu'elles n'ont pas été valablement aliénées.

X. — La constitution d'Anastase (L. 21, *Ad. SC. Vell.* IV, 29) qui reconnaissait aux femmes la faculté de renoncer aux sûretés qui leur avaient été consenties pour garantir la restitution de la dot, continue de recevoir son application,

sous Justinien, en tant que la femme renonce à l'hypothèque simple qu'elle a sur les biens du mari, ou même à l'hypothèque privilégiée qu'elle a sur les immeubles apportés en dot avec estimation.

—

DROIT CIVIL.

I. — La clause par laquelle les époux réduisent la communauté aux seuls acquêts immobiliers est encore valable.

II. — Le pacte dans lequel les époux conviendraient de réserver les acquêts au profit des enfants à naître peut encore être valablement stipulé.

III. — La société d'acquêts doit indemniser des frais de culture l'époux sur le fonds duquel elle trouve une récolte pendante par branches ou par racines.

IV. — La propriété de l'office concédé par le gouvernement tombe dans la société d'acquêts.

V. — Les primes de remboursement par tirage au sort d'obligations propres à l'un des époux ne tombent pas dans la société d'acquêts.

VI. — Les réparations civiles des délits du mari tombent dans le passif de la société d'acquêts sans récompense.

VII. — L'énumération que l'article 1427 fait des cas où la femme peut obliger la communauté est limitative.

VIII. — Si le mobilier propre existant lors du mariage n'a pas été constaté par un inventaire ou état en bonne forme, il ne peut l'être par témoins ou par commune renommée.

IX. — Les héritiers du mari qui a omis de faire constater par inventaire son mobilier propre peuvent établir la consistance de ce mobilier par toutes sortes de preuves.

X. — Les dettes de la communauté réduite aux acquêts immobiliers sont à la charge de cette communauté pour le tout.

XI. — L'article 1571 du Code civil ne s'applique pas sous le régime dotal combiné avec la société d'acquêts.

XII. — Dans la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal, la femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux sauf le droit de la société sur les acquêts et économies qu'elle réalise.

XIII. — Sous ce régime de l'article 1581 du Code civil, la femme peut opposer son hypothèque légale même aux créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée.

XIV. — La femme, dans le prélèvement de ses reprises, doit être considérée comme créancière de la société d'acquêts, et n'a, par suite, aucune cause de préférence sur les autres créanciers de la société.

XV. — Les créanciers de la société d'acquêts doivent être préférés sur les biens de la société aux créanciers personnels de l'un des associés.

—

HISTOIRE DU DROIT.

I. — La communauté légale a son origine dans les lois germaniques modifiées dans leurs dispositions par les mœurs et les usages du moyen âge. L'usage des sociétés taisibles a eu surtout une grande influence.

II. — La femme franque n'était pas co-propriétaire des acquêts.

—

DROIT DES GENS.

I. — Les femmes mariées étrangères ne peuvent réclamer d'hypothèque légale sur les biens que leurs maris possèdent en France, ni en vertu de l'article 2121 du Code civil, ni en vertu des dispositions de leur loi nationale.

II. — La vente sur le territoire neutre d'objets constituant la contrebande de guerre est une violation de la neutralité.

DROIT CRIMINEL.

I. — L'accusé acquitté en cour d'assises ne peut être poursuivi en police correctionnelle à raison du même fait autrement qualifié.

II. — Le juge civil ne peut, sur la question des dommages-intérêts, se mettre en contradiction avec la décision rendue sur la pénalité par le tribunal criminel.

—

DROIT COMMERCIAL.

I. — Le porteur d'une lettre de change est propriétaire de la provision.

II. — Après la faillite de l'acheteur, le vendeur ne peut pas, par la transcription de la vente, conserver son privilége.

Vu par le président de la thèse,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le doyen,
G. COLMET-DAAGE.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
A. MOURIER.

Paris. — Imprimerie Walder, rue de l'Abbaye, 22.