

Le droit civil français. vol.12 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.- M. Toullier,...

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie (1752-1835). Le droit civil français. vol.12 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.-M. Toullier,.... 1824-1828.

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.

maître

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

*On ne reconnaîtra pour non contrefaits, que les exemplaires
qui porteront la signature de l'Auteur ou celle de l'Editeur.*

Tullier

DE L'IMPRIMERIE DE COUSIN-DANELLE, A RENNES.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE
A LA PRATIQUE.

PAR M^r. C. B. M. TOULLIER,

BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS DE RENNES.



TOME DOUZIÈME.

A PARIS,

CHEZ { WARÉE, ONCLE, LIBRAIRE DE LA COUR ROYALE,
COUR DE LA SAINTE-CHAPELLE, N.^o 13.
WARÉE, FILS AÎNÉ, LIBRAIRE, AU PALAIS DE JUSTICE.

M. DCCC. XXVI.

~~~~~

**SOUS PRESSE**, pour paraître chez WARÉE oncle :

**TRAITÉ DES ASSURANCES ET DES CONTRATS A LA GROSSE**  
**D'ÉMÉRIGON**, mis en rapport avec le Code de commerce, et  
auquel ont été joints les décisions de la jurisprudence et les  
avis des commentateurs qui ont récemment écrit sur les mêmes  
matières, etc. etc.

Par **M. BERNARD**, avocat à la Cour royale de Rennes.

NOUVELLE ÉDITION.

Le Traité des Assurances et des Contrats à la grosse est un ouvrage dont la réputation est faite depuis long-tems. Fruit d'une immense érudition, il embrasse dans son ensemble, beaucoup plus étendu que ne l'annonce son titre, presque tout le droit commercial maritime, et quoique la législation qui nous régit aujourd'hui ne soit plus celle sous l'empire de laquelle a écrit Émérigon, son ouvrage est encore et restera long-tems le meilleur guide des jurisconsultes et des magistrats chargés d'interpréter ou d'appliquer cette législation.

On s'étonnait donc avec raison que ce livre si utile, si généralement estimé, ne fût pas réimprimé, et sur-tout mis en harmonie avec les nouvelles lois. La seule édition qui existe, publiée en 1783, est devenue peu commune et d'un prix fort élevé.

Ces considérations ont fait naître l'idée de cette nouvelle édition, et pour lui donner un degré d'utilité de plus, on a cru qu'il serait convenable de rapprocher les opinions d'Émérigon des dispositions du nouveau Code de commerce, en y joignant les décisions de la jurispru-

dence et les avis des commentateurs qui ont récemment écrit sur les mêmes matières.

Ce travail appartient à M. BERNARD, avocat à la Cour royale de Rennes, qui depuis quinze années qu'il plaide devant cette Cour, a eu occasion de traiter un grand nombre d'affaires d'assurances maritimes, et de recueillir sur ces sortes de questions de nombreuses et importantes décisions.

Le texte d'Émérigon sera religieusement conservé, et les annotations nouvelles, imprimées en caractères différens, seront distinctement intercallées, ou placées au bas de chaque page, de manière à ne pas confondre le travail d'Émérigon avec celui du nouvel éditeur, et à ne pas couper l'ouvrage.

Cette nouvelle édition formera 4 volumes in-8°. , de 500 à 600 pages chacun, imprimés sur beau papier, en caractères neufs de philosophie et de petit texte. Les trois premiers offriront le *Traité des assurances*, et le quatrième celui des *Contrats à la grosse*; ce dernier sera suivi d'une table générale alphabétique et raisonnée. Un nouvel avis déterminera le prix des 4 volumes et l'époque à laquelle ils paraîtront. On peut dès-à-présent se faire inscrire pour cet ouvrage, et dès qu'il sera publié, il sera expédié à l'adresse désignée. On est prévenu qu'on ne reçoit pas les lettres non affranchies.

~~~~~

**NOUVEAUX OUVRAGES publiés, ou en nombre, qui
se trouvent chez WARÉE oncle, et fils.**

~~~~~

**JURISPRUDENCE ET STYLE DU NOTAIRE**, contenant, 1°. la jurisprudence des arrêts; 2°. les dispositions législatives et réglementaires; 3°. le style ou formulaire, à l'usage des notaires, par MM. Massé, auteur du *Parfait notaire*, et A. J. Lherbette, docteur en droit. 8 vol. in-8°. , prix brochés, 48 fr.

**LES LOIS DE L'ORGANISATION ET DE LA COMPÉTENCE DES JURISDICTIONS CIVILES**, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des Cours souveraines; par M. G. L. J. Carré, professeur en la Faculté de droit de Rennes. L'ouvrage est dédié à M. Dupin aîné, et imprimé comme *les Lois de la procédure*, du même auteur, et de même format. 2 vol. in-4°. , prix brochés, 36 fr., pour ceux qui prendront l'ouvrage avant la fin de juillet prochain (1826), époque à laquelle le prix sera de 40 fr.

**LES LOIS DE LA PROCÉDURE CIVILE**, ouvrage dans lequel l'auteur a refondu son *Analyse raisonnée* et son *Traité et Questions sur la procédure*; par M. G. L. J. Carré, professeur en la Faculté de droit de Rennes. 3 vol. in-4°. , prix brochés, 54 fr. pour Paris, et 60 fr. francs de port par les diligences.

**ANNALES DU BARREAU FRANÇAIS**, ou choix des plaidoyers et mémoires les plus remarquables, tant en matière civile qu'en matière criminelle, depuis Le Maistre et Patru jusqu'à nos jours, avec une notice sur la vie et les ouvrages de chaque orateur; par MM. Dupin aîné, Dupin jeune, Millelot, Renouard, Berryer fils, Dumont, Royer-Collard, Mérillon, Fercy, Taillandier, Poncelet et autres jurisconsultes et gens de lettres. 16 à 18 vol. in-8°. , de 500 à 550 pages, imprimés sur papier fin des Vosges, par MM. Rignoux et Migneret, et ornés de portraits.

Douze livraisons ou volumes sont en vente; les autres paraîtront successivement, de deux mois en deux mois. Le prix de chaque volume ou livraison est de 6 fr., et de 7 fr. 75 c. franc de port.

**CHOIX DE PLAIDOYERS ET MÉMOIRES DE M. BELLART**, procureur général à la Cour royale de Paris. 1 vol. in-8°. , prix broché, 8 fr.; franc de port, 9 fr. 75 c.

**CHOIX DES PLAIDOYERS ET MÉMOIRES DE M. DUPIN aîné**, avocat à la Cour royale de Paris. 2 vol. in-8°. , prix brochés, 16 fr.; francs de port, 20 fr.

**RECUEIL complet du procès intenté par les héritiers de M. de la Chatais**, ancien procureur général au Parlement de Bretagne, contre le journal dit *l'Etoile*, contenant les observations de M. Menjot de Dammartin, avocat du roi; les plaidoyers de MM. Berryer fils et Bernard, la consultation des avocats de Rennes, le plaidoyer et la réplique de M. Hennequin, le plaidoyer et réquisitoire de M. l'avocat du roi, l'arrêt, etc. In-8°. , prix broché, 4 fr. pour Paris, et 4 fr. 75 c. franc de port.

On vend séparément, le plaidoyer de M. Bernard, suivi de la consultation et de notes explicatives et historiques. In-8°. , prix broché, 1 fr. 50 c., et 2 fr. par la poste.

Le même, avec la consultation. In-32, prix broché, 50 c., et 60 c. par la poste.



**PROCES DU CONSTITUTIONNEL ET DU COURNAIS**, accusés de tendance à porter atteinte au respect dû à la religion de l'Etat, contenant l'acte d'accusation, les réquisitoires de M. de Broé, avocat général; les plaidoyers et répliques de MM. Dupin et Mérilhou; les deux arrêts de la Cour et la déclaration du clergé de 1682, etc. Edition seule complète et corrigée par les auteurs. In-8°. , prix broché, 6 fr. pour Paris, et 7 fr. 50 c. franc de port.

**COMMENTAIRE SUR LE CODE PÉNAL**, contenant la manière d'en faire une juste application, les améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher; par M. Carnot, conseiller à la Cour de cassation, auteur des Observations sur le Code d'instruction criminelle. 2 vol. in-4°. , prix brochés, 30 fr., et 40 fr. francs de port.

**PRINCIPES DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS**; par J. J. Burlamaqui, considérablement augmentés par M. le professeur de Félice, nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée d'une table générale analytique et raisonnée, par M. Dupin, docteur en droit, et avocat à la Cour royale de Paris. Paris, 1820—1821, 5 vol. in-8°. , de 5 à 600 pages chacun; prix brochés, 35 fr., et 42 fr. francs de port.

**LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS**, traduit du latin de Sam. Puffendorf; par J. Barbeyrac. 1771, 2 vol. in-4°. , reliés, 30 fr. C'est la meilleure édition.

**HEINECCI Jo. Gottlieb. Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem institutionum; accesserunt, opere et cura A. M. J. J. Dupin; notæ et observationes quibus textus vel explanatur, vel emendatur, vel illustratur; quibusque sedula ac perpetua Romanarum et Gallicarum legum collatio continetur.** Parisiis, è typis Crapelet, 1810, 2 vol. in-8°. , d'environ 500 pages chacun. Prix brochés, 10 fr., et francs de port, 13 fr., et avec le tableau généalogique, 11 fr. 25 c., et francs de port, 14 fr. 50 c.

**LETTRES SUR LA PROFESSION D'AVOCAT**, et Bibliothèque choisie des livres de droit, qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaître; par M. Camus, ancien avocat, garde des archives, membre de l'Institut, etc. 4°. édition, augmentée de plusieurs lettres et autres pièces intéressantes sur la profession d'avocat, telles que le célèbre *Dialogue des avocats* de Loisel, deux *Discours* de M. d'Aguesseau, et *l'Histoire des avocats*, par M. Boucher-d'Argis; la Biographie, revue, corrigée et augmentée d'un grand nombre d'articles nouveaux, par M. Dupin, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Paris, et l'un des bibliothécaires de l'ordre. Paris, 1818, 2 vol. in-8°. , brochés, 17 fr., et 22 fr. francs de port par la poste.

**ESSAI D'INSTITUTIONS ORATOIRES**, à l'usage de ceux qui se destinent au barreau; par M. Delamalle, ancien avocat au Parlement de Paris, et bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour royale, etc., conseiller d'état, officier de la Légion d'honneur. 2 vol. in-8°. , brochés, 9 fr., et 11 fr. francs de port.

**DES MAGISTRATS D'AUTREFOIS, DES MAGISTRATS DE LA RÉVOLUTION, DES MAGISTRATS À VENIR**; par M. Dupin aîné. 1824. 1 vol. in-8°. , 1 fr. 75 c., et 2 fr. franc de port.

**DE LA LIBRE DÉFENSE DES ACCUSÉS**; par le même auteur. Nouvelle édition, 1824. 1 vol. in-18, 1 fr. 50 c., et franc de port, 1 fr. 75 c.

**EXAMEN SUR LE DROIT ROMAIN**, selon l'ordre des Institutes de Justinien, présenté par demandes et réponses, avec des définitions, notes et explications tirées des meilleurs auteurs et commentateurs. In-8°. , broché, 6 fr.

# LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.



SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

---

## TITRE V.

*Du Contrat de mariage et des Droits  
respectifs des époux.*

---

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

#### SOMMAIRE.

1. *Transition.*
2. *Nécessité de régler d'avance les droits des époux sur leurs biens présents et futurs.*
3. *Le droit naturel ne donne sur ce point que des lumières insuffisantes. Une société de biens entre les époux n'est point nécessaire pour remplir le but du mariage.*
4. *Cependant, la vie commune y conduit naturellement. Les Romains le reconnaissaient; mais ils pensaient que la loi ne peut ordonner ces mêmes usages sur les mariages. Sans une convention contraire, les biens des époux demeureraient séparés. Le mari n'avait de droits que sur les biens dotaux.*

Tom. XII.



## 2      *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

5. *Etat de la législation en France sur ce point avant le Code. Son territoire était partagé entre le régime de la communauté et le régime dotal.*
6. *Difficultés qui s'élevèrent au Conseil d'état à l'occasion du projet de Code, qui avait constitué le régime de la communauté et non le régime dotal.*
7. *Il fut enfin constitué dans un nouveau projet, qui permit même d'opter entre les deux régimes.*
8. *Mais faute d'option, on est censé choisir le régime de la communauté.*
9. *Division de la matière.*

1. **A**PRÈS avoir tracé les règles générales des obligations conventionnelles; expliqué comment elles se forment, s'éteignent et se prouvent; posé ensuite les principes généraux des engagements sans convention, le Code passe aux règles particulières à certains contrats, et commence, dans ce tit. 5, par le plus important de tous ceux qui ont les biens pour objet; par celui qui établit les droits respectifs des époux, tant sur les biens que chacun d'eux possède, que sur ceux qu'ils peuvent acquérir pendant la durée de leur union; droits qu'ils sont libres d'établir et de régler comme bon leur semble, par leur contrat de mariage, mais qu'à défaut de conventions spéciales, la loi a eu la sage prévoyance de régler.

2. Le contrat par lequel l'homme et la femme s'unissent pour toujours, dans la vue de procréer des enfans et de les élever, en un mot le contrat de mariage proprement dit (1), qui unit les per-

---

(1) Ce mot a deux significations qu'il ne faut pas confondre. Tantôt

sonnes des époux , est sans doute le premier des contrats , dans l'ordre de la nature et dans l'ordre civil ; il est nécessaire pour remplir le but de la création , la propagation du genre humain. Il donne naissance aux familles , dont la réunion forme l'État , et en perpétue la durée , par les générations qui se succèdent de siècles en siècles.

Mais ce contrat auguste , institué , commandé même par l'auteur de la nature , n'ayant pour objet que l'union ou la société des personnes , abstraction faite des biens , ne suffit point , sur-tout depuis l'établissement de la propriété permanente , pour assurer la paix des familles. Chacun des époux a ou peut avoir des biens avant le mariage ; ils peuvent en acquérir depuis , soit par succession ou donation , soit par une collaboration commune , soit par une industrie particulière et par le produit de leurs économies. Or , à qui appartiendront les biens ? Comment seront-ils régis pendant le mariage ? Que deviendront-ils après sa dissolution ? Ces questions , et une infinité d'autres , qui en dérivent ou peuvent en dériver , ne sauraient demeurer indécises , sans oc-

on l'emploie pour signifier la convention par laquelle se forme l'union conjugale. C'est en ce sens que Pothier écrivant sur le mariage , a intitulé son *Traité du Contrat de mariage*.

Tantôt il signifie , comme dans la rubrique de ce titre , l'acte qui contient les conditions civiles du mariage , relativement aux biens que les époux possèdent au moment du mariage , ou qu'ils pourront acquérir depuis.

Le premier de ces contrats a pour objet l'union des personnes ; le second , qui n'en est qu'un accessoire , a pour objet les roits des conjoints , sur leurs biens présents ou futurs.



casionner des contestations entre le survivant des époux et les enfans , ou , à leur défaut , les héritiers collatéraux du prédécédé. Ces questions peuvent même intéresser des tiers , tels que les créanciers des époux. La sagesse prévoyante du législateur doit donc prévenir ces contestations , autant qu'il est possible , en établissant d'avance , par des lois claires et positives , des règles de décision dont l'application et les conséquences puissent guider le magistrat.

3. Car ce droit immuable et naturel , la première des lois , le supplément nécessaire de toutes les lois positives , ne nous donne sur ce point que des lumières insuffisantes. Il peut seulement , en ce qui concerne les droits des époux sur les biens , nous faire voir quels sont , chez les différens peuples , les dispositions législatives et les usages qui s'écartent plus ou moins de la droite raison et de l'équité , ou qui s'y trouvent entièrement contraires ; mais non pas nous montrer , d'une manière précise , s'il faut ou non établir entre les conjoints une société de biens , quelles en doivent être les conditions et comment elle doit être composée. La raison , d'accord sur ce point avec la législation , nous dit même qu'une société de biens quelconque n'est point nécessaire entre les deux époux pour remplir le but du mariage , et que la société des personnes peut exister sans la société des biens (1).

---

(1) C'est un point reconnu même par les auteurs qui ont montré

Sans doute il est de l'essence du mariage que les époux vivent en commun : c'est une société de personnes contractées pour toute la vie (1). La religion, les lois et la raison, enseignent également cette doctrine ; mais cette société, d'où naît entre les époux l'union la plus intime qui puisse exister entre deux êtres créés, n'empêche point qu'ils ne restent deux personnes réellement distinctes (2), qui peuvent avoir et qui ont en effet des intérêts séparés. Il est donc constant que la société de biens entre époux n'est point la suite nécessaire de la société des personnes : ce n'en est qu'un accessoire dont elle peut se passer.

4. Il est cependant vrai que cette union si intime des époux, cette société des personnes, qui ne doit finir qu'avec leurs vies, au moins dans le vœu des contractans et dans le vœu de la loi, conduit assez naturellement à confondre leurs biens, au moins quant à l'administration. Il est, certes,

le plus de penchant à faire dériver la société de biens entre époux, de l'indissolubilité du mariage. Voy. Nougarié, Lois du mariage, pag. 554, 555. Voy. aussi le discours du tribun Siméon, sur ce titre, pag. 431, édition de Firmin Didot.

(1) *Viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens*, Instit., de patriâ potestate, § 1, l. 9. *Consortium omnis vitæ*. Loi 1, ff de ritu nupt., 25. 2.

(2) Les lois anglaises, à la différence des lois romaines, ne considèrent les deux époux que comme une seule personne, et elles portent si loin l'effet de cette fiction, que la propriété des biens mobiliers de la femme (*personal chattels*) passe de plein droit, par la seule action de la loi, sur la tête de son mari, au moment du mariage. Voy. Blackstone, *Commentaries*, etc., book 2, chap. 29 of title of succession, marriage, etc., tom. II, pag. 455, édition in 8.°, Lond., 1783. Voy. aussi tom. I, pag. 444.

## 6      *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

convenable que la femme qui confie sa personne à son mari, lui confie également l'administration de ses biens. Les législateurs romains le reconnaissent expressément; mais leur prudence circonspecte ne leur permet pas de penser qu'il fût au pouvoir de la loi de l'ordonner, sans le consentement de la femme : *Quamvis enim bonum erat mulierem, quæ seipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere. Loi 8, Cod. de pactis conventis, etc., 5. 14.*

Il fallait donc une convention (1) pour donner au mari des droits sur les biens de la femme, même celui de les administrer et d'en employer les revenus aux dépenses communes du ménage. Faute de cette convention, les biens des époux demeureraient entièrement séparés. La femme conservait non seulement la propriété, mais encore l'administration et la disposition des siens. Le mariage seul et par lui-même, le mariage du droit des gens, qui ne consiste que dans le seul consentement des parties, ne conférait aucun droit au mari sur les biens de sa femme, s'il n'était accompagné ou suivi de certaines formalités, de certains rites accessoires, qui, d'ailleurs, n'étaient

---

(1) Voy. , outre la loi citée, Finestrès, *de jure dotium*, pag. 104; le Répertoire de jurisprudence, v.<sup>o</sup> *Dot*, pag. 180, § 2, n.<sup>o</sup> 12; 4.<sup>e</sup> édition; Nougarié, *Lois du mariage*, pag. 481, § 2.

point nécessaires à sa validité ; mais qui étaient indispensables pour faire passer sa personne et ses biens *in manum mariti*.

Telles sont la confarréation , la coemption , auxquelles il faut ajouter la prescription ou l'usage , *usus*. La confarréation était un genre de sacrifice dans lequel on employait un gâteau de farine , d'où il tirait son nom. La coemption était une vente imaginaire par laquelle le mari était censé acheter sa femme , et la femme acheter son mari. Enfin , l'usage ou la prescription , *usus* , était un moyen par lequel le mari était censé avoir acquis sa femme par prescription , si elle ne l'avait pas interrompue chaque année , en allant trois nuits de suite coucher ailleurs que chez son mari.

Cette prescription , établie par la loi des Douze Tables , fut abolie tant par des lois postérieures que par désuétude (1).

La confarréation devint tellement rare qu'on se plaignait , du tems de Tacite , de la difficulté de trouver des enfans nés d'un mariage par confarréation , seuls capables d'occuper certaines charges publiques , telles que celles de pontifes.

On introduisit généralement l'usage des dots , qu'on regarde en quelque sorte comme le prix au moyen duquel les femmes achetaient leurs maris (2) , mais qui , n'étant point un mode de faire passer la femme *in manum mariti* , lui conservait

---

(1) Voy. Heineccius , *Antiquit. rom.* , liv. 2 , tit. 8 , à la note.

(2) Voy. Gaius , liv. 1 , n<sup>o</sup>. 11 , de l'édition de Vérone.



la propriété et même l'administration et la disposition de ses autres biens.

Les lecteurs qui voudront connaître plus particulièrement tous ces anciens usages des Romains sur les mariages, pourront consulter les savans qui en ont traité *ex professo* avec beaucoup d'érudition (1), sans néanmoins être parvenus à dissiper toutes les obscurités d'une matière qui n'est plus pour nous qu'un objet de pure curiosité, et qui ne peut servir qu'à l'éclaircissement de quelques passages obscurs des auteurs latins, sans aucune espèce d'utilité pour l'intelligence ou le perfectionnement de notre législation.

Mais ils peuvent nous indiquer aussi pourquoi le régime des dots prévalut et devint si général : c'est que, d'un côté, il ne faisait point passer *in manum mariti* les femmes, naturellement jalouses de leur liberté (2), et que, de l'autre côté, les maris y trouvaient leur compte, en se faisant donner des dots considérables. Quoi qu'il en soit, nous croyons, nous, qu'il était seul en usage long-tems avant Justinien. Ce régime passa dans les Gaules avec le droit romain; et, avant la promulgation du Code civil, il était depuis bien des siècles suivi dans nos provinces, appelées de droit écrit, par

(1) Voy. Heineccius, *Antiquit. rom., juxta ordinem Instit.*, liv. 1, tit. 10; Brissonius, *de ritu nupt.*, de l'édition de Trekel, 1747; Hotomannus, *de ritu nupt. et jure connub.*; et surtout Thomasius, *de usu practico doctrinae, Inst. de nupt.*, dissert. 105, tom. III, pag. 721.

(2) Il est certain que les femmes qui n'étaient point *in manum mariti*, étaient plus indépendantes que sous aucun autre système de législation.



la raison que le droit romain y avait force de loi. C'est de là qu'en y faisant les changemens jugés nécessaires, le Code a tiré ses dispositions sur le *régime dotal*, que nous expliquerons *infra*, chap. 2.

5. Dans le reste de la France, à très-peu d'exceptions près, par un usage dont l'origine semble antérieure au berceau même de la monarchie, le mari, à moins qu'il ne fût intervenu une convention contraire, avait l'administration de tous les biens immeubles que la femme possédait au moment du mariage. Quant à ses meubles et aux biens meubles ou immeubles acquis depuis par l'un ou l'autre des conjoints, autrement que par succession, le mari en avait la propriété pendant le mariage, comme nous le verrons bientôt, sans pouvoir néanmoins en disposer par acte de dernière volonté. La femme n'y avait qu'un droit éventuel, qui ne devenait actuel qu'à la dissolution du mariage; époque à laquelle ils étaient partagés par moitié entre elle et les héritiers directs ou collatéraux du mari, ou entre ceux-ci et l'épouse survivante. C'est ce qu'on appelle *le régime en communauté*.

Les coutumes avaient donc établi entre les époux une communauté de biens légale, quoique éventuelle, à laquelle néanmoins ils pouvaient déroger comme bon leur semblait par leur contrat de mariage. Ainsi, le principe proclamé par le droit romain, que c'est essentiellement la volonté des contractans qui doit seule régler les conventions matrimoniales avec une entière liberté, n'était point violé par cet établissement.

La coutume présumait seulement que la volonté des époux, qui n'avaient point dérogé à sa disposition, avait été de vivre sous le régime de la communauté.

Tel était l'état de notre législation à l'époque où l'on s'occupa du grand projet d'un Code de lois uniforme pour toute la France. Son territoire était partagé entre le régime de la communauté et le régime dotal.

6. Le projet que présenta, le 24 thermidor an VIII, la commission nommée par le Gouvernement, pour la rédaction du nouveau Code, s'étendit, dans le titre qui traite du *contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, presque uniquement sur les règles du régime de la communauté, tant légale que conventionnelle, et garda le silence sur celles du régime dotal. Seulement, dans la section qui traite *des conventions exclusives de toute communauté*, elle plaça un petit nombre de dispositions, qui se rapportaient au régime dotal, mais qui en détruisaient l'un des points regardés anciennement comme fondamentaux, l'inaliénabilité de la dot.

Il est vrai que l'art. 1<sup>er</sup>. du projet consacrait le principe, que « les époux règlent librement les conditions de leur union. »

Mais à ce principe de raison il ajoutait que, néanmoins, « ils ne peuvent stipuler qu'elles seront réglées par aucune *des lois, statuts, coutumes et usages*, qui ont régi jusqu'à ce jour les diverses parties du territoire de la république : toute disposition ainsi conçue est nulle. »

Il en résultait que les futurs époux ne pouvaient, sous peine de nullité, stipuler qu'ils se marieraient suivant les principes du droit écrit. D'ailleurs, ces principes n'étaient pas uniformes dans les ressorts des différens Parlemens; ils n'étaient point rassemblés dans un seul corps de doctrine.

Ainsi, pour se marier suivant les principes du droit écrit, il aurait fallu insérer dans le contrat une longue série de stipulations, dans lesquelles il eût été difficile de n'en pas oublier d'importantes.

Ajoutez à cela que le projet portait, art. 10, « qu'à défaut de contrat de mariage et de conventions spéciales, les droits des époux sont déterminés par les règles contenues au chapitre suivant, » qui traitait de la communauté légale.

Ainsi, cet article faisait du régime de la communauté le droit commun de toute la France, et pour en faciliter l'exécution, le chapitre auquel il renvoyait, après avoir abrogé toutes les coutumes, qui contenaient sur ce point des règles très-différentes, avait rassemblé dans un seul corps les règles de la communauté légale, qui devaient être suivies à l'avenir. En un mot, le projet avait constitué le régime de la communauté, et n'avait point constitué le régime dotal.

Le rapprochement de ces articles ainsi combinés donna l'éveil, et fit naître dans les pays de droit écrit l'opinion que les conventions matrimoniales établies par le droit romain étaient interdites, et le régime dotal prohibé; que la liberté des con-



trats de mariage était circonscrite dans le cercle des modifications dont pouvait être susceptible le régime de la communauté, qui allait devenir le droit commun de toute la France.

Cette opinion excita dans les contrées méridionales un mécontentement général. Il en résulta des réclamations vives et même mêlées d'aigreur et d'amertume, qui furent un avertissement pour le Conseil d'état. La section de législation présenta à la discussion du Conseil d'état, le 6 vendémiaire an XII, un nouveau projet qui contenait de grands changemens relativement aux dots des femmes ; mais le régime dotal n'y était point encore constitué, et les dispositions qui s'y rapportaient continuaient d'y être rangées dans la section *des conventions exclusives de la communauté*. Le régime en communauté y était toujours présenté comme le droit commun de la France, et ce principe fut enfin adopté, non sans réclamations, dans la seconde séance de la discussion, le 13 vendémiaire an XII.

Mais la vivacité des discussions et les difficultés qu'elles firent naître achevèrent d'éclairer le Conseil d'état, et firent sentir que le projet était encore trop défectueux et trop imparfait pour réunir les suffrages ; la discussion fut ajournée, et les propositions déjà adoptées furent renvoyées à la section de législation, que l'on chargea de les rédiger en articles.

7. Dans la séance du 4 brumaire an XII, elle soumit de nouveau à la discussion du Conseil le titre entier *du contrat de mariage et des droits res-*

*pectifs des époux*, rédigé conformément aux amendemens adoptés dans les séances précédentes ; mais elle y avait prudemment ajouté , sur le régime dotal, un chapitre entier et nouveau, composé de plusieurs sections, où elle avait rassemblé toutes les dispositions du droit écrit qu'il paraissait convenable de conserver sur ce régime. Ce chapitre a passé dans le Code presque sans aucun changement. Il fixe d'une manière uniforme les règles du régime dotal, comme le précédent chapitre avait fixé celles de la communauté légale. A ce moyen , le régime dotal se trouvait constitué, aussi bien que le régime de la communauté ; ce qui applanissait toutes les difficultés, et faisait évanouir toutes les défiances qui s'étaient élevées entre les partisans du régime de la communauté et ceux du régime dotal. Ceux-ci ne pouvaient plus raisonnablement soupçonner qu'on eût l'intention secrète d'abroger tacitement ce dernier régime.

Ainsi cessaient les réclamations que ce soupçon avait fait naître contre la sage disposition qui forme aujourd'hui l'art. 1390 du Code , et qui défend aux futurs époux « de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée » par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux, » qui régissaient ci-devant les diverses parties du » territoire français, et qui sont abrogés par le » présent Code. »

Cette prohibition était non seulement sage, mais encore nécessaire, pour empêcher qu'on ne pût rouvrir le dédale des coutumes diverses que le

Code a voulu fermer. Son but serait totalement manqué, s'il avait laissé se perpétuer comme lois de l'État, au gré du caprice des particuliers, cette foule d'usages divers qui couvraient le territoire français; usages néanmoins dont ils peuvent toujours conserver, dans leurs conventions matrimoniales, par des stipulations spéciales, les dispositions qui pourraient leur plaire, pourvu qu'ils ne s'y réfèrent pas d'une *manière générale* (1).

Cette disposition est d'ailleurs immédiatement suivie d'une autre qui forme l'art. 1391 du Code, et qui fait entièrement taire les plaintes que faisaient les partisans du régime dotal. Cet article porte : « Ils (les époux) peuvent cependant déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal. »

Il ajoute : « Au premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de

(1) Il paraît résulter de ces dernières expressions qu'on peut, pour l'exécution d'une clause insérée dans le contrat de mariage, se référer *spécialement* à tel article de nos anciennes coutumes. Par exemple, après avoir stipulé qu'en cas d'aliénation des propres de l'un des conjoints, il en sera fait emploi, on peut ajouter que ce emploi sera fait conformément aux dispositions et aux principes de l'art..... de la Coutume de Bretagne, qui veut que le emploi soit fait en terres. Ce n'est point là stipuler d'une *manière générale* que l'association sera réglée par la Coutume de Bretagne.

On peut, en faveur de cette opinion, tirer une induction d'un arrêt de la Cour de cassation, du 19 juillet 1810, Sirey, tom. X, pag. 20, 345 et 361, qui a déclaré valable une institution testamentaire, quoique le testateur eût dit qu'il entendait qu'elle eût son effet selon une coutume abrogée.

• leurs héritiers seront réglés par la disposition du  
• chap. 2 du présent titre.

• Au deuxième cas, et sous le régime dotal,  
• leurs droits seront réglés par les dispositions du  
• chap. 5, » qui traite du régime dotal (1).

Cet article tient, comme on voit, la balance égale entre les deux régimes, puisque les futurs époux, ceux même qui habitent les pays ci-devant coutumiers, sont libres de choisir l'un ou l'autre de ces régimes, par la déclaration la plus simple et la plus facile.

8. Mais il fallait prévoir le cas le plus ordinaire, celui où les époux n'ont fait aucune déclaration, aucun contrat de mariage. Nous avons vu que les coutumes concluaient de leur silence qu'ils avaient eu la volonté de vivre en communauté.

C'était en effet une présomption fort naturelle, de penser qu'en formant une société si intime de leurs personnes, une société qui ne doit finir qu'avec leurs vies, les deux époux voulaient aussi former une société de biens, et ne pas laisser leurs intérêts respectifs perpétuellement isolés. Les coutumes leur avaient épargné l'embarras de stipuler les conditions de leur société, en établissant les

---

(1) Le contrat de mariage qui porterait vaguement que les époux se marient sous le régime dotal, serait bien imparfait; car, quoique la loi indique les moyens de l'exécuter, il faut au moins exprimer quels seront les biens qui auront le caractère de dotaux; autrement, tous ceux de l'époux seraient paraphernaux (1575). Au contraire, la déclaration de se marier sous le régime de la communauté n'offre aucun doute, aucune difficulté. Le Code a réglé les droits et intérêts des parties plus clairement peut-être qu'elles ne l'auraient fait elles-mêmes.



règles d'une communauté légale. C'était un contrat de mariage tout rédigé que la loi leur proposait, et qu'elles étaient censées agréer, faute d'y déroger et d'en changer les articles qui pouvaient leur déplaire. Cette législation était sage.

Sous le régime dotal, le droit écrit ne statuait rien sur le cas où les deux époux n'avaient pas fait de contrat de mariage (1), et faute d'une stipulation de dot, chacun des deux époux, la femme comme le mari, conservait la libre jouissance et la pleine disposition des biens qu'il possédait avant le mariage, et de ceux qu'ils acquéraient depuis. Leurs intérêts demeuraient entièrement isolés. C'était une chose bizarre de voir dans la même maison deux personnes unies pour leurs vies, assujetties à des soins, des services, des besoins, des dépenses et des droits communs, et qui cependant n'avaient point d'intérêts communs. Cet ordre de choses ne pouvait être avoué par la raison. Il était nécessaire que la loi suppléât à l'imprévoyance des époux, qui n'ont fait avant leur mariage aucunes conventions sur leurs intérêts respectifs. En un mot, il fallait établir sur ce point un droit commun pour toute la France, où l'on ne connaissait que deux systèmes sur le règlement des droits des époux, le régime dotal et celui de la communauté.

Or, il semble évident qu'on ne pouvait choisir

---

(1) Voy. le discours du tribun Albisson, dans l'Exposé des motifs, édition de Firmin Didot, tom. V, pag. 420.



pour droit commun le régime dotal, qui ne réglait rien dans le cas qu'il s'agissait de régler.

Restait donc le régime de la communauté légale, qui prévoit tout, qui supplée à tout. Ce motif le fit préférer et adopter, comme étant d'ailleurs plus conforme aux mœurs et aux habitudes de la majorité de la Nation, et comme mieux approprié à la nature et à la fin de l'association conjugale, la société perpétuelle des personnes conduisant naturellement à la société des biens, laquelle tend à faire prospérer les ménages, par l'affection que chacun porte à la chose commune.

Cette adoption ne pouvait exciter de plaintes dans la classe des gens riches, qui règlent presque toujours leurs conventions matrimoniales par un contrat spécial. C'était un véritable bienfait pour les classes pauvres ou peu fortunées, sous une législation qui n'assure aucun avantage légal à l'épouse d'un mari que la fortune a favorisé, et qui meurt sans avoir avantagé sa veuve, sans avoir disposé de rien en sa faveur. Elle partage au moins le fruit de leur collaboration, et de leurs économies communes.

L'adoption de la communauté légale pour droit commun de la France, a donc passé dans l'article 1595 du Code, qui porte : « A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient (1), les règles éta-

---

(1) Il résulte de là que si, comme il est quelquefois arrivé, le contrat de mariage est rédigé d'une manière si équivoque et si obscure,

» blies dans la première partie du chap. 2, for-  
» meront le droit commun de la France. »

9. On voit, par les détails où nous sommes en-  
tré, que le titre qui traite *du contrat de mariage*  
*et des droits respectifs des époux*, se divise natu-  
rellement en deux chapitres, sauf les subdivi-  
sions convenables à l'objet et à la matière de cha-  
que chapitre, l'un qui contient les règles du ré-  
gime de la communauté, l'autre celles du régime  
dotal.

Mais il y a des dispositions générales communes  
aux deux régimes, et à tous les époux sans dis-  
tinction.

L'explication de ces règles générales doit pré-  
céder l'explication des règles particulières; elles  
sont contenues dans le chap. 1.

---

## CHAPITRE PREMIER.

### *Dispositions générales.*

#### SOMMAIRE.

10. *Les conditions du contrat de mariage sont entièrement li-  
bres; rien n'y est défendu que ce qui est contraire aux  
bonnes mœurs, ou à une disposition spéciale de la loi.  
Motifs de cette liberté. (Art. 1387).*
11. *Les règles tracées par la loi sur la communauté ou le ré-*

---

qu'on ne sache quel régime ont choisi les futurs, il faut décider que  
c'est le régime de la communauté qu'il faut suivre. Voy. un arrêt de la  
Cour de Turin, du 23 juillet 1808.



*gime dotal ne sont que des conseils, que l'on est libre de suivre ou de ne pas suivre.*

12. *On ne peut déroger aux droits de la puissance maritale ou paternelle, ni aux dispositions prohibitives du Code. ( Art. 1388 ).*
13. *Distinction entre les règles qui tiennent à l'ordre public, celles qui régissent les personnes et celles qui ne se rapportent qu'aux biens. Développement.*
14. *On ne peut stipuler qu'il sera permis à la femme de vendre ses biens sans l'autorité du mari. ( Art. 1538 ).*
15. *On ne peut, par le contrat de mariage, renoncer à l'usufruit paternel,*
16. *Ni déroger aux dispositions prohibitives du Code. Quelles sont ces dispositions. Exemples.*
17. *La clause d'un contrat de mariage est encore nulle, si l'on n'y a pas observé les conditions nécessaires pour la validité des conventions en général.*
18. *Application à la clause par laquelle les conjoints renoncent à s'avantager pendant le mariage. Nullité de cette clause.*
19. *On ne peut insérer aucune clause dont l'effet serait de changer l'ordre des successions. ( Art. 1389 ). Développement.*
20. *Conséquence relative aux abus des stipulations de propres.*
21. *Nullité de la clause que la femme ne pourra renoncer à la communauté, et de celle qu'elle ne sera pas tenue aux dettes, en raison de son émolument.*
22. *Texte des art. 1394, 1395, 1396 et 1397.*
23. *Ce qu'on entend par conventions matrimoniales.*
24. *L'art. 1394 exige qu'elles soient rédigées avant le mariage; ce qui ne paraît pas conforme à la raison.*
25. *Il en est de même de l'art. 1395, qui porte qu'elles ne peuvent recevoir de changement après le mariage.*
26. *L'ancienne jurisprudence n'y permettait aucun changement, même avant le mariage, sans le consentement des parens, et ce, sous peine de nullité.*
27. *Parce qu'anciennement, suivant un usage des peuples d'origine germanique, on ne pouvait donner ses immeubles, sans le consentement de ses héritiers. Texte de la Coutume de Bourgogne.*

**20      *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.***

- 28. On exigeait, pour la validité de tous les contrats entre époux, la présence des parens habiles à succéder.**
- 29. Ce qui fait voir que leur présence n'était exigée que pour l'intérêt de la famille.**
- 30. Même raison pour la nécessité de leur présence aux contre-lettres. Arrêt qui juge la nullité d'une donation que se firent les époux la veille de leur contrat de mariage, sans y avoir appelé les parens.**
- 31. Telle est l'origine du principe ancien que les contrats sont censés intervenus entre les deux familles.**
- 32. Il fut changé en 1762, par un règlement qui établit en principe que les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des conventions intervenues entre les seules parties contractantes.**
- 33. Il devait en résulter qu'elles pouvaient être changées par les époux.**
- 34. Mais le texte des coutumes n'avait point changé avec les principes sur lesquels il était fondé, et il continua de défendre tout avantage indirect. Or, tout changement contenait nécessairement un avantage en faveur d'un des époux.**
- 35. Les lois postérieures permirent les dons entre époux. Ainsi, plus de motifs pour annuler les conventions et les changemens postérieurs à la célébration.**
- 36. Aussi les art. 1394 et 1395 ne les déclarent pas nuls.**
- 37. Leur silence sur la nullité suffit pour décider qu'ils ne sont pas nuls.**
- 38. Ces changemens et conventions postérieurs à la célébration sont seulement révocables.**
- 39. Marche analogue du Code et de l'ancienne jurisprudence.**
- 40. Si elles ne sont pas révoquées, elles sont confirmées par la survie du conjoint avantagé. Exemples.**
- 41. Application de ces principes aux ventes et autres contrats passés entre les conjoints. (Art. 1595).**
- 42. Comment les conventions matrimoniales peuvent être changées par des contre-lettres antérieures au mariage. Il faut la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat.**

43. *Si les changemens et les contre-lettres sont deux choses différentes.*
44. *Autrefois on regardait les additions comme un changement prohibé.*
45. *Origine du mot contre-lettre. Elles n'ont rien d'illicite, et sont obligatoires pour les parties qui les ont signées.*
46. *Mais les contre-lettres secrètes sont suspectes; et comme autrefois la présence des parens aux contrats de mariage était nécessaire, la Coutume de Paris déclara nulles les contre-lettres passées hors de la présence des parties qui y avaient assisté.*
47. *Quand leur présence cessa d'être nécessaire aux contrats de mariage, il n'y eut plus de raison pour l'exiger aux contre-lettres; cependant on continua de l'exiger.*
48. *Incohérence choquante de cette jurisprudence. Pour la sauver, on imagina un nouveau motif de la nécessité de la présence des parens aux contre-lettres.*
49. *Insuffisance de ce nouveau motif.*
50. *Le Code en est revenu aux vrais principes, en n'exigeant, pour la validité des contre-lettres, que la présence des personnes qui ont été parties au contrat.*
51. *Quelles sont ces personnes.*
52. *Les donateurs étrangers sont parties au contrat, et leur présence est nécessaire pour la validité des contre-lettres.*
53. *S'il y avait deux donateurs, et que la donation faite par l'un fût réduite par la contre-lettre, nonobstant l'opposition de l'autre donateur, la contre-lettre serait nulle, ainsi que la réduction.*
54. *Le donateur qui s'est opposé à la réduction pourrait même révoquer sa donation.*
55. *Le pourrait-il, si le changement fait à la première donation avait été fait sans l'appeler?*
56. *Quid, si le donataire faisait lui-même annuler la contre-lettre?*
57. *Si les changemens n'intéressaient que les futurs, et non les autres parties, serait-il nécessaire d'appeler ces derniers?*
58. *Non, ce sont des additions et non des contre-lettres.*
59. *Opinion contraire de Pothier réfutée.*

60. *Source de l'erreur de Pothier.*

61. *Il n'est pas douteux, sous l'empire du Code, que les donations que se font les futurs avant leur contrat de mariage ne soient valides. Opinion contraire de M. Delvincourt réfutée.*

62. *Les contre-lettres entre l'un des futurs et un tiers sont nulles.*

63. *Opinion de M. Delvincourt, qui pense que la remise de la dot, faite par le gendre à son beau-père avant la célébration, est valide, examinée et réfutée. Double erreur de cette opinion.*

64. *Si la contre-lettre ne faisait remise que des intérêts ou ar-rérages, elle n'en serait pas moins nulle.*

65. *Elle serait valable, si elle était faite du consentement de toutes les parties, mais non contre des tiers.*

66. *A moins qu'elle ne fût rédigée à la suite du contrat et transcrite au pied de la grosse.*

67. *Si le notaire omettait de transcrire la contre-lettre au pied de la grosse, il serait soumis aux dommages et intérêts des parties.*

68. *Erreur de M. Delvincourt, qui pense qu'on pourrait l'op-poser aux tiers, sauf le recours de ceux-ci contre le no-taire.*

69. *Résumé de ce qu'on a dit sur les contre-lettres.*

70. *Formalités particulières aux contrats de mariage des com-merçans.*

71. *Disposition commune à tous les contrats de mariage. Ils doivent être passés devant notaires, avec minute, suivant toutes les formalités de la loi sur le notariat.*

10. Ce chapitre commence par consacrer le sage principe de la plus grande liberté dans les conventions matrimoniales. Les époux peuvent non seulement soumettre leur société au régime dotal ou à celui de la communauté, mais ils peuvent encore faire aux règles tracées par la loi,



concernant l'un ou l'autre des deux régimes, tels changemens, telles modifications que bon leur semble (1527). Ils peuvent même exclure expressément toute espèce de société de biens entre eux, et tenir entièrement séparés leurs biens et leurs intérêts pécuniaires (1536). Il ne faut donc pas demander s'il est permis d'insérer telle clause ou condition dans un contrat de mariage, mais plutôt si elle est défendue. C'est dans cette matière sur-tout qu'il faut appliquer dans toute son étendue la grande et générale maxime, que ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. Ainsi, liberté entière dans les conventions matrimoniales. Rien n'y est commandé par la loi, rien n'y est défendu, que ce qui blesse l'ordre public ou les bonnes mœurs.

« La loi, dit l'art. 1387, ne régit l'association conjugale, *quant aux biens*, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre sous les modifications qui suivent. »

On peut remarquer trois dispositions dans ce texte. La première, que la loi ne peut imposer à l'association conjugale, *quant aux biens*, aucune condition contraire à la volonté des époux.

La seconde, qui est une conséquence de la première, qu'ils peuvent faire dans leur contrat de mariage telles conventions que bon leur semble.

La troisième contient la modification des précédentes.

La première disposition concernant la liberté



des conventions matrimoniales, *quant aux biens*, est dictée par la raison. Il faut encourager les mariages, cette source des familles, qui forment et perpétuent l'Etat. Or l'homme, indépendant par sa nature, fuit la contrainte; la moindre gêne à ce qu'il dispose, pendant le mariage, de ses biens présents et futurs, l'obligation de travailler pour partager le fruit de son industrie et de son labeur avec les héritiers d'une épouse, pourrait suffire pour détourner tel individu du mariage, que trop de gens, malheureusement, considèrent comme une chaîne. La liberté des conventions matrimoniales est donc fondée sur un intérêt d'ordre public.

11. Sans gêner cette liberté, on a jugé non seulement commode, mais utile pour les citoyens, de tracer séparément les règles qui s'adaptent le mieux au régime de la communauté, et celles qui ont paru le mieux convenir au régime dotal. Ce sont des conseils offerts par la sagesse des législateurs à tous les citoyens, et qui les dispensent de prendre un conseil étranger. S'ils veulent déroger à ces règles, il leur suffit d'exprimer les modifications qu'ils y veulent faire.

Au reste, ce principe, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, n'est pas nouveau : on le trouve dans tous nos anciens auteurs ; mais il était convenable de le consacrer par la loi même, avec les exceptions qu'il comporte, pour servir de règle de conduite aux tribunaux. Ces exceptions, outre les clauses qui seraient contraires aux bonnes mœurs, et qui



ne peuvent jamais être valablement insérées dans aucun contrat, quelle qu'en soit la nature, sont énoncées dans les articles suivans.

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

Cette énumération fit naître d'assez grandes discussions dans les conférences tenues au Conseil d'état. Les uns regardaient ces détails comme inutiles et dangereux; ils disaient qu'il fallait s'en tenir à la maxime générale qui a existé de tous tems, et qui n'admet, pour limites des conventions matrimoniales, que l'ordre public et les bonnes mœurs, et qu'il fallait laisser aux tribunaux le soin d'en déduire les conséquences; qu'il n'y a point en cela d'arbitraire, dès qu'il existe une règle assez clairement posée pour que les juges y trouvent un guide sûr, et que la fausse application qu'ils en pourraient faire peut et doit être réprimée.

Mais on croit que, dans la réalité, l'opposition venait sur-tout de ce qu'il résultait de l'article, que la femme ne pourrait vendre ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari; ce qui était contraire aux dispositions du droit écrit sur le régime dotal, qu'on craignait toujours de voir supprimer ou altérer. Aussi quelques membres

distingués exigeaient nettement, pour adopter le projet; que l'on donnât plus d'étendue aux dispositions sur le régime dotal, et qu'on les présentât rassemblées avec autant de développemens qu'on en avait donné à celles qui concernent la communauté légale. En attendant, l'article fut adopté, et il a passé dans le Code. Ses dispositions nous paraissent nécessiter, pour leur éclaircissement, quelques développemens tirés des conférences tenues au Conseil d'état.

13. Notre art. 1388 dit que les époux ne peuvent déroger, ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfans, ou qui appartiennent au mari, comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux, etc.

On convenait en général qu'il faut distinguer, par rapport au mariage, les règles qui tiennent à l'ordre public, et qui régissent les personnes, de celles qui ne se rapportent qu'aux intérêts pécuniaires des époux. La liberté de déroger aux règles établies par la loi, relativement au mariage, ne doit exister que pour celles qui concernent les intérêts pécuniaires, et qui sont contenues principalement dans le tit. 5.

Mais les règles qui concernent l'ordre public, et qui régissent les personnes et leurs droits personnels, doivent demeurer invariables : la loi ne doit permettre aux parties d'y déroger par aucunes stipulations générales ni spéciales. C'est à ces sortes de règles que se rapporte notre art. 1388.

Ainsi, le Code défend toute stipulation qui au

rait pour objet de changer de main le sceptre du ménage, et de rendre indépendante la femme, que la nature et les lois divines et humaines ont mise sous la dépendance du mari. On ne pourrait donc stipuler qu'elle aura l'administration des biens de la communauté, ni de ceux du mari. Celui-ci ne peut donc se départir de la puissance maritale, telle qu'elle est définie dans le liv. 1<sup>er</sup>. du Code, ni renoncer à aucun des droits que lui donne la loi, en sa qualité de mari ou de père, pour les conférer à sa femme. Celle-ci ne peut également renoncer à aucun des droits que lui donne la loi, en cas de survie. On ne pourrait donc stipuler qu'en cas de veuvage, elle restera sans autorité sur ses enfans; on ne pourrait également stipuler qu'une femme mariée très-jeune n'aura, en cas de décès du mari, la tutelle de ses enfans qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Tous ces points sont réglés par des dispositions qui régissent les personnes et leurs droits, indépendamment de leurs intérêts pécuniaires.

14. Mais il y a des stipulations qui paraissent n'avoir rapport qu'aux intérêts pécuniaires des époux, et qui cependant tiennent à l'ordre public : par exemple, la stipulation que la femme pourra vendre de ses biens sans autorisation du mari.

Cette faculté empêche-t-elle que la femme, qui peut exclure tels et tels biens de la communauté, ou même les en exclure tous, ne soit entièrement sous la dépendance de son mari, quant à sa personne ?

Chez les Romains la femme pouvait, sans autorisation, aliéner ses biens paraphernaux. Ce fut principalement cette considération qui fit naître, sur ce point, une discussion assez vive dans les conférences tenues au Conseil d'état.

Mais quels que fussent à cet égard les principes du droit romain, la femme mariée est, en France, frappée d'une incapacité légale d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles, sans l'autorisation de son mari (217), comme le mineur d'aliéner les siens, sans les formalités prescrites. Cette incapacité est d'ordre public, et s'étend même aux femmes non communes en biens, ou séparées. Il n'est donc pas au pouvoir des époux de la faire cesser par des stipulations générales ou spéciales, et de rendre ainsi à l'épouse la capacité que la loi lui refuse : *Privatorum pactis non potest immutari jus publicum. Loi 38, ff de pactis, 2. 14.*

Le Code ne s'est même pas borné, sur ce point, à la conséquence qui naît de l'art. 1588; il a expressément prononcé, dans un article exprès (1538), que « dans aucun cas, ni à la faveur » *d'aucune stipulation*, la femme ne peut aliéner » ses immeubles sans le consentement spécial de » son mari, ou, à son refus, sans être autorisée de » la justice. Toute autorisation générale d'aliéner » ses immeubles, donnée à la femme, soit par » contrat de mariage, soit depuis, est nulle. »

La même prohibition, relativement aux biens paraphernaux, est répétée dans l'art. 1576.

Remarquons en passant que l'incapacité d'aliéner ses biens, dont la femme est frappée, n'a



point été étendue à la capacité de les administrer, comme nous le verrons dans la suite.

15. L'usufruit des biens des enfans, que l'article 384 défère au survivant des père et mère, paraît d'abord une disposition purement relative aux intérêts pécuniaires, plutôt qu'une disposition de droit public; car cet usufruit cesse en plusieurs cas, et ne s'étend point aux biens donnés ou légués, sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas (387), quoique les conditions contraires au droit public, mises à un legs ou à une donation, soient réputées non écrites (900).

Cependant, le Code a fait de cet usufruit une attribution de la puissance paternelle, à laquelle, par conséquent, le mari ne peut renoncer; et ce qui lève toute espèce de doute sur notre question, c'est que l'art. 1388 porte expressément que les époux ne peuvent renoncer aux droits conférés au survivant par le titre de la puissance paternelle, et par le titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

16. La disposition finale de notre art. 1388 ajoute que les époux ne peuvent déroger aux *dispositions prohibitives du présent Code*; sur quoi il faut observer qu'une expression *négative* ne constitue pas une *prohibition*, suivant la remarque sensée de notre illustre compatriote Bigot de Préameneu (1). La nullité ne doit donc être prononcée qu'à l'égard des clauses contraires aux

---

(1) Voy. le Procès-Verbal des conférences, pag. 45.



dispositions vraiment prohibitives, dont l'article 1521 nous donne un exemple dans la convention que l'un des époux ne supportera pas, dans les dettes de la communauté, une part égale à celle qu'il prend dans l'actif, ou qu'il en supportera une plus forte.

L'art. 791 en donne un autre exemple, en disant « qu'on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. »

Cette disposition ne s'applique pas seulement aux successions que la loi défère, mais encore aux successions contractuelles, c'est-à-dire aux institutions d'héritiers faites dans un contrat de mariage. L'institué n'y peut pas plus renoncer avant leur ouverture qu'à une succession où il est appelé par la loi.

La Cour de Riom a fort bien jugé, par arrêt du 11 avril 1811 (1), qu'on ne peut renoncer à une donation de biens présents et à venir du vivant du donateur, même avec le consentement de celui-ci.

Ainsi, après avoir, en les mariant, institué pour héritiers son fils et sa fille, un père ne pourrait valablement les faire intervenir dans le contrat de mariage qu'il passerait avec une seconde épouse, pour les faire consentir aux avantages qu'il veut lui faire, et les obliger à les exécuter, quand même

---

(1) Sirey, tom. XV, pag. 71.



il mettrait , au retour de leur consentement , la condition qu'il ne pourrait aliéner ses biens , à quelque titre que ce soit ; car la prohibition d'aliéner est une condition réprouvée par la loi , qui veut que tous les biens soient dans le commerce.

On ne pourrait encore, par contrat de mariage, renoncer au droit de faire un testament, afin d'assurer aux enfans à naître un plus grand avantage.

17. La nullité des clauses d'un contrat de mariage peut aussi résulter de la seule conséquence d'un texte prohibitif, et sur-tout du défaut d'observation de l'une des conditions essentielles pour la validité des conventions en général , et expliquées par le Code, liv. 3 , tit. 5 , chap. 2 ; car, quelle que soit la faveur des conventions matrimoniales , elles ne sont dispensées d'aucunes des conditions que la loi a jugés nécessaires pour la validité de toutes les conventions en général.

Ainsi par exemple, le Code civil admet, comme les lois romaines, ce principe commun à toutes les conventions, qu'on ne peut valablement stipuler que ce qui nous est de quelque utilité : *Nemo potest utiliter stipulari quod sua non interest* (1). Cela résulte de l'art. 1119, où il est dit qu'on ne peut en général s'engager *ni stipuler en son propre nom que pour soi-même*. Ainsi, sous le Code comme sous les lois romaines, *aucune stipulation n'est valable, si celui qui stipule n'y a aucun intérêt*.

---

(1) Voy. ce que nous avons dit sur ce principe, tom. VI, n.º 146, avec la note *ibid.*

On ne pourrait donc, même par contrat de mariage, s'engager à ne pas vendre sa maison sans l'agrément du voisin (1).

18. Appliquons ces principes à une clause assez souvent insérée dans les contrats de mariage, et par laquelle les futurs renoncent à la faculté, que la loi leur accorde, de s'avantager l'un l'autre pendant le mariage. La validité de cette clause était controversée avant les lois nouvelles (2). Deux arrêts l'avaient jugée valide (3), et la jurisprudence inclinait vers cette décision. Le motif principal de ceux qui croyaient la renonciation valable, était qu'elle ne faisait que replacer les époux sous le droit commun, qui, sauf quelques exceptions, leur défendait de s'avantager pendant le mariage. Or, le retour au droit commun est toujours favorable.

Mais la loi du 11 nivôse an II changea entièrement les principes anciens. Elle érigea en droit commun la faculté de s'avantager entre époux, et le Code civil a confirmé cette disposition par l'art. 1094. La clause par laquelle les époux renoncent à s'avantager pendant le mariage reste donc soumise au principe commun à toutes les

(1) *Nemo pascendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat; ne, vicino invito, prædium alienet.* Loi 61, § de pactis, 2. 14.

(2) Voy. absolument le plaidoyer de M. Merlin, dont les conclusions furent suivies par un arrêt de la Cour de cassation, du 31 juillet 1809. Répertoire de jurisprudence, v.<sup>o</sup> *Renonciation*, tom. XI, p. 290, n.<sup>o</sup> 3, 4.<sup>e</sup> édition. La question y est sagement traitée.

(3) Et ils étaient conformes aux opinions alors reçues. Voy. *infra*.

conventions, et consacré par le Code, qu'il n'y a point de stipulation valable, s'il n'existe point d'intérêt en faveur de celui qui stipule.

Or, loin que les époux aient intérêt à s'enchaîner d'avance, en renonçant à une faculté aussi naturelle que celle de s'avantager, il est évident qu'ils ont intérêt de la conserver en tout événement; car elle ne peut jamais leur être nuisible, puisque l'époux donateur est toujours le maître de révoquer sa donation, s'il a du regret de l'avoir faite (1096). La clause de renonciation à s'avantager est donc nulle sous l'empire du Code civil.

Ajoutez à ces raisons que l'art. 1130 porte qu'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, même du consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

En combinant cet article avec l'art. 1082, il en résulte clairement qu'on peut bien, par contrat de mariage, disposer d'une succession future en faveur des époux qui se marient, mais que les époux eux-mêmes ne peuvent pas, en se mariant, disposer de leur succession en faveur de personnes tierces.

Or, un époux qui, en se mariant, renonce à la faculté d'avantager son époux et d'être avantagé par lui, ne fait rien pour son intérêt. Il ne peut avoir en vue que l'intérêt de ses héritiers; il est censé, en faisant cette renonciation, promettre à ses héritiers de ne pas disposer de ses biens à leur préjudice; promesse qui a pour objet sa succession future. Cette renonciation est donc nulle, comme contraire à la disposition prohibitive de

l'art. 1130. Elle est par conséquent comprise sous l'exception que met à la liberté illimitée des conventions matrimoniales l'art. 1388, qui porte que les époux ne peuvent déroger aux dispositions prohibitives du présent Code.

La Cour de cassation a consacré la nullité de la clause par laquelle les époux renoncent à s'avantager, dans un arrêt du 31 juillet 1809, dont voici en peu de mots l'espèce et les motifs :

Le 25 frimaire an IX, contrat de mariage entre Jean-Florentin Michaut et Marie-Madelaine Tiercelin, par lequel ils se donnent réciproquement l'usufruit seulement du mobilier du premier mourant, « et en faveur de cet avantage, ils renoncent à se faire d'autres donations, en exécution de la loi du 4 germinal an VIII, au bénéfice de laquelle ils renoncent absolument, et consentent dès-à-présent la nullité de celles qui pourraient être faites, de telle nature qu'elles soient, au mépris de la présente convention. »

Le 29 brumaire an XII, ladite Tiercelin fait un testament olographe par lequel elle donne à son mari la moitié, en pleine propriété, de tous les biens meubles et immeubles qui lui appartiendront au jour de son décès, et l'autre moitié en usufruit.

Elle meurt le 5 octobre 1806. Le sieur Tiercelin, son héritier, demande que d'après la clause du contrat de mariage, le testament soit déclaré nul. Le tribunal de Château-Thierry le déclara valable, le 21 février 1807, et son jugement fut confirmé par la Cour d'appel d'Amiens, le 1<sup>er</sup> juil-



let suivant, par le motif principalement « que nul » n'a le pouvoir de se mettre en incapacité, soit » absolue, soit relative : d'où il suit que le contrat de mariage d'entre Michaut et la fille Tiercelin est en opposition avec le droit public. »

Rien de plus juste que ce motif. Les époux ne pouvaient, par leur contrat de mariage, ni se donner une capacité que la loi leur refuse, ni se priver d'avance d'une capacité que la loi leur a conférée. Tiercelin s'étant pourvu en cassation, son pourvoi fut rejeté :

« Attendu que la renonciation réciproque faite » par les époux, dans leur contrat de mariage, » au droit de disposer de leurs biens par testament, en faveur l'un de l'autre, n'a été consentie en faveur d'aucune personne dénommée ou » désignée dans le contrat de mariage, et qui eût » été en droit d'en réclamer l'exécution ; que cette » renonciation ne présente donc à l'esprit qu'une » simple abnégation de la faculté de disposer ; que » cette abnégation ne peut être rangée dans la » classe des conventions obligatoires, dont l'exécution est forcée quand elles ont été librement consenties ; que la loi du 17 nivôse an II, et celles » postérieures, notamment celle du 4 germinal » an VIII, permettent aux époux de s'avantager » par des dispositions testamentaires ; qu'ainsi, en » jugeant que le testament en question doit avoir » tout son effet, l'arrêt attaqué n'a violé aucune » loi ; la Cour rejette, etc. »

Autre arrêt de la Cour de cassation, du 15 juillet 1812, qui a décidé que la clause prohibitive



insérée dans le contrat de mariage des époux, n'avait pu produire l'effet de les rendre incapables de tester au profit l'un de l'autre. Ainsi, la jurisprudence nous paraît d'autant mieux fixée sur ce point, que ces arrêts ne sont qu'une juste application et une conséquence nécessaire des principes.

19. L'art. 1389 contient encore des limitations fort importantes à la liberté des conventions matrimoniales. Il porte que les époux « ne peuvent » faire aucune convention ou renonciation dont » l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes, dans la » succession de leurs enfans ou descendans, soit » par rapport à leurs enfans entre eux, sans préjudice des donations entre vifs ou testamentaires » qui pourront avoir lieu selon les formes, et dans » les cas déterminés par le présent Code. »

Cet article proscriit irrévocablement deux usages ou plutôt deux abus, reçus dans notre ancienne jurisprudence. Quoiqu'alors, comme aujourd'hui, il fût défendu de faire aucune convention sur la succession d'une personne vivante, on avait admis à ce principe une exception qui permettait aux parens des époux, et même aux étrangers, de disposer par un contrat de mariage de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit des futurs époux qu'au profit des enfans à naître de leur mariage. Cette exception a été consacrée par l'art. 1082 du Code civil, sur lequel il faut remarquer qu'en combinant cet article avec l'art. 1130, il en résulte que



si l'on peut disposer d'une succession en faveur des époux qui se marient, les époux eux-mêmes ne peuvent pas, en se mariant, disposer de leurs successions à venir en faveur de personnes tierces.

Mais à l'exception consacrée par l'art. 1082, l'ancienne jurisprudence en ajoutait une autre. Elle permettait, dans les contrats de mariage, la convention par laquelle une fille se contentait de la dot qui lui était donnée par ses père et mère, et renonçait (1) en conséquence à leur succession future, en faveur des autres enfans, ou en faveur de l'un d'eux; par exemple en faveur de l'aîné, ou en faveur des enfans mâles.

Cette convention ou stipulation n'était guère en usage que dans les familles nobles. La Coutume de Bretagne, art. 557, n'exigeait même pas la renonciation de la fille : il suffisait, pour l'exclure de la succession de son père, qu'il lui eût donné quelque chose en la mariant. La part qu'elle aurait eue était alors déférée au frère aîné (2).

Ces renonciations, si contraires à l'égalité et au droit naturel, sont formellement prosrites par notre art. 1389. Elles l'étaient déjà par l'art. 1130,

---

(1) Sur ces renonciations, *voy.* Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, chap. 20; Duparc-Poullain, sur l'art. 557 de la Coutume de Bretagne.

(2) Lequel, au moyen de beaucoup d'autres avantages que lui faisait la Coutume, finissait par recueillir seul presque tous les biens de sa famille. D'Argentré fait un pompeux éloge de cet art. 557, et se fait un grand mérite d'en avoir suggéré l'addition aux reformateurs de la Coutume; tant les préjugés de caste ont d'empire sur les meilleurs esprits !

qui porte : « On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

Voilà une disposition clairement prohibitive, qui ôte à tous les citoyens le pouvoir ou la capacité de faire de pareilles stipulations ou renonciations, même par contrat de mariage, suivant la disposition finale de l'art. 1388. Néanmoins, cette prohibition a été formellement répétée dans l'article 1389, sans doute parce qu'il s'agissait d'une injustice invétérée qu'on ne saurait trop clairement proscrire.

20. Le même article proscriit un autre abus relatif aux sommes que l'on stipulait *propres* de communauté par contrat de mariage, ou, comme on disait alors, que l'on *immobilisait*. On ne se contentait pas d'exclure ces sommes de la communauté; on avait coutume de stipuler qu'elles seraient *propres au futur conjoint dans ses estocs et lignes*, tant directes que collatérales, sans que l'autre conjoint y pût jamais succéder *ordine verso*, ni y rien prendre de quelque manière que ce soit.

L'effet de ces stipulations était non seulement qu'en cas de dissolution de la communauté, les enfans ou les héritiers collatéraux du prédécédé reprenaient ces sommes sur la communauté, où elles n'avaient pas entré, ce qui était très-juste.

Mais, de plus, si depuis l'ouverture de l'action en reprise les enfans venaient à mourir, le conjoint survivant, qui recueillait leur succession

*ordine verso*, ne pouvait leur succéder à cette action, et leurs héritiers collatéraux venaient l'exercer au préjudice du conjoint survivant (1).

Bien plus : si, après avoir trouvé dans la succession de leur mère l'action en reprise de ces sommes réputées propres, les enfans, avant de l'avoir exercée, devenaient héritiers de leur père, l'action ne s'éteignait point en Bretagne; elle ne faisait que dormir en leurs personnes, parce qu'ils étaient, disait-on, suppôts communs des deux familles de leur père et de leur mère, et s'ils avaient ensuite des enfans ou des petits-enfans, l'action continuait de dormir dans la personne de ceux-ci, pour se réveiller à la mort du dernier décédé d'entre eux; et à cette époque, les parens collatéraux de leur aïeule ou bisaïeule, en faveur de laquelle la somme avait été immobilisée, exer-

(1) On en était venu au point d'établir, comme une maxime incontestable, que « les sommes ou les meubles réputés propres par le contrat de mariage, acquéraient, respectivement à la communauté, une qualité d'immeubles et de propres aussi parfaite que celle des immeubles propres par leur nature, et par la disposition de la loi. Ce principe est certain, disait Duparc-Poullain, soit qu'il y ait une stipulation d'assiette et de propres au futur conjoint, dans ses estocs et lignes directes ou collatérales, soit qu'il n'y ait que la simple stipulation de propre avec promesse de rendre. Elle suffit pour conserver l'action immobilière dans les lignes du conjoint qui a fait la stipulation, et pour empêcher que l'autre conjoint n'y succède *ordine verso*, ni en quelque autre cas que ce soit. Le vœu général de la Coutume, pour la conservation des biens dans les familles, dans les lignes, et même dans les ramages, a fait rejeter, par la jurisprudence, toutes les distinctions admises dans quelques autres provinces », dit Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. V, pag. 6, n.º 78. Voy. aussi tom. VIII, pag. 27, n.º 2.

çaient l'action en reprise contre les autres héritiers collatéraux, venant à la succession de leur aïeule ou bisaïeule, sur les biens qui y étaient originellement affectés; parce que l'action ne pouvait se prescrire, pendant sa dormition dans la personne des suppôts communs.

Il est difficile d'imaginer un point de jurisprudence aussi subtil et aussi embarrassé. Il s'était formé par degrés sur les conséquences tirées des arrêts des Parlemens. Ainsi, la jurisprudence variait dans les différentes provinces, et aussi suivant la manière dont étaient conçues les clauses d'immobilisation. Il en résultait des subtilités auxquelles, disait souvent notre savant maître Duparc-Poullain, n'avaient rien de comparable les subtilités tant reprochées à certains points du droit romain. Nous en sommes enfin délivrés pour toujours, par le grand bienfait d'un Code uniforme et simple pour toute la France. Désormais toutes les clauses des contrats de mariage qui excluent des meubles de la communauté conjugale, de quelque manière qu'elles soient rédigées, ne peuvent plus avoir d'autre effet que de procurer, à la dissolution de la communauté, au conjoint en faveur de qui est la stipulation, ou à ses héritiers, une action mobilière, laquelle, dans sa succession comme dans celle de ses enfans, n'est qu'un meuble auquel sont applicables toutes les règles ordinaires des successions. Tout ce qui, dans la rédaction de la clause, tendrait à en changer l'ordre légal, serait nul et comme non avoué, sans néanmoins annuler l'exclusion



de la communauté, suivant la maxime *utile per inutile non vitiatur* (1).

21. Le principe que les conventions insérées dans un contrat de mariage sont nulles quand elles sont contraires à une loi prohibitive, s'applique même aux conventions qui ne font que tendre à éluder la prohibition. Ainsi, on a toujours rejeté (2) la convention que la femme ne pourrait renoncer à la communauté, et celle par laquelle elle renoncerait au privilège de n'être tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retire (1483). Ces conventions peuvent en effet tendre à éluder la loi prohibitive, qui défend au mari d'aliéner les immeubles de la femme sans son consentement (1428).

La première de ces conventions est même formellement déclarée nulle par l'art. 1453, qui porte : « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayant-cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer ; toute convention contraire est nulle. »

22. Les dispositions qui règlent la forme des conventions matrimoniales, le tems où elles doivent être faites, si elles peuvent être changées, quand et comment, sont encore des dispositions communes, tant au régime de la communauté,

---

(1) Sur cette règle, voy. Leprêtre, cent. 1, chap. 45, pag. 145 ; d'Antoine, sur la règle 58, de R. J., in sexto.

(2) Voy. la préface du Traité de la communauté de Pothier, n.º 9.



qu'au régime dotal. Les principes du Code, sur ces différens points, sont établis dans les art. 1394, 1395, 1396 et 1397, dont il faut réunir les dispositions pour en bien pénétrer l'esprit. Ils sont ainsi conçus :

Art. 1394. « Toutes conventions matrimoniales »  
» seront rédigées avant le mariage par acte de- »  
» vant notaire. »

1395. « Elles ne peuvent recevoir aucun chan- »  
» gement après la célébration du mariage. »

1396. « Les changemens qui y seraient faits »  
» avant cette célébration, doivent être constatés »  
» par acte passé dans la même forme que le con- »  
» trat de mariage.

» Nul changement ou contre-lettre n'est au sur- »  
» plus valable, sans la présence et le consentement »  
» simultané de toutes personnes qui ont été par- »  
» ties dans le contrat de mariage. »

1397. « Tous changemens et contre-lettres, »  
» même revêtus des formes prescrites par l'ar- »  
» ticle précédent, seront sans effet à l'égard des »  
» tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la mi- »  
» nute du contrat de mariage; et le notaire ne »  
» pourra, à peine de dommages et intérêts des »  
» parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, »  
» délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de »  
» mariage, sans transcrire, à la suite, le change- »  
» ment de la contre-lettre. »

23. Ces dispositions sont puisées dans l'ancienne jurisprudence, à laquelle il a été fait des changemens assez considérables, quoique pas assez pour les rendre parfaitement claires, et les



rendre entièrement conformes aux nouveaux principes. Avant de les expliquer, voyons d'abord ce qu'on entend par *conventions matrimoniales*. Ce sont celles qui règlent la dot de la femme et tout ce qui s'y rapporte, soit sous le régime dotal, soit sous le régime de la communauté; les avantages faits à l'un des futurs conjoints, ou aux deux, tels que les donations réciproques ou non, les gains de survie, les douaires conventionnels ou les rentes viagères qui en tiennent lieu; ce sont encore l'établissement, l'exclusion, ou les différentes modifications de la communauté ou du régime dotal.

Ces conventions sont malheureusement presque toujours des conditions sans lesquelles le mariage n'aurait pas eu lieu, ou du moins qui l'ont déterminé. Tel dont les richesses mobilières sont immenses, ne se déterminerait point à se marier s'il fallait les laisser entrer en communauté, pour les partager un jour avec les héritiers de son épouse; et telle ne consentirait point à se mettre sous la puissance d'un mari, s'il ne lui assurait pas un avantage en cas de survie.

24. Notre art. 1394 exige impérativement que les conventions matrimoniales soient rédigées avant le mariage; c'est en effet le conseil le plus sage et le plus prudent que l'on puisse donner aux futurs conjoints. Mais la disposition qui le leur commande, et qui ne reconnaît point pour conventions matrimoniales celles qui sont postérieures à la célébration, est-elle conforme à la raison?

Elle est du moins contraire au droit romain, à qui toutes les nations civilisées ont, d'un commun

accord, déferé le titre honorable de raison écrite. La loi 1, *ff de pactis dotalibus*, 23. 4, porte : *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil antè convenerit licet* (1).

Si l'on ne consultait que la simple raison, il faudrait dire, avec la loi, que les conventions matrimoniales peuvent être faites après, aussi bien qu'avant le mariage. On n'aperçoit point, dans la nature des choses, de motifs suffisans pour qu'elles ne puissent être faites depuis le mariage; car la société ou l'union des personnes, qui constitue le mariage, peut exister sans la société des biens, qui n'en est que l'accessoire. Les époux peuvent se marier et vivre ensemble sans former aucune société de biens. Le Code, d'accord en cela avec le droit romain, le permet expressément. (Art. 1536). Dans ce cas, la femme conserve l'entière administration et la jouissance de ses biens : elle en avait même à Rome la libre disposition. Chacun des époux jouit alors de ses biens, et les administre comme bon lui semble. Dans cette situation, qui peut les empêcher de faire des conventions matrimoniales, qu'ils regrettent de n'avoir pas faites avant la célébration de leur mariage, et que l'expérience, l'habitude d'une vie commune, la connaissance de leurs caractères respectifs, les mettent à même de faire avec plus de maturité et beaucoup mieux qu'auparavant?

Mettons à l'écart les idées qu'ont pu nous donner les traditions, presque toujours reçues sans

---

(1) *Junge loi 26, § 2, ibid.*

examen, et fondées sur les préjugés : nous trouverons que loin de réprover ces conventions, la raison les approuve.

25. La disposition de l'art. 1395, qui porte que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, est une conséquence de la précédente, et ne paraît pas plus conforme à la raison; elle est en opposition avec cette grande règle d'équité naturelle, que nous a transmise la sagesse des jurisconsultes romains : *Nihil tam naturale est quàm eo genere quicquid dissolvere quo colligatum est. Ideò verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensûs obligatio contrario consensu dissolvitur. Loi 35, ff de R. J.*

Rien ne paraît plus raisonnable que cette règle, et son application aux conventions matrimoniales. Supposons deux époux dont le contrat de mariage porte exclusion de communauté, conformément à l'art. 1500 du Code. Chacun jouit de ses biens, les administre comme il lui plaît, et s'il fait des économies ou des acquêts, ce n'est que pour son propre compte : il en résulte qu'il n'existe entre eux aucun intérêt commun, quoiqu'ils aient des dépenses et des devoirs communs.

Si, dégoûtés enfin par sentiment et par expérience, de ce triste isolement de leurs intérêts, si peu convenable à deux individus dont la nature a si intimement et pour toujours uni les personnes, les deux époux désirent en revenir au droit commun, en établissant entre eux le régime de la communauté, ce retour au droit commun,

toujours si favorable, leur sera-t-il donc interdit? Loin de réprover un pareil acte, la raison y applaudit.

26. Cependant, l'ancienne jurisprudence française ne le permettait pas; elle voulait que toutes les conventions matrimoniales fussent faites avant le mariage, et déclarait nuls tous les changemens qu'on y faisait depuis la signature du contrat, soit avant, soit après la célébration du mariage, sans le consentement des parens.

27. Cette nécessité de la présence des parens aux conventions matrimoniales des époux, remonte à une haute antiquité; car elle paraît nous être venue des peuples d'origine germanique qui vinrent s'établir dans les Gaules, et qui nous apportèrent un si grand nombre de leurs institutions avec le régime de la communauté. Chez ces peuples, on ne pouvait donner ses immeubles sans le consentement de ses héritiers (1). De là, la nécessité d'appeler les parens des deux familles aux fiançailles et aux conventions matrimoniales, pour veiller à leurs intérêts, sans quoi elles étaient nulles (2).

Plusieurs de nos anciennes coutumes prouvent que cet usage avait passé en France, et qu'il s'y maintint. L'ancienne Coutume de Bourgogne, rédigée en 1459, tit. 4, art. 7, et la nouvelle, réformée en 1570, art. 26, exigent le consentement des plus

---

(1) Heineccius, *Elementa juris germanici*, liv. 2, § 354.

(2) *Ibid.*, liv. 1, §§ 188, 190, 193.



proches parens *habiles à succéder aux époux*, pour la validité de leurs conventions et donations.

Ce fut donc pour l'intérêt des familles que fut introduite la nécessité de la présence des parens aux conventions matrimoniales.

28. Ce fut encore par cette raison que la nécessité de la présence des mêmes parens fut exigée pour la validité de tous les contrats ou traités faits entre époux, dont l'un d'eux pouvait retirer quelque profit, comme nous l'apprend encore l'art. 26 de la Coutume de Bourgogne : « Le mari » et la femme ne peuvent faire traité, donation, » confession ou autres contrats, constant leur » mariage, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ou autrement, si ce n'est du consentement des plus prochains parens vivans, qui » devraient succéder au mari ou à la femme. »

29. Cette disposition finale fait bien voir que la présence des parens n'était exigée que pour les mettre à même de veiller à leurs intérêts et à ceux de leurs familles. Aussi le savant Bouhier, sur cet article, adopte le sentiment de Dumoulin, ce grand oracle du droit coutumier. « Ce consentement est requis ; dit-il, *non solo favore mulierum, sed etiam favore agnatorum, et cognatorum, ne hereditaria bona diriperentur.* »

30. Même raison d'exiger la présence des parens pour la validité des contre-lettres. La Coutume de Paris portait, art. 258 : « Toutes contre-lettres faites à part, et hors la présence des » parens qui ont assisté aux contrats de mariage, » sont nulles. » Ferrière, sur cet article, n°. 5, ob-



serve que « quoiqu'il semble restreint aux » contre-lettres faites après le contrat de mariage , » il a lieu pour celles qui sont faites avant. » Aussi voyons-nous qu'un arrêt du 19 février 1716 (1) ; jugea nulle une donation faite entre les futurs époux, sans y avoir appelé leurs parens ; la veille de leur contrat de mariage.

Cet arrêt était conforme aux anciens principes, qui avaient fait introduire la nécessité de la présence des parens aux conventions matrimoniales des époux, et aux usages que nous avaient anciennement apportés les peuples d'origine germanique, qui s'étaient établis dans les Gaules. C'est de là que nous vient ce vœu si prononcé des coutumes pour la conservation des biens dans les familles, cette aversion pour les donations, que nous avons remarquée ailleurs. (2)

« La raison, dit Ferrière (3), pour laquelle nos » coutumes se sont écartées des lois romaines, » en défendant aux conjoints par mariage toute » espèce d'avantage et donation, est fondée sur » le soin et le désir de conserver les biens dans » les familles, qui a servi de fondement à la plus » grande partie des dispositions coutumières, » comme celle qui regarde les propres, les retraits

(1) Il est rapporté dans le *Traité des contrats de mariage*, tom. I, pag. 212 ; dans le *Répertoire*, v.<sup>o</sup> *Centre-lettre*, pag. 116, *in fine*, 4.<sup>e</sup> édition, et par Pothier, préface du *Traité de la communauté*, n.<sup>o</sup> 14.

(2) Tom. V, pag. 174.

(3) Sur l'art. 282 de la Coutume de Paris, glos. 1, n.<sup>o</sup> 6.



et autres ;..... autrement, les conjoints par mariage qui n'auraient point d'enfans, se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères. »

Ce qui prouve bien qu'on reconnaissait que la présence des parens n'était exigée que pour l'intérêt des familles, c'est que si l'avantage résultant d'une contre-lettre n'intéressait qu'un seul des époux, il suffisait de la présence des parens de l'autre. L'époux avantagé n'avait pas besoin de l'autorisation de ses parens pour rendre sa condition meilleure, et augmenter par là la masse des biens de sa famille (1)

31. Telle est l'origine de ce principe si souvent rappelé dans nos anciens auteurs, que les contrats de mariage sont irrévocables : *quorum æterna et perpetua debet esse autoritas* ; qu'ils sont censés intervenus non seulement entre les deux conjoints, mais entre leurs familles respectives ; lesquelles avaient intérêt que les clauses n'en fussent pas changées, pour empêcher *les biens d'une famille de passer dans une autre*, dit Pothier (2).

32. Ces principes, et les conséquences qui en dérivent, conservèrent long-tems toute leur force, et un arrêt du mois de juin 1640, rapporté par Ferrière (3), jugea valable la clause d'un contrat

(1) Voy. le nouveau Denisart, v.<sup>o</sup> *Contrat de mariage*, § 4, n.<sup>o</sup> 11 ; le Répertoire, v.<sup>o</sup> *Contre-lettre*.

(2) *Traité des donations entre mari et femme*, n.<sup>o</sup> 27.

(3) Sur l'art. 280 de la Coutume de Paris, glos. 2, n.<sup>o</sup> 26.

de mariage, où il était stipulé que les futurs, en quelque lieu qu'ils eussent leur domicile, ou que leurs biens fussent situés, ne pourraient se faire aucune donation entre vifs ou par testament, et qu'en conséquence ils n'avaient pu se faire, pendant le mariage, même le don mutuel et autorisé par la Coutume de Paris.

« Cette décision, dit Pothier (1), ne pouvait  
 » souffrir aucune difficulté, lorsqu'on regardait  
 » les conventions des contrats de mariage comme  
 » des conventions qui étaient censées intervenir,  
 » non seulement entre les deux futurs conjoints,  
 » mais encore entre leurs familles respectives, les-  
 » quelles avaient intérêt de faire cette conven-  
 » tion, pour empêcher que les biens d'une famille  
 » ne passassent à l'autre. »

Mais tout change avec le tems. Les préjugés se dissipent, et la raison prend enfin le dessus. Pothier, au même endroit, nous apprend qu'un siècle après, un arrêt de règlement, du 17 mai 1762, qu'il rapporte dans son *Traité de la communauté*, n°. 339, « établit pour principe que les  
 » conventions matrimoniales *ne doivent plus être*  
 » *regardées que comme des conventions entre les seu-*  
 » *les parties contractantes;* » ce qui est entièrement conforme à la raison et aux principes du droit.

Ainsi s'évanouit sans retour cette vieille maxime à laquelle nos anciens auteurs attachaient tant d'importance : « Le contrat de mariage établit une

(1) *Traité des donations entre mari et femme*, n.º 28.

« loi immuable entre les deux familles. » Il est enfin reconnu, dès le siècle dernier, que le contrat de mariage, comme tous les autres contrats, ne forme de loi et n'a de force qu'entre *les seules parties contractantes*.

33. Ce contrat, comme tous les autres, pourrait donc être changé par elles, ou résolu d'un consentement commun, si d'autres motifs ne s'y étaient opposés.

34. Mais restait le texte de nos coutumes, qui n'avait point changé avec le principe sur lequel il était fondé. Ce texte continuait de défendre aux conjoints de se rien donner, de se faire aucun avantage direct ou indirect, pendant le mariage. On continua donc d'en conclure que leurs droits étaient irrévocablement fixés à l'époque de la célébration, soit par le contrat exprès qu'ils avaient consenti et souscrit, soit par la coutume, qui, à défaut d'autre contrat, établissait entre eux une communauté légale, fondée sur un contrat tacite ou présumé, en vertu duquel ils étaient censés, par leur silence, avoir choisi la coutume pour leur contrat de mariage.

En sorte que tout ce qu'on retranchait, changeait ou ajoutait, depuis la célébration du mariage, soit aux clauses du contrat écrit, soit à celles du contrat tacite, c'est-à-dire aux dispositions de la coutume sur la communauté légale, contenait nécessairement un avantage pour l'un ou l'autre des conjoints, puisque ces changemens, additions ou retranchemens, changeaient aussi, ajoutaient ou retranchaient quelque chose

aux droits de l'un des deux ; et par conséquent, les contrats de mariage postérieurs à la célébration, ainsi que les changemens faits au contrat antérieur, étaient nuls, comme contenant un avantage prohibé, au moins indirect.

35. Tels étaient les principes sur cette matière avant les lois nouvelles, qui abrogèrent la prohibition faite aux époux par les coutumes de se faire des donations pendant le mariage. La loi du 17 nivôse an II, art. 14, ne mit de limites à la faculté qu'elle rendit aux époux de s'avantager depuis comme avant le mariage, que dans le cas où il y aurait des enfans. Dans ce seul cas, les donations devaient être réduites à la moitié, en usufruit seulement, des avantages qu'ils s'étaient faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis.

L'art. 1094 du Code permit aux époux de se donner pendant le mariage tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger.

Il n'existait donc plus de motif pour maintenir la nullité des contrats postérieurs à la célébration du mariage, et des changemens faits aux contrats antérieurs, sous le prétexte qu'ils contiennent un avantage au moins indirect en faveur de l'un des époux ; car dès lors qu'il leur est permis de s'avantager directement, ils peuvent le faire indirectement, n'importe sous quelle forme. La jurisprudence de la Cour de cassation a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. Elles sont valides jusqu'à concurrence de la portion disponible. Ainsi, le législateur ne pouvait plus répéter la nullité absolue,



ni des conventions postérieures à la célébration, ni des changemens faits depuis aux conventions matrimoniales antérieures, sans être dans une contradiction évidente avec lui-même, et avec la disposition qui permet aux époux de s'avantager pendant le mariage, et de se donner *tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger.*

Il nous paraît donc bien démontré que non seulement les motifs qui faisaient autrefois prononcer la nullité absolue des conventions matrimoniales postérieures à la célébration, et d'y faire aucun changement, n'existent plus dans notre nouvelle législation, mais encore qu'on ne pouvait plus répéter cette nullité absolue, sans être en contradiction avec les principes du Code sur les donations entre époux.

56. Aussi nos législateurs se sont-ils bien gardés de prononcer cette nullité, et l'on ne saurait l'induire du texte des art. 1394 et 1395. Le premier porte que les conventions matrimoniales seront rédigées par écrit avant le mariage.

Donc les conventions rédigées postérieurement ne sont point reconnues par le Code pour des *conventions matrimoniales*, et n'ont ni la force ni les effets que le Code donne à ces dernières.

« Elles ne peuvent recevoir aucun changement » après la célébration. »

Donc les actes qui en changent ou détruisent les clauses, n'ont ni le caractère ni la force des conventions matrimoniales proprement dites.

Telle est encore la conséquence directe et nécessaire de ce texte, ainsi que du précédent,



dont il n'est que la suite ; mais aussi c'est la seule conséquence qu'on puisse raisonnablement tirer de ces deux textes. Le plus subtil dialecticien n'en saurait conclure, sans violer les règles de son art, que les conventions faites depuis la célébration du mariage, ainsi que les changemens faits depuis aux conventions antérieures, sont absolument *nulles et sans effet*.

37. Ajoutez que les art. 1394 et 1595 gardent un profond silence sur cette nullité ; silence qui suffit seul pour décider qu'ils n'ont pas voulu la prononcer.

Car c'est une maxime consacrée par la jurisprudence de la Cour suprême (1), que les nullités ne peuvent être établies que par la loi. Le

(1) C'est ce que prouvent deux arrêts, l'un du 12 fructidor an X, l'autre du 12 prairial an XI.

Il s'agissait, dans le premier, de savoir si un mariage célébré par l'officier public, non dans la maison commune, comme le prescrivent les art. 1 et 3 de la sect. 4 de la loi du 20 septembre 1792, dont les dispositions sont répétées dans l'art. 75 du Code civil, était nul.

La Cour suprême décida qu'il ne l'était pas, « attendu que les art. 1 » et 3 de la sect. 4 de la loi du 20 septembre 1792, en désignant le lieu » où le mariage sera célébré, n'ont joint à cette désignation aucune » clause irritante ou prohibitive de le célébrer ailleurs ;

» Attendu que la formalité, introduite par cette désignation, est » étrangère à la substance de l'acte, et que la loi n'en prescrit pas » l'observation à peine de nullité. »

Dans l'espèce du second arrêt, il s'agissait de savoir si un acte de mariage était nul, faute d'avoir été reçu par l'officier public du lieu du domicile de l'une des parties. La Cour décida la négative, le 12 prairial an XI ; « considérant que la disposition de la loi du 20 sep- » tembre 1792, qui veut que le mariage soit reçu par l'officier public » du lieu du domicile de l'une des parties (art. 165 du Code), n'est ni » prohibitive, ni irritante, et que la formalité qu'elle prescrit est » étrangère à la substance de l'acte ; que le tribunal d'appel de Caen,



juge ne peut les prononcer sans excéder ses pouvoirs : ce droit n'est réservé qu'à la loi seule. Aussi le législateur n'a point manqué de la prononcer expressément, lorsqu'il a voulu attacher cette peine à la contravention d'une disposition. C'est ce qu'il a fait notamment dans les dispositions relatives *aux droits respectifs des époux*, dont traite notre tit. 5.

C'est ainsi qu'en donnant à la femme et à ses héritiers la faculté de renoncer à la communauté, l'art. 1453 ajoute que la convention contraire *est nulle*.

C'est encore ainsi qu'après avoir dit que les conjoints contribuent aux dettes de la communauté, *proportionnellement* à la part qu'ils pren-

» en annulant cet acte de mariage, ..... a fait une fausse application  
» des articles de la loi du 20 septembre 1792, crée une nullité, et, sous  
» ce rapport, excédé ses pouvoirs. Casse et annule, etc. »

Ces deux arrêts sont rapportés dans les Questions de droit de M. Merlin, v.<sup>o</sup> *Mariage*, pag. 248 de la dernière édition, col. B. Ils viennent à l'appui de ce que nous avons dit sur les nullités, etc., tom. VII, n.<sup>os</sup> 482 et suiv.

Si, pour soutenir que l'art. 1395 emporte nullité des actes contraires à sa disposition, on alléguait qu'il est rédigé en forme prohibitive, *ne peuvent*, et que, suivant la loi 5, *Cod. de leg.*, tout acte contraire à la défense de la loi est nul, nous répondrions que cette loi n'a jamais été reçue en France, comme nous l'avons prouvé *ubi supra*, et nous ajouterions, suivant la remarque sensée de notre illustre compatriote, M. Bigot de Préameneu, l'un des rédacteurs du Code, que, dans cette loi, une expression négative ne constitue pas une *prohibition*. Il s'agissait précisément de la formule *ils ne peuvent*. M. Béranger, dans les conférences au Conseil d'état, tom. II, pag. 44, la trouvait dangereuse et disait : « Il est impossible qu'il n'y ait pas quelque défaut  
» d'attention dans un ouvrage aussi immense que le Code civil. On a  
» donc à craindre qu'il ne se glisse dans les articles par lesquels on  
» n'aura point voulu établir de prohibition, quelques expressions qui

ment dans l'actif, l'art. 1521 ajoute que la convention contraire *est nulle*.

Enfin, c'est ainsi qu'après avoir dit, art. 1538, que, dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme *ne peut aliéner* ses immeubles sans le consentement *spécial* de son mari, le législateur a cru devoir ajouter à cette disposition, quoique rédigée en forme prohibitive, la peine expresse de nullité : « Toute autorisation générale d'aliéner ses immeubles, donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, *est nulle.* »

Comparez maintenant la rédaction de ces articles, où le législateur a cru devoir prononcer la peine de nullité d'une manière si expresse, avec la rédaction des art. 1394 et 1395, où, loin de la prononcer, il se borne à dire que *toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage : elles ne pourront recevoir aucun changement après le mariage*; et où il garde un silence si profond sur une nullité très-expressément prononcée en ce cas par l'ancienne jurisprudence.

» paraissent ensuite prohibitives, et qui donnent lieu à des contestations ».

En effet, dans une foule d'articles du Code, la formule *ne peuvent* n'emporte point la nullité de l'acte contraire à leurs dispositions. Nous n'en citerons qu'un exemple entre plusieurs autres : l'art. 228 dit que la femme ne peut *contracter* un mariage nouveau avant dix mois écoulés depuis la dissolution du premier.

Cependant il est certain, et la Cour suprême l'a décidé, que le mariage contracté avant les dix mois n'est pas nul. Voy. ce que nous avons dit tom. II, n.º 664.

Ne voit-on pas, en lisant cette rédaction, faite par des jurisconsultes consommés, nourris dans les principes de la Coutume de Paris, que c'est à dessein qu'ils n'ont pas répété, sous l'empire du Code, une nullité qui se serait trouvée en contradiction avec les nouveaux principes sur les donations entre époux ?

38. Mais en permettant à ceux-ci de se donner, le Code, art. 1096, veut, comme le droit romain, que toutes donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, soient *toujours révocables* ; et pour ne laisser aucune entrave à la révocation, il ajoute qu'elle pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari, ni par la justice.

Cette révocabilité doit, sans contredit, s'appliquer aux avantages indirects, aussi bien qu'aux avantages directs. C'est faire fraude à une disposition que de chercher des voies obliques et indirectes pour la rendre sans effet. On en a fait une règle de droit et avec raison : *Cum quod una viâ prohibetur, ad hoc alia via non debet admitti. Cap. 84, de R. J., in sexto.* L'art. 1099 du Code confirme cette règle : « Les époux ne pourront » se donner *indirectement* au-delà de ce qui leur » est permis par les dispositions ci-dessus. » Ces dispositions sont donc applicables aux dons indirects, aussi bien qu'aux avantages directs.

Cela posé, il en résulte, par une conséquence nécessaire, que toutes les conventions postérieures à la célébration du mariage, qui ont pour objet de régler les droits des deux époux, ou de l'un

d'eux, ou bien de changer les clauses des conventions matrimoniales antérieures, doivent être et sont, suivant l'esprit et les dispositions du Code, non plus nulles, comme autrefois, mais toujours révocables à la seule volonté de l'un des conjoints, sans le concours de l'autre, parce qu'elles contiennent, comme autrefois, un avantage, au moins indirect, en faveur de l'un d'eux, et qu'en leur permettant de s'avantager, le Code ne le leur permet que sous la condition de cette révocabilité.

39. Le Code procède d'une manière analogue à celle de l'ancienne législation. Elle déclarait absolument nulles toutes conventions des époux sur leurs droits respectifs, postérieures à la célébration du mariage, parce que tous les avantages directs ou indirects qu'ils se faisaient pendant le mariage, étaient absolument nuls.

Le Code déclare ces avantages, non pas nuls, mais toujours révocables : donc les conventions postérieures à la célébration doivent être également toujours révocables, mais non pas nulles.

40. Si elles ne sont pas révoquées, les avantages directs ou indirects qu'elles contiennent, deviennent définitifs en faveur de l'époux avantage. Elles sont confirmées par la mort de celui qui a fait l'avantage, toutefois sauf réduction, en cas d'excès.

Si elles sont révoquées, elles sont comme non avenues ; les choses restent dans le même état où elles étaient auparavant. Donnons-en deux exemples :

Titia, par son contrat de mariage avec Titius,



lui a donné entre vifs la pleine propriété du fonds Cornélien. On ne peut nier que ce ne soit là une convention matrimoniale. Ce don étant irrévocable, même par survenance d'enfans (960), il est évident que Titius peut disposer du fonds Cornélien, en faveur de toutes personnes capables de recevoir : il peut donc en disposer en faveur de son épouse, et lui donner ce qu'il en avait reçu en se mariant.

Il faut admettre cette conséquence, ou rayer du Code l'art. 1094.

Mais, en vertu de l'art. 1096, Titius, pendant sa vie, restera toujours le maître de la révoquer. S'il ne révoque pas, elle restera dans toute sa force par son prédécès : *morte confirmabitur*; s'il survit, elle deviendra caduque par le prédécès de Titia.

Autre exemple :

Dans le contrat de mariage de Samuel Bernard, on avait stipulé l'exclusion de communauté, par la considération des immenses richesses mobilières du futur.

Celui-ci, satisfait d'une épouse qui fait son bonheur, et mu par un sentiment de reconnaissance et de générosité, au lieu de lui faire un avantage sous la forme d'une donation, passe avec elle un contrat par lequel, dérogeant à leur contrat de mariage, ils établissent entre eux la communauté légale, conformément au Code civil. C'est bien évidemment donner éventuellement et indirectement à son épouse, la moitié de son immense fortune mobilière. Ce contrat n'est pas nul, comme il l'eût été sous l'ancienne jurisprudence, parce



qu'il est aujourd'hui permis aux époux de s'avantager (1094). Mais il sera toujours révocable (1096). Si Samuel Bernard le révoque avant son décès, le contrat sera regardé comme non venu, et l'épouse n'aura d'autres droits que ceux que lui donne son contrat de mariage.

S'il meurt sans avoir révoqué, ce contrat aura son plein et entier effet, et les droits de la veuve seront réglés par les dispositions du Code civil sur la communauté légale.

41. Ces exemples peuvent suffire pour indiquer comment on doit appliquer à tous les cas les principes du Code. C'est conformément à ces principes qu'il faut entendre l'art. 1595, dont l'application répand un grand jour sur la précédente discussion.

Il est ainsi conçu :

« Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre  
» époux, que dans les trois cas suivans :

» 1°. Celui où l'un des époux cède des biens à  
» l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en  
» paiement de ses droits ;

» 2°. Celui où la cession que le mari fait à sa  
» femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas dans la communauté ;

» 3°. Celui où la femme cède des biens à son  
» mari, en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté.



« Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. »

Sous l'ancienne législation, les coutumes avaient tellement étendu, et l'on avait interprété avec tant de rigueur, les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage (1), que la seule crainte qu'on n'éludât cette prohibition, en couvrant quelque avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat, d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit.

Ainsi, toute vente, tout échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls.

L'art. 410 de la Coutume de Normandie portait :

« Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie. »

Celle de Nivernais, chap. 23, art. 27, dit : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre. »

L'art. 226 de celle de Bourbonnais dit que « le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune as-

---

(1) Sur cette sévérité outrée de ne se faire aucun avantage entre conjoints pendant le mariage, voy. des réflexions très-sensées de Basnage, sur l'art. 410 de la Coutume de Normandie, au commencement de son Commentaire.

» sociation , donation ou autre contrat avec sa  
 » femme, .... *nec contra.* »

Pothier (1) pense que la disposition de ces coutumes doit être étendue à celles qui ne s'en sont pas expliquées. C'est aussi l'opinion de Dumoulin sur l'art. 156 de l'ancienne Coutume de Paris, n°. 5. Il y pose en principe que les conjoints ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité, pas même un contrat d'échange : *Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt, nisi ex necessitate, nec etiam permutare possunt.*

Les conjoints étaient donc véritablement frappés d'une incapacité légale de contracter l'un avec l'autre ; ce qui était d'une injustice manifeste, et contraire au droit naturel, puisque l'union intime que le mariage forme entre eux, ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes, tant au physique qu'au moral ; personnes qui ont des biens et des intérêts différens, et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer. Il était véritablement étrange que la femme, qui pouvait faire un commerce séparé de celui de son mari, faire par conséquent société avec un tiers, contracter avec lui, lui vendre les biens provenus de son commerce, ne pût faire aucun contrat avec son mari.

Le Code a rejeté, avec beaucoup de raison, cette injuste incapacité, manifestement incompatible

(1) Traité des donations entre mari et femme, n.º 78.

avec la faculté qu'il laisse aux époux, de se donner tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger.

Mais, ne leur ayant accordé cette faculté que sous la condition de révocabilité perpétuelle de leurs dons, il n'a pas dû donner à tous les contrats, aux ventes, par exemple, que l'un des conjoints fait à l'autre, la même stabilité qu'aux contrats faits entre étrangers. L'art. 1595 a donc divisé ces contrats de vente en deux classes :

La première comprend toutes celles qui ont une cause légitime et connue ; il en donne pour exemples celles qu'après la séparation judiciairement prononcée, l'un des époux fait à l'autre en paiement de ses droits ;

2°. Celles que le mari fait à sa femme, même non séparée, pour une cause légitime et connue ; par exemple, pour le emploi de ses propres aliénés, ou pour collocation de deniers à elle appartenant, qui n'entraient point en communauté ; comme si la femme achète une terre de son mari, avec une somme économisée sur les produits de ses biens paraphernaux ;

3°. Celles que la femme mariée sous le régime dotal fait à son mari, en paiement de la somme qu'elle lui avait promise en dot ; ou si, sans être soumise au régime dotal, elle s'est mariée avec la clause de séparation de biens, et a promis à son mari, pour soutenir les charges du mariage, une somme capitale en paiement de laquelle elle lui cède des biens.

Dans tous ces cas, la cause de la vente, en la

supposant vraie , est tellement légitime , qu'elle peut avoir quelquefois le caractère d'un paiement forcé. Ainsi, dans tous ces cas , la vente a la même force qu'entre étrangers , et ne peut être attaquée que pour les mêmes vices qui pourraient faire annuler ou résoudre les ventes ordinaires. Il paraît seulement que le tems de la prescription pour demander la rescision ne courrait point pendant le mariage. Argum. , art. 2256.

Mais si , dans les trois cas dont on vient de parler , la vente , quoiqu'elle ait une cause légitime et connue , couvrirait un avantage indirect , supérieur à la portion disponible , les héritiers de l'autre époux pourraient former l'action en réduction. C'est le sens de la disposition finale de l'article : « Sauf , dans ces trois cas , les droits des » héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. »

Quant aux ventes entre époux , qui ne se trouveraient point dans l'un des trois cas ci-dessus , c'est-à-dire qui n'ont pas de cause légitime apparente , par exemple , celle que sous la communauté légale le mari ferait à sa femme , à laquelle il ne doit aucun emploi ni aucune somme exclue de la communauté , d'un immeuble pour une somme de.... , sans en indiquer l'origine , laquelle somme il a reçue comptant de son épouse , une pareille vente serait réputée donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente. Ainsi , loin d'avoir la force d'une vente faite entre étrangers , elle serait soumise à la révocabilité prononcée par l'article 1096 , contre les dons entre vifs faits entre



époux : cette vente conserverait toute sa force, si le mari ne la révoquait point avant sa mort, parce que la jurisprudence a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat.

Ainsi une telle vente n'est pas nulle ; car il faut bien remarquer que l'art. 1595 ne la déclare pas telle. Il se borne à dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivans, dont nous venons de parler. Il ne dit pas qu'il soit nul dans les autres cas. Ici donc encore s'applique la maxime que nous avons expliquée *suprà*, que les nullités ne peuvent être établies que par la loi ; que le juge ne peut les suppléer ; en un mot, que la loi seule a le droit de les prononcer. L'application de cette maxime à notre art. 1595 devient évidente, quand on compare sa rédaction avec celle des deux articles suivans. L'art. 1595 porte simplement : « Le contrat » de vente ne peut avoir lieu entre les époux que » dans les trois cas suivans, etc. » Cet article ne prononce pas la nullité de la vente faite dans les autres cas.

Au contraire, l'art. 1596 porte : « Ne peuvent » se rendre adjudicataires, *sous peine de nullité*, ni » par eux ni par personnes interposées, les tu- » teurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle, » etc..... »

L'art. 1597 porte : « Les juges, leurs suppléans, » etc., ne peuvent devenir cessionnaires des pro- » cès, droits et actions litigieux, qui sont de la » compétence du tribunal dans le ressort duquel



» ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, » etc. »

- De ces trois articles, tous les trois rédigés en forme prohibitive, *ne peuvent*, ce n'est que dans les deux derniers que le législateur a prononcé la nullité de l'acte contraire à sa défense, et non dans le premier. Pourquoi donc cette différence? Ce n'est sûrement point par oubli : c'est donc parce qu'il n'a pas voulu la prononcer dans le premier cas, et pourquoi ne l'a-t-il pas voulu? Parce qu'il savait que les ventes entre époux, quand elles n'ont pas une cause bien connue, sont considérées comme des donations déguisées, et que les donations indirectes ou déguisées entre époux ne sont pas nulles, mais seulement révocables.

Ainsi, en expliquant les art. 1394, 1396 et 1595 par l'art. 1093, toutes les dispositions du Code sont dans un parfait accord. Cette vérité nous paraît tellement claire, que les préjugés que peut élever l'ancienne jurisprudence ne sauraient l'obscurcir, dans les esprits qui se donnent la peine de réfléchir.

42. Après avoir expliqué le véritable sens de l'art. 1395, qui porte que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement *après* la célébration du mariage, il faut voir comment elles peuvent être changées par des contre-lettres, *avant* la célébration, et après la signature du contrat de mariage.

C'est un principe de raison naturelle que l'homme peut toujours changer de volonté, sans de-



voir compte à personne de ce changement, pourvu qu'il ne préjudicie point aux droits d'autrui (1). Si le contrat qu'il a librement consenti enchaîne sa liberté, ce n'est qu'envers l'autre contractant. Il est donc évident que si tous les deux changent de volonté, ils peuvent, d'un consentement commun, changer, modifier ou dissoudre leur premier contrat, de la manière qu'il leur plaît; car rien n'est plus naturel, plus conforme à la raison, que de dissoudre un lien de droit de la même manière qu'il a été formé.

Les conventions matrimoniales ne sont point exceptées de cette règle. Elles peuvent donc être, avant la célébration du mariage, changées, modifiées ou détruites, d'un consentement commun, par un contrat postérieur à la signature de l'acte qui les contient. L'art. 1396 exige seulement qu'ils soient *constatés par acte dans la même forme que les contrats de mariage*, c'est-à-dire par acte devant notaire; car étant destinés à faire partie de ce contrat, ils doivent nécessairement, pour en avoir la force, être constatés de la même manière.

L'art. 1396 ajoute : « Nul *changement* ou *contre-lettre* n'est au surplus valable, sans la présence et le consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. »

43. Cet article et le suivant, qui parlent aussi

---

(1) *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.* Loi 75, ff de R. J.

*des changemens et contre-lettres*, indiquent que le changement et la contre-lettre sont deux choses différentes ; et c'est sur-tout en ce qui concerne les contrats de mariage que cette différence est sensible.

Les parties changent un contrat , lorsqu'elles en étendent, modifient ou restreignent les clauses , lorsqu'elles en retranchent quelques-unes , soit pour leur en substituer d'autres , soit pour les supprimer entièrement et les rendre sans effet.

Mais ce n'est point changer un contrat que d'y faire quelque addition, qui en laisse subsister toutes les clauses dans leur intégrité, et sans altération. Par exemple, je vous ai vendu la métairie de la Belleville, avec toutes ses dépendances. Depuis le contrat parfait et signé, nous faisons une seconde convention, par laquelle ajoutant au contrat par lequel je vous ai vendu la métairie de la Belleville, je déclare que les Champs-Neufs, qui n'en dépendaient point, en feront désormais partie, et sont compris dans la même vente. Ce n'est point là faire un changement au premier contrat, puisque toutes les clauses en demeurent dans toute leur force et dans toute leur intégrité ; c'est plutôt faire un nouveau contrat.

44. Dans les contrats de mariage, au contraire, on regardait autrefois comme un changement prohibé toutes additions, celles même qui n'influent en rien sur les clauses insérées dans le contrat, et qui les laissent subsister dans leur intégrité. Par exemple, on regardait les donations que se faisaient les futurs époux hors la présence

de leurs parens , entre la signature de leur contrat de mariage et la célébration , comme des changemens ou contre-lettres , dont la jurisprudence prononçait la nullité (1).

45. On sait qu'avant que l'usage de l'écriture fût devenu commun, tous les actes publics étaient désignés par le mot *lettres*. C'est de là que s'est formé le mot *contre-lettre*, c'est-à-dire acte contre le contrat. Le contrat et la contre-lettre sont donc deux actes séparés, dont le premier ne peut produire d'effet qu'en ce qui ne se trouve pas détruit ou changé par la contre-lettre.

Les contre-lettres , de leur nature , n'ont rien d'illicite ni d'odieux. Ce sont de véritables contrats, ou, si l'on veut, des *distracts*, naturellement permis aux parties qui veulent révoquer ou changer, en tout ou en partie, un précédent contrat.

Le principe général est donc qu'elles obligent ceux qui les ont souscrites , même lorsqu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ce principe est établi par l'art. 1321 du Code.

46. Cependant, comme elles peuvent servir à couvrir ou à préparer des fraudes contre des actes qui doivent paraître en public , on destine souvent les contre-lettres à être tenues secrètes , au moins pendant un certain tems. Il y en a même qui ne sont pas autre chose qu'une reconnaissance que le premier acte , en totalité ou en par-

---

(1) Voy. Louet , lettre L, v.<sup>o</sup> *Contre-lettre en contrat de mariage* , n.<sup>os</sup> 4 et 5.

tie, n'est pas sérieux, mais qu'il n'est que simulé. C'est contre le secret des contre-lettres que la jurisprudence s'est toujours élevée, et c'est ce qui fait que la justice les regarde toujours avec défiance, et d'un œil peu favorable.

Les contrats de mariage étant les actes les plus importants de la société, ce sont les fraudes qu'on y peut commettre au moyen des contre-lettres secrètes, que l'ancienne législation s'était étudiée à prévenir, et sur-tout les fraudes que les futurs conjoints pourraient faire au préjudice de la famille de l'un ou de l'autre. Nous avons vu, *suprà*, que ces contrats étaient anciennement des pactes de famille, qui étaient censés intervenir, non seulement entre les conjoints, mais entre leurs familles respectives, dont les principaux membres devaient être présens, parce qu'ils avaient intérêt que les clauses du contrat ne fussent pas changées, pour empêcher les biens d'une famille de passer dans une autre (1).

C'était donc, dit fort bien Ferrière, pour empêcher les fraudes et les tromperies des conjoints au préjudice de l'une des familles, qu'on exigeait la présence des parens, non seulement au contrat de mariage, mais aux contre-lettres ou changemens que les futurs y voulaient faire. C'est pour cela que l'art. 258 de la Coutume de Paris, prononçait la nullité des contre-lettres qui étaient

---

(1) Voy. Pothier, Traité des donations entre mari et femme, n.º 27.



*faites hors la présence des parens qui ont assisté aux contrats de mariage.*

Cet article, rédigé en 1580, époque de la réformation de la Coutume de Paris, suppose clairement qu'alors la présence des principaux parens des futurs était encore nécessaire aux contrats de mariage. D'autres coutumes du même tems le supposent également, comme celle de Bourgogne, art. 26, et elles indiquent en même tems le motif de la présence des parens. Nous en avons parlé *suprà*, n°. 27 et suivans.

47. Insensiblement, cette nécessité de la présence des parens ne fut plus tirée à rigueur à l'égard des majeurs. La présence des parens à leur contrat de mariage ne fut plus regardée que comme de bienséance, et l'on en vint enfin à penser que deux personnes maîtresses de leurs droits, qui n'avaient plus besoin du consentement de leurs familles, ni de leur présence pour contracter mariage et pour le célébrer, n'en avaient pas plus besoin pour arrêter et régler leurs conventions matrimoniales, quant aux biens.

Mais la Coutume de Paris, ni les autres semblables, n'avaient changé avec l'opinion publique. Son texte, spécialement relatif aux contre-lettres, demeurerait le même sans aucun changement, quoique le motif qui l'avait dicté n'existât plus; et l'on continua de juger la présence des parens nécessaire pour les contre-lettres, quoiqu'elle ne fût plus nécessaire pour les contrats de mariage, qu'on ne considérât plus comme une loi des deux familles, mais seulement comme



des conventions, *entre les seules parties contractantes.*

48. Cette jurisprudence offrait une disparate bien choquante. Quoique les conjoints ne fussent plus obligés d'appeler leurs parens, même leurs ascendans, à leur contrat de mariage, néanmoins, lorsque, par bienséance, ils y avaient appelé même des collatéraux, ils ne pouvaient plus, sous peine de nullité, faire de nouvelles conventions, rien changer, ajouter, ni retrancher à leur contrat de mariage sans les appeler, quoiqu'ils pussent faire ce contrat sans la présence de leurs ascendans et sans les consulter. Pour sauver cette disparate ou cette incohérence, on imagina donc un nouveau motif à la disposition de la coutume, qui exigeait, sous peine de nullité, la présence aux contre-lettres des parens, même collatéraux, qui avaient assisté au contrat de mariage, et l'on dit : « Quoique des conventions de mariage ne soient pas » vicieuses par cela seul qu'elles ont été faites à » l'insu des parens, néanmoins, l'affectation marquée de ces conjoints de cacher à leurs parens » et *au public* leurs conventions, en les faisant à » part, et par acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des » conventions dont les conjoints ont eu honte, et » qui doivent pour cela être présumées avoir été » dictées, plutôt par la passion que par de justes » motifs. C'est là ce qui a porté la Coutume à les » déclarer nuls. » Pothier, préface du *Traité de la communauté*, n°. 15.

49. Le raisonnement de Pothier conduirait à



faire déclarer nuls les contrats de mariage faits hors la présence des ascendans et des parens, qui demeurent dans le lieu où se fait le contrat; car la présomption que les conjoints ont eu honte de leurs conventions, s'appliquerait certainement au cas où ils les cachent à leurs pères et mères et à leurs familles, présens dans le lieu où ils contractent.

Les auteurs qui ont écrit depuis Pothier n'ont fait que le copier sur ce point. On avait perdu de vue le véritable motif, qui faisait anciennement exiger la présence des parens aux conventions matrimoniales des futurs, quoique ce motif fût rappelé dans le Commentaire de Ferrière, sur l'art. 258 de la Coutume de Paris, que nous avons cité.

Il nous paraît cependant de toute évidence qu'en reconnaissant, ce dont Pothier même convient, que la présence des parens n'était pas nécessaire pour la validité des contrats de mariage, on ne peut raisonnablement dire que par cela seul qu'ils y ont assisté, leur présence devient nécessaire pour la validité des changemens ou des additions que les futurs, seules parties contractantes, peuvent y faire avant la célébration. Ce serait les avertir qu'il est prudent d'écarter leurs parens de leur contrat de mariage et leur dire : Prenez-y garde. Si vos parens y assistent, vous ne pourrez plus rien changer, rien ajouter à votre contrat de mariage, pas même réparer un oubli qui vous serait échappé, sans les appeler tous. Au contraire, s'ils n'ont point assisté au contrat, vous

resterez libres d'y changer, modifier ou ajouter, tout ce qu'à la réflexion vous jugerez à propos.

Il nous est donc impossible de croire que le respect humain, cette mauvaise honte alléguée pour rendre raison d'une incohérence dans la jurisprudence des arrêts, ait été le motif de l'art. 258 de la Coutume de Paris, qui prononce la nullité des contre-lettres *faites à part et hors la présence des parens qui ont assisté aux contrats de mariage*. La véritable raison, comme nous l'avons dit ci-dessus, est qu'anciennement la présence des parens aux contrats de mariage, et par conséquent aux changemens ou additions qui en font partie, était encore alors regardée comme nécessaire pour veiller à leurs intérêts.

50. Le Code en est revenu à des principes plus raisonnables. Il n'a point exigé, pour la validité des contre-lettres et des changemens faits aux contrats de mariage, la présence des parens, qui n'est pas nécessaire aux contrats; mais il exige, comme nous l'avons déjà vu, « la présence et le consentement *simultané* de toutes les personnes *qui ont été parties* dans le contrat. »

La simple raison dit, en effet, que lorsque plusieurs personnes ont été parties dans un contrat, le consentement de toutes est nécessaire pour le résoudre ou pour le modifier.

Le Code exige que la présence et le consentement de toutes les parties soit simultané, c'est-à-dire donné en même tems, parce que des consentemens séparés s'obtiennent plus facilement. Tel consent seul, qui refuserait s'il était accom-

pagné ou soutenu par d'autres. D'ailleurs, la présence de toutes les parties peut faire naître une discussion qui donne des éclaircissemens auxquels on n'avait pas songé.

On proposa au Conseil d'état d'ajouter à la fin de l'article, *ou elles dûment appelées*, afin que la mauvaise volonté d'une des parties ne pût nuire aux autres contractans.

On répondit que l'article ne concerne que les contractans, et non les témoins et les tiers.

On insista, et l'on dit qu'un tiers peut avoir été partie au contrat : tel serait un donateur étranger à la famille.

On répliqua que l'article s'appliquait à tous les donateurs, même étrangers; que tout est corrélatif en cette matière, et que tel n'a donné au mari que parce que tel autre a donné à la femme.

Toutes ces réponses sont justes; mais elles ne décidaient point la question, sur laquelle on ne prit aucun parti. S'il était absolument nécessaire que toutes les parties comparussent au nouvel acte, il pourrait devenir impossible de faire les changemens désirés, et le mariage pourrait manquer. M. Maleville, sur cet article, pense donc, avec raison, que dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres, il suffit que toutes les parties soient dûment appelées pour assister au changement ou à la contre-lettre. Si elles ne comparaissent pas, elles son censées y consentir.

51. Les personnes qui sont parties dans un contrat, sont celles qui y stipulent ou promettent quelque chose en leur privé nom, sans la

présence et le consentement desquelles certaines clauses n'y pourraient être insérées; et non celles qui n'assistent que comme conseils , ou par honneur et bienséance. Par exemple , il est d'usage de référer , dans le contrat de mariage des futurs, la présences des pères et mères, ou autres ascendants, même des majeurs , pour *assister et autoriser* leurs enfans. Ces expressions , ou autres semblables , employées par une juste déférence pour l'autorité paternelle, ne constituent point les pères et mères parties dans le contrat , si d'ailleurs ils ne s'obligent à rien en faveur des futurs, ni des enfans à naître du mariage proposé. Dans ces cas, la présence des pères et mères n'est point exigée par le Code , pour la validité des changemens ou contre-lettres que la réflexion peut suggérer aux futurs, depuis la signature de leur contrat de mariage. Ces changemens peuvent donc être faits valablement hors la présence des pères et mères , quoiqu'ils aient assisté au contrat , pourvu , toujours , que ce soit par un acte passé devant notaire.

Mais la présence des pères et mères devient indispensable s'ils ont promis à leurs enfans une dot, une pension , ou tout autre avantage quelconque; car alors ils sont ce que le Code appelle *parties dans le contrat*.

52. Il en est de même de toute personne bienveillante, même étrangère à la famille , qui serait intervenue au contrat pour y faire quelque dot ou avantage aux futurs ou à l'un d'eux.

Dans les procès-verbaux des conférences tenues



au Conseil d'état, sur la discussion du Code, tom. VII, pag. 47 et 48, M. Berlier, qui présenta le titre du contrat de mariage à la discussion, nous apprend qu'on entendit appliquer la disposition de notre art. 1396 à tous donateurs, même étrangers à la famille, parce qu'en cette matière il y a *corrélation et indivisibilité* des clauses du contrat. Par exemple, le mari reçoit un don de 20,000<sup>f</sup> d'une personne qui peut-être ne les lui eût pas donnés, si pareil avantage n'eût pas été fait à la femme par une autre personne. « S'il était permis, dit-il, de révoquer ou de modifier cette dernière disposition sans la présence de l'auteur de la première, ne serait-ce pas souvent une fraude envers lui? Il faut donc, en cas de changement, que toutes les parties y concourent, et les donateurs, quels qu'ils soient, ne sauraient être considérés comme des tiers ou de simples témoins. »

53. Supposons que, dans l'espèce proposée, les deux donateurs soient appelés à l'acte par lequel il s'agit de révoquer ou de modifier la seconde donation; l'autre pourra s'y opposer sans contredit, puisque notre article exige non seulement la présence, mais encore *le consentement simultané* de toutes les parties; et si, contre son opposition, les futurs, d'accord avec le second donateur, consentent que la seconde donation soit révoquée ou réduite, la révocation ou réduction ne sera pas valable, et nonobstant l'acte de réduction ou de révocation passé contre l'opposition, ou nonobstant le non consentement du premier donateur, les



futurs époux, s'il sont de mauvaise foi, pourront, dans la suite, demander la maintenue ou l'exécution pleine et entière de la donation révoquée ou réduite, comme ils pourraient le faire si le premier donateur n'avait pas été présent à l'acte.

54. Mais celui-ci pourrait-il, sous prétexte de sa non présence ou de son opposition, demander la révocation de la donation qu'il avait faite?

Nous avons déjà dit que si le donateur est appelé pour assister au changement, et qu'il ne comparaisse pas, il est censé y consentir. S'il paraît et déclare s'opposer, il peut demander acte de son opposition, et on ne peut le lui refuser. S'il ajoute que, dans le cas où le changement serait fait contre son opposition, il révoque son bienfait, il paraît que le donataire ne pourra le contraindre à exécuter la donation; car elle est censée n'avoir été faite que par la considération, et sous la condition que toutes les clauses et stipulations du contrat de mariage auraient leur effet. Ainsi le pense M. Maleville, sur l'art. 1396.

55. Enfin, si le changement est fait sans l'y avoir appelé, le donateur pourra-t-il également, sous ce prétexte, révoquer sa libéralité? Il semble qu'il y a de la difficulté; car ce n'est que le changement que le Code déclare non valable: d'où résulte que, nonobstant le changement, le donataire conserve tous ses droits, et peut faire déclarer le changement invalide. Cela posé, le donateur, qui n'y a pas été appelé, reste sans prétexte pour révoquer sa libéralité.

Cependant, s'il vient à découvrir le changement



qu'on lui a caché, ne peut-il pas notifier qu'il révoque sa libéralité, et faire citer le donataire, pour la voir déclarer nulle? Oui sans doute.

56. Mais si ce donataire, pour se soustraire à la révocation, agissait de suite contre l'autre personne que le changement favorise, pour en demander la nullité, le donateur ne pourra-t-il point répondre que le droit de révoquer sa libéralité lui est acquis du moment où le donataire a consenti à un changement clandestin, sans le consulter? Cette question, et beaucoup d'autres, ne sont point décidées par le Code, et ne peuvent l'être que par induction des principes généraux, dont l'application est difficile, lorsque les conséquences sont éloignées.

Il nous paraîtrait dur d'autoriser la révocation, quand le donataire a réparé sa faute, en faisant déclarer nuls les changemens faits sans consulter le donateur; car si la donation est censée faite sous la condition que toutes les clauses du contrat de mariage auront leur effet, ce n'est qu'une condition tacite et présumée, une présomption qui n'est pas établie par la loi, qui ne doit pas produire son effet de plein droit, et qui est abandonnée à la prudence du magistrat.

57. Si le changement que les futurs désirent faire ne pouvait intéresser en rien ni l'un ni l'autre des donataires qui ont été parties au contrat de mariage; par exemple, s'il s'agissait de réparer un oubli, de stipuler que la future aura la faculté de reprendre, hors part, à l'époque de la dissolution du mariage, ses bijoux et les

effets à l'usage de sa personne, la non présence ou l'opposition des deux donateurs, ou de l'un d'eux, rendraient-elles également le changement non valable ?

La négative ne nous paraît pas douteuse, si l'on ne consulte que la simple raison, et même les motifs exposés par M. Berlier au Conseil d'état. Sans doute, lorsqu'il s'agit de changer ou de modifier un contrat dans lequel il se trouve trois, quatre parties, ou même plus, il faut que toutes consentent aux changemens ou modifications d'une clause qui les intéresse, ou qui peut les intéresser toutes; mais si, entre les clauses d'un tel contrat, il s'en trouve qui n'intéressent que deux parties seulement, il nous paraît que pour changer ou modifier les clauses, il suffit du consentement de ceux qu'elles intéressent; celui des autres parties est inutile. Ainsi, dans l'exemple proposé, le prélèvement des bijoux et des effets à l'usage de l'épouse, stipulé par les deux conjoints, depuis la signature du contrat de mariage, ne peuvent intéresser en rien les deux donateurs, on ne saurait raisonnablement supposer que cette clause de prélèvement, insérée d'abord dans le contrat de mariage, eût empêché la libéralité de l'un ou de l'autre des donateurs. La nouvelle clause ajoutée au contrat paraît donc valable.

On peut opposer que le texte de l'art. 1396 est tellement général et tellement prohibitif, qu'on n'y saurait faire aucune distinction ni exception, relativement aux changemens à faire à des contrats de mariage : « *Nul changement n'est valable*

« sans la présence et le consentement simultané  
 » de toutes les personnes qui ont été parties au con-  
 » trat. »

Ainsi, point de distinction entre les changemens; tous sont compris dans la disposition.

58. Mais prenons bien garde que ce n'est que des *changemens* que parle cet article. Or, les clauses additionnelles aux contrats de mariage sont-elles, suivant le Code, des changemens qui exigent, pour leur validité, la présence et le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat, lors même que ces additions n'en altèrent point la substance, et qu'elles en laissent subsister les autres clauses dans toute leur intégrité? C'est ce qu'on ne saurait raisonnablement croire. Il n'y a point, entre ces additions et les clauses du contrat, cette indivisibilité, cette corrélation que remarquait M. Berlier, voyez *suprà*, n°. 52, entre les premières clauses du contrat et les changemens qu'on y fait. Ajouter, ce n'est pas changer. Or, le Code n'a pas dit : Nul changement *ni addition* n'est valable sans la présence et le consentement de toutes les personnes qui ont été parties au contrat; il ne parle que des *changemens ou contre-lettres*, et nous ne devons pas étendre le sens naturel de ces mots, en y comprenant les *additions*, dont la nature est très-différente de celle des changemens. On ne peut également prétendre que les additions soient comprises sous le nom de contre-lettres, lorsqu'elles ne contiennent rien de contraire aux clauses du contrat.

59. Cependant, Pothier enseigne que les clau-

ses ou conditions additionnelles, quoique non déroatoires au contrat de mariage, étaient regardées, dans l'ancienne jurisprudence, comme des contre-lettres frappées de nullité par l'art. 258 de la Coutume de Paris. « La Coutume, dit-il, comprend ici, sous le terme de contre-lettres, non seulement les conventions qui *dérogent et sont contraires* à quelque'une de celles portées au contrat de mariage, mais *généralement* toutes les *nouvelles conventions ou donations*, qui ne sont pas portées au contrat de mariage. »

Mais Pothier s'est trompé, en étendant *généralement* à toutes les nouvelles conventions, ajoutées au contrat de mariage, les décisions de l'ancienne jurisprudence des arrêts sur les donations, dont il n'est point parlé dans le contrat de mariage, soit qu'elles l'aient précédé, soit qu'elles l'aient suivi.

Louet, si profondément instruit de la jurisprudence des arrêts, dit au contraire : (1) « Il n'y a que les contre-lettres, qui vont contre *la substance et la teneur* du contrat de mariage, et qui détruisent les clauses d'icelui ou y dérogent, qui sont défendues, *quandò nempè deterior sit conditio dotis per pactum*, pour user des termes de la loi *si unus* 27, § *pactus ne peteret, in fine, ff de pactis*, et *quandò clandestinis et domesticis fraudibus aliquid confingitur, vel id quod verè gestum est abo-*

---

(1) Lettre C, sommaire 28, v.<sup>o</sup> *Contre-lettre en contrat de mariage*, n.<sup>o</sup> 5.



» *letur*, comme il est dit en la loi *data*, 27, *Cod.*  
» *de donat.*, 8. 54.

» Autre chose est des contre-lettres, qui sont  
» outre le contrat, qui y ajoutent quelque chose,  
» l'exécutent ou expliquent ce qui est douteux et  
» obscur, et ne *changent point la disposition ni la*  
» *substance des conventions et conditions d'icelui*;  
» *auquel cas elles sont valables*, comme il a été jugé  
» par arrêt du 16 mars 1618, M. le premier pré-  
» sident Verdun séant, en la cause de Mathieu  
» Régnaut. »

Cette distinction entre les conventions additionnelles qui ne font qu'ajouter au contrat de mariage, sans déroger aux clauses d'*icelui*, et les conventions nouvelles qui y dérogent et le détruisent, est frappante et péremptoire, parce qu'elle est fondée sur la raison. Il est évident qu'on ne va point contre le contrat, on ne le change point, quand on ne fait qu'y ajouter des conventions qui en laissent subsister sans altération toutes les clauses et conditions.

60. L'erreur de Pothier est venue de ce qu'il a étendu *généralement* à toutes les conditions nouvelles ajoutées au contrat, les décisions de l'ancienne jurisprudence, relatives aux donations en particulier. On trouve en effet, dans les additions au Recueil de Louet, même sommaire, n°. 18, deux arrêts qui jugèrent qu'on devait regarder comme contre-lettres une donation faite par une veuve à son fiancé, dans l'intervalle du contrat de mariage au jour des épousailles, et en l'absence des parens. Un arrêt du 19 février 1716 dé-



clara même nulle une donation entre futurs, faite la veille de leur contrat de mariage, où elle ne fut pas référée.

C'est cette jurisprudence particulière aux donations entre futurs, que Pothier a étendue mal à propos à toutes les conventions qui ajoutent aux contrats de mariage. Il avait d'autant moins raison de le faire, que cette jurisprudence était fondée sur l'ancien principe de la conservation des biens dans les familles, dont nous avons ci-devant parlé, et qui avait autrefois fait considérer les contrats de mariage, non seulement comme des conventions entre les futurs, mais encore entre leurs familles respectives, lesquelles avaient intérêt d'y assister et d'en connaître les clauses précisément, pour empêcher les futurs de faire passer leurs biens dans une autre famille, par des libéralités excessives, dictées par une passion aveugle.

Ces principes et les conséquences qui en dérivent étaient difficiles à déraciner, et ne cédèrent qu'au tems, qui finit toujours tôt ou tard par faire triompher la raison. Ce ne fut que fort avant dans le dernier siècle qu'il fut enfin reconnu, et même, dit Pothier (1), établi en principe, par un arrêt du 17 mai 1762, que les conventions matrimoniales ne doivent être regardées que comme des *conventions entre les seules parties contractantes*.

La conséquence de ce principe si vrai aurait

(1) Traité des donations entre mari et femme, n.º 27.

dû, ce nous semble, faire changer la jurisprudence qui annulait les donations faites par les futurs, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration ; car enfin, une fois reconnu et bien établi d'un côté, par cette jurisprudence lors nouvelle, que le contrat de mariage, de même que tout autre contrat, n'est qu'une convention entre les seules parties contractantes ; d'un autre côté, que les additions qui ne changent ni la substance, ni les dispositions *d'icelui*, ainsi que l'enseigne Louet, d'après l'arrêt de 1618, sont valables, et ne sont pas défendues par l'art. 258 de la Coutume de Paris ; pourquoi les donations, faites dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, auraient-elles été nulles et défendues, quand elles ne dérogent point au contrat ? Peut-être la question ne se présenta-t-elle pas devant les Parlemens ; et les auteurs, qui, pour la plupart, ne changeaient jamais rien à leurs doctrines, sans être appuyés sur des arrêts, continuèrent de suivre celui de 1716, plutôt que les justes conséquences qu'ils pouvaient déduire, par le seul raisonnement, du principe établi par l'arrêt de 1762, postérieur au premier de quarante-six années, dans un siècle où la raison publique marchait avec tant de rapidité.

Enfin, le préjugé et l'aversion marqués des coutumes pour les donations, ne permettaient guère de faire attention aux conséquences de la nouvelle jurisprudence.

61. Sous l'empire du Code, il ne nous paraît pas qu'on puisse douter qu'il ne faut plus suivre la décision de l'arrêt de 1716, rendu il y a plus

d'un siècle, sous une législation dont l'esprit et les principes étaient si différens de ceux de notre législation nouvelle.

Cependant, un professeur renommé, M. Delvincourt, pense que la décision de cet arrêt doit survivre à la législation sous laquelle il a été rendu, et servir de règle aujourd'hui. Dans ses *Institutes au droit français*, pag. 6, tom. III, édition de 1819, il dit que, suivant l'art. 1396 du Code, les changemens faits aux contrats de mariage ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en présence et du consentement de tous ceux qui ont été parties dans le contrat, et que cette disposition s'applique aux contre-lettres ; puis il ajoute en note, pag. 232 et 233 : « Et même aux conventions qui » auraient pu être faites avant le contrat de mariage, et qui y dérogeraient. Ainsi jugé par un » arrêt du 19 février 1716, rapporté par Ferrière » dans son parfait Notaire, et qui a annulé une » donation que deux futurs conjoints s'étaient faite » la veille de leur contrat de mariage, et dont ils » n'avaient point parlé dans ce contrat. »

M. de Plasmán, auteur d'un écrit utile sur les contre-lettres, et disciple de M. Delvincourt, ne pense pas que l'opinion de son maître doive être adoptée. Nous pensons comme lui qu'elle doit être rejetée, et nous ne balançons pas à croire que, sous l'empire du Code, qui permet aux époux de se donner même pendant le mariage, les donations faites entre futurs majeurs, avant le contrat de mariage, sont valides, lorsqu'elles n'excèdent point la portion disponible, sans qu'il soit besoin

de les référer dans ce dernier contrat. Sous quel prétexte pourrait-on les annuler? Comme contre-lettres? Comment concevoir une contre-lettre contre un contrat qui n'existe point encore, qui d'ailleurs peut être passé sans la présence, sans le consentement même des ascendans? Comment considérer comme une contre-lettre, une donation que les futurs pourraient se faire, même pendant le mariage, aux termes de l'art. 1094? Prétendrait-on faire annuler ces donations comme présumées frauduleuses, parce qu'elles sont faites avant le contrat de mariage? Mais où est la loi qui établit cette présomption? Contre qui serait la fraude? Contre les parens des futurs? Ils n'ont pas le droit d'être appelés aux contrats de mariage? Contre les créanciers du futur donateur? S'ils ont une hypothèque sur les biens donnés, la donation ne leur préjudicie point; et s'ils n'en ont pas, elle ne préjudicie point encore à leurs droits. De pareilles donations ne peuvent donc être réputées frauduleuses, s'il n'existe pas des preuves de dol ou de fraude contre quelques personnes, et s'il en existait, ces donations retomberaient sous le droit commun à tous les contrats frauduleux.

Si la donation faite par un futur à la future, ne porte point qu'elle est faite en considération du mariage proposé entre eux, et si, profitant de cette omission, la donataire refuse d'accomplir le mariage, et prétende néanmoins retenir la donation, en soutenant qu'elle n'a pas été faite en faveur d'un mariage, le donateur serait admis à prouver la fraude par tous genres de preuve.



Sous quelque point de vue que nous les examinons, les donations entre futurs, faites avant le contrat de mariage, de même que celles faites dans l'intervalle du contrat et de la célébration, nous paraissent donc valides; et comme elles sont faites en faveur de mariage, elles ne sont pas sujettes à la révocation par survenance d'enfans.

62. Au reste, il n'est pas douteux que l'article 1396, en déclarant non valables les changemens ou contre-lettres, comprend non seulement ceux qui interviennent entre les futurs conjoints, mais encore ceux qui interviennent entre l'un de ces derniers, et l'une des personnes qui ont été parties dans le contrat. Par exemple, si le futur, à qui son père, ou même un étranger, avait promis une certaine somme en dot, lui promettait par un acte notarié, passé hors de la présence de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat, de ne pas exiger cette somme, cet acte serait nul, comme étant une contre-lettre au contrat de mariage (1). Nul doute sur ce point.

La nullité doit même être prononcée, malgré la mauvaise foi évidente du demandeur en nullité. Celui qui a consenti publiquement une convention, avec intention de la détruire par une contre-lettre secrète, doit s'imputer la faute de s'être reposé sur un acte défendu par la loi. D'ailleurs, une raison d'ordre public exige qu'on n'ait point d'égard à la mauvaise foi du réclamant. Au-

---

(1) Voy. Pothier, préface du Traité de la communauté, n.º 12.



toriser la contre-lettre, ce serait détruire la loi qui en prononce la nullité. Plusieurs arrêts l'ont ainsi jugé sous l'ancienne jurisprudence (1). Nous n'en citerons qu'un seul.

Le sieur Abricot, en mariant sa fille au sieur Boulier, ne voulait lui donner que 6,000<sup>l</sup>. Un oncle du futur voulait que son neveu trouvât un parti de 10,000<sup>l</sup>. Le futur consentait à ne recevoir que 6,000<sup>l</sup>. Pour contenter toutes les parties, on passa un contrat de mariage en présence de l'oncle, par lequel le sieur Abricot donnait à sa fille le domaine de la Cocotière, de la valeur de 10,000<sup>l</sup>. La veille du contrat, fut passé un acte sous scings privés, double et signé des conjoints et de leurs pères et mères, par lequel il était dit que la dot ne serait que de 6,000<sup>l</sup>, et que le domaine en question ne paraîtrait donné en totalité, que par ménagement pour un vieil oncle du futur, qui voulait absolument que son neveu épousât une femme ayant 10,000<sup>l</sup> de dot.

Trois ans après le mariage, le sieur Boulier demanda la nullité de la contre-lettre. Sa mauvaise foi était évidente; une infinité de circonstances déposaient contre lui. Cependant parce que, suivant la loi du tems, tous les parens qui avaient signé le contrat de mariage n'avaient pas été présents à la contre-lettre, elle fut déclarée nulle par arrêt rendu le 21 mai 1759 (2).

---

(1) Voy. le nouveau Denisart, v.<sup>o</sup> *Contrat de mariage*, § 5, n.<sup>os</sup> 2 et 3.

(2) Sous l'empire du Code, la non présence de l'oncle n'aurait pas

Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un domaine donné en dot à la future. La décision serait la même, si le père, dotant sa fille, lui avait, au lieu d'un domaine, promis une somme exigible en argent comptant, 10,000<sup>f</sup> par exemple; et que, par un acte postérieur, le gendre futur eût déclaré réduire la somme à 2,000<sup>f</sup>, renonçant à rien exiger de plus. Nonobstant cette contre-lettre, il pourrait exiger la somme entière de 10,000<sup>f</sup>, en vertu du contrat de mariage. C'est l'espèce d'un arrêt du 29 mars 1786, rapporté dans le nouveau Denisart, *ubi supra*, n°. 3.

Cette jurisprudence est conforme au texte et à l'esprit de notre art. 1396, qui porte que « nul » changement ou contre-lettre n'est valable, sans » la présence et le consentement simultané de » toutes les personnes qui ont été parties dans le » contrat de mariage. »

Tout changement ou contre-lettre fait sans la présence et le consentement de ces dernières personnes, n'est donc pas plus valable aujourd'hui qu'il ne l'était autrefois, sans la présence de tous les parens *qui avaient assisté au contrat de mariage.*

63. Cependant, on est surpris de trouver une

invalidé la contre-lettre, parce qu'il paraît qu'il n'avait pas été *partie dans le contrat de mariage*, et qu'il n'avait rien donné à son neveu; mais elle n'aurait pas été valable par un autre motif. Elle était sous seings privés, et, pour la validité des contre-lettres, l'art. 1396 exige qu'elles soient constatées dans la même forme que les contrats de mariage, c'est-à-dire par acte notarié.

doctrine contraire dans les écrits d'un professeur célèbre. M. Delvincourt, après avoir mal à propos, à notre avis, voyez *suprà*, n.º 61, appliqué la règle établie par l'art. 1396, même aux donations antérieures au contrat de mariage, ajoute, tom. III, pag. 232, « *quid*, si le mari, *postérieurement au* » *contrat*, fait remise à son beau-père de l'action » qu'il a contre lui, en paiement de la dot? Je » pense que la remise est valable. Il n'y point là » *dérogation au contrat de mariage*. D'ailleurs le » mari est *dominus dotis*, sur-tout lorsqu'elle con- » siste en une somme d'argent. Il est donc réelle- » ment et personnellement créancier de son beau- » père. Or tout créancier peut faire remise à son » débiteur. D'ailleurs, nul doute qu'il ne puisse » faire donation à son beau-père d'une somme » égale au montant de la dot (art. 1422) : or, une » remise gratuite est bien réellement et dans le » fait une donation ; mais lors de la dissolution » du mariage, la femme n'en aura pas moins une » action contre son mari, pour se faire restituer » la dot : le mari est censé l'avoir reçue par cela » seul qu'il en a fait la remise. Mais aux termes » des art. 1099 et 1100, une pareille disposition » sera regardée comme une donation faite par le » mari à la femme, et imputée en conséquence » sur la portion disponible, fixée par l'art. 1094, » ou 1098. »

Il nous paraît évident qu'il y a ici erreur en fait et en droit.

Non, sans doute, cette remise n'est pas une simple dérogation au contrat de mariage ; c'en

est une entière abrogation : le contrat n'est pas seulement changé en ce point ; il est dissous, il est détruit. Mais pouvait-il l'être sans le consentement de toutes les parties, de la future surtout, qui est ici partie principale ? Non certes, la loi et la raison le disent. Et comment soutenir qu'un acte par lequel on renonce à exiger le capital promis solennellement, dans un acte public, ne va pas *contre* le contrat ; en un mot, qu'il n'est pas une *contre-lettre* ?

Faut-il des autorités pour établir un point aussi clair que les vérités élémentaires les plus simples ? En voici :

« On regarde encore comme contre-lettres, dit » Roussilhe, Traité de la dot, tom. I, n°. 80, les » avantages indirects faits par l'un des futurs conjoints, à quelqu'un des parens de l'autre, quoique parties au contrat, comme si le futur époux » a fait une quittance à son beau-père de la dot, » ou de partie, sans l'avoir reçue. Une pareille » quittance est nulle, et le gendre est fondé à demander la dot. Ainsi jugé, etc. »

Il ajoute, n°. 81 : « Lorsque le futur époux » promet, hors la présence des parens de son » beau-père, de ne pas exiger la dot aux termes convenus, une pareille promesse est aussi nulle, » et n'empêche pas que la dot ne puisse être demandée, aux termes stipulés dans le contrat. »

Voici d'autres autorités. Dans les additions sur Louet, lettre C., v°. *Contre-lettre*, n°. 16, on trouve deux arrêts du Parlement de Rouen, l'un du 9 juillet 1659, entre Pierre et Jacques Clairct,



père et fils ; l'autre du 16 novembre 1648, entre Claude et Tannegui Guerin, aussi père et fils, qui jugèrent « que les contre-lettres données par » les enfans aux pères et mères, hors contrat de » mariage, et en l'absence des parens, ne peuvent être bonnes et valables au profit desdits » pères et mères, au préjudice du survivant. »

Ici la contre-lettre était donnée par les enfans à leurs pères ; elle fut jugée nulle. Dans l'espèce de M. Delvincourt, elle est donnée par le gendre à son beau-père futur, et il la soutient valable, au préjudice de la femme survivante.

Dans les additions sur Louet, au même endroit, n°. 17, on trouve encore un arrêt du 13 avril 1663, qui jugea que « la contre-lettre baillée » par le fils à son père, n'était pas valable au préjudice des enfans, quoique héritiers de leur » père. » Enfin, l'on trouve au même endroit deux arrêts de 1660 et 1666, qui jugèrent que les contre-lettres ne sont valables que lorsqu'elles ne sont point données au préjudice de la femme *et des enfans*.

De ces autorités, qu'il serait facile de multiplier, il suit qu'on a toujours regardé la remise faite au beau-père par le gendre futur, ou par le fils à son père, du capital de la dot promise à la future, comme une véritable contre-lettre, qui ne peut préjudicier à l'épouse survivante ni aux enfans, et que même le beau-père, ou le père, qui l'ont reçue, ne peuvent l'opposer avec succès au gendre ou au fils, qui ont eu la faiblesse de la donner.



Mais, dit M. Delvincourt, le mari est *dominus dotis*; il peut donner à son beau-père une somme égale à la dot, suivant l'art. 1422.

Cet article dit, à la vérité, que le mari peut disposer à titre gratuit et particulier, en faveur de toutes personnes, des effets mobiliers de la communauté; mais la communauté n'existe point avant la célébration, et l'article ne dit point et ne pouvait pas dire que le futur peut, sans le consentement de la future, *et avant la célébration du mariage*, faire remise du capital de la dot promise par le contrat, et renoncer à l'exiger : l'article 1396 s'oppose évidemment à la validité d'une pareille remise, qui détruit le contrat.

Ce qu'il y a de plus étonnant encore, c'est que M. Delvincourt prétend que la remise de la dot promise, est une donation que le futur fait à sa future épouse, et qu'il faut imputer sur la quotité que le Code permet de lui donner pendant le mariage.

J'avoue que je ne puis concevoir comment la remise d'une dot, qui devait être propre de l'épouse, peut constituer une donation en faveur de cette dernière, qui se trouve exposée à la perdre, si le mari meurt insolvable, puisque M. Delvincourt lui refuse une action contre le constituant, à qui la remise en a été faite, sans qu'elle y ait consenti. Je ne puis voir dans cette remise que ce qu'y ont vu nos anciens auteurs, une contre-lettre qui détruit le contrat de mariage, et qui, par conséquent, ne peut être valable que du consentement de toutes les parties, de la future sur-

tont, qui est, sans contredit, la partie principale dans le contrat.

64. Mais si la contre-lettre donnée par le futur, sans l'observation des formes prescrites pour sa validité, ne portait que la renonciation aux intérêts de la dot, aux arrérages de la rente, ou aux revenus de l'héritage donné en dot, sans en diminuer le capital, serait-elle valable, ou serait-elle nulle également que si elle touchait au fond de la dot?

C'est une question importante, sur la solution de laquelle l'ancienne jurisprudence des Parlements peut élever des préjugés. On peut dire d'abord qu'une telle contre-lettre serait valable, parce qu'en ce cas, elle ne nuirait point aux droits futurs de la femme ni des enfans, et que les intérêts, arrérages ou revenus dont il a été fait remise ou que le futur a renoncé d'exiger, sont des meubles qui appartiennent au mari pendant le mariage, et dont il peut disposer comme bon lui semble en faveur de toute personne, sans en devoir compte à qui que ce soit. Hévin, sur Frain, chap. 65, rapporte un arrêt du Parlement de Bretagne, du 13 juillet 1628, qui jugea valable une contre-lettre par laquelle un fils, le lendemain de son contrat de mariage, déchargea son père d'exécuter la promesse qu'il lui avait faite par le contrat, d'une rente annuelle de 300<sup>l</sup>, sous le prétexte que le père n'avait consenti cette obligation que pour faire plaisir au fils (1).

---

(1) Il faut voir les observations d'Hévin sur cet arrêt. Il faut voir

Louet (1) dit aussi qu'on a demandé si une contre-lettre par laquelle le gendre aurait rétrocédé à son beau-père la jouissance, sa vie durant, des fruits d'un héritage par lui baillé en dot à sa fille, était nulle et prohibée par la coutume. Il a, dit-il, été jugé que le mari étant maître et seigneur des fruits, la contre-lettre était bonne à son égard, et qu'elle tiendrait sa vie durant, parce qu'il était loisible à un majeur de renoncer à ses droits, et que toute personne doit maintenir sa parole, par arrêt donné en la grand'chambre, le 13 juillet 1583.

L'auteur ajoute : « Mais après la mort du mari, la femme peut agir pour son intérêt..., la contre-lettre, qui est nulle à son égard, ne pouvant lui préjudicier, quand même elle y aurait parlé, comme il a été jugé par le même arrêt. »

Quelque spécieuses que puissent paraître les raisons sur lesquelles ces anciens arrêts sont appuyés, on ne doit pas les suivre sous l'empire du Code français, parce qu'ils sont contraires à ses dispositions, et que les juges ne peuvent s'en écarter, comme les Parlemens croyaient pouvoir s'écarter du texte des coutumes.

L'art. 1396 porte que « nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la pré-

aussi Bouchenl, Traité des conventions de succéder, chap. 7, où il cite les auteurs qui ont rapporté de semblables arrêts. Voy. aussi Malville sur l'art. 1395 du Code, tom. III, pag. 216.

(1) V.<sup>o</sup> *Contre-lettre*, serm. 28, n.<sup>o</sup> 6.

« sence et le consentement simultané de toutes les  
« personnes qui ont été parties dans le contrat. »

Cette rédaction ne permet pas de douter que la contre-lettre ou le changement ne soit nul sans cette forme, à l'égard de toutes les parties, même de celles qui l'ont signé, malgré la mauvaise foi de celle qui en demanderait dans la suite la nullité, après y avoir consenti, comme on le jugeait sous l'ancienne jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu *suprà*, n°. 64.

D'un autre côté, l'art. 1396 est général : *nul changement ou contre-lettre, etc.* On ne peut donc distinguer entre le changement ou la contre-lettre, qui a pour objet le capital de la dot, et celui qui n'a pour objet que les revenus ou les arrérages et intérêts. Ce dernier changement est également frappé de nullité; et si celui qui revient contre le changement qu'il a eu la faiblesse de signer, quoique préjudiciable à ses intérêts, est de mauvaise foi, celui au profit de qui il a été signé est d'une mauvaise foi plus répréhensible, lorsqu'il refuse d'exécuter la parole qu'il avait donnée, la promesse qu'il avait faite solennellement dans un contrat de mariage, avec l'intention frauduleuse de se soustraire à son exécution par une contre-lettre secrète. Il doit s'imputer la faute de s'être reposé sur un acte défendu par la loi.

Une raison d'ordre public exige qu'on n'y ait point d'égard. Ce serait détruire la loi, qui en a si sagement prononcé la nullité, et récompenser celui qui s'est, au mépris de la loi, fait donner





cette contre-lettre avec une frauduleuse préméditation.

La raison et la loi ne permettent donc pas de distinguer, pour la rendre valide, la contre-lettre, qui n'a pour objet que la remise des intérêts, arrérages ou revenus de la dot, de celle qui a pour objet d'en diminuer le fonds en tout ou partie; ce qui est d'autant plus vrai, dans les espèces dont parlent Hévin et Louet, que la contre-lettre était donnée hors de la présence et sans le consentement de l'épouse, l'une des parties principales dans le contrat de mariage.

65. Au reste, la présence et le consentement de la future, joints à celui de toutes les autres parties, auraient pu rendre la contre-lettre valable à l'égard de toutes, mais non pas à l'égard des tiers, suivant le principe général établi par l'article 1321, que les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus posée, les créanciers du mari auraient pu, nonobstant la contre-lettre, même signée de toutes les parties, saisir la rente promise à leur débiteur par le contrat de mariage, et contraindre son père à leur en payer les arrérages.

Cette disposition a pour but de prévenir les fraudes que pourraient faire les parties, en présentant à des tiers, pour leur inspirer de la confiance et se procurer du crédit, le contrat seul, en dissimulant la contre-lettre. Cette fraude, à craindre à l'occasion de tous les contrats, l'est



beaucoup plus encore à l'occasion des contrats de mariage.

66. Le Code leur applique donc spécialement le principe général de l'art. 1321. L'art 1397<sup>1</sup> porte :

« Tous changemens et contre-lettres, même  
» revêtus des formes prescrites par l'article pré-  
» cédent, seront sans effet *à l'égard des tiers*, s'ils  
» n'ont été rédigés à la suite du contrat de ma-  
» riage; et le notaire ne pourra, à peine de dom-  
» mages et intérêts des parties, et sous plus grande  
» peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expé-  
» ditions du contrat de mariage, sans transcrire  
» à la suite le changement ou la contre-lettre. »

Au moyen de cette sage disposition, la contre-lettre devient partie du contrat de mariage, et les époux ne pourront tromper personne, en dissimulant son existence.

On avait, dans l'ancienne jurisprudence, senti la nécessité de mettre, pour la rendre valide, la contre-lettre à la suite du contrat de mariage, afin de prévenir les fraudes. Les auteurs exigeaient donc, pour la validité de la contre-lettre, « qu'il  
» y en eût une minute, et qu'elle fût insérée au  
» pied de la minute du contrat de mariage, avec  
» défense au notaire, *à peine de faux*, de délivrer  
» l'un des deux actes séparément. » (1)

67. Le Code a consacré cette doctrine; mais comme le contrat ou la contre-lettre, quoique écrits à la suite l'un de l'autre, n'en sont pas

---

(1) Ferrière, sur l'art. 258 de la Coutume de Paris, n.º 8.

moins des actes différens , la délivrance séparée de l'un des deux , sans cependant aucune altération , ne constitue pas un faux caractérisé. Le Code a substitué à la peine du faux , dont parle Ferrière , celle des dommages-intérêts *des parties* , et de plus grandes peines , s'il y a lieu , contre le notaire qui contreviendrait à l'art. 1397 ; en délivrant , séparément de la contre-lettre , une grosse ou expédition du contrat , au moyen de laquelle celui à qui elle a été délivrée pourrait tromper des tiers.

Cette contravention du notaire ne rendrait cependant pas la contre-lettre nulle à l'égard des parties qui l'ont souscrite ; car elle est valable à leur égard , lors même qu'elle n'a pas été rédigée à la suite du contrat. Il suffit , pour sa validité , de la présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (1396). La rédaction à la suite de la minute n'est exigée qu'à l'égard des tiers (1397).

Cet article défend de plus au notaire de délivrer des expéditions du contrat , sans y ajouter la contre-lettre rédigée à la suite de la minute. Sans cela , les tiers à qui serait représentée cette expédition se trouveraient dans une ignorance aussi parfaite de la contre-lettre , que si elle n'avait pas été rédigée à la suite du contrat. Elle ne pourrait donc pas leur être opposée avec succès. Par exemple , un père en mariant sa fille lui a promis , par le contrat de mariage , une rente annuelle de 1,200<sup>f</sup> , réduite depuis à 600<sup>f</sup> par une

contre-lettre passée en présence de toutes les parties, et rédigée à la suite de la minute du contrat; mais le notaire délivre, séparément de la contre-lettre, une expédition du contrat au futur, qui se trouvant dans le cas d'emprunter depuis le mariage, présente cette expédition au prêteur pour lui inspirer de la confiance. Faut de paiement de la somme prêtée, il fait saisir la rente entière de 1,200<sup>f</sup>. Nous avons dit, tom. VIII. n<sup>o</sup>. 189, *in fine*, que cette saisie était fondée, et que le beau-père ne pourrait se dispenser de payer la rente de 1,200<sup>f</sup> en entier, en représentant la contre-lettre.

68. M. Delvincourt, au contraire, édition de 1819, tom. III, pag. 283, pense que la contre-lettre rédigée à la suite de la minute du contrat est valable, *même à l'égard des tiers*, quoiqu'elle n'ait pas été insérée à la suite de l'expédition du contrat de mariage, sauf le recours en indemnité contre le notaire, de la part des tiers trompés par ce défaut d'insertion.

M. de Plasman (1), disciple de M. Delvincourt, embrasse ici aveuglément l'opinion de son maître, et pense que la nôtre est une *erreur qui nous est échappée*. Il nous en est sûrement échappé beaucoup; c'est le sort de tous les auteurs; mais peut-être aurait-il été bon de peser les raisons avant de trancher la question avec tant d'assurance et d'un ton si décisif. Quant à nous, il nous semble

---

(1) Dans son écrit sur les contre-lettres, pag. 78.

que l'opinion de M. Delvincourt est absolument contraire au texte de l'art. 1397.

Après avoir, dans sa première partie, prononcé que les contre-lettres, quoique convenues du consentement simultané de toutes les parties, seront *sans effet* à l'égard des tiers, si elles n'ont été rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage, l'art. 1397 défend au notaire, dans la seconde, de délivrer ni grosses ni expéditions du contrat, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre, à peine de dommages et intérêts *des parties*, etc.

Qu'entend ici l'article par ces expressions, *les parties*? Manifestement ce qu'entendent les derniers mots de l'article précédent, dont il est une suite, *les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage* et dans la contre-lettre. L'art 1397 oppose ces personnes aux tiers, *les parties*, *les tiers*. Les contre-lettres, dit la première disposition, seront sans effet à l'égard des tiers, si elles n'ont été rédigée à la suite de la minute du contrat.

Mais que servirait de les rédiger à la suite du contrat, si elles n'étaient transcrites à la suite de l'expédition? Les tiers ne pourraient pas plus les connaître, que si elles n'avaient pas été rédigées à la suite de la minute du contrat. La seconde disposition de l'article défend donc au notaire de délivrer ni grosse ni expédition du contrat, séparée de la contre-lettre, à peine de dommages et intérêts *des parties*. C'est donc aux parties que le Code donne et devait donner un recours en



dommages et intérêts, contre le notaire qui a délivré le contrat sans transcrire la contre-lettre à la suite, puisque c'est cette omission qui la rend sans effet à l'égard des tiers, et qui empêche les parties intéressées à sa validité de s'en aider.

M. Delvincourt prétend que la faute de n'avoir pas inséré la contre-lettre à la suite de l'expédition du contrat, ne doit retomber que sur le notaire, et que les tiers trompés ne doivent avoir de recours que contre lui; que sa faute ne peut préjudicier aux parties, parce qu'elles ont fait tout ce que la loi exigeait d'elles pour la validité de la contre-lettre, qui doit, par conséquent, avoir en leur faveur tout l'effet qu'elle peut avoir.

M. Delvincourt se trompe encore. Et d'abord, la partie qui a reçu une expédition du contrat, séparée de la contre-lettre, a commis une première faute : elle devait y faire ajouter l'expédition de la contre-lettre. Par son silence suspect elle a partagé la faute du notaire; elle en a commis une beaucoup plus grave, un véritable dol, en abusant de cette expédition tronquée, pour inspirer de la confiance à son créancier, en la lui présentant. C'est une faute personnelle sans laquelle le tiers n'aurait point été trompé. Le notaire peut n'avoir pas été complice de cette fraude; on doit même le présumer.

Aussi l'art. 1397, en accordant aux parties une action en dommages et intérêts contre lui, ajoute, *s'il y a lieu*, parce que la conduite fraudaleuse des parties, leur complicité ou leur connivence à la faute du notaire, peuvent, jusqu'à un cer-



tain point, excuser le notaire, du moins à leur égard.

Tel est, ce nous semble, le véritable sens de l'art. 1397, dont la disposition ainsi entendue est aussi conforme à la raison et à la justice qu'elle y serait contraire s'il donnait, à l'égard des tiers créanciers, son effet à la contre-lettre en faveur des parties qui les ont trompés.

69. Résumant ce que nous avons dit sur les contre-lettres ou changemens faits aux contrats de mariage, on en distingue quatre espèces dans les principes du Code :

1°. Les contre-lettres qui n'ont pas été faites en présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage, comme l'exige l'art. 1396; elles sont nulles à l'égard de toutes les parties, même de celles qui les auraient signées, et à plus forte raison à l'égard des tiers; et cela sans distinction entre les changemens qui auraient pour objet le capital ou le fonds de la dot, en tout ou partie, et ceux qui n'auraient pour objet que les intérêts, les arrérages ou revenus;

2°. Celles où ces formalités ont été observées, mais qui n'ont pas été rédigées à la suite de la minute du contrat, conformément à l'art. 1397.

Elles sont valables à l'égard de toutes les parties, mais elles sont sans effet à l'égard des tiers, auxquels on ne peut les opposer, parce qu'ils n'ont pu en avoir connaissance;

3°. Celles qui, faites en présence et du consentement de toutes les parties, ont de plus été ré-

aligées à la suite de la minute du contrat de mariage, mais dont l'expédition n'a pas été délivrée à la suite de celle du même contrat, comme l'exige l'art. 1397. Elles sont encore sans effet à l'égard des tiers, sauf le recours *des parties*, s'il y a lieu, contre le notaire qui a tronqué l'expédition;

4°. Enfin, celles qui, faites en présence et du consentement de toutes les parties, ont été rédigées à la suite du contrat de mariage, et délivrées à la suite de l'expédition du même contrat.

Celles-ci sont valables entre toutes les parties, et même contre les tiers, qui, en voyant le contrat, ont eu nécessairement connaissance des changemens qui y ont été faits par la contre-lettre y annexée.

70. Il nous reste un mot à dire sur les formalités particulières aux contrats de mariage des commerçans. Les fréquentes relations d'affaires que le commerce établit entre eux et le public, donnent nécessairement à tous les citoyens un grand intérêt à connaître, par les clauses de leurs contrats de mariage, s'ils sont restés sous le droit commun, c'est-à-dire sous le régime de la communauté, s'ils sont séparés de biens, s'ils ont contracté sous le régime dotal; car les états différens où les placent ces conventions peuvent, en plusieurs cas, influencer sur leur crédit et sur la confiance qu'on peut avoir en eux, en donnant plus ou moins de sûreté aux personnes avec lesquelles ils ont à traiter.

L'Ordonnance du commerce, de 1673, exigea donc, tit. 8, art. 1, que dans les lieux où la com-

munauté de biens était établie par la coutume entre le mari et la femme, les clauses qui y dérogeaient *dans les contrats de mariage des marchands, grossiers ou détailliers, et des banquiers*, fussent publiées à l'audience de la juridiction consulaire, ... *et insérées dans un tableau exposé en lieu public, à peine de nullité*; et la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée. Ainsi, la clause était nulle, faute de publication, et les créanciers avaient sur les biens les mêmes droits que si la communauté avait existé.

Notre nouveau Code de commerce est moins sévère. Il exige, art. 67 (1), que tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, soit transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile du mari, pour être inséré sur un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari.

Pareil extrait doit être inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et des notaires. (Article 872 du Code de procédure).

Cet extrait doit contenir les prénoms, noms, professions et demeures des époux, annoncer s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'il y a simplement exclusion de communauté, ou enfin s'ils sont soumis au régime

---

(1) *Jange* art. 872 du Code de procédure.

dotal. Mais il n'est point exigé que l'extrait contienne le montant des apports respectifs.

Ces formalités sont nécessaires lors même que la femme seule est commerçante. Le public, qui a vu une fille maîtresse de ses droits faire librement le commerce, est intéressé à connaître son changement d'état, les conditions de ce changement, si le mariage donne à ses créanciers deux obligés, ou ne leur laisse que leur ancienne débitrice, et enfin si le contrat change leurs sûretés futures, en frappant les biens de cette femme d'inaliénabilité pour l'avenir, au moyen du régime dotal.

Il est à remarquer qu'à défaut des formalités dont nous venons de parler, le nouveau Code de commerce ne frappe point les clauses du contrat de mariage dérogatoires au régime de la communauté, de la nullité prononcée par l'Ordonnance de 1673 ; mais afin que les époux ne négligent pas d'observer ces formalités, il a chargé de leur observation le notaire qui a reçu le contrat, et prononcé contre lui une amende de 100<sup>f</sup>, et même la peine de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion. (Art. 68 du Code de commerce).

Une décision du ministre des finances, du 27 juin 1809, porte qu'il doit être, du dépôt des extraits, passé un acte assujetti au droit fixe de 2<sup>f</sup>, conformément à l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an VII, et en outre, aux droits de rédaction et de transcription, suivant l'art. 1 du décret du 12



juillet 1808. Les droits doivent être avancés par le notaire, sauf son recours contre les parties (1).

Quant au dépôt aux chambres des avoués et notaires, le certificat du secrétaire suffit. Au reste, chaque notaire doit prendre à la chambre les extraits qui y sont déposés, pour les afficher dans son étude, conformément à l'art. 175 du tarif des frais en matière civile.

Si aucun des époux n'était commerçant au tems du mariage, mais que l'un d'eux embrassât ensuite cette profession, le public ayant alors intérêt de connaître sous quel régime ils sont mariés, le Code de commerce lui ordonne d'observer les formalités dont nous venons de parler. L'art. 69 porte : « Tout époux séparé de biens, ou marié » sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant, postérieurement à son » mariage, sera tenu de faire pareille remise, dans » le mois du jour où il aura ouvert son commerce, » à peine, en cas de faillite, d'être puni comme » banqueroutier frauduleux. »

On ne pouvait en ce cas charger le notaire de l'obligation de faire observer ces formalités, puisque l'époux n'était pas commerçant au moment du contrat. On en a donc chargé l'époux qui embrasse la profession du commerce, et pour assurer son exactitude à les faire observer, on a prononcé contre son omission ou sa négligence, la peine d'être, en cas de faillite, traité comme ban-

---

(1) Sirey, tom. IX, 2.<sup>e</sup> part., pag. 512.



queroutier frauduleux. Au reste, la remise de l'extrait du contrat de mariage n'est ordonnée qu'à l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal. Il est inutile de déposer aucun extrait, s'il est sous le régime de la communauté, puisqu'il est sous le droit commun.

71. Nous finirons par une disposition de l'article 1394, commune à tous les contrats de mariage, soit sous le régime de la communauté, soit sous le régime dotal. Il ne se borne pas à exiger que les conventions matrimoniales soient rédigées avant la célébration du mariage; il veut de plus qu'elles le soient *par acte devant notaire*; disposition qui abroge l'usage des contrats de mariage sous seings privés, admis autrefois dans quelques provinces. La loi a jugé cette précaution nécessaire pour assurer à ces contrats une date antérieure au mariage, et empêcher les antidates frauduleuses des actes sous seings privés.

Dans les familles opulentes, il est assez d'usage de faire précéder le contrat de mariage par un projet d'articles qui contient les clauses et conditions qu'on a dessein, ou même qu'on est déjà convenu d'y insérer, et qui, dans ce dernier cas, est signé des parties et de leurs parens; ce qui a lieu sur-tout quand des considérations particulières font retarder la célébration. Si, dans l'intervalle de la signature des articles à la célébration, on ne faisait pas de contrat de mariage, les parties qui n'avaient pas changé les conventions projetées et signées, les avaient véritablement rendues définitives en célébrant le mariage. Ces articles

tenaient donc lieu de contrat, ou plutôt c'était un contrat véritable; car les contrats ne sont en France assujettis à aucune forme particulière. Ainsi les articles signés avaient leur pleine et entière exécution dans les provinces où, comme en Normandie, on admettait les contrats de mariage sous seings privés (1).

Mais ils ne peuvent plus avoir la même force sous l'empire du Code, quand même la mort de l'un des signataires en assurerait la date; quand même ils auraient été enregistrés avant la célébration du mariage. L'une de ces deux circonstances suffirait cependant pour en assurer la date: l'art. 1394 ne reconnaît pour conventions matrimoniales que celles où se rencontre la réunion de ces deux conditions, 1°. d'être rédigées avant le mariage, 2°. *par acte devant notaire*.

Car cet article n'a pas voulu seulement leur assurer une date antérieure au mariage, mais encore assurer la conservation de l'acte qui les contient, et empêcher qu'on ne puisse le supprimer; ce qui serait facile s'il était sous seings privés.

Il faut dire, par cette raison, qu'il ne suffit pas que l'acte qui contient les conventions matrimoniales soit reçu par un notaire; il faut encore qu'il en reste minute. Si l'acte était en brevet, il pourrait encore être supprimé. Or, cette suppression opérerait un changement total dans les droits des

(1) Voy. le nouveau Denisart, v.° *Contrat de mariage*, § 5, et v.° *Articles de mariage*.

deux conjoints, qu'elle replacerait sous le régime de la communauté légale. C'est sans doute pour rendre cette suppression impossible qu'est exigée la double condition que les conventions matrimoniales soient, 1°. rédigées avant le mariage; 2°. qu'elles soient reçues par un notaire.

De là suit qu'il en doit rester minute. Cependant l'art. 1394 garde le silence sur ce point, quoique l'art. 931 du Code exige qu'il reste minute de tous les actes de donation entre vifs, *à peine de nullité*. Cette disposition est empruntée de l'ordonnance de 1731, laquelle avait pour objet de rendre stable l'exécution des donations, et « d'empêcher qu'il ne fût permis au donateur de faire des donations conçues entre vifs, qu'il serait le maître de révoquer à son gré pendant sa vie, en retirant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée, qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur. C'est pour ôter au donateur cette faculté de révoquer à son gré, que l'ordonnance exige non seulement qu'il en soit passé acte devant notaire, mais encore qu'il reste entre les mains du notaire, qui est une personne publique, une minute de la donation, dont le donataire ne puisse être le maître. » (1)

Quoique les motifs de l'ordonnance de 1731 n'existent plus sous l'empire du Code, ainsi que

---

(1) Nouveau Denisart, tom. VII, v.<sup>o</sup> *Donation*, pag. 55, n.<sup>o</sup> 2.

nous l'avons fait voir, tom. V, n<sup>os</sup>. 170 et 221, les rédacteurs n'en firent pas moins passer dans l'article 931 la disposition qui exige que l'acte de donation soit notarié, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Si l'art. 1394 se borne à exiger que le contrat de mariage soit passé devant notaire, sans ajouter qu'il en doit rester minute, cette formalité n'en est pas moins nécessaire. Et d'abord, si le contrat de mariage passé en brevet contenait un acte de donation, elle serait nulle, aux termes de l'art. 931.

S'il n'en contenait point, il ne pourrait avoir la force d'un acte authentique et notarié, mais seulement d'un acte sous seings privés; car l'article 20 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), exige que les notaires gardent minute de tous les actes qu'ils reçoivent, et l'art. 68 veut que l'acte fait en contravention de l'art. 20 soit nul, et qu'il ne vaille que comme écrit sous seings privés, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties. Disons donc qu'il est nécessaire qu'il reste minute du contrat de mariage, pour lui donner la force des conventions matrimoniales dont parle l'art. 1394.

; Ajoutons qu'en exigeant que les conventions soient rédigées par acte *devant notaire*, cet article fait clairement entendre que l'acte doit être revêtu de toutes les formalités exigées par la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI.

Cependant, notre art. 1394 s'étant servi du singulier et non du pluriel, en disant que l'acte



doit être fait pardevant *notaire*, l'esprit de litige a prétendu que la personne d'un seul notaire suffirait, sans notaire second, sans témoins instrumentaires, et cela par dérogation à la loi sur le notariat : comme si l'orthographe d'un mot écrit au singulier pouvait être considéré comme une dérogation au droit commun ; comme s'il n'est pas même plus régulier de dire au singulier qu'un acte doit être passé devant *notaire*, puisqu'un seul notaire assisté de deux témoins suffit, suivant la loi générale, qui prescrit la forme de tous les actes notariés, qu'il faut toujours suivre, dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une disposition spéciale.

On prétendait encore, par argument des articles 57 et 76 du Code, qui admettent pour témoins des actes de l'état civil, et des actes de mariage, des parens même dans les degrés prohibés, qu'on pouvait également admettre ces parens pour témoins instrumentaires, dans les contrats de mariage, comme si l'on pouvait assimiler les actes de l'état civil aux contrats de mariage, qui contiennent les règles de l'association conjugale, quant aux biens.

Ces deux erreurs ont été proscrites par deux arrêts, l'un de la Cour de Colmar, du 16 mars 1813 (1), l'autre de la Cour de Riom, du 3 novembre 1818 (2). Il s'agissait, dans ces deux ar-

---

(1) Sirey, tom. XIV, 2.<sup>e</sup> part., pag. 5.

(2) Sirey, tom. XX, 2.<sup>e</sup> part., pag. 1 et suiv. Voy. encore un trois.



rêts, de savoir si un contrat de mariage passé devant un seul notaire assisté de trois témoins parents des parties dans le degré prohibé, était nul, et si le notaire était responsable de la nullité. La Cour de Colmar le jugea responsable, la Cour de Riom l'excusa.

## CHAPITRE II.

### *Du Régime en communauté.*

#### SOMMAIRE.

72. *En venant s'établir dans les Gaules, les peuples d'origine germanique y apportèrent le régime de la communauté, établi chez eux de toute antiquité.*
73. *Leurs coutumes ne donnèrent point aux femmes la même part dans les biens de la communauté. En France et sous l'empire du Code, c'est la moitié.*
74. *La nature de cette institution a essentiellement changé, en France. Chez les Germains, la communauté était une société actuelle, qui rendait la femme copropriétaire des biens pendant le mariage.*
75. *En France, la femme n'a aucun droit aux biens durant le mariage. Le mari en est seul et vrai propriétaire. La femme a seulement l'espérance ou le droit éventuel de les partager à la dissolution du mariage, s'il ne les a pas dissipés.*
76. *Cependant, par une contradiction palpable, les coutumes déclaraient que les conjoints étaient communs en biens, et que la communauté commençait du jour du mariage.*
77. *La contradiction disparaît, en considérant que les coutumes se sont exprimées d'une manière inexacte, et que,*

*par le mot communauté, il faut n'entendre que l'espérance d'un droit à la communauté des biens.*

- 78. La Coutume de Blois s'exprime plus exactement, en disant que le mari est propriétaire, pendant le mariage, de tous les meubles et acquêts, et que la femme ou ses héritiers ont seulement le droit de les partager à la mort de l'un d'eux.*
- 79. Comment Pontanus concilie la propriété du mari avec la communauté de la femme?*
- 80. Les impropriétés d'expression des coutumes ont passé dans le Code.*
- 81. Nécessité de les signaler, pour empêcher la confusion des idées.*
- 82. C'est cette confusion qui a induit en erreur quelques auteurs, qui ont enseigné que la communauté est une personne morale, placée entre les deux époux, qui a des droits séparés de chacun d'eux, et qui a l'usufruit de leurs propres et la propriété des meubles et acquêts.*
- 83. Le droit à la communauté commence au jour du mariage. Il ne peut être fixé à une autre époque, et pourquoi.*
- 84. On peut stipuler qu'elle aura lieu sous une condition.*
- 85. De la clause qui exclurait les héritiers collatéraux sous condition.*
- 86. De l'établissement de la communauté sous une condition potestative.*

**72.** AVANT d'entrer dans le détail des dispositions du Code sur la communauté qu'il établit entre les époux, il nous paraît nécessaire d'indiquer quelle en est l'origine, et de rechercher surtout quelle en est la nature.

La communauté de biens entre époux ne nous vient point du droit romain. Plusieurs lois prouvent seulement qu'il n'était pas défendu d'établir entre époux une société, même de tous biens,

*omnium bonorum* (1). On peut même induire d'une loi du Code que l'empereur Théodose trouvait la communauté de biens convenable entre époux (2), ou que, du moins, la jouissance des biens de la femme fût confiée au mari. Mais il pensait que le législateur n'avait pas le pouvoir de l'ordonner. Le régime de la communauté n'était point dans les mœurs des Romains; ils suivaient généralement le régime dotal; et c'est de là qu'il passa en France, dans nos provinces méridionales. Ce régime n'avait même pas lieu à Rome de plein droit : il fallait l'établir par une convention expresse, faute de laquelle chacun des époux, la femme comme le mari, conservait la jouissance, l'administration, et même la libre disposition de tous ses biens meubles et immeubles (3). On peut donc regarder comme certain que la communauté ne nous vient point du droit romain.

Les monumens les plus anciens et les plus authentiques nous apprennent qu'elle vient des Germains, chez lesquels elle était établie par la coutume, dès les premiers tems où l'histoire nous donne quelque connaissance de ces peuples, qui l'apportèrent avec eux en s'établissant dans les

(1) *Loi 16, § 3, ff de alien. leg., 34. 1; loi 16, § 24, ff de donat. inter vir. et uxor., 24. 1; loi 17, § 1, ff solut. matr., 24. 2.*

(2) *Loi 8, Cod. de pactis conventis, etc., 5. 14.*

(3) *Finestrès, de jure dotium, pag. 104, n.º 34 et seq.; loi 8, Cod. de pactis conventis, etc., 5. 14; le Répertoire, v.º Dôt, tom. IV, pag. 280, n.º 12, et pag. 181, n.º 14, 4.º édition; Nougariède, Lois du mariage, pag. 481, n.º 2.*

Gaules. Pour ne point parler de Tacite, où l'on a cru, peut-être avec quelque raison, trouver des traces d'une communauté de biens entre époux, fondée sur la collaboration commune, on ne saurait la méconnaître dans le tit. 8 de la loi des Saxons, *de acquisitis*, qui porte : *De eo quod vir et mulier simul acquisierint, mulier mediam partem accipiat* (1).

Il est évident que cette moitié, accordée à la femme, des biens acquis pendant le mariage, par la collaboration commune, n'est autre chose que le droit de communauté que nos coutumes donnaient à l'épouse, et qui nous a été transmis d'âge en âge par une tradition non interrompue. On trouve dans tous les siècles des chartes qui attestent l'existence de la communauté entre époux, sans qu'on en puisse voir l'origine ni le tems où elle a commencé; car les lois des Saxons, celles des Ripuaires, où nous la trouvons si clairement établie, ne formaient point un droit nouveau. Ce n'était, comme les autres lois recueillies dans le *Codex legum antiquarum*, que le recueil des anciens usages de ces peuples, que Charlemagne et autres rois firent rédiger par écrit, en y ajoutant ce que l'expérience avait rendu nécessaire. Enfin, le droit de communauté entre époux est tellement ancien chez les peuples d'origine germanique, que l'un des plus savans jurisconsultes allemands affirme, sans balancer, qu'on le trouve

---

(1) Dans le *Codex legum antiquarum*, de Lindembrog, pag. 477.



établi dès les premiers tems où puisse remonter la connaissance que nous avons des Germains : *Ab omni ævo quo germanorum notitia invaluit, hanc communionem obtinuisse et statutis demùm repetitam esse* (1).

73. Cependant les lois et les coutumes de ces anciens peuples n'accordaient pas toutes à la femme la même portion des biens acquis pendant le mariage (2). La loi des Ripuaires, tit. 38, n°. 2, ne donnait à la femme que le tiers des biens de toute espèce, *de omni re*, que les époux avaient acquis par collaboration commune.

Charlemagne, dans ses Capitulaires, *lib. 4, cap. 9*, borna aussi au tiers la portion de la femme, dans les biens de la communauté : *Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum, tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio conlaboraverunt, accipiant*.

Nos coutumes en revinrent à la loi des Saxons, et donnèrent la moitié des meubles et acquêts à

(1) Boëhmer, *Jus ecclesiasticum protestantium*, liv. 4, tit. 20, tom. IV, n.° 80.

On peut voir dans cet auteur, et dans ceux qu'il cite, les chartes des différens siècles, qui nous font voir la communauté conjugale comme une coutume généralement observée.

Voy. aussi Heineccius, *Elementa juris germanici*, liv. 1, tit. 12, de *potestate ac tutelâ maritali bonorumque communione inter conjuges*, in *Germaniâ*.

La communauté conjugale s'est conservée en plusieurs provinces d'Allemagne, quoique différemment modifiée. Le Code prussien contient, au titre du mariage, une section entière, la sixième, de *la communauté de biens entre conjoints*.

(2) Voy., outre la loi des Ripuaires, Heineccius, *ubi supra*, liv. 1, tit. 12, § 292.



la femme, comme on le voit par les Etablissements de Saint-Louis, liv. 1, chap. 136, qui portent : « Si  
» un homme ou une femme achetaient terre en-  
» semble, cil qui plus vit se tient sa vie les achats,  
» et quand ils sont morts *ambi dui*, si retourne-  
» ront les achats, une moitié au lignage devers  
» l'homme et l'autre moitié au lignage devers la  
» femme. »

On voit que les Etablissements de Saint-Louis donnaient l'usufruit des acquêts au survivant. C'est aussi ce qui avait lieu en certaines coutumes, par exemple dans l'usage de Nantes. Les droits de la femme sur les biens qui entrent dans la communauté légale sont aujourd'hui réglés dans toute la France, à une moitié, par les dispositions de la première partie du présent titre.

74. Si, comme nous venons de le voir, la communauté de biens entre époux vient originairement des Germains, la nature de cette institution a essentiellement changé en France. C'est une remarque importante, qui nous conduira à développer la véritable nature de la communauté conjugale.

Chez les Germains, la communauté entre époux était une société de biens actuelle et pure et simple, à laquelle chacun des deux associés avait un droit égal, acquis dès le moment de la célébration du mariage, de même que les associés étrangers, ou les copropriétaires de biens indivis, ont sur les biens communs un droit acquis, dès le moment de l'établissement de la société ou de la copropriété. Chacun des deux époux, la femme comme

le mari, était copropriétaire et possesseur, par indivis, des biens composant la communauté; le mari en avait l'administration. C'est une prérogative que la nature même semble lui donner; car dans une société de deux personnes, il faut bien que l'une d'elles ait la prépondérance.

Mais le mari ne pouvait aliéner ni engager les biens de la communauté sans le consentement de sa femme, comme le prouve une foule d'actes de vente, d'échange, de donation, qu'on trouve dans les recueils des chartes anciennes, où le consentement de la femme est spécialement exprimé, afin de rendre l'acte valable (1). Cet ancien droit est conservé dans le nouveau Code prussien, au titre du mariage, n°. 377 et 378: « Au mari appartient l'administration des biens de la communauté.

» Néanmoins, il ne peut engager ni aliéner des biens-fonds et droits, sans le consentement de sa femme. »

Si elle le refuse injustement, le mari peut seulement recourir au tribunal, qui peut y suppléer si, après examen, il trouve la disposition à laquelle la femme se refuse nécessaire dans les circonstances, ou non préjudiciable aux intérêts de la femme. N°. 388.

La communauté de biens entre époux était donc, et est encore aujourd'hui, en Allemagne,

---

(1) Voy. Heineccius, *Elementa juris germanici*, liv. 1, tit. 13, n.º 292.

dans les lieux où elle est admise, une société actuelle, d'où résulte une véritable copropriété, une véritable copossession des biens entre les deux époux, et dont l'existence ne dépend d'aucun événement, d'aucune condition. Les droits de l'épouse naissent au moment même du mariage, et sont indépendans de la volonté du mari.

75. Nos coutumes françaises suivirent des principes tout opposés. Elles n'établirent point, en faveur de la femme, un droit de communauté actuel, existant pendant le mariage, indépendamment de tout événement et de la volonté du mari; mais seulement un droit éventuel ou casuel à la moitié des biens meubles et acquêts, qui se trouvent existans au décès de ce dernier; droit qui, par conséquent, ne peut avoir aucun effet pendant la vie du mari, et subordonné à la condition potestative qu'il n'aura pas aliéné, dissipé ou perdu tous les biens meubles ou immeubles, comme la coutume lui en donnait expressément le droit.

Car c'est un principe général du droit coutumier, énoncé dans l'art. 225 de la Coutume de Paris, que « le mari est seigneur des meubles et » conquêts immeubles par lui faits durant et » tant le mariage, de lui et de sa femme, en telle » manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs, à son » plaisir et volonté, sans le consentement de sadite » femme, à personne capable et sans fraude. »

Cette disposition de la Coutume de Paris était

le droit commun de presque toute la France. Le principe s'en trouve énoncé dans le texte d'une foule de coutumes qu'on peut consulter (1). Quelques-unes seulement ne permettaient pas au mari de disposer des acquêts par donation. Du reste, son droit d'aliéner et de disposer était tellement absolu et tellement illimité, que les coutumes défendaient de lui demander compte des aliénations qu'il avait faites.

L'art. 424 de la Coutume de Bretagne porte que « les meubles et acquêts sont à la disposition du mari, et en peut faire sa volonté....., » et n'auront la femme ni ses hoirs, après le décès du mari, fors d'autant qu'ils trouveront desdits biens au tems du décès; et ne doit-on faire ne ouïr compte de ce que le mari aurait fait des biens meubles par avant sa mort. » Cette défense est copiée du chap. 214 de la très-ancienne Coutume de Bretagne, rédigée en 1330 (2).

Le mari était donc, pendant le mariage, propriétaire absolu des biens meubles et des acquêts. Il pouyait les aliéner, les perdre, les jouer, sans en devoir compte à qui que ce soit. En un mot, il avait dans sa plénitude le *jus utendi et abutendi*,

(1) Voy. Duparc-Poullain, conférence sur l'art. 424 de la Coutume de Bretagne, n.º 5 et 6.

(2) Les coutumes notoires qui furent rédigées dans le même siècle, ont sur la propriété des acquêts, déférée au mari, une disposition tellement précise, qu'il est bon de la rappeler ici. L'art. 175 porte :

« Si deux conjoints par mariage font aucun conquêt ensemble, le mari est réputé pour *vrai seigneur* d'iceux, et en peut disposer et donner a sa volonté, et ester sur iceux en jugement, convenir et être



le droit d'user et d'abuser, qui caractérise essentiellement la propriété.

C'est ce qui a fait dire à Dumoulin, sur l'art. 25 de l'ancienne Coutume de Paris, que pendant le mariage le mari est seul propriétaire actuel des biens meubles et des acquêts : *Constante matrimonio, solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem*. D'Argentré, dans son Aitiologie sur l'art. 424 de la nouvelle Coutume de Bretagne, dit aussi, en parlant des meubles, que la femme n'en a que l'usage; mais que quant au droit et à la disposition, ils appartiennent au mari. « *Sunt ergò mobilia usu quidem communia, jure et dispositione propria mariti.* »

76. Cependant ces mêmes coutumes, qui donnent si clairement au mari, constant le mariage, la propriété des biens, posent en principes que « homme et femme conjoints ensemble par mariage, sont communs en biens meubles et conquêts immeubles, faits durant et constant le mariage, et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » Article 230 de la Coutume de Paris.

Ainsi, deux principes qui semblent se contre-

---

« convenu pour raison d'iceux, et parce qu'il est *vrai seigneur* et administrateur, sans que sa femme y soit onge ne vue en aucune manière : et vaut ce que par ledit mari est fait, sans icelle femme être appelée ou présente, et doit être réputé pour ferme et estable, tout ce que par ledit mari a été ainsi fait. »

Voy. aussi la 152.<sup>e</sup> décision de Desmares. Ces deux ouvrages sont imprimés à la fin du Commentaire de Brodeau sur la Coutume de Paris.



dire : 1°. les meubles et acquêts sont *communs* au mari et à la femme, à compter du jour du mariage; ce qui annonce une copropriété (1) commune et indivise.

2°. Le mari est seul propriétaire actuel, pendant le mariage, des meubles et des acquêts; il peut en disposer à sa volonté, sans le consentement de sa femme, et sans en devoir compte à personne.

77. Mais la contradiction disparaît, quand on considère que, par le droit de communauté donné à la femme, il ne faut entendre que l'espérance de devenir *commune* ou copropriétaire des biens seulement qui se trouveront exister à la dissolution du mariage, et dont le mari n'aura pas disposé auparavant. C'est ce qui résulte nécessairement de l'art. 424 de la Coutume de Bretagne : « L'homme et la femme sont communs » en meubles et acquêts, et néanmoins les meubles (et acquêts) sont en la disposition du mari, » et peut faire sa volonté, *et n'auront la femme » ni ses hoirs, après le décès du mari, fors d'au- » tant qu'ils trouveront desdits biens au tems du » décès, et ne doit en faire ne ouïr compte de ce » que le mari aurait fait auparavant sa mort. »*

(1) *Commune*. Se dit des choses que plusieurs possèdent par indivis, dit fort bien Ferrière, Dictionnaire de droit.

*Quod commune est meum est. Voy. loi 5, § Labeo, ff de legat., 1.º In his enim quæ communia sunt cum pluribus ut singulis, illud quod mihi cum alio commune est, verò ne propriè dicitur meum quantum ad partem meam attinet.* Pontanus sur Blois, tom. II, pag. 201.

La femme, pendant le mariage, n'a donc point un droit de communauté ou de copropriété sur les meubles et acquêts, mais seulement l'espérance ou le droit éventuel de les partager un jour, si le mari n'en a pas disposé. Ce droit s'ouvre et devient actuel de plein droit, dit Dumoulin, sur l'art. 25 de l'ancienne Coutume de Paris, au moment de la dissolution du mariage : *Et quamvis ista communio, pendente matrimonio, propriè non sit in actu, sed in credito et habitu, tamen, soluto matrimonio, ipso jure exit in actum et actualement dominii et possessionis communionem.*

La communauté proprement dite, c'est-à-dire la copropriété actuelle des biens communs, ne s'ouvre donc réellement qu'au moment où finit la société conjugale, *soluta matrimonio*. Avant cette époque, la femme n'est point *commune* en biens ou associée; elle n'a que l'espérance de le devenir : *non est propriè socia, sed speratur fore*, ainsi que l'enseigne Pothier (1).

Si la femme, comme on ne saurait le nier, n'a qu'une espérance, elle n'est donc pas réellement et véritablement commune, car l'espérance n'est pas la réalité. Elle se trouve dans le cas d'un créancier conditionnel, à qui l'on aurait promis 3,000<sup>f</sup> sous la condition si tel navire arrive d'Asie. Le droit de la femme n'est même pas aussi fort; car le débiteur conditionnel ne peut, en aucune manière, faire évanouir l'espérance ou le droit éven-

---

(1) Traité de la communauté.

tuel du créancier conditionnel, puisqu'il n'est pas en son pouvoir d'empêcher le navire d'arriver; au lieu que le mari peut, à son gré, faire évanouir l'espérance de la femme ou son droit éventuel, en dissipant tous les biens qui auraient un jour composé la communauté.

Le droit du créancier conditionnel n'est subordonné qu'à une condition purement casuelle; le droit de la femme à la communauté est subordonné à une condition potestative, qui annulerait une société ordinaire. Ainsi, dans la vérité, ce que nos coutumes ont appelé communauté, n'est point une communauté véritable, et se réduit à ceci :

Les meubles de la femme et les revenus de ses immeubles propres sont mis au pouvoir du mari et confondus avec les siens; il peut en disposer à son gré sans le consentement de sa femme, ainsi que des immeubles acquis pendant le mariage, sans en devoir compte à qui que ce soit; et s'il n'en a pas disposé avant sa mort, la femme aura la moitié de ce qui restera de ces biens, en payant la moitié des dettes qu'il aura faites. Voilà ce que la plupart des coutumes ont fort improprement appelé *communauté*, régime de la *communauté*.

78. La Coutume de Blois s'est donc exprimée d'une manière bien plus exacte sur les droits de la femme. Elle s'est bien gardée de dire que les conjoints sont *communs en biens*, qu'il y a *communauté* entre eux *pendant le mariage*. L'art. 178 porte : « Constant le mariage de deux conjoints, tous biens meubles, de quelque côté qu'ils leur soient

» venus, soit du côté du mari ou de la femme,  
» ensemble tous les acquêts immeubles faits par  
» eux, ou l'un d'eux, constant leur mariage, sont  
» en la pleine disposition du mari, et d'iceux peut  
» disposer par quelque contrat que ce soit, *comme*  
» un vrai seigneur de sa propre chose, et sans le con-  
» sentement de sa femme.

L'art. 182 ajoute : « Par le trépas de l'un des  
» deux conjoints, tous les meubles que lesdits con-  
» joints auront lors du trépas du premier décédé  
» d'eux deux, et tous les conquêts immeubles faits  
» et acquis par eux ou l'un d'eux, constant leur  
» mariage, ensemble toutes leurs dettes et crédits,  
» se divisent en deux, c'est à savoir, la moitié au  
» survivant, et l'autre moitié aux héritiers du tré-  
» passé. »

L'art. 178 dit clairement que le mari est seul  
propriétaire de tous les biens, puisqu'il lui en  
donne *la pleine disposition, comme vrai seigneur de*  
*sa propre chose*, sans le consentement de sa femme,  
et il ne faut pas croire, dit Pontanus, que cette  
expression *comme* soit mise ici pour affaiblir l'idée  
de la propriété que la coutume donne au mari;  
c'est plutôt, ajoute-t-il, pour caractériser une vé-  
ritable propriété : *Quæ dictio (tanquàm) improprie-*  
*tatem (quod putes) hoc loco minimè significat, sed*  
*veritatem et omnimodam similitudinem denotat, ut*  
*solet in plerisque aliis locis..... In quem sensum eo*  
*quoque loco accipiendam ostendunt subjuncta verba;*  
*tanquàm verus dominus, de re suâ propriâ.*

79. Mais comment le mari peut-il être proprié-  
taire s'il y a *communauté*, si la femme est commune



en biens? C'est en cela que consiste la difficulté de la matière, dit Pontanus : *Hujus rei vis et difficultas consistit in illâ bonorum societate in quam accita videtur mulier*. On appelle commun ce qui appartient à deux ou plusieurs personnes : *Quod ad plures attinet, seu quod plurimum est*, disent les lexicques, d'après les lois romaines. Il implique donc contradiction que le mari soit propriétaire, et que la femme soit *commune* en biens ; qu'il y ait communauté de biens entre eux : car la communauté est un droit de copropriété.

Pontanus résout cette difficulté par le texte même de la Coutume de Blois, en disant que l'on ne trouve pas un mot dans l'art. 182, d'où l'on puisse induire cette communauté de biens entre époux, *pendant la vie du mari*. Cet article dit seulement que, par le trépas de l'un des conjoints, les biens meubles et les immeubles acquis pendant le mariage, se divisent par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé ; ce qui prouve la non existence d'une communauté pendant le mariage ; car, s'il faut attendre la mort du mari, la femme n'a réellement aucun droit pendant qu'il vit, bien qu'elle soit appelée à recueillir la moitié des biens, s'ils existent à la mort du mari : *Etsi aliquandò in eorum dimidiam partem ( si extent post mortem ), ventura sit*.

Ainsi, cette contradiction de la propriété de tous les biens déférée au mari, et le droit de communauté donné à la femme, Pontanus l'explique, d'après le texte de la Coutume de Blois, en disant que la communauté n'existe point réellement pour



dant le mariage, quoique la femme soit appelée à recueillir la moitié des biens, s'ils existent au moment de la dissolution du mariage, et que la communauté n'existe que par cette dissolution.

Nous avons vu, *suprà*, que Dumoulin et Pothier expliquent cette contradiction d'une manière différente, mais dont la conséquence est la même, en disant que la femme n'est point proprement commune en biens pendant le mariage, qu'elle a seulement l'espérance de le devenir; car, comme l'espérance n'est pas la réalité, il résulte de leur doctrine que la communauté n'existe point réellement pendant le mariage, mais seulement au moment de sa dissolution, qui donne un droit de copropriété ou de communauté à la femme.

80. Les coutumes se sont donc exprimées d'une manière très-impropre, quand elles ont dit, comme celle de Paris, art. 220, que la communauté commence du jour des épousailles et de la bénédiction nuptiale; car, pendant le mariage, la femme n'a aucun droit de copropriété sur les biens, qui, par conséquent, ne lui sont pas encore *communs*, dans la signification naturelle de ce mot. Il fallait dire : L'espérance ou le droit éventuel à la communauté commence au jour du mariage.

Elles se sont exprimées d'une manière encore plus impropre, quand elles ont dit que la communauté se dissout par la mort et par la séparation des époux, puisque c'est réellement à cette époque qu'elle prend naissance, et qu'elle devient actuelle; c'est cette époque qui donne l'existence à la communauté proprement dite, en réalisant

l'espérance de la femme ou de ses héritiers, et en leur conférant un droit actuel de copropriété ou de communauté à la moitié des biens.

Ces impropriétés de langage ont passé des coutumes dans le Code, art. 1399 et 1441; car il n'a rien changé à la nature de la communauté, qui reste la même que sous l'empire des coutumes. Il donne, comme elles, au mari, le droit de vendre et d'aliéner les biens sans le concours de la femme, et sans en devoir compte à personne, même d'en disposer à titre gratuit, comme nous le verrons dans la suite. Le droit de la femme pendant le mariage n'est donc, sous l'empire du Code, comme sous l'empire des coutumes, qu'un droit purement éventuel, une simple espérance, que le mari ne peut à la vérité lui enlever, mais qu'il peut faire évanouir à son gré, en dissipant tous les biens.

Au reste, les inconvéniens très-réels de ce droit exorbitant que la loi donne au mari sur les biens de la communauté, sont balancés par cette considération importante, que le mari ne peut, en dissipant les biens, faire évanouir le droit éventuel; ou l'espérance acquise à son épouse, sans se priver lui-même, ainsi que ses enfans, de l'espérance d'augmenter sa fortune par de sages économies; considération toute-puissante, qui retiendra toujours l'homme honnête et moral, et surtout le bon père de famille, et l'empêchera de s'abandonner à des profusions désordonnées, qui, en nuisant à sa réputation dans l'opinion publique, finiraient par détruire sa fortune patrimo-

niale, affectée à la sûreté et au remboursement de la dot de son épouse, laquelle d'ailleurs a le droit de renoncer à la communauté, lorsqu'elle ne lui présente aucun avantage.

81. Il était nécessaire de remarquer ces inexactitudes ou impropriétés de langage, que nous venons de signaler, tant dans la rédaction des coutumes que dans celle du Code civil; car il en naît des équivoques qui occasionnent dans les idées une confusion dont les meilleurs esprits ont peine à se défendre. Les rédacteurs mêmes du Code, ces esprits supérieurs à qui la France doit un éternel tribut de reconnaissance, ont été entraînés par l'exemple des coutumes. Au lieu d'en réformer le langage impropre, ils en ont suivi les imperfections, en donnant trop souvent au mot *communauté* des acceptions qui ne lui conviennent nullement, et dont il est bon de fixer irrévocablement le sens.

Ainsi, quand l'art. 1399 dit que la communauté commence au jour du mariage, cette expression ne signifie pas autre chose que le droit éventuel et l'espérance de la femme aux biens dont le mari n'aura pas disposé pendant la durée de la société conjugale; droit qui commence en effet au jour du mariage.

Quand l'art. 1401 dit que la communauté se compose activement de tels et tels biens, cela ne signifie pas autre chose, si ce n'est que ce qui restera de ces biens au moment de la dissolution de l'union conjugale, sera commun et partagé par

moitié entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre.

Quand l'art. 1409 dit que la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières, etc., cela signifie que si ces dettes n'ont pas été payées durant le mariage, elles seront payées et prélevées sur ce qui restera de biens communs à la dissolution du mariage.

Nous avons déjà remarqué l'impropriété choquante des expressions de l'art. 1441, qui dit que la communauté se dissout par la mort naturelle ou civile, etc., tandis que c'est à ce moment qu'elle devient actuelle et cesse d'être éventuelle.

Enfin, quand les art. 1472, 1473 et autres, parlent des indemnités dues par la communauté aux époux, ou par ceux-ci à la communauté, ces expressions ne signifient pas autre chose, si ce n'est que sur la masse des biens qui se trouvent au moment de la dissolution du mariage, chaque époux, ou ses héritiers, reprend et prélève les sommes versées pendant le mariage, et qui n'étaient pas destinées à devenir communes, et qu'il rapporte également à la masse les biens qu'il devait y apporter et qu'il n'y a pas apportés.

82. Entendues de cette manière, les expressions du Code, dans les articles cités, n'occasionnent plus de confusion dans les idées. Tout est clair et net; mais faute d'y faire attention, et en voyant que, suivant l'expression littérale du Code, *la communauté* commence dès le jour du mariage, qu'elle se compose du revenu des propres des deux conjoints, etc., qu'elle peut être créancière ou dé-



bitrice des époux, quelques auteurs ont imaginé qu'il faut considérer la communauté comme un être moral, ou comme une tierce personne placée entre les deux époux, et qui a des droits distincts et séparés de chacun d'eux; et ils ont donné à cet être idéal l'usufruit des biens propres des deux époux (1), la propriété des meubles et des acquêts; mais comme un être moral ne peut agir et administrer ses biens par lui-même, l'art. 1421 a établi le mari administrateur légal de l'être moral appelé communauté.

Autant vaudrait dire que la société contractée entre deux individus qui mettent des biens en commun, pour faire un commerce, ou pour une entreprise quelconque, afin d'en partager les profits et les pertes, est un être moral, une tierce personne placée entre les deux associés, et qui a des droits distincts et séparés de chacun d'eux, parce que l'un des associés peut avoir des rap-

---

(1) M. Delvincourt, pag. 528 du tom. I de son Cours de droit civil, édition de 1815; M. le Guével, dans sa Dissertation sur l'art. 585 du Code civil, pag. 19 et 20. « Pour se former, disent-ils, une juste idée de la communauté, il faut la considérer comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux. C'est cet être moral qui a l'usufruit de leurs biens personnels, et auquel appartiennent tous les fruits et revenus des biens qui sont l'objet de l'usufruit; mais comme cet être moral ne peut agir et administrer ses biens par lui-même, la loi lui nomme un administrateur : c'est le mari. »

Le savant Proudhon lui-même, pag. 356, n.º 279 du tom. I de son Traité du droit d'usufruit, dit : « Cet être moral, que nous appelons communauté, a ses droits distincts et séparés des droits de chacun des époux, etc. » Il ajoute ensuite que « le droit de jouissance, que l'article 1041, § 2, donne à la communauté sur les biens propres des conjoints, est un véritable droit d'usufruit. »



ports à faire au fonds social, ou des indemnités à exercer.

Une pareille doctrine confond toutes les idées. Un être moral, pour être tel dans le sens légal, doit avoir par lui-même une existence civile reconnue et indépendante des individus physiques qui agissent en son nom. Un établissement public, par exemple, un hospice, un collège, une association légalement autorisée pour un objet de bienfaisance ou d'utilité publique, etc., sont des êtres moraux, des personnes morales, qui ont une existence civile, tellement indépendante des individus physiques qui administrent leurs biens, qui agissent pour elles et dans leur nom, que la mort ou le changement entier de tous ces individus n'en laisse pas moins subsister la personne morale, parce que l'existence civile et indépendante, de même que la destruction de cette personne morale, ne peut être produite que par l'autorité de la puissance publique ou de la loi.

Mais ériger la communauté conjugale en personne morale, placée entre les deux époux, et ayant des droits distincts et séparés de chacun d'eux, c'est visiblement confondre toutes les notions en jurisprudence. La nouveauté d'une pareille doctrine, et, ce n'est pas trop dire, les absurdités qui en seraient les conséquences, suffiraient pour la faire proscrire. Il s'ensuivrait, par exemple, que, depuis le mariage, le mari ne régirait plus ses propres biens, et n'en percevrait plus les revenus en qualité de propriétaire, mais seulement en qualité d'administrateur d'une per-

sonne morale, ayant des droits distincts et séparés des siens, comme faisant et agissant, non plus en son nom propre, mais au nom de la personne morale de la communauté, de laquelle cependant il peut vendre, hypothéquer, donner même les biens, sans en devoir, en aucun tems, compte à qui que ce soit.

Il est évident que cette nouvelle doctrine ne peut s'accorder avec les principes des coutumes, qui donnent au mari la qualité de *seigneur et maître*, ni avec ceux du Code civil, qui n'a pas changé la nature de la communauté conjugale, ni avec ceux du droit romain sur l'usufruit, adoptés par le Code.

Mais écartons un instant l'inconséquence d'établir un usufruit sur la tête d'une personne morale interposée entre les époux. Les textes d'où l'on veut induire cet usufruit prétendu, offrent des conséquences tout opposées.

L'art. 1401 dit que *tous les fruits* des propres des époux composent l'actif de la communauté; mais les coupes de bois, les produits des carrières et mines sont-ils *des fruits*? Il y a sur cela des distinctions que le Code a faites au titre *de l'usufruit*, dans l'art. 590 et dans les suivans. Fallait-il les répéter dans le titre de la communauté? Non, c'eût été une répétition fort inutile. L'art. 1403, qui est une suite de l'art. 1401, s'est donc borné à renvoyer, *brevitatis causa*, au titre de l'usufruit, où se trouvent les principes sur la distinction des fruits. Il a dit : « Les coupes des bois et les produits des » carrières et mines tombent dans la communauté

» ( c'est-à-dire dans la masse des biens qui seront  
 » partagés en commun, s'ils existent lors de la  
 » dissolution du mariage ), pour tout ce qui en  
 » est considéré comme usufruit, d'après les règles  
 » établies au titre de l'usufruit. »

! C'est de là qu'on prétend induire que les fruits des propres entrent dans la communauté, en vertu d'un droit d'usufruit.

- C'est évidemment choquer toutes les règles de la dialectique, de conclure de ce texte que la communauté est un usufruit, parce que les règles sur la distinction des fruits, établies au titre de l'usufruit, sont applicables à la communauté. Cette conséquence est d'ailleurs complètement détruite par la seconde disposition du même article 1403, qui porte : « Si les coupes de bois qui, » en suivant ces règles, pouvaient être faites du-  
 » rant la communauté, ne l'ont point été, il en  
 » sera dû récompense à l'époux non propriétaire  
 » du fonds, ou à ses héritiers. »

! C'est un principe reconnu et incontestable, en matière d'usufruit, que les fruits ne sont acquis à l'usufruitier que par la perception qu'il en fait (1). Si l'usufruit finit avant qu'il les ait recueillis, il n'y a plus aucun droit; ils appartiennent en entier au propriétaire, par droit d'accession, sans que l'usufruitier puisse prétendre aucune récompense.

Au contraire, notre art. 1403 veut qu'il soit dû à l'époux non propriétaire du fonds, une ré-

---

(1) Loi 13, ff quib. mod. ususfr. amit., §. 4.

compense ou indemnité pour la coupe des bois qui pouvait être faite durant la communauté, et qui ne l'a pas été. Ce n'est donc point en vertu d'un droit d'usufruit que les coupes de bois tombent dans la communauté.

Mais d'où vient cette différence entre l'usufruitier, à qui il n'est dû aucune récompense pour les coupes des bois qu'il a omis de faire pendant la durée de son usufruit, et la communauté, à laquelle il en est dû pour celles qui n'ont pas été faites pendant le mariage? C'est ce qu'explique fort bien Doneau, *Commentaria juris civilis*, lib. 10, cap. 10. Cette différence vient de celle du titre, en outre duquel l'usufruitier et la communauté, ou plutôt le mari, ont droit aux fruits. Le premier n'y a droit que pour son intérêt particulier et individuel, en vertu de son usufruit, qui ne les lui donne qu'autant qu'il les perçoit. S'il omet de les percevoir avant la fin de son usufruit, il savait qu'après il n'en aurait plus le droit. Il est donc censé en avoir voulu gratifier le propriétaire : *donasse censetur*.

Au contraire la communauté, ou le mari, son administrateur, reçoit les fruits *ad sustinenda onera matrimonii*, à la charge des alimens dus aux époux, de l'éducation et entretien des enfans, et de toute autre charge du mariage, dit l'article 1409, et enfin à la condition que l'excédant du revenu sur les charges, s'il en reste lors de la dissolution du mariage, sera partagé entre les deux époux ou leurs héritiers.

Il est donc évident que la valeur d'une coupe



de bois acquise à la communauté dès le moment du mariage, mais qui n'a point été faite avant sa dissolution, doit néanmoins être partagée, comme les autres biens qui se trouvent alors dans la communauté; autrement l'époux propriétaire du fonds des bois, n'y aurait point apporté ce qu'il y devait apporter. Il tirerait un profit personnel des biens de la communauté. Il en devrait donc la récompense, suivant le principe établi dans l'art. 1437, quand même l'art. 1403 ne le dirait pas expressément. Mais peut-être a-t-on cru qu'il était nécessaire de l'exprimer, dans la crainte que ce dernier article, faisant entrer les fruits en communauté, suivant les règles expliquées *au titre de l'usufruit*, on ne fût tenté d'en conclure qu'ils ne sont acquis à la communauté qu'autant qu'ils sont perçus pendant la durée du mariage, comme ils ne sont acquis à l'usufruitier, que par la perception qu'il fait pendant la durée de son droit.

83. Après avoir essayé de bien déterminer la nature de la communauté conjugale, revenons à l'art. 1399, qui porte qu'elle commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil. Nous avons vu que le mot de communauté ne signifie ici que le droit éventuel, l'espérance de la femme ou de ses héritiers, sur les biens dont le mari n'aura pas disposé. Ce droit commence, suivant notre article, au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil, sans qu'on puisse stipuler qu'il commencera à une autre époque.



L'art. 220 de la Coutume de Paris portait « que la communauté commence du jour des épousailles et bénédiction nuptiale » Mais la liberté de conscience, consacrée enfin comme un droit naturel de l'homme, et la protection accordée également à tous les cultes, ont nécessité la séparation du sacrement et du contrat de mariage, lequel n'en produit pas moins tous les effets civils, indépendamment de la bénédiction des ministres des cultes dans chaque communion. Le Code, pour fixer une époque uniforme au commencement de la communauté pour les Français de toutes les communions, a donc dû le fixer *au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil.*

L'art. 1399 ajoute : « On ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. » Cette dernière disposition a pour objet de retrancher irrévocablement les embarras et les difficultés que faisaient naître les dispositions de certaines coutumes, telles que l'art. 424 de celle de Bretagne, qui exigeait, pour l'établissement de la communauté légale entre époux, qu'ils *eussent été en mariage par an et jour après les épousailles.* L'accomplissement de cette condition avait, il est vrai, un effet rétroactif, qui faisait remonter la communauté au jour du mariage. Mais si l'un des époux venait à décéder avant l'expiration de l'année, la communauté n'avait point existé. Cependant les meubles des deux époux s'étaient mêlés : de là des difficultés entre le survivant et les héritiers, ou les créanciers du prédécédé.

Il paraît que la disposition qui exigeait l'an et jour, pour établir la communauté légale entre conjoints, venait de notre ancien droit français, suivant lequel la simple cohabitation produisait une société tacite, entre les parens, les frères et sœurs, par exemple, qui avaient demeuré ensemble par an et jour.

84. Si l'on ne peut stipuler que la communauté commencera à une autre époque que celle du jour de la célébration du mariage, il n'est pas défendu de stipuler qu'elle n'aura lieu que sous une condition. Cette stipulation n'a rien de contraire à la disposition de l'art. 1399 ; car la condition ayant un effet rétroactif, il en résulte, si elle s'accomplit, que la communauté aura commencé à l'époque de la célébration du mariage, et qu'elle n'aura jamais existé, si la condition vient à défaillir. Ainsi, le Code n'ayant point défendu les stipulations qui subordonnent l'existence de la communauté à une condition casuelle, elles sont valides. Elles l'étaient également sous l'ancienne jurisprudence. Le Brun (1) en donne pour exemple la stipulation que la communauté aura lieu, si tel procès réussit.

On en trouve un autre exemple dans les stipulations assez fréquentes, que la communauté n'aura pas lieu si l'épouse décède sans enfans. C'est encore une condition casuelle. On ne doit donc pas douter de la validité d'une pareille stipulation.

---

(1) Traité de la communauté, liv. 1, chap. 3, n.º 10.

85. Celle qui établirait une communauté, avec la clause que les héritiers collatéraux des conjoints seront exclus de toute participation à cette communauté, n'est point également défendue. Elle a de l'analogie avec la précédente. Cependant leurs effets sont très-différens.

Dans la première, le défaut d'accomplissement de la condition suspensive, fait que la communauté n'a jamais existé; il en résulte que si le mari prédécède, la femme n'a rien à prétendre que ses apports, c'est-à-dire les meubles qu'elle prouvera avoir apportés chez son mari, parce que ces objets n'ayant point entré dans une communauté qui n'a point existé, le mari ni ses héritiers n'y peuvent prétendre aucun droit; le surplus des biens lui appartient, ou à ses héritiers, s'il prédécède.

Dans la seconde stipulation, au contraire, la communauté a réellement existé; mais les collatéraux du prédécédé n'y pouvant rien prétendre, tous les biens qui la composent appartiennent au survivant des conjoints, soit la femme, soit le mari (1). C'est un gain de survie qui n'est

---

(1) C'est ce qu'a fort bien jugé un arrêt du 18 mars 1625. Un contrat de mariage portait qu'en cas de prédécès de la femme, ses héritiers n'auraient aucune part dans la communauté. Cet arrêt jugea que nonobstant la survie d'un fils né du mariage, qui n'était même décédé que long-tems après sa mère, le père, survivant à sa femme, aurait profité de tous les meubles et conquêts, en vertu de cette clause, qui ne comprenait pas moins les enfans que les héritiers collatéraux. *Voy. Lebrun, Traité de la communauté, liv. 1, chap. 3, n.º 9, pag. 54.*

Cet arrêt est rapporté dans le Journal des audiences, liv. 1, chapitre 45.

point défendu par la loi, et qui, par conséquent, est permis (1). Les héritiers auront néanmoins le droit d'exiger du survivant les reprises du prédécédé. Par exemple, les prix de ses propres aliénés, celui de la dot, stipulée propre gain de survie, ne peuvent, sans une convention expresse, s'étendre aux objets qui n'ont point entré dans la communauté.

- 86. Mais la clause qui établirait la communauté sous une condition potestative serait-elle valide? Elle ne l'était pas sous l'empire des coutumes, qui défendaient aux conjoints de s'avantager pendant le mariage. Ainsi, il n'était pas permis aux futurs conjoints de se réserver, par leur contrat de mariage, la faculté de rétablir la communauté, qu'ils avaient exclue par le même contrat, parce que, quoique cette réserve fût insérée dans le contrat de mariage, son exécution tombait dans un tems prohibé : *Paria sunt aliquid fieri tempore prohibito, aut conferri in tempus prohibitum*. Lebrun, liv. 1, chap. 2, n°. 64.

Il est clair que l'établissement de la communauté, sous une condition purement potestative, produit le même effet que la réserve de l'établir à volonté pendant le mariage. Nous disons sous une condition purement potestative; car si l'on faisait dépendre l'établissement de la communauté, non pas uniquement de la volonté des

---

(1) Mais lorsque le contrat porte que les héritiers de la femme n'auront aucune part dans la communauté, peut-elle tester?



deux conjoints, mais d'un fait qu'il est en leur pouvoir d'exécuter, la stipulation serait valide, et le défaut d'accomplissement de la condition empêcherait la communauté de naître. On le jugeait ainsi, même sous l'empire des coutumes. En voici un exemple emprunté de Lebrun, liv. 1, chap. 2, n°. 65 : « Une fille épousant un veuf qui avait des » enfans de son premier mariage, stipula dans leur » contrat de mariage qu'il serait obligé de faire inventaire, à faute de quoi il n'y aurait aucune » communauté entre eux; et le mari l'autorisait, » dès à présent comme dès lors, pour l'administration de ses biens : le mari ne fit point inventaire. Après son décès, la veuve fut poursuivie » comme commune par un créancier. Elle déclara » que sans avoir besoin de renoncer, elle reprenait, en conséquence de la clause, tout ce qu'elle » avait apporté en mariage. Le créancier, au contraire, soutint qu'elle était commune, parce » qu'elle n'avait pas renoncé, d'autant plus que » la communauté était établie dans la clause sous » une condition *pure potestative*, qui était nulle et » rendait sa stipulation de communauté pure et » simple, parce qu'il ne devait pas dépendre du » mari d'avoir une communauté ou de n'en pas » avoir, en faisant ou ne faisant pas un inventaire.

» Nonobstant cela, il fut répondu que la cause » de la veuve était juste, parce que l'inventaire » qui devait être fait par le mari, pour empêcher » la confusion des meubles de la femme avec ceux » de sa première communauté, devait l'être avant



» le mariage. Ainsi, le mari n'ayant pas voulu faire  
 » cet inventaire en ce tems, il a exclu la commu-  
 » nauté dans un tems permis. »

Cette décision est conforme à la justice, aux principes sur les conditions; car si en général la condition purement potestative rend l'obligation nulle par défaut de lien (1), la condition qui fait dépendre l'obligation, non pas uniquement de la volonté du débiteur, mais d'un fait qu'il est en son pouvoir d'exécuter, est valable, parce qu'alors il y a un lien de droit. Par exemple, je vous donnerai tant si je vas à Paris. Quoique l'accomplissement de cette condition soit en mon pouvoir, il y a néanmoins un lien de droit; il y a obligation de ne point aller à Paris, ou de vous donner la somme promise (2).

Il en est de même de l'obligation de faire inventaire, dans l'espèce dont parle Lebrun. La future avait stipulé que le futur serait obligé de faire inventaire, faute de quoi il n'y aurait point de communauté. Il était, à la vérité, au pouvoir de ce dernier de faire ou de ne pas faire un inventaire, mais il y avait néanmoins un lien de droit, l'obligation de faire inventaire, s'il voulait établir la communauté; car la future n'y avait consenti qu'à cette condition, qui, par conséquent, n'était pas purement potestative.

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VI, n.º 699, et Pothier, n.º 48.

(2) Cette condition se réduit donc, dans la réalité, à une obligation alternative.

Nul doute que sous l'empire du Code on pourrait faire dépendre d'une pareille condition l'établissement de la communauté ; mais pourrait-on la faire dépendre d'une condition purement potestative ?

Il nous semble que cette question doit être résolue par les principes que nous avons exposés *suprà*, n°. 25 et suivans , relativement aux conventions matrimoniales, rédigées ou changées depuis le mariage. Elles étaient nulles sous l'empire des coutumes , parce que , quelles qu'elles fussent , elles contenaient nécessairement un avantage en faveur de l'un ou de l'autre des conjoints , et qu'il leur était défendu de s'en faire aucun pendant le mariage ; mais loin de le leur défendre , le Code leur permet expressément de se donner tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger (1094). Ces avantages sont seulement toujours révocables par celui qui les a faits , sans le concours de celui qui les a reçus (1096).

Il n'y a donc plus , sous l'empire du Code , de raison pour annuler , ni les conventions postérieures au mariage , ni les changemens faits aux antérieures. Aussi nous avons vu *suprà*, n°. 37 , que les art. 1394 et 1395 n'en ont point prononcé la nullité , et que le juge ne peut suppléer à leur silence.

Mais comme les conventions ou changemens postérieurs au mariage contiennent nécessairement un avantage au moins indirect en faveur de l'un des conjoints , ils peuvent , dans les principes du Code , être révoqués jusqu'à la mort.

Nous pensons donc que la clause du contrat de mariage, qui ferait dépendre l'établissement de la communauté d'une condition purement potestative, n'a rien d'illicite et n'est pas nulle aujourd'hui, et que si, en vertu de cette clause, la communauté est établie pendant le mariage, cet établissement pourra être révoqué, mais qu'il sera confirmé par le prédécès, sans révocation de celui qui a accompli la condition purement potestative d'où résulte l'avantage.

Il en serait de même, quoique la convention matrimoniale exclusive de la communauté ne contînt aucune réserve de l'établir pendant le mariage, si les époux, d'un commun accord, l'établissaient néanmoins par un contrat notarié postérieur au mariage. Le contrat ne serait pas nul, mais révocable par l'un des conjoints, sans le concours de l'autre.

## PREMIÈRE PARTIE.

### *De la Communauté légale.*

#### SOMMAIRE.

- 87. *La communauté légale est fondée sur la convention tacite des parties, qui sont censées avoir choisi les dispositions de la loi pour leur contrat de mariage.*
- 88. *La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la légale, pour tous les cas où il n'y est pas dérogé. C'est une communauté mixte.*
- 89. *La communauté ne peut exister qu'entre personnes capables de contracter un mariage valable.*

90. Mais la bonne foi donne les effets civils au mariage.

91. La communauté légale a lieu entre étrangers domiciliés, quoique non naturalisés, qui se marient en France.

87. Nous avons déjà vu qu'en vertu de la disposition de l'art. 1393, le régime de la communauté est le droit commun de la France, à défaut de stipulations qui y dérogent ou le modifient. La communauté est alors réglée par les dispositions des six sections suivantes, et on l'appelle *communauté légale*, non qu'elle soit produite immédiatement par la loi, *vi ipsius legis immediate et per se* : sa cause immédiate est une convention tacite ou présumée des parties, qui, à défaut de conventions écrites, sont censées avoir choisi pour leur contrat de mariage, celui que leur offre la loi, dans les dispositions du Code, dont la sage prévoyance a réglé d'avance leurs droits respectifs d'une manière impartiale, dans la première partie du présent chapitre.

En leur laissant la liberté de déroger à ces dispositions, la loi a eu le droit de présumer qu'elles ont voulu s'y conformer, quand elles n'ont pas manifesté d'intention contraire : *Velle videtur qui non impedit quod impedire potest*. C'est une conséquence nécessaire et juste des principes du Code, qui dit à tous les Français : Vous avez une liberté pleine et entière de régler l'association conjugale, quant aux biens, de la manière qu'il vous plaira. Je ne vous commande rien à cet égard ; je ne vous défends rien que ce qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais, si vous n'éta-



blissez pas les règles de cette importante association par un contrat exprès, si vous vous taisez, j'en conclurai, tant pour votre propre intérêt que pour celui de vos enfans, de vos familles et même du public, que vous avez adopté le régime de la communauté sans modification, et tel que vous le présente le Code. Il est donc rigoureusement vrai, sous son empire, que celui qui se tait consent; car il était obligé de s'expliquer.

La communauté, quoique réellement fondée sur le consentement tacite des parties, étant alors réglée par les seules dispositions de la loi, on l'appelle communauté *légale*, à la différence de la communauté *conventionnelle*, qui est régie par les conventions des parties. Si le contrat de mariage se bornait à dire que les futurs se marient sous le régime de la communauté, elle serait encore, en ce cas, régie par les seules dispositions du Code.

88. Il est rare que la communauté soit purement conventionnelle, c'est-à-dire que tous les cas soient prévus, tous les droits réglés par le contrat. « La communauté conventionnelle reste alors » soumise aux règles de la communauté légale, » pour tous les cas auxquels il n'y a pas été déro- » rogé implicitement ou explicitement par le con- » trat. » (1528).

La communauté est donc le plus souvent mixte, en ce sens qu'elle est régie, en certains cas, par les dispositions du Code, et en d'autres, par les conventions des parties.

Le Code commence, avec raison, par expliquer,



dans cette première partie du chapitre, les règles de la communauté légale, pour passer dans la seconde, à la communauté conventionnelle, en expliquant les conventions principales et les plus usitées, pour modifier la communauté légale, ou même exclure toute espèce de communauté.

89. Au reste, la communauté, soit légale, soit conventionnelle, étant un effet civil du mariage, dit Pothier, n°. 21, elle ne peut être contractée que par des personnes capables de contracter ensemble un mariage civil. C'est pourquoi, si l'une des parties qui ont contracté mariage ensemble, était alors privée de l'état civil par une condamnation à une peine capitale, ne pouvant y avoir de mariage civil entre ces personnes, il n'y aurait pas entre elles de communauté conjugale. Cela a lieu, à plus forte raison, lorsque le mariage non seulement n'est pas un mariage civil, mais est absolument nul.

90. Néanmoins, la bonne foi de l'une des parties, qui a eu une juste cause d'ignorance de l'empêchement à la validité du mariage, peut donner les effets civils à ce mariage, quoiqu'il ne soit pas mariage civil, et même quoiqu'il soit absolument nul, et en conséquence, la communauté conjugale aura lieu entre ces personnes (1).

91. Lorsque des étrangers, quoique non naturalisés, mais domiciliés en France, y contractent

---

(1) Voy. le Traité du contrat de mariage de Pothier, nos. 457 et suivants, et ce que nous avons dit tom. I, nos. 553 et suiv.

mariage , sans passer aucun contrat de mariage , la communauté légale a lieu entre ces personnes. Il est vrai qu'elles ne sont pas capables du droit civil , qui n'a été établi que pour les citoyens , tel que le droit de tester , le droit de succéder ; mais elles sont capables de ce qui appartient au droit des gens , telles que sont toutes les conventions. Or , la communauté légale n'est fondée que sur une convention que les personnes qui contractent mariage sont présumées avoir eue d'établir entre elles une communauté , telle que la loi de leur domicile l'établit , de laquelle convention , de même que de toutes les autres conventions , les étrangers sont capables. La communauté légale peut donc avoir lieu entre ces personnes , à plus forte raison la conventionnelle ( 1 ).

## SECTION PREMIÈRE.

*De ce qui compose la Communauté légale , activement et passivement.*

### § 1<sup>er</sup>.

*De l'Actif de la communauté.*

### SOMMAIRE.

92. *La communauté n'est point une société universelle de biens ; il n'y entre que ceux que le Code y fait entrer ; les autres demeurent propres de chacun des conjoints.*  
 93. *Texte de l'art. 1401.*

---

(1) Voy. aussi l'annotateur de Lebrun , de la communauté , liv. 2<sup>e</sup> chap. 2 , n.º 73 et suiv.

94. *Examen de la première disposition. Tous les meubles corporels et incorporels entrent dans la communauté, hors ceux que la loi répute immeubles.*
95. *Les droits et actions incorporels qui ont des meubles pour objet sont meubles.*
96. *S'ils ont pour objet des meubles et des immeubles en même tems, ils sont partie mobiliers, partie immobiliers.*
97. *Les actions et intérêts dans les compagnies de commerce, etc., sont meubles à l'égard des associés, quoiqu'il y ait des meubles accessoires dépendans de l'entreprise. Compagnie et société ne sont point synonymes. Explication de l'art. 529.*
98. *Ce qui ne s'entend que des immeubles dépendans de l'entreprise, et non des biens acquis par la compagnie.*
99. *Les fonds auxquels seraient attachés les profits d'une entreprise ne seraient pas meubles, mais seulement les profits. Il en serait de même des fonds acquis par une compagnie dont l'objet serait d'acquérir des terres pour les mettre en valeur.*
100. *Au contraire, les actions d'une compagnie qui aurait pour objet le dessèchement d'un marais seraient meubles, parce que l'indemnité due originairement est une somme d'argent.*
101. *Il ne faut pas appliquer l'art. 529 aux sociétés qui n'ont pas le caractère de compagnies.*
102. *La nature de meuble ou d'immeuble d'une créance alternative, dépend du choix qui sera fait par celui auquel il est déféré.*
103. *Si le titre de la créance laissait au débiteur la faculté de payer une chose au lieu d'une autre, c'est la nature de la chose due qui détermine la qualité de la créance. Conséquences.*
104. *La créance du prix d'un héritage vendu avant le mariage est mobilière et entre en communauté. De même, l'action d'un marchand pour se faire livrer des futaies achetées, quand elles étaient encore sur pied.*
105. *Le droit du fermier sur les biens pris à ferme avant son*

**152      Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.**

*mariage est mobilier et entre en communauté. Conséquences.*

- 106. Droit de la femme sur les biens pris à ferme par son mari avant le mariage.**
- 107. Le bail fait par la femme avant son mariage reste au compte du mari, si elle renonce, mais elle n'est pas dégagée envers le propriétaire; elle a seulement un recours en indemnité sur les héritiers de son mari.**
- 108. Les rentes perpétuelles sont meubles et entrent en communauté, tant pour le capital que pour les arrérages.**
- 109. Les créances conditionnelles entrent-elles dans la communauté avant l'événement qui leur donna l'existence?**
- 110. Quid des rentes viagères? Leur nature.**
- 111. L'action en récompense ou remploi est mobilière sous l'empire du Code.**
- 112. Les offices d'avoués, notaires, greffiers, etc., sont des meubles.**
- 113. Exceptions à la règle qui fait entrer tous les meubles en communauté; 1°. les donations mobilières, que le donateur en a exclues.**
- 114. Erreur de M. Delvincourt, qui pense que si la donation est faite par un ascendant, il ne peut exclure de la communauté que la portion disponible.**
- 115. Il n'est pas nécessaire que l'exclusion de la communauté soit expresse.**
- 116. Les propriétés littéraires garanties aux auteurs, etc., pendant leur vie, et même après leur mort, n'entrent point en communauté.**
- 117. Les reliquats de compte dus à des mineurs ne sont plus immobilisés pour aucune portion.**
- 118. Les choses mobilières substituées durant le mariage à des immeubles propres de l'un des conjoints, ne tombent point en communauté. Exemple, le prix de la vente d'un propre, les soultes de partage.**
- 119. Si, dans le partage d'une succession, un des conjoints recevait plus de meubles qu'il n'en pourrait prétendre, ils entreraient tous en communauté.**



- 120. *Pourvu qu'il y ait eu un partage régulier.*
- 121. *Explication de l'art. 1401, concernant les fruits et revenus. Des fruits naturels et industriels.*
- 122. *Les fruits civils s'acquièrent jour par jour, sans avoir égard aux termes de paiement.*
- 123. *Les fruits naturels, au fur et à mesure qu'ils sont cueillis.*
- 124. *Il est dû récompense des frais de culture faits par la communauté, lorsqu'elle n'a pas recueilli les fruits. Différence de ce cas à celui de l'usufruit.*
- 125. *Erreur de M. Delvincourt qui enseigne le contraire, en soutenant mal à propos que la communauté est un usufruit.*
- 126. *Les revenus ou émolumens extraordinaires qu'on peut tirer des fonds propres de l'un des conjoints, n'entrent point en communauté.*
- 127. *Des bois, et quels sont ceux dont le produit entre en communauté. Différence entre elle et l'usufruit à cet égard.*
- 128. *Quand les produits des mines et carrières entrent en communauté; erreur de M. Delvincourt à cet égard.*
- 129. *Les trésors que le propriétaire trouve dans son fonds, n'entrent point en communauté.*
- 130. *Pothier y faisait entrer le tiers qui lui appartenait comme inventeur. Il avait raison sous l'ancien droit.*
- 131. *Sous l'empire du Code, le trésor paraît exclu en entier de la communauté, quand il est trouvé par le propriétaire du fonds. Opinion contraire de M. Delvincourt combattue.*
- 132. *Transition aux immeubles, qui entrent ou n'entrent pas en communauté. Explication des mots conquêts ou acquêts, et du mot propres.*
- 133. *Règles sur les immeubles qui entrent ou n'entrent pas en communauté.*
- 134. *Tous les immeubles acquis pendant le mariage, entrent en communauté. Exceptions : 1°. Les immeubles échus par succession.*
- 134 bis. *Les immeubles acquis par retrait successoral n'y entrent point.*
- 135. *2°. Les immeubles donnés à l'un des conjoints seulement, n'entrent point en communauté (1405). Ils y entrent s'ils*



**154     Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.**

*sont donnés aux deux époux conjointement, à moins que les expressions de l'acte n'indiquent le contraire.*

**136.** *Les immeubles donnés à l'un des futurs par contrat de mariage, lui sont propres.*

**137.** *S'ils étaient donnés aux deux futurs, ils seraient propres à chacun d'eux pour moitié. Conséquences.*

**138.** *Quand le donateur donne aux futurs dont l'un est son héritier présomptif, on présume qu'il n'a voulu gratifier que ce dernier.*

**139.** *Nos meilleurs auteurs pensent même, avec plusieurs coutumes, que quand un père, en mariant sa fille, donne à son gendre sans la nommer, la donation est censée n'être que la dot de la fille, si le père n'a pas ajouté qu'il donne à son gendre pour lui et les siens.*

**140.** *L'arrêt qui le jugerait ainsi, sous l'empire du Code, ne pourrait être cassé.*

**141.** *Si le père du futur donnait à la future, il en serait autrement.*

**142.** *En donnant un immeuble à la femme seule, le donateur peut stipuler qu'elle percevra seule les revenus sur ses quittances. Erreur de M. Delvincourt, qui pense le contraire.*

**143.** *Les donations onéreuses, par exemple, à la charge de payer les dettes du donateur, entrent-elles en communauté? Distinction.*

**144.** *Si le donateur donne un immeuble en paiement d'une somme mobilière qu'il avait promise, l'immeuble est conquis.*

**145.** *Socûs, si c'est un ascendant. Raison de différence.*

**146.** *Si l'ascendant vend à l'un de ses enfans mariés, à qui il ne devait rien, l'immeuble est conquis.*

**147.** *L'immeuble acquis par échange est subrogé au lieu et place du propre donné en contre-échange.*

**148.** *De la subrogation des choses à d'autres choses, et qu'elle n'est pas fondée sur une fiction, quoi qu'en dise Pothier.*

**149.** *Si l'échange n'est fait qu'au moyen d'une soulte, il en est dû récompense, au moyen de laquelle l'immeuble en-*

- tier devient propre, quelque considérable que soit la soulte.
150. *Erreur de M. Delvincourt, qui enseigne que l'immeuble reçu en échange est acquêt pour la totalité, si la soulte est considérable.*
151. *Des meubles peuvent être subrogés à des immeubles. Avantage qui peut en résulter pour la femme.*
152. *Cette subrogation est une conséquence nécessaire de l'article 1433.*
153. *Néanmoins, le meuble subrogé à un immeuble, relativement à la communauté, conserve sa qualité mobilière à tout autre égard. Conséquences.*
154. *L'immeuble acquis pour remplacer des sommes réputées propres est exclu de la communauté.*
155. *L'acquisition par licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des conjoints était copropriétaire, forme un propre. Développement des principes sur la licitation.*
156. *Le Code applique les principes de la licitation de la manière la plus générale. Il n'exige qu'un fait; savoir, si le conjoint était copropriétaire avant le mariage.*
157. *Si la licitation était provoquée par les créanciers saisissants de deux cohéritiers, et que le troisième restât adjudicataire à la charge de payer les créanciers, l'immeuble n'en serait pas moins propre.*
158. *Examen et réfutation de l'opinion de M. Bellot, qui pense que l'immeuble adjudgé aux époux par suite de vente par décret, est conquêt. Discussion des arrêts qu'il cite.*
159. *La disposition de l'art. 1408 n'est fondée que sur le seul fait de l'indivision.*
160. *Faculté donnée à la femme de retirer l'immeuble, ou de l'abandonner à la communauté, qui doit alors récompense.*
161. *Comparaison de ce retrait, qu'on peut appeler retrait d'indivision, avec l'ancien droit de retrait au mi-denier. Ce dernier rejeté par le Code. Quel est le but du premier?*
162. *Ce retrait d'indivision simplifie la jurisprudence, et ré-*

**156     Tit. V. Du Contrat de mariage , etc.**

*sont heureusement des questions qui embarrassaient Pothier.*

- 163.** *Ce n'est qu'à la femme que le Code laisse le choix d'abandonner l'immeuble à la communauté, ou de le retirer.*
- 164.** *Elle ne peut l'abandonner, s'il a été acquis dans son nom, et qu'elle ait comparu au contrat.*
- 165.** *Quid, si l'acquisition a été faite en nom commun ? C'est un acquêt que la femme ne peut être forcée de recevoir comme propre.*
- 166.** *Elle ne pourra le retirer, en vertu de l'art. 1408.*
- 167.** *Quand la femme abandonne l'immeuble, elle a reprise de la portion du prix qui lui appartenait.*
- 168.** *Dans quel délai la femme peut former son option.*
- 169.** *L'option déferée à la femme passe à ses héritiers.*
- 170.** *Pendant le mariage, le mari ne peut aliéner ni hypothéquer les biens soumis au retrait d'indivision de la femme.*
- 171.** *L'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, entre en communauté, par forme de dédommagement.*
- 172.** *S'il y a du doute sur la qualité d'un immeuble, il reste dans la communauté comme conquêt.*
- 173.** *L'art. 1404 exclut de la communauté les immeubles que l'un des époux possédait légalement au jour du mariage. C'est une règle nouvelle ajoutée à l'ancienne jurisprudence, qui n'en excluait que ceux dont les époux avaient la propriété. Développement.*
- 174.** *Faute d'avoir fait attention à cette nouvelle règle, M. Delvincourt s'est égaré en suivant le principe de l'ancienne jurisprudence.*
- 175.** *Cette règle doit changer plusieurs décisions de nos meilleurs auteurs anciens, et leurs motifs de décider.*
- 176.** *Exemple, dans la vente du bien d'autrui faite par un tiers avant le mariage, et ratifiée depuis par le propriétaire. Continuation du développement de la nouvelle règle.*
- 177.** *Quand l'époux est possesseur d'un héritage au jour du mariage, l'acte par lequel il en acquerrait depuis la propriété ne le fait pas entrer en communauté; il lui demeure propre, sauf récompense.*

178. *Quand il existe un titre de propriété en forme antérieur au mariage, quoique non suivi de possession, l'immeuble est, sans aucun doute, exclu de la communauté.*
179. *Par exemple, l'immeuble acquis sous une condition suspensive qui ne s'accomplit que depuis le mariage.*
180. *Du contrat de vente non suivi de tradition, et de la promesse de vente.*
181. *Quelque vicieux que soient les titres de propriété, même non suivis de possession antérieure au mariage, l'autre époux n'en peut argumenter, si les intéressés gardent le silence.*
182. *Exemple, dans la vente du bien d'autrui faite par un tiers à l'un des époux qui n'est entré en possession que depuis le mariage.*
183. *Quid, si le propriétaire laisse l'époux en possession moyennant une somme? Distinction.*
184. *De l'immeuble acquis d'un mineur sans formalités, ou d'une femme mariée non autorisée.*
185. *L'acte d'aliénation d'un héritage avant le mariage, prouve que l'époux qui y rentre par voie de rescision en était propriétaire.*
186. *L'action en rescision pour lésion est immobilière; l'héritage rentré par cette voie est exclu de la communauté.*
187. *Si le défendeur en rescision préfère donner un supplément en argent, la somme reçue n'entre point en communauté.*
188. *Erreur de M. Delvincourt, qui prétend le contraire.*
189. *La restitution du prix d'un héritage acquis par l'un des époux avant le mariage, par un contrat rescindé depuis, n'entre point en communauté. L'opinion contraire de Pothier ne peut être suivie, sur-tout sous l'empire du Code.*
190. *Les immeubles rentrés aux époux par une voie légale de rescision quelconque, sont exclus de la communauté.*
191. *Dans le cas d'une résolution qui ne détruit l'aliénation que pour l'avenir, comme il n'y a point de nouveau titre d'acquisition, l'époux continue de posséder en vertu de son ancien titre : l'héritage rentré lui est donc propre.*
192. *Par exemple, dans le cas de résolution d'une donation pour cause de survenance d'enfants.*



- 193. *Par exemple encore, dans le cas d'un héritage rentré par l'exercice de réméré.*
- 194. *Quand même la résolution s'opérerait pour cause postérieure au contrat d'aliénation, comme dans la revocation d'une donation pour cause d'ingratitude.*
- 195. *Quid, si l'héritage est rentré par le désistement de l'acquéreur ? Distinction et conséquence.*
- 196. *Examen des difficultés qui peuvent naître, si l'époux demandeur en rescision, au lieu de la faire juger, rentre en possession par arrangement ou transaction.*

92. Nous commencerons par rappeler ici une vérité reconnue par tous les auteurs, et que nous avons déjà rappelée *suprà* : c'est que la société, ou la communauté de biens entre époux, n'est point la suite nécessaire du mariage, ou de la société des personnes ; elle n'est point, comme celle-ci, établie par la nature ; elle est l'ouvrage de la loi, sans la disposition de laquelle tous les biens présents et futurs, meubles et immeubles de chaque conjoint, lui demeureraient propres, pour en disposer et les administrer comme bon lui semblerait. Mais en établissant une communauté de biens entre les conjoints, la loi ne l'a point établie d'une manière universelle ; elle n'a point mis en commun tous les biens présents ou à venir, de quelque nature qu'ils soient : elle a pris soin d'énumérer les biens qu'elle veut faire entrer en communauté, à défaut de stipulation contraire de la part des époux. Et comme les sociétés, entre autres personnes que les époux, ne sont composées que des biens que les associés y ont fait entrer par le contrat, de même, la communauté légale entre conjoints n'est



composée que des biens que le Code déclare communs entre eux. Tous les autres en sont exclus et demeurent *propres*. En cette matière on appelle *propres*, suivant la signification naturelle du mot, les biens qui ne sont pas communs entre les conjoints, ou qui sont exclus de la communauté légale.

Le principe général est que tous les biens que le texte du Code, ou une conséquence de son texte, n'y fait point entrer, en sont exclus, s'il est prouvé que l'un des époux les possédait, ou dont il était propriétaire avant le mariage. Voici comment l'art. 1401 compose la communauté légale :

93. La communauté se compose activement,

1°. « De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble, de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage, à titre de succession, ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ; »

2°. De tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit ;

3°. De tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. »

Le Code, au commencement du second livre, divise tous les biens que l'homme peut posséder en deux grandes classes, les meubles et les immeubles. Il suit la même division dans la compo-

sition de la communauté légale. Il la compose, 1°. de tout le mobilier, c'est-à-dire de tous les meubles présens et futurs qui appartiennent ou pourront appartenir un jour aux deux époux, de quelque nature que soient ces meubles, de quelque manière, dans quelque tems qu'ils les aient acquis, pourvu que ce soit avant la dissolution du mariage. Telle est la règle générale, sauf les exceptions que nous verrons ci-après;

2°. De tous les fruits, revenus et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, provenant des biens propres des époux, c'est-à-dire de ceux qui n'entrent point en communauté.

94. Examinons d'abord la première disposition de notre article. Elle est générale et comprend, sans aucun doute, les meubles, tant corporels qu'incorporels.

Mais il y a des choses corporelles qui, quoique réellement meubles par leur nature et considérées en elles-mêmes, sont néanmoins réputées immeubles, comme étant les accessoires d'un immeuble ou d'un droit immobilier, et qui, par cette raison, n'entrent point dans l'actif de la communauté. Pour les connaître, il faut recourir aux chap. 1 et 2 du liv. 2, tit. 1, du Code, *de la distinction des biens*, que nous avons expliqués tom. III. On peut aussi consulter Pothier, n°. 27, 65.

95. Quant aux meubles incorporels, il n'est pas douteux qu'ils entrent en communauté, puisqu'ils ne sont point exceptés de la disposition générale de notre article. Mais ils méritent quelques développemens. Les choses incorporelles ne sont de

leur nature ni meubles, ni immeubles, puisque elles ne tombent pas sous les sens. Mais la loi ayant divisé tous les biens en deux grandes classes, les meubles et les immeubles, on y a aussi rangé les biens incorporels, ou les droits et les actions qu'ils produisent. Ces droits et ces actions participent de la nature des choses qui en sont l'objet. Ainsi les actions sont meubles, si elles ont un meuble pour objet, c'est-à-dire si elles tendent à réclamer la possession d'un meuble; immeubles, si c'est un immeuble qu'elles ont pour objet. On ne considère point la cause d'où provient le droit ou l'action (1) : *Actio ad mobile consequendum est mobilis, ad immobile consequendum immobilis.*

Cette ancienne règle est consacrée par les articles 526 et 529 du Code. Le dernier porte : « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations ou actions qui ont pour objet des choses exigibles ou des effets mobiliers. »

96. Si l'action a pour objet en même tems des meubles et des immeubles, elle est mobilière en partie, et immobilière pour l'autre partie. Par exemple, avant mon mariage, j'ai acheté une maison meublée, avec tous les meubles qui s'y trouvent. Elle ne m'a point encore été livrée au moment de la célébration du mariage. L'action

---

(1) Lebrun, Traité de la communauté, dit, au contraire, qu'on regarde comme un principe général qu'en matière de communauté, à la différence de celle des successions, on a toujours égard à la cause, et non pas à l'objet des actions. Pothier, n°. 77, a réfuté cette erreur, qui ne peut plus être reproduite sous l'empire du Code.

que j'ai contre mon vendeur étant en partie mobilière et en partie immobilière, tous les meubles de la maison entreront en communauté; la maison seule en sera exclue et me restera *propre*.

97. Il y a cependant des cas où une action demeure mobilière pour le tout, quoiqu'elle ait pour objet accessoire des immeubles dépendans du mobilier, qui est l'objet principal de l'action. La disposition finale de l'art. 529 en donne un exemple. Il porte : « Les actions ou intérêts, dans les » compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que *des immeubles dépendans* de » ces entreprises appartiennent aux compagnies, » ces actions ou intérêts sont réputés meubles à » l'égard de chaque associé, seulement tant que » dure la société. »

Remarquons d'abord que cet article ne parle que des actions ou intérêts dans *les compagnies* de finance, de commerce ou d'industrie, et non pas dans les simples *sociétés* de finance, de commerce ou d'industrie. Ces deux mots, *sociétés* et *compagnies* ne sont point synonymes : toute compagnie est une société sans doute, puisque c'est la réunion de plusieurs personnes qui conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ; mais toute société n'est pas une *compagnie*.

L'usage a réservé le nom de compagnie aux associations dont les membres sont en grand nombre, les capitaux considérables, les entreprises relevées, soit par leurs risques, soit par leur im-



portance. Ces compagnies sont ordinairement composées de personnes de diverses professions, de capitalistes, qui confient la direction de leur entreprise à quelques-uns des associés, ou bien à des commissionnaires ou agents capables et intelligens, pour agir suivant les règles ou les plans convenus et arrêtés entre eux.

Il peut exister deux espèces de ces compagnies ou associations ; les unes privilégiées, autorisées par le Gouvernement, qui leur a donné un droit ou des faveurs particulières pour certaines entreprises ou certains commerces, à l'exclusion des autres sujets du même Etat. Il existait autrefois beaucoup de ces compagnies privilégiées : on les croyait alors nécessaires ou avantageuses à la prospérité et au progrès du commerce et de l'industrie, afin de les encourager par des distinctions et des privilèges. La raison et l'expérience apprirent enfin au Gouvernement que les privilèges ne sont que des barrières à l'industrie ; que c'est par la concurrence que les arts se perfectionnent, que les denrées abondent et que l'Etat se procure un grand superflu.

L'opinion publique discrédita les compagnies privilégiées ; on finit par les supprimer, par une loi du 26 germinal an 2, qu'abrogea une autre loi du 30 brumaire an 4 (1), par la considération qu'il était urgent de donner au commerce toute l'activité et la liberté qui lui sont néces-

---

(1) Voy. le Répertoire de M. Merlin, v<sup>o</sup>. *Compagnie financière*.



saires pour accroître les ressources de la France. Il y a donc aujourd'hui plusieurs compagnies de finance, de commerce ou d'industrie; les unes autorisées par le Gouvernement, telles que la banque de France, celle des assurances contre les incendies, et d'autres qui se sont formées sans autorisation. Les grandes manufactures sont ordinairement des compagnies.

Les compagnies, soit pour se procurer facilement des fonds plus considérables, soit pour obtenir un plus grand nombre d'associés, qui partagent la chance de l'entreprise à perte ou profit, divisent le capital qu'elles jugent nécessaire pour le succès, en fractions plus ou moins fortes, que l'on appelle *actions*, et dont la réunion forme tout le capital de la compagnie. Ces actions sont partagées entre les associés primitifs ou vendues par eux à d'autres personnes, qui deviennent ainsi intéressées dans l'entreprise, pour une portion correspondante au nombre et à la valeur de leurs actions.

L'action est donc une part dans tout ce qui appartient à l'association, et tout actionnaire en est, en qualité d'associé, copropriétaire. Or, comme l'objet de l'association est de partager entre les associés les profits et les pertes, en proportion de leur intérêt, et comme les profits, bénéfices et produits se répartissent en argent, l'action est de sa nature mobilière : jusque là nulle difficulté.

Mais s'il est nécessaire que l'association ou la compagnie ait des immeubles pour l'exploitation de l'entreprise; par exemple, l'emplacement et

les édifices d'une manufacture, qu'il est plus avantageux d'acquérir ou de faire bâtir, que de les louer, et dont la valeur est souvent considérable, chaque associé devient copropriétaire de ces immeubles en proportion de son intérêt. Son action continuera-t-elle d'être mobilière en totalité, ou sera-t-elle en partie immobilière, comme ayant en partie des immeubles pour objet? Et comment faire la ventilation de chaque partie?

Il paraît qu'autrefois on regardait l'action comme mobilière en totalité, par la considération que l'emplacement et les édifices d'une manufacture, n'étaient que des accessoires de la manufacture même, qui est un objet mobilier (1).

C'est aussi ce que décide l'art. 529, en disant que les actions ou intérêts des compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, sont mobilières, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent à ces compagnies; mais il met à cette décision une modification qui n'est qu'une conséquence du principe sur lequel cette décision est fondée : c'est que les actions ne sont réputées mobilières en totalité que pendant la durée de la société. En effet, lorsque l'association est dissoute, les immeubles qui en dépendaient n'en peuvent plus être l'accessoire; il ne reste plus qu'à partager ce qui lui appartenait, et dans le partage les choses à partager conservent

---

(1) Voy. les Questions de droit de M. Merlin, v°. *Action, Actionnaire*, 5°. édition, pag. 51.

ou reprennent leurs qualités naturelles de meubles ou d'immeubles.

Si donc l'associé d'une compagnie d'où dépendent des immeubles se marie pendant la durée de la société, ses actions ou intérêts entrent en communauté pour la totalité, nonobstant les immeubles dépendans de l'entreprise.

Si au contraire l'ex-associé ne se mariait qu'après la dissolution, quoiqu'avant le partage des effets qui lui appartenaient, sa portion dans les immeubles qui en dépendaient n'entrerait point dans la communauté.

Mais si, comme il peut arriver, la part d'un associé, dans les immeubles dépendans de la société, était, comme accessoire de son action, entrée, par son mariage, dans la communauté conjugale, et que la société vînt à se dissoudre pendant la durée du mariage, ces immeubles n'étant plus l'accessoire de la société dissoute, reprennent ou conservent, comme nous l'avons dit, leur qualité naturelle d'immeubles. Ainsi, tout ce qui reviendra au mari dans le partage des effets mobiliers de la société dissoute, entrera dans la communauté; mais sa part dans les immeubles, qui ont repris leur qualité naturelle par la dissolution de la société dont ils dépendaient, ne pourra entrer en communauté, parce que ce sont des immeubles qui lui étaient acquis avant le mariage. S'ils étaient vendus ou licités, le mari aurait récompense de sa portion dans le prix de la vente, si elle avait été versée sans emploi dans la communauté.

Au contraire, si, durant le mariage, le mari vendait son action dans la compagnie encore existante, le prix en entier entrerait dans la communauté.

98. Remarquez au reste que la disposition de l'art. 529, qui statue que les immeubles dépendans de l'entreprise n'empêchent point les actions ou intérêts des associés d'être mobiliers pour la totalité, ne s'applique qu'aux immeubles qui sont réellement des dépendances de l'entreprise, comme le porte énergiquement le texte : *des immeubles dépendant de l'entreprise* : tels sont l'emplacement d'une manufacture, les édifices et magasins qui servent à son exploitation.

Mais nous avons vu, par exemple, les intéressés à l'exploitation des mines du Pont-Péan, près Rennes, posséder une seigneurie avec plusieurs métairies fort belles, qu'ils avaient achetées sans nécessité pour leur exploitation, et qu'ils ont revendues depuis l'abandon de l'entreprise. On ne saurait croire que ces métairies fussent des immeubles dépendans de l'entreprise, et réputés meubles comme accessoires. La nature des choses et le texte de notre article y répugnent. Les actions des associés, pendant la durée de l'association, n'étaient donc mobilières qu'en partie. On ne pouvait réputer immeubles accessoires que ceux qui étaient réellement des dépendances de l'entreprise, les emplacements et édifices des laveries, fonderies, magasins, etc. On peut y ajouter les édifices destinés à loger le directeur et autres personnes attachées et nécessaires à l'exploitation.



99. Si les profits d'une entreprise étaient attachés à des fonds immeubles déjà existans par eux-mêmes, ces fonds ne changeraient point de nature, les profits seuls seraient mobiliers. Par exemple, le privilège perpétuel accordé autrefois aux propriétaires du marché aux veaux à Paris, fut, comme nous l'apprend M. l'avocat général Seguiet (1), jugé immobilier, parce que le fonds du marché était un immeuble.

De même, si les profits et les bénéfices d'une entreprise n'avaient originairement pour objet que des immeubles, par exemple, une association formée pour acquérir des terres nouvelles dans la république de Colombie, les défricher et les mettre en valeur, il nous semble que les actions seraient immobilières, en conséquence des principes établis par les art<sup>s</sup> 526 et 529, parce que l'association n'aurait pour objet que de se procurer la propriété de ces terres, dont les produits ne sont que les accessoires. Ces produits, déduction faite des frais, entreraient seuls dans la communauté de l'associé qui se marierait pendant la durée de l'association.

100. Au contraire, dans le cas de concession faite à une compagnie pour le dessèchement d'un marais, les actions et intérêts n'en sont pas moins mobiliers, quoique les terrains desséchés soient

---

(1) Dans ses conclusions lors de l'arrêt du 27 août 1781. *Voy. Questions de droit de M. Merlin, v<sup>o</sup>. Action, Actionnaire*, pag. 50 de la 5<sup>e</sup> édition.



immeubles, parce que les bénéfices que se proposent les entrepreneurs consistent, originairement, dans l'indemnité qui leur est due en argent par les propriétaires des marais desséchés. Il est vrai que, suivant l'art. 21 de la loi du 16 septembre 1807, ces propriétaires ont la faculté de se libérer de cette indemnité, en abandonnant une portion des marais desséchés; mais il n'en est pas moins vrai que l'objet direct et primitif de l'indemnité est une somme d'argent. Le délaissement d'une partie des terres n'est que *in facultate lutionis*.

101. Nous avons déjà dit que la disposition de l'art. 529 ne parle que *des compagnies de commerce*, etc. Il ne faut donc pas l'appliquer aux simples sociétés, qui n'ont point le caractère *de compagnies*. Par exemple, trois ou quatre personnes s'associent pour faire le commerce de grains, de vins, etc.; elles achètent en commun des greniers, des caves ou celliers pour loger leurs grains, leurs vins, etc.

Si l'une d'elles se marie pendant la durée de la société, nous ne saurions croire que sa portion indivise dans les greniers, caves ou celliers, entrât dans la communauté, comme des meubles dépendans de la société.

102. Lorsqu'une créance a pour objet des choses meubles, ou des choses immeubles dues sous une alternative, la nature de cette créance est en suspens jusqu'au paiement. Si le débiteur donne l'immeuble, la créance sera réputée avoir été dès le principe immobilière, et sera exclue de la com-

munauté; s'il donne les meubles, elle sera réputée avoir été mobilière, et entrera en communauté (1).

Si le choix de l'alternative était déferé au créancier qui se marie avant d'avoir choisi, ce n'en sera pas moins le choix qu'il fera depuis son mariage qui déterminera la nature mobilière ou immobilière de l'action. Il demeurera donc le maître de faire entrer dans la communauté l'objet de sa créance en choisissant les meubles, ou de l'en exclure en choisissant les immeubles; et néanmoins, en ce dernier cas, il ne doit aucune récompense à la communauté, parce que, dit Pothier, n.º 627, la nature ou la qualité de la créance était en suspens et dépendait du choix. Or, l'immeuble ayant été choisi, la créance est censée avoir toujours été immobilière, et n'avoir jamais appartenu pour aucune partie à la communauté, d'où rien n'a été tiré pour acquérir l'immeuble.

103. Si, au lieu de deux choses dues sous une alternative, le titre de la créance laissait au débiteur la faculté de payer une chose au lieu d'une autre de nature différente, c'est la nature de la chose due qui détermine la qualité de la créance, et non la nature de la chose qui a été payée dans la place de la première.

Un testateur me lègue telle maison, avec faculté néanmoins à son héritier de me donner au

---

(1) Voy. Pothier, Traité de la communauté, n.º 54. Voy. aussi ce que nous avons dit sur les obligations alternatives, tom. VI, n.º 699.

lieu de la maison une somme de 20,000<sup>f</sup>. Ce n'est point là une obligation alternative. La maison est la seule chose qui me soit due, la seule que je puisse demander. La somme de 20,000<sup>f</sup>, qu'on peut me payer en la place de la maison, ne m'est point due, puisque je ne puis la demander. Elle n'est pas *in obligatione*, elle est seulement *in facultate solutionis*.

Ainsi, le legs étant pour moi la créance d'une maison immeuble de sa nature, est immobilier et n'entre point en communauté. Si, m'étant marié depuis le legs échu, le débiteur me donne pour s'acquitter la somme de 20,000<sup>f</sup>, j'en aurai récompense sur les biens de la communauté, comme l'ayant reçue en paiement d'une créance propre de communauté.

Et, *vice versa*, s'il m'a été donné une maison que l'héritier avait la faculté de me payer au lieu d'une somme de 20,000<sup>f</sup> qui m'était léguée : la maison sera un acquêt de communauté, comme donnée au lieu d'une somme qui devait y entrer (1).

Cette décision dérive, comme on voit, du principe qu'on ne considère, pour déterminer la nature des créances et des actions qui en naissent, que la chose qui en est l'objet (2), et non quelle en est la cause.

104. Ainsi, comme l'action d'un des conjoints,

---

(1) Pothier, *ibid.*, n.º 75, et ce que nous avons dit tom. VI, n.º 700.

(2) Et le principe n'est lui-même que la conséquence de la règle, *qui actionem habet, rem ipsam habere videtur*. Loi 15, ff de R. J.

pour demander le prix d'un immeuble qu'il a vendu avant le mariage, n'a pas d'autre objet qu'une somme d'argent, elle est incontestablement mobilière, quoique quelques auteurs aient autrefois pensé le contraire (1).

Il en est de même d'un retour de lot ou soulte de partage due à l'un des conjoints, en vertu d'un partage fait avec ses cohéritiers avant son mariage.

L'action d'un marchand pour se faire livrer des arbres de futaie encore sur pied, que je lui ai vendus, est mobilière; car, quoique les arbres fussent immeubles au moment de la vente, puisqu'ils n'étaient pas séparés du fonds, son action ne tend à les lui faire acquérir, que lorsqu'ils seront devenus meubles par leur séparation du fonds. L'action n'a donc réellement que des meubles pour objet. Elle est essentiellement mobilière, et comme telle elle entre en communauté. Pothier, n°. 51.

105. Le droit du fermier sur l'héritage qu'il a pris à ferme, avant son mariage, est mobilier et entre en communauté; en sorte que la femme survivante, ou ses héritiers, si elle prédécède, peuvent, en acceptant la communauté, contraindre le propriétaire à les laisser jouir jusqu'à l'expiration du bail, comme aussi il peut les contraindre à continuer la jouissance.

Plusieurs auteurs anciens, dont Ferrière, sur

---

(1) Lebrun, Traité de la communauté, liv. 1, chap. 5, n.º 16.



l'art. 221 de la Coutume de Paris, *gloss. unic.*, n<sup>os</sup>. 15 et 17, partage l'opinion, pensaient que la veuve ne peut ni continuer le bail contre la volonté du propriétaire, ni être par lui contrainte à le continuer, parce que le bail consistant dans une exploitation qui peut durer plusieurs années après la dissolution du mariage, ne produit qu'un droit successif de percevoir les fruits de chaque année, à mesure qu'ils viendront en état de maturité. Or, les fruits à venir sont, disent-ils, immeubles comme le fonds. Ainsi, le droit et l'obligation que produit le bail sont immobiliers, et n'entrent point en communauté.

Pour se convaincre de l'erreur où ces auteurs sont tombés, il suffit d'appliquer à l'espèce le principe consacré par l'art. 529. Quel est l'objet du droit du fermier contre le propriétaire? De se faire délaissier la jouissance paisible des fruits de l'héritage, *uti, frui licere*. Or, ces fruits ne sont-ils pas des meubles? Quel est le droit du propriétaire contre le fermier? De se faire payer les fermages, et de le contraindre à jouir en bon père de famille, sous peine de dommages et intérêts. Or, ne sont-ce pas là des objets purement mobiliers? Les droits et les obligations du fermier sont donc des objets mobiliers qui entrent en communauté, comme l'ont décidé Lebrun, liv. 2, sections 3 et 35, et Pothier, n<sup>o</sup>. 71.

Les fruits à venir sont immeubles, dit-on; il faudrait dire plutôt qu'ils n'existent pas. Mais le droit à des meubles futurs, même éventuel, en est-il moins un droit mobilier? On dit encore



qu'ils ne sont pas séparés de la terre : donc ils sont immeubles. Fausse conséquence, puisque le fermier ne les acquerra qu'en les détachant de la terre, et nous avons vu dans le numéro précédent, que le droit d'un marchand de se faire livrer des arbres achetés sur pied est mobilier, quoiqu'ils fussent immeubles au moment de la vente, parce qu'ils seront meubles et détachés de la terre lorsqu'il les enlèvera.

106. Le droit que donne au fermier le bail antérieur au mariage étant un objet mobilier qui entre en communauté, il s'ensuit que la veuve acceptante a le droit d'en partager les profits et de faire, en conséquence, diviser la jouissance des terres entre elle et les héritiers de son mari, lorsque la division est possible. C'est un inconvénient que le propriétaire ne peut empêcher, quand la division n'emporte pas de dégradation. La veuve et les héritiers du mari ne sont point obligés solidairement au paiement des fermages. C'est un motif de plus pour éveiller la prévoyance du propriétaire.

107. Si c'est la femme qui était fermière avant le mariage, il en résulte que si elle ou ses héritiers renoncent à la communauté, le bail reste en entier au compte du mari ou de ses héritiers. Mais, dans ce dernier cas, la femme ou ses héritiers ne sont point dégagés de leurs obligations envers le propriétaire avec lequel elle avait contracté, sauf recours contre le mari ou ses héritiers. Il peut naître de tout cela beaucoup d'embarras et de difficultés, que la prudence conseille de prévenir par des

clauses insérées dans le bail en faveur du propriétaire, ou dans le contrat de mariage du fermier, en faveur des conjoints ou de leurs héritiers.

108. Les rentes perpétuelles sont encore des meubles incorporels à raison de leur objet. Elles entrent dans la communauté, tant pour le capital que pour les arrérages. Le capital d'une rente est la somme donnée par le créancier pour prix de la constitution de la rente; somme que le débiteur peut toujours rendre, afin d'éteindre la rente par le rachat; mais que le créancier ne peut jamais répéter sans un motif légal, parce qu'il l'a aliénée. C'est sans doute par cette raison que la Coutume de Paris, art. 94, qui était sur ce point le droit commun de la France, avait statué que les rentes constituées à prix d'argent étaient réputées immeubles; car le créancier ne pouvant exiger le capital, on en concluait que ce capital n'était plus un objet mobilier, et que la rente n'étant point en soi la créance d'une somme d'argent exigible, elle était un immeuble.

Ce sophisme n'avait pourtant pas égaré les rédacteurs de toutes les coutumes. Quelques-unes déclaraient meubles les rentes constituées à prix d'argent. Mais les rédacteurs du projet de Code discuté au Conseil d'état étaient, pour la plupart, des jurisconsultes parisiens. L'art. 11 de leur projet portait donc que « les immeubles que » les époux possèdent n'entrent point en communauté. Il en est de même des capitaux des rentes. »

On dit dans la discussion que l'origine des rentes est facilement connue. Le consul Cambacérès proposa d'exclure également de la communauté légale les capitaux d'obligations portées dans des actes authentiques ; mais Tronchet proposa, au contraire, de confondre dans la communauté légale, et les capitaux de rentes, et les capitaux d'obligations authentiques. Sa proposition fut adoptée (1). On retrancha de l'article qui exclut les immeubles de la communauté, la disposition finale, qui portait : « Il en est de même des capitaux des rentes », et les art. 529 et 530, qui furent discutés depuis, portent que les rentes, soit sur l'État (2), soit sur des particuliers, sont meubles, sans exception de celles qui sont établies à perpétuité pour le prix de vente d'un immeuble, ou même comme condition de la cession, à titre onéreux ou gratuit, d'un fonds immobilier.

Ces dernières étaient autrefois considérées comme un droit réel, comme une délimitation de l'héritage. On ne pouvait, par cette raison, les racheter. Mais l'art. 530 du Code les déclare essentiellement rachetables, comme les autres rentes créées à prix d'argent. L'héritage sur lequel elles

(1) Voy. Procès-Verbal des conférences, séance du 13 vendémiaire an XII, tom. II, pag. 67.

(2) Par une exception à la règle générale, les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France peuvent être immobilisées, pour les faire admettre dans la formation d'un majorat. Cette immobilisation se fait dans la forme réglée par le décret du 16 janvier 1808, art. 7, par celui du 1.<sup>er</sup> mars suivant, art. 2. Ainsi, les rentes qui forment un majorat n'entrent point en communauté.

ont assises n'est plus affecté à leur service qu'à titre d'hypothèque (1). Toutes les rentes entrent donc dans la communauté conjugale, si elles n'en sont pas exclues par les conventions matrimoniales.

109. En est-il de même des rentes viagères ? Avant de répondre à cette question, il faut en examiner une plus générale, celle de savoir si les créances mobilières conditionnelles, c'est-à-dire celles dont l'existence est suspendue par une condition, mais dont l'espérance est acquise à l'un des conjoints avant le mariage, entrent dans l'actif de la communauté conjugale, lorsque l'événement de la condition n'arrive que depuis la dissolution du mariage.

Le propre de la condition est de suspendre l'existence de l'obligation, *differtur obligatio*. Elle n'est point encore née; il y a seulement espérance qu'elle naîtra : *spes est tantum debitum iri*. C'est un principe élémentaire puisé dans la raison écrite, et consacré par l'art. 1168 du Code civil. Le créancier conditionnel ne possède donc rien avant l'événement de la condition, si ce n'est l'espérance. Cependant, quelque incertaine que soit cette espérance, quoiqu'elle n'ait rien de réel, la loi veut qu'elle passe à ses héritiers : *Ipsam spem in hæredem transmittimus, si priusquam conditio extet mors nobis contigerit*. § 4, *Instit. de V. O.*, 5. 16.

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. III, nos. 21 et 351, et tom. VI, nos. 440 et suiv.



*Cum quis sub aliquâ conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, hæres ejus agere potest; idem est ex promissoris parte. § 25, Instit. de inut. stip., 3. 20.*

Ainsi, l'espoir que donnent la créance ou la dette dont l'existence est suspendue par une condition, n'en passe pas moins à l'héritier du créancier ou du débiteur conditionnel, quoique l'événement qui leur donne naissance n'arrive qu'après la mort de celui qui avait stipulé ou promis. Pourquoi cela? Parce qu'on peut stipuler et promettre pour ses héritiers, et qu'on est toujours présumé le faire : *Plerumque tam hæredibus nostris quàm nobismet ipsis cavemus. Loi 9, ff de probat., 22. 3.* Cette présomption est même si forte, que l'art. 1122 du Code ne permet pas de la rejeter, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention.

Or, loin que cette présomption existe en faveur de l'époux survivant, pour lui conférer un droit à la créance conditionnelle de l'époux prédécédé, elle s'élève fortement contre lui, et devient un motif, en apparence invincible, pour lui refuser tout droit à cette créance.

Supposons que Rothschild ait promis à Caïa, par un contrat en bonne forme, de lui donner une somme de 50,000<sup>f</sup>, si l'indépendance de l'Amérique méridionale est reconnue avant dix-huit mois par l'Angleterre. Caïa se marie ensuite, sous le régime de la communauté, sans rien stipuler relativement à sa créance éventuelle de 50,000<sup>f</sup>. Elle meurt au bout de dix mois, en donnant le jour



à un fils qui lui survit. Le conseil de famille trouvant la communauté obérée de plus de 100,000<sup>f</sup> de dettes, prend une délibération en vertu de laquelle le subrogé tuteur fait, en suivant les formalités prescrites, la renonciation à la communauté. Avant les dix-huit mois, terme fixé par le contrat passé avec Rothschild, l'indépendance de l'Amérique est reconnue : la somme de 50,000<sup>f</sup> devient donc exigible ; nul doute sur ce point.

Le père, veuf de Caïa, prétend que cette somme lui appartient en entier, parce que le droit éventuel que donnait à son épouse le contrat qu'elle avait fait avec Rothschild, n'ayant pour objet qu'une somme mobilière, est entré dans la communauté, à laquelle son fils ne peut avoir aucun droit depuis sa renonciation. Les nombreux créanciers du père interviennent et saisissent la somme entre les mains de Rothschild.

On leur répond qu'un droit qui n'a existé ni avant, ni pendant le mariage, et que la femme n'a jamais possédé, n'a pu de son chef entrer dans la communauté légale ; qu'elle avait, il est vrai, l'espérance d'acquérir ce droit par l'événement de la condition ; mais que cette espérance fugitive, attachée à sa personne par sa nature, se serait évanouie à sa mort, comme une ombre, faute de l'avoir rattachée à la personne de ses héritiers, en faveur desquels il lui était permis de stipuler, si la sagesse prévoyante de la loi n'y avait pas suppléé, par la présomption, si naturelle et si morale, que chacun est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers : *Plerumque tam hæredibus nostris*

*quàm nobismet ipsis caremus.* Présomption de laquelle l'art. 1122 défend aux juges de s'écarter, si le contraire n'est pas exprimé dans la convention.

Supposons qu'il fût dit expressément, dans le contrat passé avec Rothschild, qu'en cas que l'Amérique fût déclarée indépendante dans dix-huit mois, il s'oblige de donner 50,000<sup>f</sup> à Caïa, ou, si elle meurt avant ce délai, à ses héritiers légitimes. Cette stipulation n'est pas autre chose que la conséquence écrite de la présomption légale établie par l'art. 1122. Croit-on que malgré cette stipulation expresse en faveur de l'héritier légitime, le père recueillît de préférence à son fils la somme de 50,000<sup>f</sup>, sous le prétexte qu'elle est entrée dans une communauté que l'art. 1401 ne compose que du *mobilier que les époux possédaient au jour du mariage, ensemble, de tout le mobilier qui leur échet pendant le mariage*? Caïa n'a point possédé les 50,000<sup>f</sup>; ils ne lui sont point *échus* pendant le mariage; jamais elle n'a eu le droit de les exiger. Enfin, ne serait-il pas évidemment injuste d'enlever cette somme au fils, à qui la présomption de la loi et la volonté de Caïa, exprimée dans le contrat, la destinaient éventuellement, pour la donner au père, en faveur de qui Caïa n'aurait pu valablement stipuler, quand elle contracta avec Rothschild?

Ces raisons sont très-fortes et semblent décisives en faveur du fils. Cependant on peut dire que si Caïa n'a jamais possédé la somme de 50,000<sup>f</sup>, elle avait l'espérance de la posséder par l'accom-

plissement de la condition; que cette espérance, garantie par un contrat en forme, ne pouvait, à la différence d'une simple expectative, comme celle que donne la loi à un héritier présomptif, lui être enlevée sans son consentement; que par cela même elle était dans le commerce; que Caïa pouvait la vendre; qu'on pouvait l'acheter, *quia spei emptio est*, dit Ulpien (1); que cette espérance était donc quelque chose de réel aux yeux de la loi. C'était un *bien* que son fils eût trouvé dans sa succession, si elle n'en avait pas disposé; un bien meuble, puisqu'il n'avait d'autre objet qu'une somme mobilière; mais qu'au lieu de vendre cette espérance, comme elle le pouvait faire, Caïa, en se mariant sous le régime de la communauté, sans en exclure cette même espérance, comme la loi l'y autorisait, l'a laissée entrer dans l'actif de sa communauté, où est tombée par conséquent la somme de 50,000<sup>f</sup> qui en était l'objet; et que le fils de Caïa ayant légalement renoncé à la communauté, n'y peut plus rien prétendre. Tel est ce nous semble le *summum jus*.

\* 110. Revenons maintenant aux rentes viagères, qui sont aussi des contrats alléatoires, et voyons si et comment elles entrent en communauté. Rappelons d'abord la nature de ces rentes, si bien

---

(1) Loi 8, § 1, ff de contrah. emp., 18. 1. *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est.*

développée par Pothier, dans son *Traité de la rente viagère*, n°. 259.

« La nature des rentes perpétuelles, dit-il, et celle des rentes viagères, n'est point la même : la rente perpétuelle est une espèce de créance d'une somme qui en est le capital, et cette somme produit des arrérages qui cumulent tous les jours.

« On ne peut pas dire la même chose des rentes viagères ; ces rentes n'ont pas de capital. La somme qui a été payée pour le prix de la constitution de la rente viagère (s'il en a été payé une), est entièrement perdue pour le créancier de la rente ; il n'en demeure en aucune manière créancier, et elle ne doit jamais lui rentrer (1).

« La rente viagère, ajoute l'auteur, n'est autre chose que la créance des arrérages qui en doit courir pendant le tems de sa durée ; ces arrérages sont tout le principal, tout le fonds et l'être entier de la rente viagère. Elle s'acquitte et s'éteint par parties, à mesure que le créancier les reçoit. Le paiement de ce qui en restait dû et couru jusqu'à la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée, achève de l'éteindre entièrement.

(1) C'est par cette raison que, suivant l'art. 1978 du Code, « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle a été constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné. Il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. »



» Cette créance paraît donc ne pouvoir être  
» considérée autrement que comme *la créance des*  
» *sommes d'argent qui seront dues pendant le tems*  
» *qu'elle aura cours.*

» Cette créance a seulement ceci de particu-  
» lier, *qu'elle ne naît pas et n'est pas acquise au*  
» *créancier tout à la fois, mais par parties et par*  
» *chaque jour du tems de la vie, qui est la mesure*  
» *de sa durée.* »

Cette doctrine de Pothier est formellement con-  
sacrée par l'art. 1980 du Code, qui porte : « La  
» rente viagère n'est acquise au propriétaire que  
» *dans la proportion du nombre de jours qu'il a*  
» *vécu.* »

Donc, avant l'échéance de chaque jour, le droit  
aux arrérages futurs *n'est pas acquis* au proprié-  
taire ; il n'a que l'espérance de l'acquérir. Pre-  
nons donc pour constant que la rente viagère ne  
consiste que dans des créances successives, qui ne  
sont *acquises* au créancier que *sous la condition de*  
*sa vie*, et que chaque jour de sa vie n'est point  
un terme, mais une condition.

Car, remarquez qu'il peut y avoir, qu'il y a  
même ordinairement *terme et condition* relative-  
ment aux arrérages, qui sont, comme dit fort  
bien Pothier, *tout le principal, tout le fonds, l'être*  
*entier* de la rente viagère. Supposons-la payable  
le 1<sup>er</sup>. janvier de chaque année ; la moitié de la  
rente sera *acquise* au créancier le 1<sup>er</sup>. juillet ; mais  
elle ne sera pas exigible ; le paiement en est re-  
tardé jusqu'à un terme qui n'est pas échu. L'au-  
tre moitié n'est pas encore *acquise* : l'acquisition



ou la naissance de cette créance est soumise à la vie du créancier ; jamais cette moitié de la rente n'aura été due, s'il meurt le 1<sup>er</sup>. juillet. S'il continue de vivre, les arrérages continueront de naître chaque jour de sa vie ; mais ils ne seront exigibles qu'à l'échéance du terme.

En un mot, avant l'échéance du *terme*, les arrérages de la rente viagère ne sont pas exigibles ; avant l'échéance ou l'événement de la condition, ils ne sont pas *dus*, ils ne sont pas *acquis* ; la créance n'est pas *née* : il y a seulement espérance qu'elle naîtra : *tantum spes est debitum iri*.

Ces mêmes principes s'appliquent naturellement aux usufruits, qui ne sont autre chose que la jouissance des fruits que peut produire l'objet grevé d'usufruit, pendant le tems de sa durée. Ces fruits, comme les arrérages de la rente viagère, s'acquièrent jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit (586), qui est ordinairement celle de sa vie. Ainsi, l'acquisition de ces fruits est soumise à la condition de sa vie. Si la chose grevée d'usufruit est un immeuble, il est également immeuble par l'objet auquel il s'applique (517). On ne peut donc plus demander s'il entre en communauté lorsqu'il appartient à l'un des conjoints avant le mariage. Mais l'usufruit des meubles et le quasi-usufruit d'une somme d'argent sont une chose mobilière qui, en cette qualité, ne sont pas susceptibles d'hypothèque (2118).

On peut donc demander si les rentes viagères et les usufruits mobiliers appartenant à l'un des

époux avant le mariage, entrent dans la communauté, non seulement pour les arrérages échus pendant la durée du mariage, mais encore pour les arrérages qui continueront de courir depuis sa dissolution; en sorte que la femme survivante qui renonce à la communauté n'ait plus aucun droit à la rente viagère ni à l'usufruit mobilier, qui lui appartenaient avant son mariage, quoique leur durée reste attachée au tems de sa vie, et que si elle accepte, elle n'y ait plus droit à l'avenir que pour une moitié seulement, l'autre moitié appartenant au mari ou à ses héritiers.

L'ancienne jurisprudence n'y faisait entrer que les arrérages et fruits échus pendant le cours du mariage; encore s'était-il élevé des doutes sur ce point, sur-tout relativement aux rentes viagères. Ce doute provenait de ce que la rente viagère participe de la nature des fonds perdus, et que les fruits de cette espèce de biens consomment d'autant le droit du possesseur actuel, au fur et à mesure de leur perception.

On prétendait donc que l'usufruit d'une rente viagère ne devait consister que dans la jouissance des arrérages, avec l'obligation d'en rendre les capitaux, conformément à la nature d'un quasi-usufruit (1). Mais cette opinion, qui conserva long-tems des partisans, fut enfin rejetée. Elle l'est expressément aujourd'hui par l'art. 588 du

---

(1) Voy., sur ce point, une dissertation de Sériveau, imprimée à la suite du Traité de la communauté de Renusson, et le Répertoire, *vo. Usufruit*.

Code, qui porte : « L'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution. »

Et comme le droit de la communauté a de l'analogie avec le droit d'usufruit, il faut en conclure que la communauté a le droit de percevoir, pendant sa durée, les arrérages de la rente viagère appartenant à l'un des époux avant le mariage, sans être tenue à aucune restitution. C'est aussi ce qui résulte de l'art. 1401. Il y a même une raison de plus pour le décider ainsi en faveur de la communauté : c'est que les fruits échus pendant sa durée, sont destinés à soutenir les frais du ménage.

Aussi, comme l'attestent les auteurs, la jurisprudence était depuis long-tems fixée sur ce point. Le nouveau Denisart, collection exacte, dans laquelle les rédacteurs du Code ont souvent puisé, dit, v.<sup>o</sup> *Communauté de biens*, § 6, n.<sup>o</sup> 25 : « Il faut en dire autant des rentes viagères (que des autres fonds perdus), soit qu'on considère ces rentes comme meubles, soit qu'on les considère comme immeubles. La question s'est présentée entre la comtesse de la Motte-Houdancourt et son fils, et, par arrêt rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Gilbert Desvoisins, plaidans MM. Cochin et Aubry, le 4 août 1729, la Cour a jugé que les arrérages de rentes viagères appartenant au conjoint avant le mariage, sont de simples fruits qui ne donnent pas ouverture à l'action de remploi.

« La comtesse de la Motte-Houdancourt voulait comprendre dans ses reprises une pension viagère, qui lui avait été promise par M. l'évêque du Mans. Les arrérages formaient, suivant son calcul, un objet de 75,000<sup>f</sup>. Cet objet a été exclu des reprises par l'arrêt. »

Puisque les héritiers du mari étaient réduits à se défendre du rapport des arrérages perçus pendant la durée de la communauté, on voit combien ils étaient éloignés d'avoir des prétentions aux arrérages échus ou à échoir depuis la dissolution. On ne doutait pas qu'ils n'appartinssent à la femme, à la personne de laquelle la rente était indissolublement attachée.

Aussi croyons-nous que les auteurs qui ont examiné la question de savoir si les arrérages des rentes viagères, antérieures au mariage, tombent dans la communauté, ne parlent que de ceux qui sont échus pendant le mariage, et non de ceux qui écherront ou qui sont échus depuis, parce qu'ils ne doutaient pas que ces derniers arrérages n'y pouvaient tomber.

Voici comment s'exprime Bourjon (1) à ce sujet : « Les arrérages de telles rentes antérieures au mariage, tombent irrévocablement dans la communauté. Il en est de même des arrérages d'un douaire appartenant à une veuve qui convole.

---

(1) Droit commun de la France, tom. I, pag. 545, édition de 1770, n.º 55. Voy. aussi Lebrun, Traité de la communauté, liv. 1, chap. 5, n.º 15.



» Ni les uns ni les autres ne donnent lieu à reprise  
 » ou indemnité, en faveur de celui des conjoints  
 » du chef duquel tels arrérages sont tombés en  
 » communauté, etc. »

On peut donc regarder comme certain que l'on pensait généralement que les rentes viagères des conjoints, antérieures au mariage, n'entraient en communauté, sous l'ancienne jurisprudence, que pour les arrérages échus pendant qu'elle a duré, et non pour les arrérages qui continuent de courir depuis sa dissolution, parce que c'est un droit personnel au conjoint qui possédait la rente avant le mariage.

Quant aux usufruits que l'un des époux possédait avant le mariage, par exemple le douaire, même préfix, dû à la femme qui convole, par les héritiers de son premier mari, les arrérages échus pendant le cours de son second mariage, entraient dans la communauté; mais ceux qui continuaient de courir après la dissolution de ce second mariage, appartenaient à la femme seule, et lui étaient tellement propres et personnels, que si ce douaire avait été amorti et remboursé pendant le mariage, il lui en était dû récompense par la communauté, qui était obligée de lui continuer le paiement de douaire jusqu'à sa mort (1). Tant il est vrai que, sous l'ancienne jurisprudence, les arrérages de rentes viagères, et des autres via-

---

(1) Voy. les Principes de droit de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 18, et 188, et le même auteur, sur l'art. 438, tom. III, pag. 154, note A.



ges possédés par l'un des conjoints avant le mariage, qui continuaient de courir, par sa survie, depuis la dissolution du mariage, continuaient de lui appartenir privativement, parce qu'ils n'avaient point entré dans la communauté.

Le Code n'a rien changé, à cet égard, aux principes de l'ancienne jurisprudence, qui sont fondés sur la justice et la raison. L'on n'y trouve aucune disposition d'où l'on puisse tirer cette conséquence directement, ni même par induction. Il est vrai que l'espérance qui résulte d'un crédit conditionnel, dont l'objet est mobilier : Je vous donnerai 50,000<sup>f</sup> si l'indépendance de l'Amérique est reconnue par l'Angleterre, entre en communauté, *summo jure*, comme nous l'avons vu *suprà*, n°. 109. Mais pourquoi cela? C'est que cette espérance passe, suivant la loi, aux héritiers du créancier conditionnel : *Ipsam spem in hæredem transmittimus*, parce qu'on est toujours présumé stipuler ou promettre pour ses héritiers comme pour soi-même; présomption dont l'art. 1122 du Code défend de s'écarter, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention.

Ainsi cette espérance, que le créancier conditionnel était censé avoir stipulée, et celle même qu'il aurait expressément stipulée en faveur de ses héritiers, il pouvait la leur enlever par une disposition postérieure, comme il pouvait les priver de ses autres biens par des dispositions entre vifs, ou à cause de mort. Il le pouvait donc en se mariant, même sans contrat, parce qu'alors la

loi fait entrer de plein droit, dans la communauté légale, fondée sur la convention tacite et présumée des futurs conjoints, tout le mobilier qu'ils possédaient au moment de la célébration du mariage, en argent, crédits, meubles meublans, et autres de quelque espèce que ce soit, et, par conséquent, les créances conditionnelles, ou l'espérance de ces créances, lorsqu'elles n'ont pour objet que des sommes d'argent ou des meubles.

Le créancier conditionnel, en se mariant, est donc censé avoir tacitement voulu que la somme dont l'espérance lui est assurée sous condition, un billet de loterie, par exemple, entrât dans la communauté; et par conséquent le mari devient, par l'accomplissement de la condition, maître de la somme, comme des autres effets de la communauté.

Il en est autrement des rentes viagères appartenant à l'un des conjoints avant le mariage. Il est présumé sans doute avoir voulu, en se mariant, que les arrérages de ces rentes entrassent dans la communauté au fur et à mesure qu'ils écherront, afin d'y servir aux dépenses du ménage et aux siennes propres, comme ils y servaient auparavant; mais on ne saurait présumer qu'il a voulu y faire entrer également, à son préjudice, les arrérages postérieurs à la dissolution du mariage, et qui continueront de courir depuis cette époque jusqu'à sa mort; en sorte que les héritiers du prédécédé, du mari, par exemple, auraient seuls le droit de les percevoir exclusivement à la femme survivante pendant qu'elle vivrait, si elle renonce

à la communauté, ou de les partager avec elle pendant sa vie, si elle l'accepte. Sa volonté, au moins tacite, et la nature du contrat, s'élèvent contre une présomption si déraisonnable.

Car, ou la femme avait elle-même constitué la rente avant son mariage, ou un tiers l'avait constituée pour la lui donner par un acte entre vifs, ou à cause de mort.

Au premier cas, en constituant cette rente pour la durée de sa vie seulement, il est bien évident qu'elle n'a pas voulu qu'elle fût transmissible à ses héritiers, pas même à ses enfans, et qu'elle a voulu, au contraire, se la rendre propre et l'attacher à sa personne, soit pour augmenter ses revenus, qu'elle jugeait insuffisans pour ses besoins, soit pour augmenter son aisance, et vivre avec plus de luxe, *ut lautius viveret*. Elle a donc voulu expressément se rendre cette rente propre, et l'attacher à sa personne, de manière à ce qu'elle n'en pût être détachée sans un acte exprès et formel de sa volonté. Il est donc impossible de présumer qu'elle ait eu la volonté de faire entrer dans une communauté dont le mari peut disposer à son gré, sans le concours de sa femme, les arrérages de la rente viagère qui courent après la dissolution du mariage, si elle survit, et s'exposer par cette imprudence à se voir, dans sa vieillesse, dépouillée d'un revenu qu'elle avait destiné à s'assurer les moyens de vivre, et de se procurer les douceurs qu'exige cet âge avancé; car, le mari étant le maître absolu des biens qui composent la communauté, il peut les vendre et les aliéner

sans le concours de sa femme; et si les arrérages qui courent après la dissolution du mariage sont entrés en communauté, il aura le pouvoir de les aliéner et d'éteindre par un rachat à vil prix une rente que la loi déclare non rachetable : en sorte que le mari venant à mourir insolvable, la femme, forcée de renoncer à la communauté, se trouvera dépouillée de cette rente, qui était sa seule ressource, et si la rente n'a pas été aliénée, la femme manquant de tout, aura la douleur de voir les créanciers de son mari jouir de cette rente, qu'elle n'avait créée que pour se mettre à l'abri de l'indigence. Tel serait l'effet nécessaire de la disposition qui ferait entrer en communauté les arrérages de la rente viagère, qui continuent de courir après la dissolution du mariage. La loi ne peut autoriser une injustice aussi révoltante, et c'est sûrement la raison qui porta l'ancienne jurisprudence à ne faire entrer en communauté, que les arrérages de la rente viagère courus pendant le mariage.

Si la rente viagère, au lieu d'être constituée par la femme elle-même, l'a été à son profit par un tiers qui a voulu l'en gratifier par un acte entre vifs, ou à cause de mort, la volonté du donateur devient un nouveau motif pour exclure de la communauté les arrérages qui courront après le mariage. Les intentions du donateur ne seraient pas remplies, s'il fallait du vivant de la femme payer les arrérages au mari, à ses héritiers ou créanciers. C'est un bienfait personnel qu'il a voulu faire à la femme, en lui donnant une rente via-



gère ; il a voulu lui assurer les moyens de vivre honorablement , de se procurer non seulement le nécessaire , mais encore les jouissances dont la privation fait souffrir la nature humaine : *Queis humana dolet natura negatis*. Si les expressions de l'acte de donation ou du testament , ou bien les circonstances , donnent à la rente le caractère de pension alimentaire , la loi la déclare insaisissable. ( Art. 581 du Code de procédure ). Elle va plus loin : pour garantir le propriétaire de la rente de ses imprudences , elle ne veut pas qu'il puisse compromettre sur ces alimens ( 1004 ) : disposition analogue à la loi du sage empereur Marc-Aurèle , qui défendait de transiger sur les alimens sans le concours du prêteur , qui devait examiner si la transaction était utile et juste. *Loi 8, ff de transac., 2. 15.*

La rente viagère , quoique n'ayant pas le caractère d'alimentaire , est aussi attachée par sa nature à la personne de celui au profit de qui elle est créée , comme nous l'avons vu ; mais elle peut en être détachée par un acte exprès de sa volonté , ou par une disposition formelle de la loi.

Par un acte exprès de sa volonté , lorsque jugeant plus avantageux pour lui , dans les circonstances où il se trouve , de se procurer une somme disponible que de continuer la jouissance annuelle des arrérages de sa rente viagère , il la vend à un tiers , pour en jouir pendant sa vie seulement. L'acquéreur n'achète alors que l'espérance des arrérages qui courront pendant la vie du vendeur : *Emptio spei est*.



De là on peut conclure, sans doute, qu'en se mariant, le conjoint propriétaire de la rente peut en faire, par une disposition spéciale, entrer en communauté tous les arrérages qui courent pendant sa vie, même après la dissolution du mariage, et donner par là au mari le droit d'en disposer. Mais il n'en faut pas induire qu'ils entrent de plein droit en communauté sans une stipulation spéciale, parce que l'espérance des arrérages futurs d'une rente viagère n'est pas de sa nature transmissible, comme les créances conditionnelles ordinaires, qui passent aux héritiers, par la raison qu'on est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers; présomption détruite, dans le cas de la rente viagère, par la volonté expresse du constituant, qui n'a pas voulu qu'elle fût transmissible aux héritiers, pas même aux enfans de celui à la vie duquel elle est attachée.

Objectera-t-on que l'art. 529 du Code déclare meubles les rentes viagères, et que l'art. 1401 fait entrer en communauté « tout le mobilier que les » conjoints possédaient au jour de la célébration » du mariage? » (1)

Nous répondrons que cette disposition ne peut s'appliquer aux meubles, qui sont par leur nature *propres* aux conjoints auxquels ils appartiennent,

(1) Le Code déclare les rentes viagères meubles. Or, il fait entrer tous les meubles en communauté, sans distinction : donc, dit-on, nous ne devons pas distinguer quand la loi ne distingue pas.

Ce raisonnement conduirait à soutenir que les rentes et pensions alimentaires entrent en communauté ; car elles ne sont pas exceptées.

comme étant attachés à leurs personnes, qui, par conséquent, n'en peuvent être détachés sans un acte exprès de leur volonté, ou sans une disposition formelle et spéciale de la loi.

Car une disposition générale ne suffit point pour détacher la rente viagère de la personne de celui à qui elle appartient; attachée à sa personne par l'acte de création, elle n'en peut être détachée que par une disposition spéciale. Le Code nous en donne un exemple. Pour punir celui qui a encouru la mort civile, l'art. 25 le dépouille de la propriété de tous ses biens, pour la déférer à ses héritiers. Cependant cette disposition générale n'a point paru suffisante pour le dépouiller de ses rentes viagères, attachées à la durée de sa vie naturelle; il a fallu une disposition spéciale, qui se trouve dans l'art. 1982.

Suivant la doctrine de Dumoulin et de Pothier (1), ce n'est point la force de la loi qui fait entrer le mobilier des futurs conjoints en communauté, *non vi ipsius consuetudinis immediate et per se*; c'est une convention tacite, par laquelle les parties qui ne s'en sont pas expliquées autrement sont censées en être convenues, suivant le principe du droit : *In contractibus tacite veniunt quæ sunt moris et consuetudinis* (2). Or, cette présomption ou convention tacite est détruite, dans le cas des rentes viagères, par la volonté expresse

---

(1) Traité de la communauté, n<sup>o</sup>. 10.

(2) Loi 32, ff de *edilit. edict.*

du constituant, qui les a attachées à la personne au profit de laquelle elles sont constituées. Aussi, sous l'ancienne jurisprudence, on n'avait jamais imaginé que les arrérages d'une rente viagère appartenant, avant le mariage, à une femme qui renonce à la communauté, pussent appartenir, à son préjudice, aux héritiers du mari ou à ses créanciers.

Si, comme nous l'avons prouvé, les arrérages de la rente viagère, appartenant à l'un des conjoints avant le mariage, lui demeurent propres et continuent de lui appartenir après sa dissolution, et s'il ne peut entrer en communauté que les arrérages échus pendant sa durée, il en résulte que le mari ne peut, sans le consentement de la femme, recevoir le rachat d'une rente viagère appartenant à cette dernière, ces sortes de rentes n'étant pas d'ailleurs rachetables de leur nature, si ce n'est du consentement du propriétaire. Le rachat fait au mari seul serait donc nul.

La question s'est présentée à la Cour royale de Paris, qui ne la jugea point. Son arrêt fut déterminé par des circonstances étrangères à ce point de droit; mais on dit que le président de la chambre où l'arrêt fut rendu a assuré que la Cour avait regardé comme valable le rachat de la rente viagère reçu par le mari, sans le consentement de la femme (1). Nous pensons, au contraire, qu'un

---

(1) L'arrêt fut rendu le 20 juillet 1822, dans la 3<sup>e</sup>. section, entre M. Collin, avocat aux Conseils du roi, et le sieur Poncet. Le motif fut

arrêt qui le jugerait tel devrait être cassé, pour fausse interprétation de la loi.

111. On regardait autrefois, en Bretagne, comme immobilière, l'action en reprise ou remploi de la femme, non seulement pour récompense du prix de ses immeubles aliénés, ce qui était conforme aux principes du tems, puisqu'elle pouvait demander une assiette en fonds de terre, à dire d'experts, et qu'ainsi, son action avait directement un immeuble pour objet; mais encore, lorsqu'elle n'avait pour objet que des sommes stipulées propres, sans obligation d'asseoir, et tendait par conséquent *ad mobile consequendum* (1), cette action étant réputée immobilière, était conséquemment exclue de la communauté formée entre la veuve et son second mari, si le mariage avait lieu avant qu'elle eût exercé son action.

Cette opinion, contraire au principe que les fictions (2) ne s'étendent point d'un cas à l'autre, et qui ne s'était introduite que par ce qu'on appelait alors le sentiment commun, *interpretatione fori*, n'était pas suivie à Paris (3).

Sous l'empire du Code, l'action de la femme, même en récompense ou remploi du prix de ses

---

que le rachat de la rente avait été ratifié. Ainsi, la Cour ne s'occupait pas du point de droit.

(1) Voy. les Principes de Duparc-Poullain, tom. VIII, pag. 17.

(2) Si cependant on peut appeler fiction une disposition de la loi. Voy. ce que nous avons dit tom. IV, n<sup>o</sup>. 189.

(3) Voy. le Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. Legs, sect. 4, § 2, n<sup>o</sup>. 1, tom. VII, pag. 519, 4<sup>e</sup>. édition. L'action en remploi tombe-t-elle dans le legs universel fait au mari?



propres, immeubles aliénés pendant le mariage, est purement mobilière, puisqu'elle ne tend qu'à en prélever le prix en deniers sur les effets de la communauté. L'art. 1433 porte que « s'il est vendu » un immeuble appartenant à l'un des époux..., » et que le prix en ait été versé dans la communauté..., il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. »

L'art. 1436 ajoute qu'il n'en peut demander la récompense que sur le pied de la vente. L'action de la femme est donc mobilière de sa nature, puisqu'elle ne tend qu'à obtenir une somme d'argent. Ainsi, elle entre incontestablement dans la seconde communauté, si, avant de l'avoir exercée, la veuve contracte un second mariage.

Si, du consentement de la femme, les héritiers de son premier mari lui donnaient *in solutum* un immeuble, ce serait un acquêt de la seconde communauté, puisqu'il aurait été donné en paiement d'une créance mobilière tombée dans la communauté dès le jour de la célébration du mariage.

112. Les offices vénaux faisaient naître, sous l'ancienne législation, des questions dont nous paraissions entièrement débarrassés sous la nouvelle, par la suppression de cette scandaleuse vénalité. Mais on ne peut se dissimuler que la vénalité et la transmissibilité des offices ministériels sont de fait rétablies, par une conséquence naturelle de la loi sur les finances du 28 avril 1816, dont l'art. 91 porte : « Les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers,



» agents de change, courtiers, commissaires-priseurs, pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués (1). » Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition. »

Ce droit de présentation étant acquis aux officiers ministériels par une loi, l'agrément de Sa Majesté n'est jamais refusé aux sujets présentés, lorsqu'ils ont les qualités exigées. Ces offices sont donc transmissibles, et considérés désormais comme une propriété que les titulaires ne cèdent jamais gratis ; mais seulement en vertu d'un traité en forme, dans lequel ils fixent d'abord le prix de la cession, et s'obligent, en conséquence, à présenter le candidat acquéreur à l'agrément de Sa Majesté. Ces traités sont regardés comme licites et autorisés par la loi du 28 avril 1816, dont ils sont une conséquence naturelle. Les ministres n'ont même pas le droit de s'immiscer dans les prix de ces cessions, et les lettres circulaires qu'ils écriraient à ce sujet, ne seraient point obligatoires pour les tribunaux, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 1820 (2), dont l'espèce répand beaucoup de jour sur ce que nous venons de dire.

---

(1) *Legalement*, c'est-à-dire après jugement, dit fort bien M. Isambert sur cette loi.

(2) Sirey, tom. XX, 1<sup>re</sup> part., pag. 45.

Guiné, greffier en chef du tribunal civil de Meaux, céda et transporta cet office, le 1<sup>er</sup>. mars 1817, au sieur Lavalley, pour une somme de 30,500<sup>f</sup>, payable en différens termes. En exécution de ce traité, le sieur Guiné présenta, pour son successeur, le sieur Lavalley, qui obtint l'agrément de Sa Majesté, et fut nommé greffier du tribunal de Meaux.

Il en exerçait les fonctions depuis une année, lorsqu'il refusa de payer les intérêts du prix qui restait dû, et demanda que le contrat fût déclaré nul, comme illicite; qu'en tout cas, le prix en fût réduit à l'équivalent de deux années du revenu du greffe, en vertu d'une circulaire du garde-des-sceaux, du 21 février 1817, qui défend expressément aux greffiers d'élever le prix de leurs charges au-delà de ce taux. Le tribunal de première instance de Meaux, et la Cour royale de Paris, qui confirma son jugement, rejetèrent les demandes du sieur Lavalley, et ordonnèrent l'exécution du traité.

Le sieur Lavalley se pourvut en cassation; mais son pourvoi fut rejeté le 20 juin 1820, par la considération, 1<sup>o</sup>. que l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 « attribue aux greffiers des tribunaux et autres officiers ministériels, la faculté de présenter des successeurs à l'agrément du Roi, *comme dédommagement du supplément de cautionnement exigé d'eux*; que, par une conséquence naturelle, cette disposition autorise les arrangemens ou conventions nécessaires pour l'exercice de cette faculté; qu'ainsi le sieur Guiné a pu traiter *vil-*

» *tablement* avec le sieur Lavalley, pour le présenter, comme son successeur, à l'agrément de Sa Majesté ;

» 2°. Que la circulaire de monseigneur le garde-des-sceaux, du 21 février 1817, instructive et non prohibitive, ne pouvait autoriser la résiliation du traité; que d'ailleurs cette circulaire *ne saurait être obligatoire pour les tribunaux.* »

Les offices ministériels sont donc aujourd'hui de véritables propriétés ; ils sont dans le patrimoine du titulaire, qui peut, au moyen du droit de présentation, les transmettre ou les vendre, comme autrefois les offices vénaux, dans lesquels on distinguait (1) le droit d'exercer une fonction publique, qui ne peut jamais être dans le commerce, de la finance, qui consistait dans une somme d'argent payée originairement lors de la création de l'office, et qui donnait le droit de se présenter au Roi pour être pourvu de l'office, ou de présenter une autre personne en sa place. De même aujourd'hui on distingue, dans les offices ministériels, le droit d'exercer les fonctions publiques attachées à ces offices, de la finance, que le titulaire est autorisé à exiger pour présenter en sa place un candidat au Roi, qui peut, il est vrai, comme autrefois, refuser son agrément au candidat présenté, sauf au titulaire à en présenter un autre plus agréable à Sa Majesté ; car la première présentation ne dépouille point le ti-

---

(1) Voy. Pothier, Traité de la communauté, n°. 91.

titulaire d'un office dont il n'a pas donné sa démission.

Puis donc qu'en ce sens les offices ministériels sont *in bonis* du titulaire, il s'ensuit que s'il a fait pourvoir de son office l'un de ses héritiers, en le faisant agréer de Sa Majesté pour son successeur, l'héritier donataire est obligé d'en rapporter le prix à la succession, comme l'a fort bien jugé la troisième chambre de la Cour royale de Rennes, par arrêt du 10 décembre 1823, non encore inséré dans aucun recueil.

Mais quelle est la nature des offices ministériels, qui sont *in bonis* du titulaire? Ce sont des droit incorporels sans doute; mais sont-ils meubles ou immeubles? C'est ce qu'il importe de décider, pour savoir s'ils entrent dans la communauté légale. Pour résoudre la question, il suffit de considérer quel est l'objet du droit de présentation. Il est évident que ce n'est et ne peut être que la somme d'argent que le titulaire est autorisé à exiger pour céder son droit de présentation. Ce droit est donc essentiellement mobilier dans les principes du Code, et par conséquent il entre dans la communauté légale.

En vain objecterait-on que les offices vénaux étaient réputés immeubles sous l'ancienne législation : ces offices sont supprimés depuis longtemps, et la nouvelle législation ne reconnaît, pour immeubles, que les droits qui ont des immeubles pour objet.

113. La disposition qui fait entrer dans la communauté légale tout le mobilier que les conjoints



possèdent au moment de la célébration du mariage, ou qui leur échoit pendant le mariage, à ses exceptions.

Et d'abord, l'art. 1401 excepte les donations mobilières faites à l'un des conjoints, lorsque le donateur a exprimé la volonté de les exclure de la communauté; car il est au pouvoir de celui qui donne, d'apposer à sa libéralité telles conditions ou restrictions que bon lui semble.

114. Si la donation était faite par un ascendant du conjoint donataire, M. Delvincourt, tom. III, pag. 238, pense que si l'ascendant prédécède, la clause d'exclusion ne sera valable que pour la portion de bien dont il pouvait disposer : d'où il suit, selon lui, que l'excédant entrera en communauté. Par exemple, un riche négociant marie sa fille unique, et depuis son mariage il lui donne 100,000<sup>f</sup>, en stipulant que cette somme sera exclue de la communauté. Le mari autorise l'acceptation, et reçoit la somme. Le père, qui n'avait d'autres biens que son commerce, se trouve ruiné par des banqueroutes et par la perte des vaisseaux qu'il avait en mer. Il meurt, laissant une succession obérée, à laquelle sa fille est obligée de renoncer. Il ne reste, pour former la masse de biens qui ferait connaître la portion disponible, que les 100,000<sup>f</sup> donnés à la fille. La portion disponible n'est donc que de 50,000<sup>f</sup>, que le père pouvait donner, n'ayant qu'une fille. Or, l'exclusion de communauté ne pouvant, si l'on en croit M. Delvincourt, et suivant ses expressions, *frapper que le disponible*, il entrera 50,000<sup>f</sup> en com-



munauté. La raison qu'il en donne, est « qu'on » ne peut, en général, imposer de condition » qu'aux choses qu'on est le maître *de donner ou de ne pas donner*. Or, l'ascendant sur la succession duquel il est dû une réserve, *ne peut en priver celui à qui elle est due.* »

Cette raison même, donnée par M. Delvincourt, pour appuyer son opinion, suffit pour la faire proscrire; car il est évident que le père était le maître *de donner ou de ne pas donner* à sa fille, et s'il ne lui avait pas donné, la somme entière serait perdue pour elle. Il la lui a assurée en l'excluant de la communauté, parce qu'alors elle est hypothéquée sur tous les biens, tant de la communauté que du mari. De quel droit celui-ci pourrait-il en faire entrer moitié dans la communauté dont il est le maître? Par droit de réserve? Mais la réserve n'est due qu'aux héritiers. Si la fille avait un frère qui n'eût rien reçu, il pourrait sans doute réclamer sa réserve sur les 100,000<sup>f</sup>; mais le mari a-t-il donc aussi une réserve?

115. L'art. 1401 veut que les donations mobilières entrent dans la communauté, *si le donateur n'a exprimé le contraire*; mais il ne paraît pas qu'il soit nécessaire que sa volonté, à cet égard, soit exprimée en toutes lettres : il suffit qu'elle y soit manifestée d'une manière non équivoque. Si, par exemple, il avait dit qu'il donne une rente de ..... à telle femme mariée, pour lui être comptée pendant sa vie ou jusqu'à sa mort, afin de lui procurer plus d'aisance, il est clair qu'il n'a pas voulu que cette rente fût, pendant le veuvage

de la femme, comptée aux héritiers ou aux créanciers du mari; car, en ce cas, son vœu ne serait pas rempli; ce qui confirme ce que nous avons déjà dit *suprà*, n°. 110, que les arrérages des rentes viagères appartenant à la femme avant le mariage, et qui continuent de courir après la mort du mari, ne sont point entrés dans la communauté.

116. Une loi antérieure au Code, mais toujours en vigueur, puisqu'on n'y a point dérogé, exclut aussi de la communauté légale la propriété littéraire, garantie aux auteurs et à leurs héritiers exclusivement, pendant vingt ans après leur mort. La plus légitime, la moins contestable, et pour ainsi parler, la plus personnelle de toutes les propriétés, est sans contredit l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain. Cependant, quelque sacré qu'il soit, ce droit de propriété n'était point autrefois garanti aux héritiers de l'auteur; il n'était que viager, et le droit de l'auteur, sur des chefs-d'œuvre du génie, qui ne périront jamais, s'éteignait avec sa personne. Un spéculateur avide qui n'aurait pu, sans subir la peine du vol, s'approprier le meuble le plus chétif de la succession d'un auteur, pouvait impunément s'approprier ses ouvrages, les imprimer, les vendre à son seul profit, et s'enrichir des dépouilles du mort, sans que les héritiers de ce dernier, ses enfans mêmes, tombés souvent dans l'indigence, pussent s'en plaindre et réclamer la moindre part dans les bénéfices : comme si les chefs-d'œuvre du génie étaient une propriété moins sacrée qu'un meuble ou un chétif coin de terre !

La propriété des auteurs et celle de leurs héritiers furent enfin reconnues par la loi du 19 janvier 1791, qui répara, mais en partie seulement, l'injuste oubli de l'ancienne législation. L'art. 5 porte :  
 « Les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront »  
 » propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace »  
 » de cinq ans après la mort de l'auteur. » Ce tems écoulé, les ouvrages des auteurs morts devenaient une propriété publique.

Mais, outre l'injustice évidente d'un aussi court délai, cette loi, rendue à l'occasion d'une pétition des auteurs dramatiques, et des prétentions des comédiens français, qui se prétendaient propriétaires, sans partage, des chefs-d'œuvre de Corneille, Racine, Molière, etc., était incomplète, et pouvait laisser douter si sa disposition s'étendait à tous les genres d'ouvrages de l'esprit. Il fut donc rendu, le 19 juillet 1793, un décret général *relatif aux droits de propriété des auteurs, des compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*. L'article 1 porte : Les auteurs d'écrits en tout genre, » compositeurs de musique, les peintres, etc., » jouiront pendant leur vivant du droit exclusif de » vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages » dans le territoire de la république, et céder leur » propriété en tout ou en partie. »

L'art. 2 porte : « Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace » de dix ans après la mort des auteurs. »

L'art. 7 ajoute : « Les héritiers de l'auteur d'un » ouvrage de littérature, ou de gravure, ou de » toute autre production de l'esprit ou du génie,

» qui appartiennent aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant *dix ans.* »

C'était faire encore trop peu en faveur des auteurs, que de circonscrire le droit de leurs héritiers dans l'espace de dix années. Bonaparte, n'ignorant pas que les écrivains sont les seuls organes de la renommée pour la postérité, qui juge en dernier ressort les chefs des peuples, voulut se les rendre favorables, en prolongeant à vingt ans la durée du droit de leurs héritiers. L'art. 39 du décret du 5 février 1810 porte : « Le droit de » propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, *si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit*, et à leurs enfans, » pendant *vingt ans.* »

L'art. 40 permet aux auteurs de céder leur droit à une autre personne, qui est alors substituée en leur lieu et place.

Ce droit des auteurs est incontestablement mobilier. Le produit des éditions faites pendant leur vie, ou le prix de la cession de leur droit, entre donc dans la communauté, comme mobilier échu pendant le mariage, quoique les prix n'en soient pas encore payés. Ce sont des créances à terme. Quant au produit des éditions postérieurs à la mort de l'auteur, quoiqu'incontestablement meuble, la communauté n'y a aucun droit sans une stipulation expresse des conventions matrimoniales. C'est ce qui résulte du décret du 5 février 1810.

117. L'ancienne jurisprudence de Paris excluait de la communauté légale ce qu'un mineur, qui



se mariait *de suo*, avait en biens meublés de plus que le tiers de l'universalité de ses biens. *Voyez* Pothier, n°. 103. Celle de Bretagne excluait les deux tiers du reliquat de compte qui était dû aux mineurs, si le mariage s'accomplissait pendant la minorité, quelque stipulation contraire que le père eût faite par le contrat de mariage de son enfant (1). Ces exceptions n'étant point renouvelées par le Code, n'existent plus aujourd'hui, et l'art. 1398 les rend inutiles.

118. Les choses mobilières qui sont, durant le mariage, substituées à quelque propre de l'un des conjoints, sont encore exclues de la communauté. Le propre remplacé en étant exclu, les sommes ou choses mobilières reçues en remplacement n'y doivent pas également entrer. Pothier, n°. 99.

Cet auteur en donne pour exemple le cas où l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant le mariage. Quoique la créance du prix qui en est dû soit un meuble, elle n'appartient pas à la communauté; mais à celui des conjoints à qui appartenait l'héritage vendu, auquel cette créance a été substituée. Cette décision est d'autant plus exacte sous l'empire du Code, qu'il résulte des art. 1433 et 1436, que si le prix de l'héritage vendu avait été versé dans la communauté, la récompense n'en serait exercée que par un prélèvement en argent sur le prix de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné.

---

(1) *Voy.* Duparc Poullain, Principes du droit, tom. V, pag. 58.



Par la même raison , si dans une succession purement immobilière , échue à l'un des conjoints , il reçoit de ses cohéritiers une soulte de partage , soit en argent , soit en rente , il est évident que cette soulte lui est propre , puisqu'elle est substituée à des immeubles qui en étaient exclus.

119. Mais si la succession est composée de meubles et d'immeubles , et que , par l'événement du partage fait confusément des meubles et des immeubles , le conjoint à qui la succession est échue reçoive toute sa part contingente en meubles , entrèrent-ils en communauté pour le tout ou seulement pour une partie ? Il y avait sur ce point partage d'opinions entre nos auteurs français.

Lebrun, partant du principe qu'il établit, liv. 1, chap. 3, sect. 1, dist. 1, n°. 15 de son *Traité de la communauté*, qu'il faut avoir égard à l'origine de la soulte , pour décider si elle est mobilière ou immobilière , décide, *ibid.*, n°. 20, que , dans le cas proposé , la soulte du partage est partie mobilière et partie immobilière , en proportion de ce que le conjoint aurait dû avoir de meubles et d'immeubles dans sa portion afférente : d'où résulte que la portion de meubles , échue au conjoint au lieu de sa portion dans les immeubles , est propre de communauté , et qu'il lui en sera dû récompense sur la masse. C'est aussi l'opinion de Valin sur la Coutume de la Rochelle , art. 48, § 2, n°. 17.

Pothier pense , au contraire , qu'il n'est dû aucune récompense au conjoint héritier. « Lorsque , » dit-il , n°. 100 , par le partage d'une succession » composée de meubles et d'immeubles , il est échu

» beaucoup plus de meubles à proportion que  
 » d'immeubles, *dans le lot* du conjoint, tout ce  
 » qui lui *est échu* de mobilier tombe dans la com-  
 » munit  , sans qu'il puisse avoir aucune reprise.  
 » On ne peut pas dire, en ce cas, que ce qu'il a  
 » eu de mobilier *dans son lot*, de plus que le mon-  
 » tant de sa part, lui tienne lieu et soit subrogé à  
 » ce qu'il a eu de moins que sa part dans la masse  
 » immobilière. Les meubles et les immeubles de  
 » cette succession ne composent qu'une même  
 » succession, dans laquelle le conjoint est censé  
 » n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses *  chues*  
 » *dans son lot*, par lequel il est rempli de toute sa  
 » portion héréditaire : on ne peut donc pas dire,  
 » en ce cas, que ce qu'il a eu de mobilier *dans*  
 » *son lot* lui tienne en rien lieu de quelque droit  
 » immobilier, ni par conséquent l'exclue de la  
 » communauté. »

Les auteurs du nouveau Denisart, v  . *Communi-*  
*aut  *, pag. 111, pensent, et nous pensons comme  
 eux, que le dernier avis est le plus suivi et le mieux  
 fondé. C'est une conséquence nécessaire de l'effet  
 rétroactif que notre droit français donne aux par-  
 tages de succession ; effet qui est désormais con-  
 sacré de la manière la plus positive par l'art. 883  
 du Code, qui porte : « Chaque cohéritier est censé  
 » avoir succédé seul et immédiatement à tous les  
 » effets compris *dans son lot*, ou à lui échus sur li-  
 » citation, et n'avoir *jamais eu* la propriété des au-  
 » tres effets de la succession. »

120. Mais pour appliquer cet article    la com-  
 munit   légale, il faut qu'il y ait eu un partage

régulier des meubles et des immeubles, qu'ils aient été mis *en lots*, comme dit le Code; en un mot, que partageant confusément et par un même acte les meubles et les immeubles, on compense l'inégalité de la lotie où il se trouve moins d'immeubles, par une plus grande quantité de meubles de la même succession. Il pourrait arriver que, par l'issue d'un partage, l'un des héritiers se trouvât avoir tous les meubles, l'autre tous les immeubles; par exemple, si le défunt possédait un mobilier, tel qu'un fonds de commerce d'une valeur égale à ses immeubles, on pourrait du tout former deux loties, l'une des immeubles, l'autre du mobilier, et si cette dernière était échue à un cohéritier, marié sous le régime de la communauté, elle y entrerait en entier, sans aucune récompense.

Il convient, au reste, pour éviter toute critique, d'avoir soin de régulariser l'acte de partage, sans néanmoins qu'il soit nécessaire entre majeurs de tirer les loties au sort.

121. La seconde disposition de l'art. 1401 fait entrer dans la communauté légale « tous les fruits, » revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, » à quelque titre que ce soit. »

On appelle fruits, en général, tout ce qui naît et renaît d'une chose : *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet.*

Les fruits se divisent en fruits naturels et fruits industriels (582).

Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre, et qui naissent sans culture, comme le bois, le foin, etc.; le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels (583).

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on en obtient par la culture (583), et qui dépendent, au moins en grande partie, des soins et de l'industrie des hommes : tels sont les grains, les raisins, les légumes, etc.

On appelle fruits civils ceux qui ne sont tels que par la disposition de la loi. Ils n'ont point d'être physique, mais un être intellectuel; ce sont des droits incorporels : tels sont les loyers de maisons, les intérêts des sommes exigibles. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils (584).

Il n'est pas douteux que les fruits civils sont meubles de leur nature.

Quant aux fruits naturels et industriels, tant que leur séparation du fonds auquel ils sont attachés n'est pas effectuée, tant qu'ils sont, comme dit le Code, pendans par branches ou par racines (585), ils sont réputés faire partie du fonds dont ils sont les accessoires, et conséquemment ils sont immeubles, suivant la règle *accessorium sequitur naturam rei principalis*.

Mais du moment qu'ils en sont séparés, ils sont réellement meubles, et c'est par cette raison que pour les faire tomber dans la communauté légale,



le Code exige qu'ils soient *échus* ou *perçus* pendant le mariage ; *échus*, quant aux fruits civils ; *perçus*, quant aux fruits naturels ou industriels.

122. Ce n'est pas seulement à l'échéance des termes de paiement, c'est-à-dire lorsqu'ils sont exigibles, que les fruits civils sont échus, en ce qui concerne la communauté ; ils sont réputés s'acquiescir jour par jour, et ils appartiennent à la communauté à proportion des jours que le mariage a duré. Si le loyer d'une maison était de 365<sup>f</sup> par an, ce serait 1<sup>f</sup> par jour qui entrerait dans la communauté. Cette règle s'applique au prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (586), quoiqu'on en ait autrefois douté. *Voyez* le nouveau Denisart, v<sup>o</sup>. *Communauté*, § 3, n<sup>os</sup>. 2 et 3, pag. 113.

123. Quant aux fruits naturels, ils ne sont échus qu'au moment où ils sont séparés du fonds, et au fur et à mesure de leur séparation. Ainsi, tous les fruits non encore séparés du fonds et pendans par branches ou par racines au moment de la dissolution du mariage, par la mort de l'un des conjoints, appartiennent à celui sur le fonds duquel ils sont nés.

124. Mais est-il dû récompense à la communauté des frais de labours et semences ?

On n'en doutait point autrefois. L'art. 251 de la Coutume de Paris en avait même une disposition expresse. Il portait : « Les fruits des héritages propres, pendans par les racines au tems du trépas de l'un des conjoints par mariage, appartiennent à celui auquel advient ledit héri-



» tage, à la charge de payer la moitié des labours  
» et semences. »

Les commentateurs ajoutent avec raison : Et le remboursement entier, si l'héritage appartient à la femme renonçante.

Cette disposition était devenue le droit commun de la France, ainsi que nous l'atteste Pothier, n°. 209. Elle est en effet d'une équité frappante, sans qu'on doive rechercher par qui ont été payés les frais de labours et semences au commencement du mariage ; car ils l'ont nécessairement été avec des sommes qui étaient ou qui devaient entrer dans la communauté légale.

Si les terres ont étéensemencées depuis le jour du mariage, les frais de labours et semences ont évidemment été payés sur les fonds de la communauté, où était entré le produit de la récolte précédente ; si, au contraire, les terres étaientensemencées au jour du mariage, les frais avaient été payés, ou ils étaient dus par le conjoint propriétaire. Au premier cas, ils avaient été payés sur des sommes qui devaient entrer en communauté, si elles étaient restées dans la bourse du conjoint propriétaire. Si ces frais étaient encore dus au moment du mariage, ils ont été payés depuis, des fonds de la communauté, où la dette était tombée. Il est donc évident qu'il ne faut rechercher en aucun cas par qui ont été payés les frais de culture des conjoints au commencement du mariage.

Il en est autrement à sa dissolution : si les terres se trouventensemencées à cette époque, les

frais de culture ont été nécessairement payés des deniers de la communauté, *ex acervo communi*. Le conjoint qui reprendrait ses terres et en recueillerait seul les fruits, sans tenir compte des sommes avancées par la communauté, pour les frais de culture, s'enrichirait donc évidemment à ses dépens. Supposons que les frais soient de 1,000<sup>f</sup>; cette somme resterait de plus à partager dans la communauté, si elle n'avait pas été employée à ensemençer les terres du propriétaire, qui n'a plus qu'à recueillir les fruits. Il est donc de toute évidence que s'il ne tenait pas compte des frais de culture avancés par la communauté, il s'enrichirait à ses dépens.

Or, le premier principe en cette matière, dit fort bien Pothier, n°. 623, est que « toutes les fois que l'un ou l'autre des conjoints s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense. »

Ce principe de justice a été consacré dans l'article 1437 du Code, qui porte : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles de l'un des époux..., soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense. »

C'est de ce grand principe d'équité, commun à toutes les sociétés, dit fort bien Pothier, n°. 212, qu'il fait découler, par une conséquence néces-

saire, la disposition qui oblige le conjoint propriétaire, en reprenant ses terres lors de la dissolution du mariage, de récompenser la communauté des frais de culture qu'elle a avancés pour lui; ce qui s'applique aux façons et impenses pour la culture des vignes, aux frais d'empoissonnement d'un étang, etc., suivant la doctrine du même auteur, n°. 13 et 16.

Il observe même, avec raison, que le conjoint propriétaire ne peut pas plus se décharger de cette récompense, en abandonnant la récolte à la communauté, qu'il ne pourrait l'abandonner à un *negotiorum gestor* qui aurait fait les impenses pour lui; car, quoique par la stérilité de la récolte, elle n'ait pas rempli en entier le conjoint des frais de culture et de semences, c'étaient des impenses nécessaires qu'il aurait été obligé de faire de ses propres deniers, si elles n'avaient pas été faites de ceux de la communauté. Il en profite, en ce que *propria pecunia pepercit*; il profite de la somme qu'il eût été obligé de tirer de sa bourse particulière.

Sous l'ancienne jurisprudence, il ne s'était pas élevé de critiques contre la disposition qui obligeait le conjoint propriétaire de récompenser la communauté des frais de culture de ses propres, qu'elle avait avancés pour lui; mais il s'en était élevé de bien fondées sur la disposition de quelques coutumes qui obligeaient le propriétaire, en rentrant dans la jouissance de ses terres par la cessation de l'usufruit, de rembourser les frais de culture faits par l'usufruitier.

L'art. 600 de notre Coutume de Bretagne portait : « S'il y a douairière ou autre usufruitier décédé, et les terres soient ensemencées, le propriétaire prendra ce qui sera en terre, *payant et remboursant* les semences, engrais ou labourages, à l'arbitrage que dessus ; » c'est-à-dire à l'arbitrage des experts.

Cependant, en entrant en jouissance dans un tems où les frais de culture et semences étaient faits, l'usufruitier prenait tous les fruits pendans par racines, sans rembourser au propriétaire les frais de culture. L'égalité était blessée par ce défaut de réciprocité, et notre savant maître Duparc-Poullain trouvait, comme Sauvageau et Boucher, cette décision injuste, dans son commentaire sur l'art. 600. Il y revient dans ses Principes, tom. V, pag. 350. « Je crois, dit-il, avoir prouvé, » sur l'art. 600, l'injustice de la décision qui donne » à la douairière les fruits pendans par racines à l'ouverture du douaire, sans être obligée de payer les semences, engrais et labours, et qui assujettit néanmoins le propriétaire au remboursement des semences et labours à la fin de l'usufruit. »

Duparc-Poullain avait parfaitement raison ; mais remarquez que cette critique ne s'applique qu'au remboursement des frais de culture dus à la fin de l'usufruit, par le propriétaire, qui n'avait pas reçu ce remboursement au commencement. C'est le défaut de réciprocité qui était le seul motif de sa critique. Elle ne s'étendait point et ne pouvait en effet s'étendre au cas tout différent des frais de culture dus lors de la dissolution de la com-



munauté, qui les a avancés au commencement, ainsi que nous l'avons prouvé. Il y a donc en ce dernier cas réciprocité, et par conséquent la récompense est fondée sur l'équité. Ce sont deux cas tout différens, qu'on ne peut confondre sans tomber dans l'erreur.

C'est pour les avoir confondus qu'un professeur célèbre y est tombé, comme nous le verrons bientôt.

L'injustice signalée dans le premier cas par Duparc-Poullain, Sauvageau et Bouhier, fut sentie par les rédacteurs du Code et réparée par l'article 585, qui établit une réciprocité parfaite entre le propriétaire et l'usufruitier, en ordonnant qu'ils prendront l'un et l'autre les biens dans l'état où ils se trouvent, tant au commencement qu'à la fin de l'usufruit, sans récompense des frais de culture, dans l'un ni dans l'autre cas. Tant est fausse et contraire aux progrès de la législation la doctrine d'un ministre, en même tems inspecteur des écoles de droit (1), qui prétendait, dans un discours adressé aux écoles de Paris, qu'un professeur doit se borner à la simple explication de la loi, sans en indiquer les vices et les imperfections. Il doit au contraire les signaler; car enfin tôt ou tard, la raison finit toujours par avoir raison.

Le Code s'est bien gardé d'étendre la décision

(1) Comme si ces places n'étaient pas incompatibles de leur nature. Ces incompatibilités scandaleuses se renouvellent souvent.



de l'art. 585, équitable dans les rapports des usufruitiers et des propriétaires, au cas de la récompense des frais de culture, dus par le conjoint propriétaire à la communauté, qui en a fait l'avance. Au contraire, il a consacré, dans l'article 1437, l'ancien principe qui ordonne la récompense *toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté*. C'est sur ce fondement que nous avons enseigné, tom. III, n°. 400, que l'art. 585 n'était point applicable aux cas de dissolution des communautés conjugales.

125. M. Delvincourt professe une doctrine contraire, parce qu'il a cru que la communauté conjugale a changé de nature sous l'empire du Code, et qu'elle n'est qu'un usufruit sur les biens des deux époux; en un mot, « qu'on ne peut nier que la communauté soit usufruitière universelle des biens propres de chacun des époux » (1).

En conséquence de cette doctrine, il pense, tom. III, pag. 240, qu'il faut appliquer l'art. 585 à la communauté, et que lors de sa dissolution, il n'est pas dû récompense des frais de culture et semences faits sur les propres des époux.

Nous croyons avoir prouvé, *suprà*, n°. 82, que cette doctrine de la communauté usufruitière est fautive et entraîne même des conséquences absurdes. La fausseté de cette doctrine suffit pour

---

(1) Delvincourt, tom. III, pag. 255, 5<sup>e</sup>. édition.

écarter l'application de l'art. 585 à la dissolution des communautés conjugales. Nous n'y reviendrons donc pas.

Mais il est nécessaire de voir comment cet éminent professeur répond à la conséquence que nous avons tirée de l'art. 1437. « Quelques auteurs, dit-il, pag. 240, note 6, ont prétendu qu'il n'en était pas ainsi dans le cas de dissolution de communauté, parce que, disent-ils, il en résulterait une dérogation au principe contenu dans l'art. 1457, d'après lequel l'époux doit récompense de tout ce qui a été tiré de la communauté pour lui procurer un profit personnel. Mais il faut répondre que, d'après le principe analogue ; la communauté qui perçoit les fruits pendans par racines, au moment de la célébration, aurait dû également être astreinte au paiement des frais de labours et de semences ; que cependant elle ne l'est pas ; qu'il doit donc y avoir réciprocité. »

Nous répliquons que si la communauté perçoit les fruits pendans par racines au jour du mariage, les frais de culture, comme nous l'avons vu *suprà*, n°. 124, ont été payés avec des sommes qui seraient entrées en communauté, si elles étaient restées dans la bourse du conjoint qui a fait les frais. Comment donc la communauté pourrait-elle être astreinte au paiement des frais de culture faits pour son utilité, avec des fonds qui devaient entrer dans sa caisse ? Ce serait donc à elle-même qu'elle devrait récompense. Elle serait créancière et débitrice d'elle-même, ce qui implique contradiction.

Au contraire, lorsqu'à la dissolution de la communauté l'un des conjoints trouve ses propres ensemençés, les frais de culture ont été tirés de la communauté, et comme il percevra seul les fruits pendans par racines, il s'enrichirait évidemment aux dépens de la communauté qui reste à partager, et dans les biens de laquelle se trouveraient les sommes qui en ont été tirées pour les frais de culture de ses propres, dont il percevra seul les fruits. Or, si l'on ne peut nier qu'il tire un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense; c'est une conséquence directe et nécessaire de l'art. 1437, dont les décisions sont infaillibles dans leur application aux cas qu'il était bien possible de ne pas prévoir (1). Si cet article ne parle pas expressément de la récompense des frais de culture, due par le conjoint qui en tire le profit personnel, c'est une conséquence directe, et par conséquent infaillible de sa disposition.

Enfin, M. Delvincourt ajoute que « le cas a été formellement prévu lors de la discussion; on avait demandé une exception (à l'art. 585) pour la communauté, et elle avait été expressément rejetée » par le Conseil d'état.

Nous ne craignons pas de le dire, cette assertion manque absolument d'exactitude : elle est fausse. Dans sa séance du 27 vendémiaire an XII,

---

(1) Duvergier, dans son rapport au Tribunat, pag. 348, tom. V de l'Exposé des motifs, édition de Firmin Didot.

le Conseil d'état s'occupa de la discussion du titre *de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, et notamment de l'art. 585 du Code, qui n'accorde, ni au propriétaire, ni à l'usufruitier, aucune récompense des frais de labours et de semences, soit au commencement, soit à la fin de l'usufruit.

Ce n'était pas le lieu de parler des récompenses dues par l'un des conjoints à la communauté conjugale; aussi n'en parla-t-on point. On n'imaginait pas que la communauté pût être considérée comme un usufruit. Il peut cependant arriver que l'art. 585 soit applicable à un cas, qui touche la communauté, c'est celui où l'un des futurs conjoints, la femme, par exemple, possédait un usufruit dont la jouissance est entrée dans la communauté par le mariage. Elle meurt, et, en vertu de l'art. 585, le tiers propriétaire reprend son fonds sans devoir aucune récompense des frais de culture et de semences, qui sont en pure perte pour la communauté; car on ne peut appliquer à ce tiers, qui profite seul des fruits pendans par les racines, l'art. 1437, qui donne une récompense à la communauté, toutes les fois que *l'un des époux* a tiré un profit personnel des biens communs.

C'est à ce cas que le conseiller d'état Jollivet trouvait dur d'appliquer l'art. 585, et proposait d'y faire exception en faveur de la communauté.

« L'usufruit, disait-il, *qui appartient à l'un des époux*, tombe dans la communauté. Elle fait donc les frais de culture. Or, il serait très-rigoureux de la priver de la récolte, sans lui faire rai-



son de ses impenses. Aussi, dans l'usage, lui en a-t-on toujours accordé la récompense. »

Le savant Tronchet lui répondit « qu'en pareil cas on n'avait jamais accordé de récompense au mari. Comme administrateur, il était tenu de cultiver et d'ensemencer; et même, en général, tout usufruitier est tenu d'entretenir la chose, et d'en jouir en bon père de famille. Le bénéfice qui en peut résulter pour lui est subordonné aux effets du hasard; mais on ne peut s'écarter, en faveur de la communauté, du principe qui déclare immeubles les fruits pendans par les racines. »

Ce fut par ces raisons qu'on rejeta la proposition du conseiller Jollivet. Toute la discussion prouve qu'il ne s'agissait que d'usufruitiers, et non d'une exception relative à la récompense des frais de culture dus à la communauté, qui en a fait l'avance, sur les propres d'un des conjoints. S'il en avait été question, Tronchet, l'un des hommes les plus instruits de la Coutume de Paris, se serait bien gardé de dire *qu'on n'avait jamais accordé* cette récompense, ordonnée par le texte même de cette Coutume.

D'après cette discussion du Conseil d'état, il est évident que, de ce qu'il a rejeté l'exception proposée à l'art. 585, en faveur de la communauté, contre le tiers propriétaire d'un fonds dont l'un des conjoints avait été usufruitier, on ne peut conclure que le Conseil d'état ait rejeté la récompense des frais de culture, dus par le conjoint, pour qui la communauté dissoute en avait fait l'avance.



Nous persistons donc avec une pleine conviction à penser que cette récompense est due. Il nous a paru nécessaire d'approfondir cette question pour détruire l'influence de l'auteur que nous combattons, qui déjà en a entraîné d'autres (1) dans son erreur.

126. Revenons aux fruits et aux revenus ordinaires des propres des deux conjoints, échus ou perçus pendant le mariage, que la seconde disposition de l'art. 1401 fait entrer en communauté sans récompense, parce qu'ils sont naturellement destinés à pourvoir aux besoins habituels de la famille et à l'entretien du ménage.

Quant aux revenus ou émolumens extraordinaires qu'on peut tirer du fonds, ils n'ont pas la même destination, et ils sont, par cette raison exclus de la communauté, ou, ce qui est la même chose, ils n'y entrent que sauf récompense ou reprise.

127. Les bois, par exemple, sont une production de la terre, de véritables fruits; mais il y en

(1) L'auteur d'un livre imprimé à Rennes, en 1819, et intitulé *Dissertation sur l'art. 585 du Code, et Réfutation de la doctrine de M. Toullier, sur une question née de cet article.*

Nous n'avons point de réponse particulière à lui faire, parce que son livre n'est qu'une paraphrase prolixie de la note de M. Delvincourt et qu'il n'ajoute aucune raison nouvelle à celles qu'a données, d'une manière plus concise, le doyen de l'école de Paris, si ce n'est un beau mouvement d'éloquence, où il invoque les mânes de Sauvageau et de Duparc-Poullain, dont les cendres, dit-il, pag. 59 et 60, s'agitent et se remuent, pour réclamer contre l'injustice de ce système : celui de la récompense des labours et semences, due à la communauté à la dissolution du mariage.

a de deux espèces. Les uns sont destinés à produire un revenu annuel ou périodique, tels que les bois taillis ou émondables, et les forêts aménagées en coupes réglées; d'autres, au contraire, ne sont point destinés à produire de revenu annuel ni périodique, tels que les arbres de décoration, les avenues, les quinconces, les futaies en réserve. Ceux-ci sont immeubles comme le fonds, dont ils sont l'accessoire. L'usufruitier *n'y peut toucher*, dit l'art. 592 : d'où il résulte que s'il les abattait, le propriétaire aurait contre lui une action.

Le Code, art. 1405, fait entrer les arbres de la première espèce dans la communauté, d'après les règles expliquées au titre *de l'usufruit*; mais à la différence de ce qui se pratique dans le cas de l'usufruit, si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites pendant le mariage, ne l'ont pas été, il en est dû récompense (1) à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers; car ces coupes étaient, comme les autres fruits, destinées à supporter les charges de la communauté, dont elles sont comme un crédit, de même que les fruits civils arriérés.

Au contraire, s'il était, pendant le mariage, abattu des arbres de la seconde espèce, s'il en

---

(1) L'époux non propriétaire du fonds n'a donc pas droit d'exiger que les bois soient coupés pour les partager, comme aussi l'époux propriétaire n'a pas droit de contraindre l'autre à prendre la moitié de la coupe pour récompense.

était fait une coupe, il serait dû récompense du prix à celui sur l'héritage duquel ils ont été abattus, ou à ses héritiers. Il en serait de même si l'on abattait par le pied les arbres qui ne sont destinés qu'à être émondés.

128. Les produits des carrières et mines sont des émolumens que le propriétaire peut retirer de son fonds : mais quand et comment peuvent-ils être considérés comme fruits ordinaires, et comme tels entrer dans la communauté? Les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point (1), et nos lois françaises n'avaient point de disposition qui pût servir de règle. Le Code nous en trace une qui paraît fort raisonnable. L'art. 1403 fait tomber dans la communauté les produits des carrières et mines, *pour ce qui est considéré comme usufruit, d'après les règles tracées au titre de l'usufruit*, où l'art. 598 donne à l'usufruitier le droit de jouir *de la même manière que le propriétaire*, des mines et carrières qui sont en exploitation (2) à l'ouverture de l'usufruit. Pourquoi? Parce qu'il ne fait alors que continuer la jouissance du propriétaire, qui se faisait une espèce de revenu de ses mines et carrières, en les exploitant.

Mais il n'a *aucun droit*, dit l'art. 598, aux mines et carrières non encore ouvertes. Le droit de la communauté est le même « si les carrières et

(1) Voy. le nouveau Denisart, 1<sup>o</sup>. Carrières, § 2.

(2) Donc, si la mine était seulement découverte, sans être ouverte ou en exploitation, les produits n'entreraient point dans l'usufruit ni dans la communauté.

, mines, dit l'art. 1403, ont été ouvertes pendant  
, le mariage; les produits n'en tombent dans la  
, communauté *que sauf récompense ou indemnité,*  
, à celui des époux à qui elle pourra être due. »

La récompense consiste dans le produit net des mines et carrières qui a été versé dans la communauté, et dont elle ne doit pas profiter, puisque, de même que l'usufruitier, *elle n'y a aucun droit* (598). Donc il en est dû une récompense, dont le propriétaire du fonds ou ses héritiers ont la reprise ou le prélèvement. Cette récompense est toujours due, et ne peut être due qu'au propriétaire du fonds, jamais à l'autre époux.

Mais outre cette récompense, il peut être dû une indemnité, soit à raison des impenses faites pour améliorer le fonds où se trouve la mine ou carrière, soit, au contraire, à raison des dégradations qui y ont été faites; et cette indemnité peut être due, soit à l'époux propriétaire du fonds, soit à l'autre. C'est pourquoi l'art. 1403, dans sa disposition finale, après avoir dit qu'il est dû une récompense, ajoute : « *Ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due.* »

« Cette rédaction est inexacte, dit M. Delvincourt, tom. III, pag. 240; car elle supposerait que l'indemnité peut être due à l'époux non propriétaire du fonds, ce qui ne peut pas être. L'indemnité est due à l'époux propriétaire ou à la communauté. »

Oui sans doute elle le suppose; mais c'est M. Delvincourt qui s'est trompé, en affirmant, de la manière la plus tranchante, et sans preuve, contre



les savans rédacteurs du Code, que cela *ne peut pas être*. L'indemnité est due à l'époux non propriétaire du fonds; par exemple, dans l'espèce suivante : Une mine est ouverte, pendant le mariage, sur le fonds de la femme. Des dépenses très-considérables sont faites pour en préparer l'exploitation; mais au moment où elle va commencer, ou peu de tems après, la femme meurt, et ses héritiers renoncent à la communauté. Il est certain qu'ils devront au mari seul l'indemnité de toutes les dépenses utiles qu'il a faites pour la mise en activité de l'exploitation d'une mine qui améliore considérablement le fonds de la femme; on ne peut pas dire que ce soit à la communauté que l'indemnité est due, puisqu'il n'y a point de communauté. Le Code s'est donc exprimé d'une manière parfaitement exacte, en réservant l'indemnité à celui des époux à *qui elle pourra être due*. Il faut être très-réservé à taxer d'inexactitude, une rédaction faite par des hommes aussi éclairés.

Mais M. Delvincourt est tombé dans une erreur plus grave, en disant que l'indemnité ne doit consister que dans la différence de la valeur actuelle du fonds, avec celle qu'il aurait eue si la mine n'avait pas été ouverte : d'où il suivrait que les produits appartiendraient à la communauté, sauf indemnité à l'époux propriétaire, pour la détérioration de son fonds. M. Bellot des Minières a déjà remarqué cette erreur (1), dans laquelle il est

---

(1) Traité du contrat de mariage, tom. I, pag. 146 et suiv.



étonnant que ce célèbre professeur soit tombé, puisque l'art. 1403 ne donne à la communauté de droits sur les mines et carrières, que *suivant les règles tracées au titre de l'usufruit*. Or, l'article 598 dit très-positivement que l'usufruitier *n'a aucun droit* aux mines et carrières non ouvertes : donc la communauté n'y a également aucun droit; donc, s'ils y ont été versés, elle en doit la récompense.

129. Les trésors sont encore des émolumens que le propriétaire retire de son fonds, et auxquels, quoique meubles, ni la communauté, ni l'usufruitier (598) n'ont aucun droit. Ce ne sont pas des fruits, ni même des produits du fonds. La propriété d'un trésor appartient, dit l'art. 716, à « celui qui le trouve dans son propre fonds. Si le » trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et » pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. »

Lorsque le trésor est découvert par un étranger dans le fonds d'un des conjoints, il n'est pas douteux que la moitié appartenant au propriétaire, ne soit exclue de la communauté, ou n'y tombe qu'à la charge de récompense. C'est un meuble à la vérité, mais un meuble que le conjoint ne possédait pas au jour de la célébration du mariage, qui ne lui est point échu à titre de succession ou de donation, qui n'est point le produit de son industrie; c'est un meuble provenu de son fonds, mais qui n'est ni un fruit, ni un revenu de ce fonds. Or, l'art. 1401 ne fait entrer en communauté que les *fruits et revenus provenant des biens*

propres des conjoints : *Quidquid ex re nasci et renasci solet* ; ce qui naît et renaît de la chose. Les trésors qui ne sont pas des fruits n'y doivent donc pas entrer. On est d'accord sur ce point.

130. Si le trésor a été découvert, non par un étranger, mais par le propriétaire du fonds, Pothier, n°. 98, exclut de la communauté le tiers appartenant au dernier, *jure soli* ; mais il pense que le tiers qui lui appartenait autrefois, *jure inventionis*, entre en communauté. Pothier avait parfaitement raison dans le tems où il écrivait. Le droit commun des coutumes ne donnait point la propriété des trésors en entier par droit d'accession, *jure soli*, au propriétaire du fonds où ils se trouvaient. Il en divisait la propriété en trois parts, l'une pour le seigneur haut justicier, la seconde pour le propriétaire, la troisième pour l'inventeur (1). C'est en conséquence de ces principes, qu'en excluant de la communauté le tiers appartenant, *jure soli*, au propriétaire qui découvre un trésor dans son fonds, Pothier fait tomber dans la communauté l'autre tiers, qui ne lui appartenait que par droit d'invention, *de même que toutes les choses que chaque conjoint acquiert pendant sa durée*.

131. Mais, sous l'empire du Code, les principes ne sont plus les mêmes que sous l'empire des

---

(1) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 2, tit. 2, règle 55 ; Poquet de Livonière, *Règles du droit français*. Il y avait beaucoup de variété dans les coutumes sur ce point ; mais aucune ne déférait la propriété entière des trésors par droit d'accession, au propriétaire du fonds.

coutumes. L'art. 552 a consacré la grande règle que « la propriété du sol emporte la propriété du » dessus et du dessous, sauf les modifications relatives aux mines. » C'est en conséquence de ce principe, que l'art. 716 dit que « la propriété » d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans » son propre fonds. »

Remarquez que c'est la totalité du trésor qui appartient, *jure soli*, au propriétaire qui le trouve dans son fonds. On ne peut donc pas dire qu'une partie ne lui en appartienne que par droit d'invention. Ce n'est que par accident que sa propriété se trouve réduite à la moitié, quand le trésor est découvert par un tiers, à qui la loi veut qu'il en abandonne l'autre moitié pour récompense de l'invention. C'est ainsi que le propriétaire d'une bourse perdue promet d'en donner une partie à l'inventeur, pour l'engager à la lui rapporter.

Si cet accident n'arrive point, si le hasard favorise celui qui trouve dans son fonds le trésor qui y était enfoui, et dont la loi le déclare propriétaire par droit d'accession, son droit de propriété demeure dans toute sa force, dans toute son étendue. Il nous paraît donc que la totalité du trésor trouvé dans son fonds, par le conjoint propriétaire, doit être exclue de la communauté, comme la totalité des carrières et mines ouvertes pendant le mariage. Nous pensons que c'est ainsi que Pothier eût résolu la question sous l'empire du Code.

Cependant M. Delvincourt, qui a suivi, sans le

citer, l'opinion de Pothier, la motive sur ce que, dit-il, l'invention est une espèce d'industrie. (1)

Sans doute les produits de l'industrie et du travail des deux conjoints entrent en communauté. Ce sont des fruits de la collaboration commune : chacun doit travailler de son côté pour mettre ses gains en commun. Si l'un d'eux, tandis que l'autre est occupé ailleurs, découvre un trésor dans le fonds d'autrui, la moitié, qui lui appartient à titre d'invention, tombe en communauté ; car il n'y avait aucun droit à un autre titre.

Il n'en est pas ainsi du conjoint qui découvre le trésor enfoui dans son propre fonds : le trésor lui appartenait en entier, *jure soli* ; l'art. 716 le déclare expressément. C'est une conséquence de la maxime que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Loin de considérer cette invention comme une espèce d'industrie, l'art. 716 dit que c'est *le pur effet du hasard*. La découverte d'une mine, et sur-tout son exploitation, pourraient être, avec plus de raison, considérées comme une industrie. Cependant, si la découverte et l'exploitation sont postérieures au mariage, le produit n'entre pour aucune partie dans la communauté. Pourquoi donc la moitié du trésor qu'il découvre y entrerait-elle ? Supposons que le trésor soit découvert par le propriétaire en exploitant la mine ; pourquoi la moitié de celui-ci tomberait-elle en communauté. plutôt que la moitié de celle-là ?

---

(1) Tom. III, pag. 238 de la 5<sup>e</sup>. édition.



152. Nous venons de voir que tous les meubles présents et futurs des conjoints, entrent dans l'actif de la communauté légale, suivant la règle générale établie par le Code, sauf les exceptions que nous avons indiquées. Maintenant, après avoir préalablement expliqué quelques termes, autrefois techniques en cette matière, nous allons examiner les règles qu'il établit, relativement aux immeubles qu'il fait entrer en communauté, ou qu'il en exclut.

Dans l'ancienne législation on appelait *conquêts* ou *acquêts*, les immeubles acquis pendant le mariage, et qui entraient en communauté. La première de ces expressions, employée par la Coutume de Paris, art. 220, signifie proprement une acquisition faite en commun, et désigne plus spécialement que c'est le produit d'une collaboration commune. Les conquêts étaient opposés aux *propres* de communauté, c'est-à-dire aux biens qui en étaient exclus. Les *acquêts* étaient opposés, tant aux *propres* de communauté, qu'aux *propres* de succession, c'est-à-dire aux biens provenus au défunt *de cujus*, de l'une de ses lignes ou branches de parenté, à laquelle ils retournaient à sa mort; exclusivement aux parens des autres branches, même plus proches en degré, suivant la règle *paterna paternis, materna maternis*.

Mais n'existant plus aujourd'hui de propres de succession, que l'on puisse opposer aux acquêts faits par le suppôt commun des deux familles, dans le partage de la succession, le Code se sert indifféremment de ces expressions *acquêts* et *con-*



*acquêts*, art. 1401 et 1408, qui, toutes les deux, ont la même signification en matière de communauté, et sont opposées aux *propres*, c'est-à-dire aux biens appartenant privativement à chaque conjoint; et dont les fruits entrent seuls dans la communauté; et non le fonds, à la différence des biens communs, acquêts ou conquêts, dont le fonds y entre, aussi bien que les fruits et revenus.

Le Code semble avoir évité de se servir du mot *de propres*, que nous emploierons néanmoins au besoin, parce qu'il signifie seul ce qu'on ne peut autrement exprimer que par une périphrase, les immeubles de chaque conjoint qui sont exclus de la communauté.

133. Après cette explication revenons aux règles établies par le Code, sur les immeubles qui entrent en communauté, ou qui en sont exclus. Elles sont comprises dans les articles suivans :

1401. « La communauté se compose activement....., de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. »

1402. « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la *propriété*, ou la *possession légale*, antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. »

1404. « Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, ou qui leur étoient pendant son cours à titre de succession, n'entrent point en communauté. »

Les dispositions de ces articles se réduisent à ces trois règles fort simples en apparence :

1°. Tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté légale ;

2°. Tous les immeubles dont l'un des conjoints avait la propriété ou la possession, au jour du mariage, ou qui lui sont échus depuis à titre de succession ou de donation, lui sont propres, et n'entrent point en communauté ;

3°. Tout immeuble existant dans la masse des biens est réputé acquêt, si le contraire n'est pas prouvé.

154. Nous expliquerons successivement ces trois règles.

La première fait entrer dans la communauté légale tous les immeubles acquis pendant le mariage. Acquérir c'est se procurer la propriété d'une chose à quelque titre et par quelque moyen que ce soit. Mais, à cette règle générale, le Code fait plusieurs exceptions qu'il faut parcourir et examiner.

1°. Les immeubles qui étoient aux époux pendant le cours du mariage, à titre de succession, n'entrent point en communauté (1404).

Cette première exception ne comprend pas seulement les immeubles corporels, réellement possédés avant sa mort par le défunt ; dont l'un des époux recueille la succession ; elle comprend encore le droit, l'action ou le titre en vertu duquel le défunt pourra en devenir propriétaire, et en vertu duquel le conjoint héritier l'est ensuite devenu pendant le mariage ; car ce droit ou cette

action est un *immeuble* incorporel, qui appartenait au défunt (526). C'est ici l'une des nombreuses applications de la règle : *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Loi 15, ff de R. J.

Il suffit, au reste, qu'un immeuble ait été dans la possession du défunt pour être exclu de la communauté, sans que le conjoint, qui le recueille dans la succession, soit tenu de prouver que son auteur en était propriétaire.

Mais si, pour conserver cet immeuble au conjoint héritier, il est tiré de la communauté quelque somme donnée à un tiers, qui prétendait l'évincer, la récompense en est due, en vertu de l'art. 1437.

Nous reviendrons sur ce point, ainsi que sur d'autres questions que peut faire naître cette première exception.

134 bis. Les immeubles venus de l'un des conjoints, par retrait successoral, n'y entrent point également, par deux motifs : l'un, que ce retrait est un droit de succession (841); l'autre, que c'est une acquisition faite de portion d'immeubles, dont l'un des époux était propriétaire par indivis (1408).

135. 2°. La seconde exception est relative aux biens acquis par donation pendant le mariage. L'art. 1405 porte : « Les donations d'immeubles » qui ne sont faites, pendant le mariage, *qu'à l'un* » *des deux époux*, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul. à » moins que la donation ne contiennent expres-

, sèment que la chose donnée appartiendra à la communauté. »

Cette disposition est de droit nouveau. Elle est diamétralement contraire à l'art. 546 de la Coutume de Paris, qui faisait entrer en communauté les immeubles donnés à l'un des conjoints par un étranger, ou même par un parent collatéral, à moins que la donation ne fût faite à la charge que l'immeuble donné serait *propre au donataire*.

Ce changement dans la législation passa sans contradiction, parce qu'il était fondé sur la raison. Il est en effet plus naturel de présumer qu'un donateur qui limite sa libéralité à la personne de l'un des conjoints, sans parler de l'autre, n'a pas la volonté de donner à celui qu'il passe sous silence, la moitié des immeubles donnés, ou même éventuellement la totalité, dans le cas où la femme donataire se trouverait obligée de renoncer à la communauté.

Bien plus : en faisant entrer en communauté l'immeuble donné à la femme seule, la Coutume de Paris donnait réellement, quoiqu'implicitement, au mari, le droit de le vendre sans le concours de la femme. Or, n'est-il pas contraire à la raison de penser que celui qui, par une prédilection spéciale, a donné à la femme seule un immeuble, en ait voulu donner tacitement la moitié au mari, et éventuellement la totalité avec le droit de le vendre ? La disposition nouvelle du Code nous paraît donc une véritable amélioration dans la jurisprudence.

Remarquez, comme nous l'avons dit, que l'ar-



ticle 1405, qui ne fait point tomber en communauté les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage *qu'à l'un des deux époux*, est une exception à la règle générale, qui y fait entrer tous les immeubles acquis pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. Or, comme il est de la nature des exceptions de ne pouvoir être étendues au-delà des termes de la disposition qui les a faites, il faut en conclure que les donations d'immeubles faites conjointement aux deux époux pendant le mariage, rentrent sous la règle générale, et qu'elles tombent dans la communauté, à moins que le contrat ne contienne le contraire, expressément ou équivalement. Par exemple, s'il était dit que la donation est faite aux deux époux, chacun pour une moitié, le sens naturel d'une pareille clause est que le donateur a voulu que les immeubles donnés soient propres aux conjoints, chacun pour une moitié; car on ne suppose pas de clause inutile dans un acte, et si le donateur avait voulu que les immeubles tombassent dans la communauté, il était inutile d'ajouter chacun pour une moitié.

156. L'art. 1405 s'applique à plus forte raison aux donations d'immeubles qui ne sont faites qu'à l'un des futurs, par contrat de mariage, puisque le contrat doit précéder le mariage. Ainsi, les immeubles donnés à l'un des futurs en faveur du mariage lui sont propres sans aucun doute, à moins que le contrat ne contînt une clause contraire.

157. Si le don par contrat de mariage était fait



aux deux futurs, les immeubles donnés n'en seraient pas moins exclus de la communauté : ils seraient propres à chacun des futurs conjoints pour une moitié ; ce seraient des biens indivis, et non des conquêts ou biens communs ; ce qui est fort différent, car le mari ne pourrait disposer seul de la moitié appartenant à sa femme ; et en cas de renonciation à la communauté, celle-ci ou ses héritiers reprendraient cette moitié comme ses autres propres ; au lieu que si les immeubles donnés aux deux futurs conjoints entraient en communauté comme conquêts, le mari pourrait les aliéner en totalité sans le concours de la femme, et s'il ne les avait pas aliénés, la femme ni ses héritiers, en cas de renonciation, n'y pourraient prendre aucune part. Pothier, n°. 170.

138. Quoiqu'il fût dit dans le contrat de mariage que la donation est faite *aux futurs époux* ; si l'un d'eux était l'enfant ou même l'héritier présomptif du donateur, on présumait facilement, sous l'ancienne jurisprudence, que ce dernier n'avait réellement voulu gratifier que son héritier présomptif, et qu'il ne s'était servi de ces mots, *aux futurs époux*, qu'en considération de la jouissance de l'héritage donné, qui devait être commune aux deux époux pendant le mariage. L'héritage était donc pour la totalité propre de communauté. Pothier, n°. 170. C'est une présomption fondée sur les sentimens naturels du cœur humain.

139. Elle est même si forte que nos meilleurs auteurs vont même plus loin : ils pensent que si,

en mariant une fille, le père ou autre parent dont elle est présomptive héritière, déclare dans le contrat donner un héritage *en faveur de mariage au futur époux*, sans parler de la future, il faut néanmoins présumer que le donateur n'a voulu gratifier que la future épouse, et non pas le futur en son privé nom, mais seulement en qualité de mari, et comme ayant par ce titre qualité pour accepter et recevoir un don, considéré comme la dot de sa femme future; car la qualité de futur époux d'une héritière présomptive du donateur, annonce que le don n'est que la dot de l'épouse, à qui elle demeurera propre, s'il n'est pas dit dans la donation qu'elle est faite au futur pour lui et les siens.

C'est ce qu'enseigne Pothier, n°. 170. Il cite à l'appui de sa doctrine l'oracle du droit français, Dumoulin, qui dans l'espèce de la donation d'une maison, faite au futur époux dans le contrat de mariage, par le père de la future épouse, dit: *Quamvis verba non concipiantur in filiam, sed in futurum generum, nisi specialiter dicatur genero pro se et suis, non censetur ei data in sponsalitiâ largitatem; sed in dubio, censetur ei datam in dotem, et pro dote sponsæ..... Videtur ipsi mulieri dare, non autem viro, nisi in qualitate viri..... manet ergo dotalis, et proprium patrimonium filia (1).*

Cette présomption si naturelle était même érigée en présomption légale par l'art. 345 de la Cou-

---

(1) Dumoulin, sur l'art. 78 de la Coutume de Paris, nos. 100 et 101

lume du Maine, qui porte : « Donation faite en faveur de mariage d'héritier ou d'héritière présomptive du donneur, ..... supposé qu'elle fût faite *aux deux conjoints, ou à celui d'eux qui n'est héritier du donneur*, est vue être faite en faveur du parent ou parente du donneur, etc. »

On trouve la même disposition dans l'art. 353 de la Coutume d'Anjou. « Dans les autres coutumes, dit Pothier, il est laissé à l'arbitrage des juges à décider, par les circonstances, à qui la donation doit être présumée faite. »

140. On ne trouve rien dans le Code sur cette présomption, admise par nos meilleurs auteurs et par nos Coutumes, pour interpréter les donations faites en faveur de mariage à l'héritière présomptive, ou à son futur; mais n'est-ce point le cas d'appliquer l'art. 1156, qui nous dit qu'on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été l'intention<sup>h</sup> des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes? Lorsqu'un père donne un héritage à son gendre en faveur du mariage, sans ajouter *pour lui et les siens*, comme dit Dumoulin, et sans donner une autre dot particulière à sa fille, il est si naturel de croire que cet héritage est la dot de la fille, que si cette présomption n'est pas combattue par quelques circonstances capables de la détruire, l'esprit s'y abandonne presque invinciblement.

Objecterait-on que l'art. 1353 ne permet aux magistrats de se déterminer par des présomptions, que dans le cas où la preuve testimoniale est admise? Rien de plus vrai lorsqu'il s'agit de prouver

l'existence des conventions, des faits contraires à ce qui est contenu dans les actes, ou ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Mais, lorsqu'il ne s'agit que d'interpréter une convention, l'art. 1156 dit positivement qu'il faut rechercher l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter *au sens littéral des termes*. Or, comment prouver une intention qui n'est pas d'accord avec le sens littéral, autrement que par des présomptions tirées de la nature de l'acte, et des qualités des parties, puisqu'on ne peut la prouver par témoins ? Il faut bien qu'il y ait des cas où la disposition de l'art. 1156 puisse avoir son application. Où trouvera-t-on un cas plus favorable ? L'art. 1353 nous paraît donc ici sans application, et il nous semble qu'un arrêt qui jugerait que l'héritage n'a été donné que pour la dot de la fille, par le motif qu'il n'a point été donné personnellement au gendre, pour lui et les siens, mais en sa seule qualité de futur époux de la fille, à laquelle, d'ailleurs, il n'a point été donné aucune autre dot ; enfin parce que, suivant l'art. 1156, on doit chercher l'intention des parties plutôt que le sens littéral des termes, et que cette intention est assez manifestée par les circonstances ; il nous paraît, nous le répétons, qu'un arrêt ainsi motivé ne pourrait éprouver la rigueur de la censure, et être cassé ; comme aussi, il ne pourrait l'être s'il jugeait en sens contraire, en suivant le sens littéral des termes de l'acte. Disons donc, comme Pothier, guide principal des rédacteurs du Code, que « il est laissé à l'arbitrage des juges de décider,



par les circonstances, à qui la donation doit être présumée faite. »

141. Si le don était fait, par exemple, à la future épouse, par le père du futur, ou par un parent dont il était présomptif héritier, il est facile de voir qu'il n'y a plus les mêmes raisons pour présumer que la donation est faite au futur époux, quoique l'acte ne parle que de la future. A la vérité, les Coutumes du Maine et d'Anjou ne distinguaient point; mais elles sont aujourd'hui sans autorité, et il est beaucoup plus naturel de croire que le donateur a voulu réellement faire à la future un avantage, sans lequel, peut-être, le mariage n'aurait pas eu lieu, que d'imaginer, sans raison, que l'avantage est fait au futur sous le nom de la future.

142. En excluant de la communauté l'immeuble donné à l'un des conjoints, pendant le mariage, l'art. 1405 laisse au donateur la faculté de stipuler *expressément* que la chose donnée appartiendra à la communauté. Nous avons déjà parlé de cette clause, *suprà*, n<sup>os</sup>. 113 et suiv., dans le cas où elle a pour objet d'exclure de la communauté une donation mobilière, et de rendre les choses données propres au donataire. Il est toujours au pouvoir du donateur de mettre à sa libéralité telles conditions ou restrictions que bon lui semble, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs. Tel est le principe.

Mais on demande si, en donnant un immeuble à la femme, le donateur peut mettre la condition



qu'elle en recevra seule les fruits ou revenus sur ses quittances? Nous demandons, à notre tour, pourquoi il ne le pourrait pas? Le savant professeur de Dijon (1), M. Proudhon, n'en doute point, et il tient que « la disposition faite sous » cette condition n'a rien de contraire aux lois, et » doit recevoir sa pleine exécution, tant sous le » régime de la communauté légale, que sous celui » de la communauté conventionnelle, ou du régime dotal, quand même les futurs se seraient » engagés, par leur contrat de mariage, à apporter en communauté les revenus de tous leurs » biens présents et à venir, ou que la femme se » serait constitué en dot tous ses biens présents et » à venir, en sorte qu'elle eût renoncé par là à » avoir des biens paraphernaux. »

M. Delvincourt, tom. III, pag. 239, pense, au contraire, que la condition que la femme recevra seule les revenus de l'immeuble donné, a bien l'effet d'empêcher les revenus d'entrer en communauté, et d'obliger le mari de les rendre à la dissolution du mariage; mais il pense en même tems que cette condition ne lui donne pas le droit de recevoir elle-même les revenus de l'immeuble, parce qu'il « lui semble que cette clause serait une » dérogation aux conventions matrimoniales, dans » le sens qu'elle donne à la femme un droit qui » lui est refusé par son contrat de mariage, et

---

) Voy. son Traité de l'usufruit, tom. I, pag. 360.

, qu'elle lui facilite les moyens de se soustraire à la dépendance conjugale. »

Il nous semble impossible de partager cette opinion, et nous embrassons, sans hésiter, celle du savant Proudhon. Il est certain que la condition qui permet à la femme de jouir d'une partie de ses biens, et de les administrer, n'a rien de contraire, soit aux dispositions du Code sur le régime de la communauté légale ou conventionnelle, ou même au régime dotal, soit aux devoirs respectifs des époux et à la puissance maritale : le Code permet à la femme, sous l'un et l'autre régime, de se réserver la jouissance et l'administration, même de la totalité de ses biens (1536). Une pareille stipulation n'a donc rien de contraire à la *dépendance conjugale*, telle que le Code l'entend et a voulu l'établir. Il est vrai que cette réserve ne pourrait être faite par les époux depuis les conventions matrimoniales, auxquelles ils ne peuvent rien changer depuis le mariage (1395).

Mais les époux n'y dérogent en rien, lorsque c'est un tiers donateur, qui ne donne à la femme que sous la condition expresse que l'immeuble donné lui sera propre, et qu'elle en jouira seule. Si le mari refusait d'autoriser la femme à accepter un pareil don, elle pourrait, sur son refus, s'y faire autoriser par la justice, parce qu'il n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs. Nous persistons donc à penser, avec M. Proudhon, que cette condition est valable et doit être observée.

Si le mari avait autorisé la femme à accepter

la donation, elle serait par là suffisamment autorisée à recevoir sous ses quittances ; dans le cas contraire, elle s'y ferait autoriser par justice.

Il faut remarquer que si la donation était entre vifs, la condition que la femme recevra seule le revenu de l'immeuble donné devrait être insérée dans l'acte même, ou du moins imposée avant que la donation fût parfaite par l'acceptation ; car le donateur étant alors dépossédé de tout droit sur l'immeuble, n'aurait plus celui d'imposer aucune condition à la translation de propriété, déjà irrévocablement transférée par l'acceptation (938).

143. Du principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté, nous venons de voir que l'art. 1405 excepte, par une disposition nouvelle, les immeubles qui ne sont donnés qu'à l'un des conjoints. La loi présume qu'en n'adressant sa libéralité qu'à l'un des deux époux, le donateur a suffisamment manifesté la volonté de n'y pas faire participer l'autre, à moins qu'il n'ait exprimé le contraire, en ajoutant que la chose donnée appartiendra à la communauté.

Nul doute sur ce point, à l'égard des donations purement gratuites ; mais en est-il de même des donations onéreuses, faites, par exemple, pour remplir le donataire de ce que lui devait le donateur, ou à la charge de payer ses dettes ?

Il est certain qu'un pareil contrat, de quelque nom qu'il soit qualifié, de cession, donation, abandon, etc., est une aliénation à titre onéreux, et présente l'idée d'une vente ; mais il n'en est pas

moins vrai que si les charges sont inférieures à la valeur connue des immeubles cédés, ce qui est toujours présumable, sans quoi le cessionnaire n'accepterait pas, et que le propriétaire ait eu la volonté de gratifier le cessionnaire du surplus, comme il paraît le manifester, sur-tout quand il se sert du mot de donner à la charge de, etc., l'acte contient une véritable libéralité, plus ou moins considérable, en proportion du plus ou du moins d'infériorité des charges. L'art. 945 dit un mot de ces donations, qu'il déclare nulles lorsque le donateur se réserve la faculté d'en augmenter les charges depuis la perfection du contrat.

Si donc l'on suivait rigoureusement la conséquence de la disposition qui exclut de la communauté les immeubles qui ne sont donnés pendant le mariage qu'à l'un des deux conjoints, il semble qu'on devrait dire aussi que les charges ajoutées au don ne changeant pas la volonté manifestée par le donateur de ne gratifier que l'un des conjoints, ne doivent pas changer non plus, relativement à la communauté, la qualité de propres ou d'acquêts des immeubles donnés, cédés ou abandonnés, et qu'ils doivent demeurer propres au conjoint cessionnaire, sauf toutefois récompense ou indemnité, si les charges dont ils sont grevés sont imputées des deniers de la communauté.

Mais sur ces contrats, d'une nature vraiment mixte, qui participent de la vente et de la donation, il paraît qu'on suivait en France la doc-



trine d'Ulpien, qui enseigne que si le vendeur ou le cédant a voulu gratifier l'acheteur en fixant le prix à une somme inférieure à la valeur des biens, le contrat n'en est pas moins considéré comme une vente, sans égard à l'infériorité plus ou moins grande du prix : *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet : toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causâ facta est; quoties verò vilioris pretio, res donationis causâ distrahitur, dubium non est venditionem valere. Loi 38, ff de contrah. empt., 18. 1.*

Il est néanmoins vrai que le contrat n'est point en ce cas purement et entièrement un contrat de vente, mais un contrat d'une nature mixte, qui tient plus ou moins de la donation, suivant l'infériorité plus ou moins grande du prix. Ulpien lui-même le reconnaît, en ajoutant qu'entre époux le contrat est nul : *Hoc inter cæteros, inter virum verò et uxorem donationis causâ venditio facta, pretio vilioris nullius momenti est.*

De même, sous l'empire du Code, un contrat de cette nature, fait en faveur d'un incapable, pourrait être considéré comme une donation simulée, et en cette qualité annulé.

Mais quand il s'agit de savoir si les biens acquis en vertu d'un pareil contrat sont propres ou acquêts de communauté, nos législateurs ont préféré de le considérer comme une vente, pour faire entrer les biens dans la communauté, suivant le principe général que tous les biens acquis pendant le mariage sont réputés acquêts de communauté.



Le Code n'a cependant point consacré par un texte formel le principe posé par Ulpien, que la cession faite *viliore pretio* est en général considérée comme une vente ; mais ce qui prouve que nos législateurs regardaient ce principe comme adopté en France, c'est que la disposition de l'art. 1406 n'en est évidemment qu'une exception. Il porte :

« L'immeuble abandonné ou cédé *par père ou mère, ou autre ascendant*, à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. »

Cette disposition est une troisième exception au principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent en communauté.

De cette disposition, si spécialement limitée à l'immeuble cédé ou abandonné à l'un des époux par ses ascendants *in solutum*, ou à la charge de payer leurs dettes, on peut conclure avec confiance que si l'immeuble était cédé ou abandonné aux mêmes conditions à l'un des époux par un étranger, ou même par un parent collatéral, dont le donataire serait héritier présomptif, il entrerait en communauté, suivant la règle générale qui y fait entrer tous les immeubles acquis pendant le mariage.

Car c'est lorsqu'une disposition contient une exception à la règle générale, qu'on peut avec certitude conclure, à *contrario*, qu'il ne faut pas étendre cette exception à d'autres cas : on peut alors appliquer le brocard, si souvent invoqué mal à

propos, et si peu concluant dans les autres cas, *qui dicit de uno negat de altero*.

144. Nous avons vu *suprà*, que tous les meubles échus à l'un des conjoints, même par donation, pendant le mariage, entrent en communauté, si le donateur n'a exprimé le contraire. (Art. 1401, n°. 1). Mais si, au lieu de la somme promise par l'acte de donation, sans exprimer qu'elle n'entrerait point en communauté, le donateur donne un immeuble au conjoint donataire, cet immeuble entrera sans contredit en communauté; car il est donné en paiement d'une somme mobilière. Or, la dation en paiement est un acte équipollent à la vente : *Hujusmodi contractus, vicem venditionis obtinet. Loi 4, Cod. de evict., 8. 45.*

145. Si la dation d'un immeuble en paiement d'une somme promise était faite par un ascendant donateur de la somme, il faudrait appliquer l'art. 1405; l'immeuble n'entrerait point en communauté, sauf la récompense de la somme au lieu de laquelle il a été donné. C'est aussi l'avis de Pothier. Mais il se fonde sur des motifs qui sont sans force sous l'empire des lois nouvelles.

Cette différence, entre le don d'un immeuble fait par un ascendant, en paiement d'une somme mobilière qu'il doit à son enfant, et le même don fait par un étranger ou même par un collatéral, dont l'époux donataire est héritier présomptif, trouve sa source dans le grand principe que les dons faits par un ascendant, sont toujours considérés comme des avancemens de succession sur des biens dont les enfans étaient, en quelque

sorte, copropriétaires avec leurs père et mère. Voyez tom. IV, n°. 121. On ne regardait point autrefois les successions directes comme des mutations de propriété. Les enfans, à la mort du père de famille, étaient censés continuer une ancienne propriété, et prendre la libre administration des biens d'une société dont le père était l'administrateur : *In suis hæredibus evidentiùs apparet continuationem domini eò rem perducere, ut nulla videatur hæreditas fuisse; quasi olim hi domini essent qui etiam, vivo patre, quodam modo domini existimantur. Loi 11, ff de lib. et posth., 28. 2.*

Aussi, l'édit du mois d'août 1706 déchargea du droit de centième denier qui, comme le droit d'enregistrement d'aujourd'hui, était perçu à chaque mutation de propriété, les immeubles échus par succession directe (1). Mais la loi du 5 décembre 1790, sanctionnée le 19, les soumit au droit d'enregistrement, comme les successions collatérales.

Les conventions par lesquelles un ascendant abandonnait des biens pour demeurer quitte envers ses enfans, ou pour payer ses dettes, étaient considérées comme des arrangemens de famille, comme des successions anticipées, plutôt que comme des acquisitions. Si l'arrangement n'avait pas eu lieu, l'époux cessionnaire aurait trouvé

---

(1) Voy. le nouveau Denier, v°. Centième denier, n°. 1, pag. 565, col. B.

l'immeuble dans la succession de son ascendant, et alors il eût été propre de communauté.

146. Mais si l'ascendant vend un immeuble à l'un de ses enfans mariés, auquel il ne doit rien, l'immeuble est un acquêt de communauté. Ce n'est plus alors un arrangement de famille, ce n'est qu'un contrat ordinaire qui peut avoir lieu entre toutes personnes. Le père est présumé avoir traité avec son enfant, comme avec un étranger.

Si cependant la vente faite à un successible était faite à fonds perdu ou avec rétention d'usufruit, il nous semble que l'immeuble serait réputé propre, et n'entrerait point en communauté, par argument de l'art. 918.

147. L'art. 1407 contient encore une exception au principe que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent en communauté; il porte :  
 « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre  
 » d'échange, contre l'immeuble appartenant à l'un  
 » des époux, n'entre point en communauté, et  
 » est subrogé au lieu et place de celui qui a été  
 » aliéné, sauf récompense s'il y a soulte. »

Subroger, c'est mettre une chose ou une personne à la place d'une autre chose ou d'une autre personne. Il ne s'agit point ici de la subrogation des personnes; nous en avons parlé tom. VII, mais de la subrogation des choses, qui a lieu lorsque la chose mise à la place d'une autre a ou est réputée avoir les mêmes qualités, et laisse au nouveau propriétaire et à ses héritiers ou ayant-cause, les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont elle a pris la place.



148. Cette subrogation des choses à d'autres choses faisait naître beaucoup de questions et de difficultés dans l'ancienne législation, où on l'appliquait à la matière des successions, pour savoir si et quand la subrogation conservait aux choses subrogées la qualité de propre en faveur des héritiers de différentes lignes, si elles étaient soumises à l'exercice du droit d'aînesse, etc. ; mais heureusement ces questions sont aujourd'hui sans objet. Elles ne peuvent plus naître depuis la loi du 17 nivôse an II, qui abolit, art. 62, pour les successions *ab intestat*, toute distinction entre les propres et les acquêts, comme entre les meubles et les immeubles.

Il ne peut plus être question de la subrogation des choses qu'à l'égard de la communauté légale, pour savoir si la chose subrogée à une autre conserve la qualité de propre de communauté ; et notre art. 1407 veut que l'immeuble acquis par échange, soit subrogé à l'immeuble appartenant à l'un des conjoints contre lequel il a été échangé. Ce genre de subrogation par échange est l'un des plus naturels qu'on puisse imaginer ; il était admis dans le droit coutumier, en matière de succession et de retraits lignagers, par l'art. 143 de la Coutume de Paris, suivie en ce point comme droit commun (1). Il l'était à plus forte raison

---

(1) Voy. le Répertoire de jurisprudence, *vo. Subrogation de chose*, sect. 2, § 3.

Les questions de subrogation sont d'autant plus importantes, sous



en matière de communauté, pour conserver à l'héritage reçu en échange la qualité de propre de communauté, qu'avait l'immeuble donné en contre-échange.

Pothier, n°. 197, fonde cette subrogation sur une fiction. Nous avons fait voir, tom. IV, n°. 189, l'illusion des fictions légales, en démontrant que la représentation n'est point une fiction, mais une disposition de la loi. La fausseté de cette doctrine des fictions est sur-tout palpable dans la disposition de l'art. 1407. Comment apercevoir l'ombre même d'une fiction, dans une disposition qui se borne à exclure de la communauté l'immeuble reçu en échange d'un immeuble appartenant à l'un des époux? Disposition, d'ailleurs, qui n'est qu'une suite nécessaire des articles précédens. Le § 1 de la présente section traite *de l'actif de la communauté légale*; il explique comment elle se compose, tant en meubles qu'en immeubles. L'article 1401 y fait entrer tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. L'art. 1404 en exclut les immeubles que possédaient les époux au jour de la célébration du mariage.

Or, ils ne possédaient pas alors les immeubles acquis depuis le mariage à titre d'échange contre ceux qu'ils possédaient auparavant. Fallait-il les

l'empire du Code, qu'il n'accorde de récompense, pour les propres aliénés, que sur l'argent comptant et les meubles; au lieu que si la chose subrogée, en cas qu'elle existe à la dissolution du mariage, appartenant en pleine propriété à l'un des conjoints, il peut la reprendre en nature.

ne peut entrer dans la communauté? La justice s'y oppose évidemment. Ce serait enrichir la communauté, aux dépens du conjoint à qui appartenait l'immeuble donné en contre-change. Il fallait donc, pour sauver cette injustice, lui laisser la propriété de l'immeuble reçu dans la place de l'immeuble donné en échange. Rien n'était plus naturel. C'est ce qu'a fait l'art. 1407, où il est impossible d'apercevoir aucune espèce de fiction.

149. L'article ajoute que si l'échange ne s'est opéré qu'au moyen d'une soulte, il est dû récompense de la somme prise dans la communauté pour la payer. Ce qui est encore de toute justice, et conforme au principe général établi par l'article 1457. Il est également dû récompense des frais de contrat et autres pris sur la communauté.

Mais l'immeuble reçu en contre-échange, moyennant une soulte, deviendra-t-il conquêt au prorata de la somme payée pour la soulte? Non, sans doute, puisque, suivant l'art. 1407, il est dû récompense pour cette soulte. Ainsi, l'immeuble reçu en échange, quoique d'une plus grande valeur que l'immeuble aliéné, n'en est pas moins propre de communauté pour la totalité. C'est aussi l'opinion de Pothier, n°. 197, celle de d'Argentré sur l'art. 418 de la Coutume de Bretagne, glos. 2, n°. 3; de Lebrun, liv. 5, chap. 2, sect. 1, distinct. 1, n°. 4 et suiv.; de Duplessix, etc. Ils se fondent sur ce que la soulte n'étant que l'accessoire du contrat, ne doit pas en changer la nature.

Pothier modifie cette opinion, en ajoutant que

si la soulte était considérable, égale, par exemple, ou supérieure à la valeur de l'héritage donné en échange, on ne pourrait se dispenser de considérer le contrat comme mixte, mêlé de vente et d'échange, et, en conséquence, l'héritage serait conquis, au prorata de la somme donnée pour soulte, et propre pour le surplus.

Cette distinction, qui pouvait avoir quelque couleur avant la promulgation du Code, n'en peut plus avoir, ce semble, aujourd'hui, qu'elle a été tacitement rejetée par l'art. 1407, où est établie la règle générale « que l'immeuble acquis à titre » d'échange n'entre point en communauté, *sauf la récompense s'il y a soulte,* » sans distinguer si la soulte est plus ou moins considérable.

Les rédacteurs du Code n'ont point admis cette distinction, qu'ils trouvaient cependant dans Pothier, leur guide ordinaire, et en ne l'admettant pas, ils sont censés l'avoir rejetée; car ils tenaient pour maxime « qu'il n'est pas permis de distinguer, lorsque la loi ne distingue pas, et que les distinctions qui ne sont pas dans la loi ne doivent point être suppléées (1). » C'est dans ces principes que le Code a été rédigé.

On doit les appliquer, sur-tout lorsqu'il se présente des motifs sages pour repousser la distinction proposée. Celle de Pothier occasionnerait beaucoup d'embarras dans la pratique; elle entraînerait des expertises toujours incertaines; en

---

(1) Tit. 5, art. 7, du livre préliminaire du projet de Code.

un mot, des contestations et des procès, que le Code a sagement prévenus par une disposition générale, qui ne cause aucun préjudice à la communauté, puisqu'elle est récompensée de tout ce qu'on y a pris pour payer la soulte.

150. M. Delvincourt, tom. III, pag. 247, not. 3, propose la même distinction que Pothier; mais il en tire une toute autre conséquence. Il pense que l'immeuble acquis par échange est conquêt et entre en communauté pour la totalité, si la soulte est *considérable*, c'est-à-dire, suivant lui, *à peu près* égale à la valeur de l'objet reçu, sauf une indemnité, en faveur de l'époux, d'une somme égale à la valeur de l'objet donné en contre-échange.

Cette opinion, outre qu'elle prête à l'arbitraire du juge, pour déterminer, *par à peu près*, l'égalité de valeur de la soulte et de l'objet reçu, et qu'elle entraîne, dans la pratique, des expertises qui peuvent occasionner des frais, des contestations et des procès, qu'on a voulu prévenir, nous paraît diamétralement contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1407, qui veut que l'immeuble reçu soit subrogé dans la place de l'immeuble donné en échange, sauf à récompenser la communauté, s'il y a soulte, tandis que, suivant M. Delvincourt, c'est la communauté qui devrait récompenser l'époux dont l'immeuble a été donné en échange (1).

---

(1) M. Bellot des Minières, Traité du contrat de mariage, tom. I, pag. 215, approuve la distinction de M. Delvincourt; « car, dit-il,



M. Delvincourt prétend qu'il y a fraude dans le contrat d'échange, lorsqu'il y a une soulte considérable. Il nous semble que, quelque considérable que soit la soulte, il n'y a point de fraude, puisque la communauté est toujours récompensée des sommes qu'on y a prises, et qu'en attendant elle profite de tous les revenus de l'immeuble acquis à titre d'échange. Comment donc appeler fraude ce qui ne porte aucun préjudice à personne ?

151. Ce n'est pas seulement un immeuble qui peut être subrogé au lieu et place de l'immeuble appartenant à l'un des conjoints : des meubles même, ou des sommes d'argent, peuvent l'être.

Sous l'ancienne législation, où la subrogation était admise en matière de succession, la subrogation ne pouvait s'opérer d'un meuble ou d'une somme d'argent à la place d'un immeuble, parce que les meubles n'étaient pas susceptibles de la qualité de propres de succession. Par exemple, si un riche amateur de peinture avait échangé un domaine contre le beau tableau de David, célèbre chef de notre nouvelle école française, ce tableau n'aurait pu acquérir, par subrogation, la qualité de propre de ligne en matière de succession, parce

» il faut bien établir un terme passé lequel ces sortes de contrats ne  
» doivent plus être considérés comme échange. »

Et pourquoi ? S'il fallait établir un terme, c'était à la loi de l'établir. Mais elle ne l'a pas voulu, par un motif très-sage, celui de prévenir les contestations et expertises que nécessite, dans la pratique, l'option de M. Delvincourt, d'ailleurs diamétralement contraire au texte de l'art. 1407.



qu'il n'y avait que les immeubles qui fussent susceptibles de la qualité de bien patrimonial et de propre en matière de succession.

Mais les meubles étant susceptibles de la qualité de propres de communauté, aussi bien que les immeubles, lorsque l'héritage de l'un des conjoints, propre de communauté, était aliéné durant le mariage, pour une somme d'argent ou d'autres choses mobilières, ces choses étaient, par subrogation, propres de ce conjoint, et n'entraient point en communauté, ou n'y tombaient qu'à la charge de la reprise au profit de ce même conjoint (1).

Cette subrogation était formellement prononcée par plusieurs de nos Coutumes (2), dans le cas où le prix du propre, vendu pendant le mariage, était encore dû, en tout ou en partie, lors de sa dissolution; mais l'effet de cette subrogation était borné aux personnes du mari et de la femme, ou de leurs héritiers.

Il en résultait une chose qui peut devenir très-

---

(1) Pothier, de la communauté, n°. 197.

(2) Bourbonnais, art. 240; Maine, 311; Anjou, 296, qui porte :

« Si le mari et sa femme, ou l'un d'eux, avaient vendu leur propre héritage et patrimoine, ou partie d'icelui, dont leur fût due aucune somme de deniers au tems du décès de l'un d'eux, par l'acquéreur ou acquéreurs desdits héritages ou patrimoine, les deniers qui en seront encore dus au tems dudit décès, reviendront et échoiront, pour le tout, à celui d'eux ou à ses hoirs devers lequel ledit héritage ou patrimoine vendu était mouvant, et seront iceux deniers censés et réputés entre le survivant et les héritiers du premier trépassé desdits maris, de la nature du propre héritage et patrimoine, nonobstant qu'il y ait eu communauté entre ledit mari et la femme. »

avantageuse pour la femme : c'est que le prix de son propre aliéné n'étant point encore payé à la mort du mari, si les dettes de la communauté la forçaient d'y renoncer, elle n'en était pas moins assurée de recevoir ce prix, sans avoir à craindre d'insolvabilité de la succession de son mari, ni d'être primée par aucun créancier; au lieu que si elle n'avait qu'une action en reprise ou récompense à exercer, comme dans le cas où le prix de son propre aliéné a été versé dans la communauté, l'insolvabilité de la succession de son mari peut la priver de tout ou de partie de la récompense.

152. Le Code civil ne prononce point, comme les coutumes, la subrogation formelle de la somme que doit l'acquéreur pour prix de l'immeuble de l'un des conjoints, aliéné pendant le mariage, au lieu et place de cet immeuble; mais il résulte, par une conséquence nécessaire de l'une de ses dispositions, que ce prix, lorsqu'il est encore dû à la dissolution du mariage, n'est point entré dans la communauté, et appartient, pour le tout, au propriétaire de l'immeuble aliéné ou à ses héritiers; autrement il n'obtiendrait aucune récompense de cette aliénation; car l'art. 1453 porte que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un » des époux....., *et que le prix en ait été versé dans » la communauté*, le tout sans emploi, il y a lieu » au prélèvement de ce prix sur la communauté, » au profit de l'époux qui était propriétaire de » l'immeuble vendu, etc. »

Donc si le prix de l'immeuble n'a pas été versé dans la communauté, par exemple, dans le cas

où il est encore dû par l'acquéreur, il n'y a point de prélèvement à exercer; donc ce prix n'appartient qu'au propriétaire de l'immeuble vendu ou à ses héritiers. La conséquence nous paraît nécessaire. Elle s'applique également au cas où l'immeuble a été échangé contre un meuble précieux, comme le tableau du célèbre 'David', une parure de diamans, etc. Ce tableau, ces diamans n'entrent point en communauté, et ne peuvent appartenir qu'à l'époux qui les a reçus en échange de ses immeubles personnels. Il les reprend donc en nature.

Elle s'applique enfin aux cas où l'héritage de l'un des époux a été aliéné pour une rente (1) perpétuelle ou viagère. Nous traiterons ces questions avec plus d'étendue dans la section suivante, en parlant des récompenses et emplois dus aux conjoints (2).

153. Mais le Code civil ne prononçant point, comme les coutumes, la subrogation expresse du prix de l'immeuble vendu au lieu et place de cet immeuble, nous ne pensons pas qu'on puisse étendre la conséquence de l'art. 1433, jusqu'à faire considérer, ainsi que le font nos anciens auteurs, le prix de l'immeuble dû par l'acquéreur, comme ayant par subrogation la qualité immobilière qu'a-

---

(1) Ne faudrait-il point exprimer que la femme accepte la rente en place de son propre? Bellot, tom. I, pag. 202 et 205. Je crois que non. Il n'a pas senti la conséquence de l'art. 1433.

(2) En attendant, voy. Merlin, Questions de droit, tom. V, p. 500; Bellot, de la communauté, tom. I, pag. 197.

vait l'immeuble vendu, et nous pensons que ce prix n'est plus entre les mains de l'ancien propriétaire que ce qu'il est par sa nature, un meuble, une action mobilière, qui entre par conséquent dans la donation universelle des meubles, non seulement lorsqu'elle est faite à des étrangers, comme l'enseignaient les anciens auteurs (1), mais encore lorsqu'elle est faite en faveur de l'autre époux; ce qu'ils niaient, parce que, suivant les coutumes, ce prix était *censé et réputé*, entre les époux, de même nature que l'immeuble aliéné. Le Code n'ayant point de disposition pareille, il en résulte que le prix de l'immeuble dû par l'acquéreur n'est plus qu'un meuble, et qu'il entre comme tel dans la donation que l'un des époux fait à l'autre de tous ses meubles, de même que l'action en reprise ou récompense, qui, n'étant que mobilière, entre également dans le don des meubles, comme nous l'avons vu *suprà*.

154. L'immeuble acquis pendant le mariage est encore exclu de la communauté, lorsque l'acquisition en a été faite pour tenir lieu de remploi des sommes stipulées propres par le contrat de mariage, ou provenues du prix de l'aliénation faite pendant le mariage des immeubles, propres des deux époux.

Mais nous renvoyons tout ce que nous avons à dire sur ce sujet à la section suivante, où le Code

---

(1) Dupineau et Pocquet de Livonière, sur l'art. 296 de la Coutume d'Anjou.



parle du remploi et des récompenses dues à l'un ou à l'autre des conjoints, art. 1433 et suivans, et nous passons à la dernière exception qu'a faite le Code, à la règle que tous les immeubles acquis pendant le mariage entrent dans la communauté légale.

155. Cette exception se trouve dans l'art. 1408, qui porte : « L'acquisition faite pendant le mariage , à titre de licitation ou *autrement*, de portion d'un , immeuble dont l'un des époux était proprié- , taire *par indivis*, ne forme point un conquêt , , sauf à indemniser la communauté de la somme , qu'elle a fournie pour cette acquisition. »

La disposition de cet article n'est point de droit nouveau. Elle s'était introduite par suite des principes du droit français sur la délation des successions, sur la nature des partages, et sur celle de l'indivision, combinés avec les principes sur la nature de la licitation, empruntés du droit romain, et adoptés en France depuis long-tems.

En droit français, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit de tous les biens, droits et actions du défunt (724); c'est la maxime le mort saisit le vif. Leur propriété remonte au moment même du décès de leur auteur. S'ils sont plusieurs héritiers, tous sont également saisis; et comme la part de chacun ne peut être connue ni déterminée que par le partage, ils demeurent en attendant dans l'indivision, et le droit de chacun d'eux s'étend sur l'universalité, et en même tems sur chaque partie des biens indivis, puisqu'il n'en est aucune à laquelle on puisse dire qu'ils n'aient pas



droit : ils ont donc, suivant notre ancienne maxime, droit au tout et dans toutes les parties du tout : *Totum in toto et totum in quâlibet parte*. En sorte que, quelle que soit la partie qui écherra à chacun d'eux en partage, il n'acquerra point une propriété nouvelle ; le partage ne fera que déterminer l'étendue de son droit antérieur. Il est censé avoir été, dès le moment du décès de l'auteur commun, propriétaire des biens compris dans sa lotie, et, par la même raison, censé n'avoir jamais été propriétaire des autres biens (883). Il n'y a point de mutation dans son titre (1) ; les biens qu'il reçoit étant toujours des biens échus à titre de succession, ne peuvent entrer dans la communauté conjugale (1404),

Si, par la nature des biens, ils ne peuvent se partager commodément, il faut bien en venir à les vendre ou à les liciter, afin d'en partager le prix (827).

Mais si l'un des cohéritiers, marié sous le régime de la communauté, en demeure adjudicataire, ces biens changeront-ils de nature par cette adjudication ? Seront-ils des conquêts de communauté ? Ils le seraient sans doute, comme étant acquis pendant le mariage (1401, n°. 3), si nous n'avions pas adopté depuis long-tems les principes du droit romain sur les licitations. La licita-

---

(1) Au contraire, dans le droit romain, le partage était regardé comme une aliénation : *Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinet placuit. Loi 1, Cod. communia utriusque judicii*, 3. 38.

tion est un acte par lequel des cohéritiers ou d'autres copropriétaires par indivis, qui possèdent des biens communs qu'on ne peut partager, ou qu'ils ne jugent pas à propos de partager, conviennent entre eux que ces biens appartiendront, pour le total, à celui d'entre eux qui les portera à un prix plus élevé, à la charge de donner à chacun des autres, dans ce prix, la part qu'il a dans les biens communs.

Les licitations ayant le même objet que les partages qui se font par une division réelle des biens, *sectione corporum*, c'est-à-dire de faire cesser l'indivision, les Romains les regardèrent comme des actes qui tiennent lieu de partages et qui sont de la même nature. L'action de partage, *familiae erciscundae*, ou *communi dividundo*, avait également pour objet, par sa nature, la division réelle des biens, SECTIONE CORPORUM, et la licitation que le juge pourrait ordonner, même d'office : *Familiae erciscundae judex... potest etiam, licitatione admissâ, uni rem adjudicare. Loi 22, § 1, ff famil. erciscund., 10. 2 (1).*

Partant de ces principes, nos jurisconsultes français donnèrent à la licitation les mêmes effets qu'aux actes de partage, et ils établirent en principe qu'elle n'est pas plus un titre d'acquisition que le partage; qu'elle ne fait, comme lui, que

---

(1) *Junge loi 1, Cod. commun. divid., 3. 57. Voy. aussi le savant Traité de Guyot, sur les licitations, en tête du tom. I de son Traité des fiefs; le Répertoire de jurisprudence, v°. Licitacion; Pothier, Traité de la communauté, n°. 145.*

déterminer les parts que chacun des licitans a dans les biens. La part de celui qui se rend adjudicataire par la licitation est déterminée aux héritages dont il est adjudicataire, à la charge de payer à ses consorts leur part dans le prix, par forme de retour, et les parts de ceux-ci sont déterminées aux portions du prix que leur doit l'adjudicataire; et au moyen de l'effet rétroactif qu'on donne à la licitation comme aux partages, l'adjudicataire est censé propriétaire du total dès le principe, de l'indivision, et n'avoir acquis aucune propriété nouvelle de ses consorts ou copropriétaires, lesquels sont censés remplis aussi, dès le principe du droit indéterminé qu'ils avaient dans les biens communs par les portions du prix que leur doit l'adjudicataire; et n'avoir jamais eu aucune part dans les biens licités (1)..... /

De ces principes, on concluait que la licitation ne donnait point ouverture aux droits seigneuriaux de lods et ventes, et on le décidait ainsi, dans le cas même où les héritages étant susceptibles de division, les copropriétaires jugeaient plus à propos de les liciter, soit que la licitation fût faite en justice, ou à l'amiable par un acte notarié, soit qu'elle fût faite entre les seuls copropriétaires, soit qu'on eût admis des étrangers à surenchérir, pourvu que l'un des copropriétaires demeurât adjudicataire (Pothier, n°. 147); enfin, dans quelques termes que fût conçu l'acte qui

---

(1) Voy. Pothier, *ubi supra*.

faisait cesser l'indivision, quelque nom qu'on lui eût donné, et qu'on l'eût qualifié de vente, par exemple si l'un des copropriétaires vendait à l'autre sa portion indivise dans les biens communs. Pothier, n°. 148.

On concluait des mêmes principes que les biens acquis par licitation étaient des propres, même de succession, s'il s'agissait de la licitation d'une succession indivise, et de communauté, s'il s'agissait de la licitation de biens indivis, acquis à quelque titre que ce fût avant le mariage.

Mais il faut remarquer que pour exempter les actes de licitation des droits seigneuriaux, on distinguait, d'un côté, si les copropriétaires étaient associés *primario et ab initio*, c'est-à-dire dès le principe de l'indivision, tels que les cohéritiers, les coacquéreurs, les deux époux ou leurs héritiers pour les acquêts de communauté; et de l'autre côté, ceux qui n'ont pas un même titre, un titre égal à ceux des autres consorts. Par exemple, un étranger qui a acquis la part d'un des consorts n'a pas un titre égal à ceux des autres consorts originaires : ainsi, lorsqu'il acquérait par licitation les portions de ces derniers, il devait les lods et ventes de cette acquisition, ne pouvant être regardé comme un associé *primario et ab initio* (1).

Ces principes de l'ancienne jurisprudence sur l'effet des licitations ont été consacrés par le Code, et appliqués à l'indivision provenue d'une succes-

---

(1) Voy. Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. II, pag. 237.



sion commune, dans l'art. 883, qui porte : « Cha-  
 » que cohéritier est censé avoir succédé seul et  
 » immédiatement à tous les effets compris dans  
 » son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir  
 » jamais eu la propriété des autres effets de la suc-  
 » cession. »

156. De plus, le Code, dans notre art. 1408, applique ces principes aux communautés conjugales, et les étend à tous les cas où l'un des époux était copropriétaire d'immeubles par indivis, à quelque titre et de quelque manière que ce fût avant le mariage, soit qu'il fût associé *primario et ab initio*, soit qu'il eût ou non un même titre, ou un titre égal à ceux des autres copropriétaires. L'acquisition de leurs portions faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, ne forme point un conquêt, mais un propre, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Cette disposition si générale, si étendue, dispense d'examiner des questions sur lesquelles il s'était autrefois élevé du doute. Il suffit aujourd'hui, pour les résoudre, d'un fait à constater : l'un des époux était-il, avant le mariage, copropriétaire par indivis de l'immeuble acquis depuis pendant le mariage ? L'acquisition ne forme point un conquêt, mais un propre de communauté, sauf récompense. Il n'importe de quelle manière il soit devenu copropriétaire, comme il n'importe aussi de quelle manière l'immeuble soit acquis pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, dit l'art. 1408 ; par exemple à titre de vente,



de donation, etc. Il n'importe pas non plus que la licitation soit faite à l'amiable ou ordonnée par la justice; qu'on ait admis ou non des étrangers à surenchérir, pourvu que l'un des copropriétaires demeure adjudicataire en définitive. C'était un point reconnu dans l'ancienne jurisprudence : *Me obstat*, disait Dumoulin, *quòd extraneus licitator fuerit admissus, quia victus fuit et repulsus; ex quo res remansit socio, et sic idem est et si solum inter socios fuisset licitatio.*

Il est même nécessaire d'appeler des étrangers à surenchérir, toutes les fois qu'il y a des mineurs intéressés à la licitation (1687); ce qui n'a jamais empêché la licitation de produire son effet ordinaire, si un consort des mineurs reste adjudicataire, *quia extraneus victus fuit et repulsus.*

157. Par suite du même principe, si les créanciers de deux cohéritiers avaient saisi les portions indivises de leurs débiteurs dans les immeubles de la succession, on sait que l'art. 2205 du Code leur défend de mettre ces portions saisies en vente avant le partage ou la licitation. Ils la provoquent, et le troisième cohéritier demeure adjudicataire du tout, à la charge de payer les deux tiers du prix aux créanciers de ses consorts. Il nous semble incontestable que les immeubles dont il est demeuré adjudicataire seront, suivant notre article 1408, des propres de sa communauté, sauf récompense. La présence des créanciers saisissants ne peut rien changer à la nature du contrat, puisqu'ils ont été désintéressés et repoussés par le troisième cohéritier demeuré adjudicataire. Cette dé-

cision nous paraît également conforme aux principes de Dumoulin et à ceux du Code.

158. Cependant un auteur très-estimable, M. Bellot des Minières, dans son *Traité du contrat de mariage*, tom. I, pag. 219, prétend que si l'immeuble indivis avait été adjugé *aux époux ou à l'époux, par suite de vente par décret*, il n'y aurait pas lieu à appliquer l'art. 1408. Il ajoute que *la jurisprudence est fixée à cet égard* par un arrêt de cassation, du 24 juillet 1816, et il renvoie encore à un autre de la Cour de Paris, du 2 juin 1818, rapporté, dit-il, par Sirey, tom. XIX, pag. 142.

Nous remarquons qu'en cet endroit, on ne trouve point d'arrêt de la Cour de Paris, du 2 juin 1818, mais un arrêt de la Cour de Metz, du 28 novembre 1817, qui est vraisemblablement celui dont a voulu parler M. Bellot. Or, ce prétendu arrêt de Paris, du 2 juin 1818, ne se trouve pas dans le Recueil de Sirey. Mais loin de fixer la jurisprudence sur la question qui nous occupe, l'arrêt de Metz a seulement jugé que l'immeuble acquis et non payé par la communauté, durant un premier mariage, ne peut, si l'un des époux convole, devenir acquêt de sa seconde communauté, nonobstant la stipulation contraire au second contrat de mariage; que l'immeuble deviendra acquêt de la seconde communauté, si elle paie le prix dû par la première.

La Cour considéra qu'on ne peut admettre que les parties aient eu l'intention, et bien moins encore le pouvoir de faire une stipulation contraire à la disposition de la loi, et d'introduire, à titre

*d'acquêt*, dans une seconde communauté, un immeuble qui formait un conquêt de la première, et dont la qualité et la propriété étaient irrévocablement fixées entre Galler et l'enfant de son premier lit.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1816, nous ne craignons point d'affirmer qu'il n'a ni décidé ; ni voulu décider la question, et par conséquent qu'il ne peut fixer la jurisprudence sur ce point. Mais il ne suffit pas d'opposer une assertion contraire à celle d'un homme aussi distingué que M. Bellot ; il faut en donner la preuve : nous la tirerons de l'espèce et des considérans mêmes de l'arrêt.

Marie-Antoinette de Villiers laissa en mourant trois enfans, qui acceptèrent sa succession sous bénéfice d'inventaire. Ses créanciers saisirent le domaine de Famechon, qui en dépendait ; il fut vendu par adjudication, le 8 mai 1765, et l'un des trois enfans, Honorée de Joyeuse, femme Decvilly, s'en rendit adjudicataire. Son mari étant mort, elle renonça à la communauté. Elle avait cinq enfans, dont plusieurs émigrèrent pendant la révolution. En conséquence, le séquestre fut mis sur leurs biens, comme aussi sur le domaine de Famechon ; mais Honorée de Joyeuse en obtint la main-levée, le 15 avril 1807, par le motif que ce domaine lui était propre.

Cependant, depuis cette main-levée, un sieur Pajot, créancier du sieur Decvilly, saisit le domaine de Famechon, prétendant qu'il était un conquêt de la communauté de ce dernier, parce

qu'ayant été racheté par la dame de Joyeuse, sur vente forcée, il avait perdu sa qualité de propre pour prendre celle de conquêt, auquel Honorée de Joyeuse n'avait aucun droit, parce qu'elle avait renoncé à la communauté.

Mais du Doyon et autres créanciers de cette dernière soutinrent qu'il était propre. L'affaire fut portée au tribunal civil d'Amiens, qui jugea, le 21 juin 1808, que le domaine de Famechon était acquêt, ordonna que la saisie serait continuée, et que l'un des enfans étant encore émigré (les autres avaient été rayés), le préfet serait mis en cause.

Du Doyon interjeta appel de ce jugement, en ce qu'il décidait que le domaine de Famechon était un conquêt, tandis qu'il était un propre d'Honorée de Joyeuse.

Celle-ci étant morte, l'affaire se poursuivit entre Pajot et autres créanciers du sieur Decvilly, les enfans régnicoles, et l'administration des domaines.

Le 21 avril 1809, la Cour d'Amiens rendit un arrêt d'expédient entre les parties présentes, et par défaut contre les défaillantes. Cet arrêt renvoie, avant faire droit, les parties devant le préfet de la Somme, pour procéder au partage de l'immeuble indivis, entre l'Etat, représentant un émigré, et les régnicoles.

Le partage fut fait. Deux lots furent formés et vendus. La dame de la Barre acquit de l'administration le lot échu à l'Etat, et l'autre lot des héritiers régnicoles.



Il ne restait donc plus qu'à partager le prix des ventes entre le sieur Pujot, les autres créanciers du sieur d'Ecvilly, et ceux d'Honorée de Joyeuse. L'ordre avait été ouvert par le sieur Pujot ; mais les enfans d'Amable - Charles d'Ecvilly interjetèrent appel du jugement du 21 juin 1808, et formèrent opposition aux autres, en qualité de créanciers, et d'héritiers bénéficiaires d'Honorée de Joyeuse, veuve d'Ecvilly, leur aïeule.

La dame de la Barre et le sieur Pujot opposèrent un déclinatoire et demandèrent leur renvoi devant l'administration, sur le motif que l'appel et la tierce opposition, tendant à anéantir les arrêts du préfet de la Somme, qui avait approuvé le partage et les ventes, les tribunaux n'en pouvaient connaître. Ils soutinrent au fond que le domaine de Famechon n'était pas un propre d'Honorée de Joyeuse, mais un conquêt de communauté auquel elle n'avait aucun droit.

Le 3 mars 1815, arrêt de la Cour d'Amiens qui écarte le déclinatoire, sous prétexte que les appelans consentaient à laisser subsister la vente, et n'élevaient de prétention que sur le prix ; déclare au fond le domaine de Famechon propre d'Honorée de Joyeuse, et ordonne que le prix en sera distribué exclusivement aux créanciers de cette dernière.

Cet arrêt fut déféré à la censure de la Cour de cassation, et M. le procureur général, qui porta la parole en cette affaire, la réduisit à deux points :

1°. La terre de Famechon était-elle un conquêt



de communauté, ou un propre d'Honorée de Joyeuse?

2°. Quand elle eût été propre, les actes administratifs en vertu desquels elle avait été partagée et vendue, n'empêchaient-ils pas les tribunaux d'attribuer tout le prix des adjudications aux créanciers d'Honorée de Joyeuse?

La première question devait être résolue par les principes de l'ancienne jurisprudence : c'était, comme en convenait M. le procureur général, une question transitoire, dont la grande difficulté consistait en ce que le débiteur saisi ne cesse pas d'être propriétaire; que les créanciers n'ont qu'un droit d'hypothèque, et ne font que provoquer la vente; que la fonction du juge qui interpose son autorité, se borne à suppléer le consentement du débiteur, et qu'ainsi la vente judiciaire a le même effet que la vente volontaire : d'où l'on conclut que puisque l'immeuble n'est pas sorti des mains de l'héritier, il n'a pas cessé de conserver la nature de propre.

Néanmoins, disait M. le procureur général, ce système fut repoussé par trois arrêts rendus en 1696 et 1662; mais il ajoutait que ce même système avait été accueilli par des arrêts plus récents, et soutenu par plusieurs auteurs cités dans l'ancien Répertoire, v°. *Quint*.

M. le procureur général convenait que la saisie n'enlève point au débiteur la propriété des biens qui sont sous la main de la justice; qu'il en demeure toujours propriétaire, et que cette théorie était admise par les art. 692 et 693 du Code de

procédure. Cependant il déclara préférer l'ancienne jurisprudence, parce que, disait-il, il y avait, en ce cas, novation dans la propriété et intervention dans le titre.

Pour les partages et la liquidation, on décidait que le bien ne changeait pas de nature, parce que la licitation ne faisait qu'ôter l'indivis entre les cohéritiers, dit Renusson; l'héritier acquérait *jure familiæ et titulo successionis*. Peut-on en dire autant de l'héritier sur qui on vend un immeuble, et qui se rend adjudicataire? Ne voit-on pas deux personnes en lui, le vendeur et l'acquéreur, et quand la vente est faite, que lui reste-t-il de son ancien titre?

Néanmoins, comme il existait, selon M. le procureur général, deux jurisprudences sur cette question, et qu'il ne s'agissait que *d'une question transitoire*, il pensa que l'arrêt d'Amiens ne pouvait être cassé pour avoir jugé propre la terre de Famechon, et que la Cour de cassation ferait plus sagement de *n'approuver ni improuver* la décision de la Cour d'Amiens sur ce point, et de laisser à une autre Cour toute la latitude dont la question est susceptible, en cassant par un autre motif. Il prouva ensuite que le second moyen de cassation était fondé (1). La Cour suivit ces conclusions; elle cassa l'arrêt par la seule considération qu'il avait violé les lois qui défendent aux

---

(1) Sirey, tom. XVI, pag. 406, où se trouve rapporté le discours de M. le procureur général.

tribunaux de porter atteinte aux actes faits par l'administration, et elle déclara que l'admission de ce moyen dispensait de s'occuper des autres.

Il est donc incontestable que, dans l'arrêt du 24 juillet 1816, la Cour suprême ne prononça ni ne voulut prononcer sur la question, et que, par conséquent, il ne peut avoir fixé la jurisprudence; d'ailleurs, il s'agissait de savoir comment elle devait être résolue sous l'empire des coutumes. Voyons comment elle doit l'être sous l'empire du Code.

M. Bellot prétend que si l'immeuble indivis a été adjugé à l'époux propriétaire, *par suite de vente par décret*; si, par exemple, l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire du bien indivis saisi réellement, cette acquisition formera un conquêt, parce que, dit-il, l'adjudication et la licitation sont très-distinctes. Dans la licitation l'héritier agit comme héritier; le bien passe entre ses mains *jure familiæ et titulo successionis*; dans la vente par décret, l'héritier qui acquiert aux enchères ne diffère en rien des autres enchérisseurs.

Non, sans doute, il n'en diffère pas comme enchérisseur; mais ces enchérisseurs étrangers qu'il a écartés et repoussés ne lui ont point enlevé son titre d'héritier, *quia victi sunt et repulsi*, dit Dumoulin. Il ne l'a point perdu, ce titre; il n'a fait que libérer les immeubles de la succession d'une créance à laquelle ils étaient affectés. M. Bellot reproduit ici, sous le droit nouveau, un raisonnement que M. le procureur général, dans le plaidoyer que nous venons d'analyser, croyait con-

forme aux règles de l'ancien droit coutumier, où les principes sur les *propres*, qui étaient soumis au retrait lignager, *jure familiæ*, avaient tant d'influence. Mais quelle que fût l'opinion définitive de ce magistrat, sur la question de savoir si l'immeuble dont un héritier bénéficiaire s'était rendu adjudicataire, conservait la nature de propre, les auteurs, sous l'ancien droit, les plus savans et les plus suivis, Henrys, Bretonnier, Guyot, Valin, le président de Lamoignon même, dont l'autorité est si imposante, tiennent pour certain que l'adjudication faite par décret aux enfans, héritiers bénéficiaires, ne changeait rien, ni à leur qualité personnelle, ni à la nature des biens, parce que, encore qu'ils acquièrent par décret, c'est plutôt pour se conserver ce qu'ils ont, que pour acquérir de nouveau quelque chose. Ils se maintiennent dans leur possession, plutôt qu'ils n'en acquièrent une nouvelle; le décret leur conserve la chose plutôt qu'il ne la leur donne. Les auteurs de l'ancien Répertoire, où la question est profondément traitée, *v. Quint*, § 6, enseignent que cette jurisprudence était constante dans tous les Parlemens, et Guyot, qu'ils citent, dit qu'un arrêt du 2 août 1750, a jugé que le bien ainsi acquis était propre pour le tout.

159. Mais il ne s'agit plus d'examiner comment la question devait être résolue sous l'ancien droit; mais comment elle doit l'être sous l'empire du Code, et si les biens indivis, saisis réellement sur les copropriétaires, dont l'un d'eux se rend adjudicataire durant son mariage, sont propres ou



conquêts de communauté. Or, il ne nous paraît pas douteux qu'ils sont propres, *sauf récompense*, conformément à la disposition de l'art. 1408, qui n'est fondée ni sur le droit de famille, ni sur le titre d'héritier; mais ce qu'il faut bien remarquer, sur le seul fait de l'indivision des immeubles antérieure au mariage : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble, dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt, etc. »

Le fait de l'indivision suffit donc pour faire l'application de cet article. Il ne recherche ni l'origine, ni la cause de l'indivision, ni la manière dont l'époux est devenu copropriétaire avant le mariage. Il ne considère ni le droit de famille, ni le titre de succession. Il ne considère, encore une fois, que le fait de l'indivision. Il paraît que le Code n'a eu d'autre but que celui de la faire cesser absolument et pour toujours; ce qui n'arriverait point, si les portions de l'immeuble indivis avant le mariage, acquises depuis, formaient un conquêt et non pas un propre de communauté, puisqu'à sa dissolution elles se trouveraient encore indivises entre le survivant des conjoints et les héritiers du prédécédé.

Le Code ne recherche pas davantage comment les portions de l'immeuble indivis ont été acquises pendant le mariage, soit à titre de licitation ou autrement. Il suffit que l'immeuble fût encore indivis au moment de l'acquisition. Or, il est certain, et il est reconnu, que la saisie immobilière



ne dessaisit point celui sur qui elle est faite, de la propriété de l'immeuble saisi. L'époux dont l'immeuble indivis a été saisi, en est donc encore copropriétaire au moment où il acquiert, par adjudication, les portions de ses consorts indivises avec la sienne. L'art. 1408 est donc, ce nous semble, incontestablement applicable à ce cas, de même qu'à toute autre acquisition d'un immeuble indivis, et les portions ainsi acquises sont propres. L'opinion contraire conduirait à dire que la portion même de l'époux copropriétaire est un conquêt, quoiqu'il n'ait pas été dessaisi un seul instant de sa propriété, ni avant, ni au moment de l'adjudication, puisqu'il a écarté les enchérisseurs étrangers.

Mais, dit M. Bellot, la vente par adjudication ne peut faire des propres, puisque la vente volontaire ne peut pas en faire; car, si un père vend à son fils, l'héritage vendu est acquêt en la personne du fils, comme s'il l'eût acheté d'un étranger.

Oui, sans doute, parce que cet immeuble n'était pas indivis entre le père vendeur, et le fils acquéreur; car, s'il l'avait été, l'acquisition de la portion du père, par une vente volontaire, eût formé un propre de communauté, de la même manière que si la vente avait été faite par un étranger. C'est ce qu'enseigne l'auteur lui-même, quelques lignes plus haut, pag. 219.

160. La seconde disposition de l'art. 1408 fait bien clairement voir que ce n'est plus, comme sous l'empire des coutumes, la conservation des

biens dans les familles que le Code a eue en vue dans cet article; en déclarant que l'acquisition faite pendant le mariage, des portions d'un immeuble, dont l'un des conjoints était auparavant copropriétaire par indivis, forme des propres de communauté. Il porte : « Dans le cas où le mari » deviendrait seul, et *en son nom personnel*, acqué- » reur ou adjudicataire de portion ou de la tota- » lité d'un immeuble appartenant par indivis à la » femme, celle-ci, lors de la dissolution de la » communauté, a le choix, ou d'abandonner l'es- » fet à la communauté, laquelle devient alors dé- » bitrice, envers la femme, de la portion apparte- » nant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'im- » meuble, en remboursant à la communauté le » prix de l'acquisition. »

Si, d'après ce que nous avons dit, on pouvait encore douter que le Code n'a d'autre but, dans l'art. 1408, que de faire cesser l'indivision absolument et pour toujours, et qu'il ne considère en rien le droit de famille, le titre de succession, cette dernière disposition suffirait pour le démontrer, sur-tout en la comparant aux dispositions des coutumes sur le retrait du *mi-denier*, en vertu duquel si, durant le mariage, il était acquis des immeubles enramagés dans la ligne de l'un ou de l'autre des époux, le survivant, si les biens étaient dans sa ligne, et, dans le cas contraire, les héritiers du prédécédé, pouvaient retirer les immeubles enramagés dans la ligne de ce dernier, en payant le *mi-denier*, c'est-à-dire la moitié du prix qu'il avait coûté, ou la totalité, si le retrait

était fait par la femme ou par ses héritiers renonçans à la communauté<sup>(1)</sup>. Ainsi; supposons que les conjoints eussent acquis, de l'un des parens de la femme, un immeuble pour la somme de 20,000<sup>f</sup>, payée pendant le mariage; le mari venant à mourir, la femme pouvait retirer l'immeuble, en payant 10,000<sup>f</sup> à ses héritiers, si elle acceptait la communauté, et 20,000<sup>f</sup>, si elle y renonçait.

161. Ce retrait du mi-denier n'était, de même que tous les retraits lignagers, dont il n'était qu'une espèce, fondé, comme on le voit, que sur le grand vœu des coutumes, la conservation des biens dans les familles. Ce retrait était donc admis, quoique les biens acquis pendant le mariage ne fussent pas indivis avec celui des conjoints, dans le lignage de qui l'acquêt avait été fait; et comme c'était un droit de famille, il était admis *jure familiæ*, tant en faveur du mari que de la femme ou de leurs héritiers, et les parens du vendeur, dans le même degré que le conjoint lignager, étaient admis à concourir avec lui à ce retrait.

Le Code a rejeté ce retrait du mi-denier, qui n'a plus de fondement dans l'esprit de notre nouvelle législation; mais il admet, dans la dernière disposition de notre art. 1408, en faveur de la femme seulement, et non du mari, une espèce de retrait

---

(1) Voy. les art. 319 et suiv. de la Coutume de Bretagne; Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. VI, pag. 167 et suiv.; l'art. 157 de la Coutume de Paris, et les commentateurs; Pothier, Traité des retraits, nos. 488 et suiv.

qu'on pourrait appeler retrait *d'indivision*, puisqu'il est fondé uniquement sur ce que les biens étaient indivis avec la femme. Le but de ce retrait est de prévenir le double abus que le mari pourrait faire de la puissance maritale ; d'un côté, en ne permettant pas à la femme d'acquérir pour elle-même, afin de faire seul, en son nom personnel, l'acquisition avantageuse des portions, ou même de la totalité, d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, acquisition qui deviendrait un conquêt de communauté, divisible par moitié lors de la dissolution du mariage ; d'un autre côté, en acquérant à un prix trop élevé les biens indivis à la convenance de son épouse, qui se trouverait obligée de tenir compte à la communauté de ce prix excessif à la dissolution du mariage.

C'est pour prévenir ces abus qu'après avoir, dans une première disposition, décidé que l'acquisition faite pendant le mariage des portions d'un immeuble, dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt, l'art. 1408 ajoute, dans une seconde disposition, que si le mari devient seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution du mariage, a le choix, ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice, envers la femme, de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. Il est clair que cette option, ou ce retrait, quoi-



qu'ayant le même effet que le retrait du mi-denier, n'est pas fondé, comme ce dernier, sur le droit de famille, mais sur le seul fait de l'indivision de l'immeuble.

162. Ce retrait d'indivision, qui n'existait point dans nos anciennes coutumes, simplifie beaucoup la jurisprudence dans le point qui nous occupe, et résout des difficultés que Pothier lui-même n'a pas heureusement résolues par les principes de la licitation. Il dit, n°. 150 du *Traité de la communauté*, que lorsqu'un cohéritier de ma femme me vend sa portion de tel héritage, indivis avec elle, si je prends dans l'acte la qualité de mari, tant qu'elle ne me désavoue pas, cet acte est censé n'être qu'un acte tenant lieu du partage qui était à faire entre elle et ce cohéritier. La qualité de mari que j'ai prise dans l'acte, fait connaître que ce n'est pas en mon nom propre, mais en qualité de mari, et par conséquent pour ma femme, que j'ai traité avec son cohéritier.

Soit : quoique le mari n'ait pas qualité pour faire ce partage, la ratification tacite de la femme couvre le défaut de pouvoir du mari, qu'elle seule peut opposer.

Pothier propose un second cas, n°. 151 : « S'il est dit simplement qu'un tel a vendu sa portion indivise qu'il a dans un tel héritage qui lui est commun avec la femme dudit tel, cet acte doit-il passer comme un acte tenant lieu du partage que je fais pour ma femme avec les cohéritiers de ma femme ? »

» Pour la négative, on peut dire que n'étant pas



» dit par l'acte que j'y parais au nom de ma femme,  
 » ni même en qualité de son mari, je suis censé  
 » y paraître en mon seul, propre et privé nom, et  
 » par conséquent acheter véritablement pour moi  
 » la portion du cohéritier de ma femme. »

Néanmoins *j'inclinerais* à dire, ajoute Pothier, qu'on doit *présumer* que c'est en qualité de mari, plutôt qu'en mon seul et privé nom, que j'ai traité dans cet acte avec le cohéritier de ma femme, parce que la qualité de mari et administrateur des biens et affaires de ma femme, doit faire facilement présumer que dans un acte qui tend à faire cesser l'indivision qui était entre elle et son cohéritier, je doive être censé y avoir traité en qualité de mari.

Mais cette présomption, proposée par Pothier, ne pourrait servir de règle aux tribunaux qu'autant qu'elle serait établie par la loi. Or, le moyen d'ériger en présomption légale une présomption fondée sur des conjectures aussi faibles, qui peuvent même être détruites en certaines circonstances par des conjectures plus fortes? Comment l'admettre dans le cas où le mari aurait acquis sans qu'il fût dit, dans le contrat, que le vendeur était cohéritier de la femme, ni même que l'héritage était indivis avec elle?

Les sages rédacteurs du Code ont senti l'imperfection de la doctrine de Pothier; ils ne l'ont point admise; ils ont fait mieux, en donnant dans tous les cas à la femme le choix de retirer l'immeuble ou de l'abandonner à la communauté, de quelque manière que le mari l'eût acquis.

163. Mais ce n'est qu'à la femme qu'est accordée cette option.

Ainsi, le mari qui aurait acquis tout ou partie de l'immeuble, dont il était copropriétaire par indivis, ne pourrait l'abandonner à la communauté comme conquêt, pour se soustraire à l'indemnité, en cas que l'immeuble eût péri ou eût été détérioré par cas fortuit. Il était son propre, de même que les autres immeubles qu'il possédait avant son mariage; et si le prix n'en avait pas été payé pendant le mariage, il serait, lors de sa dissolution, dû par le mari seul, ou par ses héritiers, quand même la femme eût comparu au contrat d'acquisition ou d'adjudication, quand même l'immeuble eût péri par cas fortuit.

164. Il en serait de même si l'acquisition d'un immeuble, dont la femme était copropriétaire, était faite en son nom sous l'autorisation de son mari; le bien acquis lui serait irrévocablement propre, de même que les autres immeubles qu'elle possédait avant son mariage, et elle ne pourrait, lors de la dissolution du mariage, l'abandonner pour demeurer quitte de l'indemnité due à la communauté, quand même l'immeuble aurait péri, ou se trouverait détérioré par cas fortuit ou force majeure.

165. Mais si l'acquisition d'un immeuble, dont la femme était copropriétaire par indivis, est faite dans le nom commun du mari et de la femme, sans exprimer que l'acquisition est pour le compte personnel de cette dernière, l'immeuble sera-t-il propre de la femme, ou conquêt de communauté?

té? (1) La femme pourra-t-elle le retirer lors de la dissolution du mariage?

On ne peut pas dire que cet immeuble soit irrévocablement un propre de la femme, puisqu'elle ne l'a point accepté pour tel, ni expressément ni tacitement; elle n'a fait que concourir par complaisance à une acquisition commune, à laquelle sa présence ou son concours n'étaient nullement nécessaires. Or il faut, pour lui rendre un immeuble irrévocablement propre, une acceptation formelle de sa part, comme il en faut une, aux termes de l'art. 1435, pour lui rendre propre l'acquisition faite pour lui servir de remploi de ses propres aliénés. On ne pourra donc, lors de la dissolution du mariage, contraindre la femme de prendre comme propre l'immeuble ainsi acquis, à la charge d'indemniser la communauté du prix qu'elle a payé.

166. Mais pourra-t-elle retirer l'immeuble, si elle le juge à propos, en vertu de la deuxième disposition de l'art. 1408? Nous ne le pensons pas, parce que le retrait ne lui est accordé que sur les immeubles acquis par *le mari seul, et dans son nom personnel*. L'immeuble demeurera donc *conquêt*, et le mari pourra en disposer sans le consentement de la femme, de même que de tous les autres conquêts. La femme ne peut s'en plaindre; car elle

---

(1) Pothier, n°. 152, croit qu'il sera propre, et pense que quoiqu'il le mari ait traité en son propre nom, l'acte peut néanmoins passer pour n'être qu'un acte qui tenait lieu du partage qui était à faire dans l'héritage.

pouvait refuser de concourir à l'acquisition, et si ce refus n'avait pas empêché le mari d'acquérir seul, et en son nom personnel, la femme eût conservé l'option à elle décernée par l'art. 1408, dont son concours volontaire à l'acquisition l'a privée; car enfin, il faut bien que ce concours produise quelque effet. Aussi, l'art. 1408 n'accorde le retrait à la femme que dans le cas où le mari serait devenu seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire.

Si, sur le refus de la femme de concourir à l'acquisition, le mari déclarait, dans le contrat, acquérir ou se rendre adjudicataire, pour tenir lieu de propre à sa femme copropriétaire par indivis, elle ne serait par liée par cette déclaration, si elle ne l'avait pas, dans la suite, formellement acceptée (1455) : elle pourrait donc laisser l'immeuble dans la communauté.

167. L'art. 1408 dit qu'en cas d'abandon par la femme de l'immeuble dont elle était propriétaire par indivis, et qui a été acquis pendant le mariage, la communauté devient débitrice envers la femme de la portion du prix appartenant à celle-ci.

Cette disposition s'applique au cas où la portion indivise de la femme a été mise en adjudication avec les autres portions; car il ne lui serait rien dû si le mari avait seulement acquis les portions des consorts de sa femme. Celle-ci conserverait alors la sienne en nature, sauf à partager l'immeuble avec les héritiers du mari, si elle renonçait.

168. On a remarqué que le Code n'a fixé aucun délai dans lequel la veuve doive faire son option



ou son retrait, comme les coutumes l'avaient fait pour l'exercice du retrait du mi-denier. C'est une lacune peu importante, dans le cas où elle accepte la communauté : il nous semble qu'alors elle doit faire son option avant de partager, en formant son action de partage, ou du moins au moment du partage ; elle ne le pourrait plus après, parce que le partage, dans lequel elle aurait laissé entrer l'immeuble, contiendrait une véritable option, quoique tacite.

Si elle renonce à la communauté, elle peut faire son option pendant tout le tems que les lois lui accordent pour former son action en règlement de ses droits, c'est-à-dire pendant trente ans.

169. Mais on demande si ce droit est personnel à la femme, ou s'il passera à ses héritiers, en cas qu'elle prédécède ?

La raison de douter est que l'art. 1408 ne parle point des héritiers. Ce n'est qu'à la femme qu'il accorde le *retrait* exorbitant du droit commun, et qu'on ne doit pas facilement étendre d'une personne à l'autre ; car il est contre l'esprit du Code d'étendre d'une personne à l'autre les stipulations favorables à la femme, lorsqu'elles ne sont pas conformes aux dispositions générales de la loi. Ainsi, la faculté accordée à la femme, par contrat de mariage, de reprendre le mobilier qu'elle a apporté en se mariant, ne s'étend point à ses enfans ; si elle est accordée à la femme et aux enfans, elle ne s'étend point aux héritiers ascendans ou collatéraux. (1514).

La réponse nous paraît être que l'art. 1514 parle



d'une stipulation conventionnelle, contraire au droit ordinaire de la communauté légale, et qu'on ne peut, par conséquent, étendre à une disposition faite pour cette communauté; que si l'article 1408 garde le silence sur les héritiers, l'art. 724 déclare en général les héritiers légitimes saisis de plein droit *des droits et actions* du défunt; qu'ainsi le retrait d'indivision, accordé à la femme par la loi, doit passer à ses héritiers, d'autant plus qu'il y a pour le leur accorder le même motif qui l'a fait établir en faveur de la femme, celui d'empêcher l'abus que le mari pourrait faire de sa puissance; abus dont l'effet retomberait sur les héritiers de la femme, si on ne leur accordait pas, ainsi qu'à elle, le retrait d'indivision.

Mais ce même motif ne pouvant exister lorsque le mari acquiert ou se fait adjuger, en partie ou en totalité, les immeubles qu'il possédait par indivis avant le mariage, l'option de les abandonner à la communauté ou de les retirer ne lui est point accordée. Ces immeubles ainsi acquis lui demeurent irrévocablement propres, à la charge de l'indemnité due à la communauté si la femme accepte, et ce, quand même ces immeubles auraient péri par cas fortuit ou force majeure. Il ne peut s'en plaindre; il était libre de faire ou de ne pas faire l'acquisition.

170. L'option de la femme ne devant être faite qu'à la dissolution du mariage, le mari peut-il en attendant vendre les immeubles soumis au retrait de son épouse, comme il peut vendre les conquêts de communauté? La négative ne nous pa-

rait pas douteuse. Ce serait priver la femme du droit d'opter que la loi lui accorde. Si même le mari hypothéquait les immeubles, l'option de la femme, pour le retrait, ferait évanouir l'hypothèque, et si la femme renonçait à la communauté, le créancier, à qui le mari avait hypothéqué ces immeubles, n'aurait aucune action contre elle.

171. Nous venons de voir qu'en plusieurs cas, des immeubles acquis pendant le mariage sont néanmoins, par exception, exclus de la communauté : il y a au contraire un cas unique, il est vrai, où des immeubles acquis par l'un des conjoints avant le mariage entrent dans la communauté, quoiqu'elle n'existât pas lors de leur acquisition. « Si l'un des époux, dit la seconde disposition de l'art. 1404, avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'en ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle sera réglée suivant les conventions. »

Cette disposition est de droit nouveau. Avant le Code il n'y avait dans notre ancien droit français, ni texte de coutume, ni jurisprudence constante et uniforme sur ce point : on citait des arrêts pour et contre (1). Quant aux opinions des au-

---

(1) Voy. Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 1, chap. 4, n<sup>os</sup> 8 et 9; Boncheul sur Poitou, art. 229, n<sup>o</sup> 6.

leurs, ils n'étaient point d'accord ; ils s'accordaient à dire qu'il serait contraire à tous les principes de regarder comme acquêt de communauté un immeuble acquis avant qu'elle existât ; mais aussi tous convenaient que, lorsque les futurs, par leur contrat de mariage, ont établi la communauté de biens, ils sont censés, en n'excluant aucune partie de leur mobilier par une stipulation, être tacitement convenus qu'il entrerait dans la communauté, et que, par conséquent, si l'un d'eux, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, convertissait une partie de son mobilier en acquisition d'immeubles qui n'entreront pas en communauté, puisqu'ils sont acquis avant le mariage, il manquerait à sa promesse et devrait récompensé à la communauté du montant de ce mobilier converti en immeubles, sans quoi il contreviendrait à la convention tacite d'apporter tout son mobilier à la communauté. On pensait donc assez généralement que si l'immeuble était propre, comme acquis avant le mariage, il était dû une récompense ou un dédommagement du prix et des loyaux coûts (1) par celui qui avait fait l'acquisition, soit qu'il les eût payés avant ou après le mariage, *ne illudatur alterutri conjugum* ; et Lebrun, en rapportant l'arrêt du 15 octobre 1677, qui jugea que l'héritage ainsi acquis était conquêt, ajoute que « cela fut volontiers jugé par forme de dédom-

---

(1) Voy. Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. V, pag. 83.

» magement ; car encore une fois, la communauté  
» n'a lieu que du jour de la célébration. »

L'art. 1404 a tranché la difficulté, en faisant entrer en communauté l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage.

Mais ce n'est aussi que par forme de dédommagement, car cette disposition est diamétralement contraire au droit commun et à toutes les autres dispositions du Code, qui ne font commencer la communauté qu'au jour de la célébration du mariage, sans qu'il soit permis de la faire commencer auparavant, même par stipulation expresse. (1399).

Il en résulte que cette disposition n'est susceptible d'aucune extension, et doit être renfermée dans son cas précis. On ne doit donc pas l'étendre au cas où n'y ayant point de contrat de mariage, l'un des futurs fait des acquisitions peu de jours avant, la veille même de la célébration, quand même tous les préliminaires du mariage, tels que les bannies ou publications, auraient été faites. Le Code exige qu'il y ait un *contrat de mariage contenant stipulation de communauté*, parce que ce n'est qu'alors qu'il y a convention tacite d'apporter à cette communauté tout le mobilier que les conjoints possédaient au jour du contrat. Jusqu'à l'époque du contrat, ou à défaut de contrat, jusqu'à celle de la célébration, les futurs sont libres de changer les conditions de leur association conjugale.

L'art. 1414 garde le silence sur le cas où l'un



des futurs vend des immeubles dans l'intervalle de la célébration du mariage. Il ne faut donc pas appliquer à ce cas sa disposition par analogie ; le prix de l'immeuble vendu entre incontestablement dans la communauté (1). Le futur ne trompe personne en dénaturant ses immeubles, et en recevant à la place des meubles ou de l'argent qui entrent dans la communauté, au lieu qu'en convertissant son mobilier en immeubles, il tromperait l'autre conjoint, si ces immeubles n'entraient pas en communauté, ou s'il n'en donnait pas récompense.

172. Il nous reste à parler du cas où il y a du doute sur la qualité de propre ou de conquêt d'un immeuble qui se trouve, à la dissolution du mariage, confondu parmi les biens communs, sans qu'on sache s'il appartient à l'un ou à l'autre des conjoints, ou bien à la communauté, parce qu'on n'a pas trouvé le titre de son acquisition. L'art. 1402 tranche le doute, en consacrant une présomption admise dans notre ancienne jurisprudence. Il porte : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. »

Cette présomption est en effet conforme à la raison. Quand deux personnes vivent en communauté, si l'une d'elles prétend s'approprier exclu-

---

(1) Pothier, Traité de la communauté, n°. 77.



Il est donc certain qu'en composant la communauté légale, l'ancienne jurisprudence n'avait suivi pour règle d'exclusion que le droit de propriété, et qu'elle n'en excluait irrévocablement que les immeubles dont l'un des conjoints était propriétaire.

A cette règle ancienne et naturelle, le Code en ajoute une autre très-simple, qui prévient en grande partie les difficultés que peut faire naître la règle du droit de propriété; c'est le fait d'une possession *pro suo* de la part de l'un des époux antérieurement au mariage. « Les immeubles que » les époux possèdent au jour de la célébration du » mariage..... n'entrent point en communauté, » dit l'art. 1404. » Il n'exige rien de plus, et rien n'est plus sage que cette disposition. Les époux qui ont trouvé au jour de la célébration du mariage l'un d'eux en possession d'un héritage, n'ont pas dû compter que cet héritage entrerait un jour dans leur communauté, si l'on découvrait qu'il n'en était pas propriétaire. Le Code prend, avec raison, pour point de départ, l'instant précis de la célébration du mariage : il prend et laisse les choses dans l'état où elles sont à cette époque. Tous les immeubles que les époux *possèdent* en ce moment n'entrent point en communauté. Vainement dirait-on, vainement prouverait-on que l'un des époux

---

*paratus est, et probare quod olim litiganti conjugii jus in re non erat factum, ut veluti emptione quesitum pro dñiduo consequatur, admittendus erit? et hoc probato, consequi debet veluti acquiescens quidquid ficta lis, aut judicatum non vocato consorte per sententiam attulerit litiganti.*

n'avait pas la propriété de tel immeuble qu'il possède. Qu'importe cela à la communauté? C'est une question qui lui est étrangère, et qui ne peut intéresser que l'époux possesseur et le prétendu propriétaire. De quelque manière qu'ils s'arrangent ensemble, l'héritage n'en restera pas moins exclus de la communauté, où il n'est point entré au jour de la célébration du mariage; seulement, si l'époux possesseur prend, dans la masse commune, des sommes plus ou moins considérables pour conserver sa possession, et obtenir le désistement des prétentions de son adversaire, il en devra la récompense. La communauté n'a donc rien à perdre en aucun cas, et c'est ce qui prouve la sagesse de la nouvelle règle ajoutée à l'ancienne par l'article 1404. Cette disposition perfectionne l'ancienne jurisprudence.

174. C'est faute d'avoir fait attention à cette nouvelle règle que M. Delvincourt s'est égaré, en suivant les principes de l'ancienne jurisprudence. Il demande, tom. III, pag. 245, « si l'on conteste » à l'époux la propriété de l'immeuble *qu'il possédait au moment du mariage*, et qu'il parvienne » à le conserver en transigeant, l'immeuble sera-t-il propre ou conquêt? Je pense, répond-il, » que c'est une question de fait qui doit être jugée » d'après les circonstances. Si, par exemple, la » somme payée par l'époux est modique, comparative- » ment à la valeur de l'immeuble, l'on pensera qu'il était fondé à retenir l'immeuble, et » qu'il a transigé uniquement pour éviter un procès. L'immeuble restera donc propre dans sa

» main ; dans le cas contraire, il pourra être déclaré conquêt. »

Cette opinion de M. Delvincourt est manifestement fondée sur ce que l'époux qui donne, pour conserver l'héritage, une somme très-considérable, comparativement à sa valeur réelle, est présumé reconnaître qu'il n'en avait pas la propriété, et par conséquent qu'il ne lui était pas propre, suivant la règle ancienne ; mais cette présomption, qui n'est au reste qu'une simple présomption de l'homme, vient échouer aujourd'hui contre la nouvelle règle ajoutée à l'ancienne par l'article 1404. « Tous les immeubles que possèdent les » conjoints, au jour de la célébration du mariage, » n'entrent point en communauté. » Ainsi, le fait seul de la possession de l'immeuble au jour du mariage, indépendamment de toute autre considération, l'exclut irrévocablement de la communauté, et avec bien de la raison, parce que les époux n'ont pas dû s'attendre à y voir entrer un immeuble possédé par l'un d'eux avant le mariage ; et l'arrêt qui jugerait conquêt de communauté, un héritage possédé par l'un des époux avant le mariage, uniquement par le motif que la somme que l'époux possesseur a donnée pour le conserver par transaction, fait présumer qu'il n'en était pas propriétaire, serait infailliblement cassé pour violation de la disposition de l'art. 1404, et pour excès de pouvoir.

175. Notre règle nouvelle prévient des discussions subtiles qui pouvaient s'élever sous l'ancienne jurisprudence ; elle doit changer aussi quel-

ques décisions données par nos meilleurs auteurs, sur certaines questions, et les motifs d'en décider d'autres : en voici des exemples tirés de Pothier :

176. Si, avant le mariage, l'un des époux avait acquis un immeuble d'un tiers qui le lui a vendu et livré, faisant et agissant dans le nom du véritable propriétaire, mais sans procuration de sa part, l'immeuble lui sera propre, si le propriétaire ratifie, quoique la ratification soit postérieure au mariage ; car la ratification comparée au mandat, dit Pothier, n°. 161, aura un effet rétroactif : *Ratihabitio mandato æquiparatur, ou qui mandat ipse, fecisse videtur.*

Rien de plus juste que cette décision, qui est une conséquence de l'ancienne règle ; mais il faut remarquer que la disposition de l'art. 1404 y ajoute une nouvelle force et un nouveau motif de décider ; car dès là que l'époux possédait l'héritage *pro suo*, au jour de la célébration du mariage, l'héritage lui était propre, et la ratification du propriétaire n'était point nécessaire pour l'exclure de la communauté. C'était un acte passé entre le propriétaire et l'époux possesseur ; un acte étranger à l'autre époux, et qui ne pouvait ni lui profiter ni lui nuire (1).

Il ne faut donc plus suivre aujourd'hui la déci-

---

(1) Voy. ci-après n°. 182, où nous examinons l'effet de la vente du bien d'autrui, faite par un tiers avant le mariage, mais dont l'époux acquéreur n'est entré en possession que depuis le mariage.



sion donnée par le même Pothier, n°. 162, dans l'espèce suivante : Si le tiers qui m'a vendu et livré le bien d'autrui, avant mon mariage, me l'a vendu dans son nom propre, et comme lui appartenant, et que depuis mon mariage le propriétaire ait consenti à m'en laisser la possession et la propriété pour une somme égale, supérieure ou même inférieure à celle que j'ai payée au tiers vendeur, l'héritage, dit Pothier, sera un véritable acquêt de communauté, car la convention intervenue entre le propriétaire et moi, n'est pas une confirmation de la vente ; c'est une nouvelle vente, laquelle devient mon seul et véritable titre.

Cette décision était parfaitement juste, conformément aux principes de l'ancienne jurisprudence. Dès lors qu'il était prouvé que l'héritage n'appartenait pas à l'époux possesseur qui l'avait, depuis le mariage, acquis du propriétaire par un acte qui avait tous les caractères d'une vente, et qui devenait, comme dit Pothier, son seul et véritable titre, l'héritage ne pouvait être considéré que comme un conquêt de communauté, parce qu'il n'existait pas de titre pour l'en exclure.

Mais il en est autrement sous l'empire du Code. Avant d'acheter l'héritage du propriétaire, l'époux en avait de fait la possession *pro suo*, au jour de la célébration du mariage : dès lors, cet héritage était exclus de la communauté, quelque chose qui arrivât depuis. Par la disposition de l'art. 1404, les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage *n'entrent point dans la communauté*. Cette disposition n'a pas moins



de force sous l'empire du Code, que n'en eût eu sous l'ancienne jurisprudence une stipulation d'exclusion expresse. Supposons que l'un des époux, le mari par exemple, possédant, avant son mariage, un beau domaine auquel il était extrêmement attaché, mais au sujet duquel il avait des inquiétudes, parce qu'il avait appris qu'il existait un parent plus proche que celui qui le lui avait vendu, duquel il pourrait être obligé de racheter ce domaine ; supposons, dis-je, qu'il l'eût, par prudence, exclus de la communauté dans son contrat de mariage, dans la crainte que, s'il était obligé de le racheter pendant le mariage, on ne voulût le regarder comme conquêt : il est évident que, le cas arrivant, la femme, ni ses héritiers, n'auraient pu, contre la disposition expresse du contrat de mariage, prétendre que le domaine était devenu conquêt de la communauté, sauf récompense de la somme donnée par le mari pour en conserver la possession.

Eh bien ! ce qu'eût fait, sous l'ancienne jurisprudence, une stipulation expresse, le Code l'a fait par une disposition générale très-sage, puisqu'elle prévient tout examen et toute discussion ultérieure. Au contraire, dans l'ancienne jurisprudence, pour savoir si l'héritage était propre ou conquêt, il fallait examiner le traité fait par le mari avec le propriétaire. Car, si la convention, dit Pothier, n°. 165, entre le propriétaire et le mari possesseur, portait que le premier consent que le dernier reste en possession de l'héritage, en se réservant la répétition du prix contre le tiers

vendeur, l'héritage demeurerait propre; car, en ce cas, le propriétaire ne fait pas une nouvelle vente; il ne fait que consentir l'exécution de la première, en consentant que l'acquéreur continue de jouir.

Ainsi, il fallait toujours voir le traité passé avec l'époux possesseur et le propriétaire de l'héritage. Au contraire, d'après la nouvelle règle établie par le Code, il n'y a lieu à aucunes discussions; le fait de la possession *pro suo*, au jour de la célébration du mariage, ne permet plus d'en élever sur le droit. Tout se réduit donc, en fait, à savoir si l'époux était possesseur au jour du mariage.

177. La nouvelle règle établie par le Code s'applique à tous les cas où l'un des époux était possesseur d'un héritage au jour de la célébration du mariage. Quelques actes qu'il puisse faire depuis pour en conserver la possession, ou pour en acquérir la propriété qu'il n'avait pas, tous ces actes sont étrangers à l'autre époux et à la communauté. Vainement dirait-on que ces actes, qui supposent qu'il n'était pas propriétaire, sont son seul et véritable titre. Oui, sans doute, ils sont son seul et véritable titre contre l'ancien propriétaire; mais son titre contre la communauté est la disposition du Code; c'est le fait de sa possession antérieure au mariage, indépendamment du droit de propriété.

Ainsi, nulle difficulté dans tous les cas où l'époux *possesseur* est attaqué par un tiers demandeur qui prétend faire rescinder, résoudre ou anéantir le titre en vertu duquel il possède. De quelque manière qu'il termine le procès, soit en

donnant plus ou moins d'argent, soit en reconnaissant plus ou moins directement que son adversaire était réellement propriétaire, et que son titre était nul, si la possession de l'héritage lui reste, il lui demeure propre et n'entre point en communauté, sauf récompense, s'il y a lieu. Il serait donc inutile de parcourir les différentes espèces examinées par les auteurs, et les distinctions plus ou moins subtiles qu'ils font.

178. Mais l'ancienne règle conservée par le Code, et qui exclut de la communauté tous les immeubles sur lesquels les conjoints ont un droit de propriété au jour du mariage, quoiqu'ils n'en aient pas la possession à la même époque, peut faire naître des doutes lorsque ces immeubles rentrent pendant le mariage, par des arrangemens amiables faits avec le possesseur, dans la possession de celui des époux à qui ils appartenaient auparavant; car son droit de propriété sur ces immeubles n'est pas aussi évident que le fait d'une possession antérieure au mariage. On ne peut le connaître que par l'examen des titres ou des traités faits avec le possesseur, qui a cru devoir en abandonner volontairement la possession, ou enfin par le jugement qui l'y condamne.

Nul doute, quand il existe un titre en forme antérieur au mariage. Ainsi, tous les immeubles qu'a acquis l'un des époux, par un titre non suivi de possession, avant le mariage, sont exclus de la communauté, quoiqu'il n'en obtienne la possession que depuis le mariage.

179. Par exemple, les immeubles acquis avant

le mariage, sous une condition suspensive qui ne s'accomplit que depuis le mariage, sont, sans difficulté, propres de l'époux acquéreur conditionnel, parce que le titre d'acquisition est antérieur au mariage, et que d'ailleurs l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif (1179). Avant le mariage l'époux n'avait pas, il est vrai, la propriété, mais il avait un droit qu'on ne pouvait lui enlever. Ce droit se réduisait, à la vérité, à une simple espérance; mais cette espérance avait un immeuble pour objet : c'était donc un immeuble incorporel.

180. Sous l'ancienne jurisprudence le contrat de vente ne transférait point la propriété; elle n'était transférée que par la tradition de l'immeuble vendu. Il en résultait que l'époux qui avait avant le mariage acquis un immeuble, dont il n'avait point encore été mis en possession, n'avait pas été propriétaire avant le mariage, il ne le devenait que depuis; mais comme son titre d'acquisition était antérieur, on jugeait que l'héritage lui était propre et n'entrait point en communauté, sauf récompense du prix, s'il avait été payé des deniers de la communauté.

Sous l'empire du Code, la propriété est transférée par le contrat de vente (1583); mais la promesse de vente vaut vente, dit l'art. 1589, c'est-à-dire que la promesse de vente oblige précisément celui qui l'a faite de passer le contrat de vente. *Voy.* ce que nous avons dit tom. IX, n°. 92. Cependant la promesse de vente ne transfère point la propriété, comme le contrat. Ainsi, celui à qui



a été faite la promesse, n'est point propriétaire avant le contrat; mais comme son titre, pour contraindre le promettant à lui passer contrat, est antérieur au mariage, l'héritage n'entrera point en communauté, sauf récompense.

181. Quand même les titres de l'un des époux, antérieurs au mariage, en vertu desquels il est entré depuis en possession d'un immeuble, seraient infectés de quelques vices qui les rendissent inhabiles à transférer la propriété, ou qui pussent donner lieu à faire annuler, rescinder ou résoudre ces titres, si celui qui a droit de les faire annuler, rescinder ou résoudre, garde le silence, les immeubles qui sont l'objet de ces titres n'en sont pas moins exclus de la communauté; l'autre époux, ou ses héritiers, ne seraient pas recevables à argumenter de ces vices.

182. Par exemple, quand l'un des époux, avant le mariage, a acquis un héritage d'un tiers qui n'en était pas propriétaire, et qui ne lui en a fait la tradition que depuis le mariage, l'héritage n'en est pas moins exclus de la communauté, et l'autre époux, ni ses héritiers, ne seraient recevables à prétendre, lors de la dissolution, que l'héritage est conquêt, en prouvant, même par titre authentique, que le tiers qui l'a vendu n'en était pas propriétaire, et n'a pu en transférer la propriété à l'acquéreur. Ce serait argumenter du droit d'autrui; ainsi l'héritage demeure propre de l'époux acquéreur.

183. Il en est de même, à plus forte raison, si le propriétaire approuve la vente; par exemple,



s'il consent que l'époux acquéreur entre en possession depuis le mariage, ou qu'il continue de jouir, en se réservant la répétition du prix contre le tiers vendeur; car cette convention n'est point une nouvelle vente : l'ancien propriétaire ne fait que consentir à l'exécution de la première, qu'il ratifie en quelque sorte. Pothier, n°. 163.

Si, pour cette ratification, il exigeait un supplément de prix, il nous semble que la décision devrait être la même.

Mais si, au lieu de se réserver la répétition du prix de la première vente, en laissant l'époux acquéreur en possession, il ne l'y laisse que moyennant le paiement d'une somme supérieure, égale, ou même inférieure, au prix de la première vente, sauf à lui à le répéter du tiers vendeur auquel il l'a payé, alors l'héritage sera un véritable conquêt de communauté; car la convention passée entre le propriétaire et l'époux possesseur n'est pas une confirmation de la première vente, qui est anéantie : c'est une nouvelle vente, laquelle devient le seul et véritable titre de l'époux. Or, ce titre est postérieur au mariage.

184. L'immeuble acquis par l'un des époux, avant son mariage, d'un mineur, sans formalités, ou d'une femme mariée, sans l'autorisation de son mari, est encore incontestablement propre de l'époux acquéreur, quand même il ne serait pas entré en possession avant le mariage, et que ce mineur devenu majeur, ou que la femme devenue veuve, ne ratifieraient que depuis; car il n'en est pas moins vrai que le titre d'acquisition

est antérieur. Il en serait de même, si les vendeurs exigeaient un supplément de prix pour la ratification.

Pothier distinguait l'acquisition faite de la femme, de l'acquisition faite du mineur, et pensait que nonobstant la ratification de la femme devenue veuve, postérieure au mariage, l'immeuble devait être considéré comme conquêt, parce que, suivant les anciens principes, la vente faite par la femme, sans autorisation, était frappée d'une nullité absolue. Or, un acte absolument nul ne pouvant être ratifié, la ratification postérieure au mariage devenait le seul et véritable titre de l'époux acquéreur. Mais, sous l'empire du Code, la nullité des actes faits par la femme non autorisée n'est, comme celle des actes faits par le mineur, qu'une nullité purement relative. D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, l'un des époux n'est pas recevable à attaquer, comme nuls, les titres d'acquisition de l'autre, antérieurs au mariage, quand le vendeur ne se plaint point, ne les fait point annuler. En sorte que si la femme ou le mineur, devenu majeur, avaient, sans ratification, laissé l'époux acquéreur en possession, l'immeuble n'en serait pas moins exclus de la communauté.

185. Quand, par voie de rescision, de résolution du contrat, un des époux rentre, pendant le mariage, dans un héritage qu'il avait aliéné auparavant, l'acte même d'aliénation est un titre qui prouve qu'il en était propriétaire avant le mariage. Quand cet acte est rescindé ou résolu, il reprend donc l'héritage tel qu'il le possédait avant

l'aliénation ; car la rescision remet les parties au même état où elles étaient avant le contrat ; ce qui s'applique à tous les cas où il existe une cause légale de rescision. En voici un exemple qui donne lieu à plusieurs questions :

186. Si, avant mon mariage, j'ai vendu un immeuble au-dessous des sept douzièmes de sa juste valeur, j'ai une action pour faire rescinder la vente. Cette action étant immobilière (1), comme

(1) Il faut rapporter ici un arrêt de la Cour de cassation, dont les considérans contiennent une doctrine contraire.

Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si un mari peut introduire une action en rescision pour lésion, à l'égard d'un propre de sa femme vendu avant le mariage.

Cinget avait formé, contre Dubout, une action en rescision pour lésion, de la vente d'une maison sise à Paris, et propre de la femme Cinget.

Dubout opposa une fin de non-recevoir, prise de ce que le mari ne pouvait introduire cette action en rescision pour lésion, qui était une action immobilière.

Le tribunal civil de la Seine et le tribunal d'appel de Paris rejetèrent cette fin de non-recevoir en l'an VII et en l'an XI.

Pourvoi en cassation, fondé sur les art. 226 et 228 de la Coutume de Paris, qui défendent au mari de vendre, changer, faire partage ou licitation, obliger ni hypothéquer le propre héritage de la femme, sans son consentement : d'où le demandeur concluait que le mari ne pouvait intenter les actions immobilières de sa femme. Il soutenait ensuite que l'action en rescision était immobilière, c'est-à-dire que son objet direct était de reprendre l'immeuble vendu, puisque le demandeur en rescision ne peut obliger l'acquéreur à lui parfaire le juste prix en cas de lésion.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi, par arrêt du 23 prairial an XII, Sirey, tom. IV, pag. 569, 570.

Ce rejet était parfaitement juste, puisqu'indépendamment de la nature mobilière ou immobilière de l'action en rescision, le mari était fondé en droit à l'exercer, et qu'il était même de son devoir de le faire. En effet, la rescision pour lésion est une action temporaire qui n'est plus recevable après deux ans, et ce délai court contre les femmes,

ayant un immeuble pour objet, elle n'entre point dans la communauté; et par conséquent si l'immeuble rentre, il me sera incontestablement propre, parce que mon titre est antérieur au mariage.

187. Mais si, comme l'art. 1681 lui en donne la faculté, l'acquéreur préfère de me payer le supplément du juste prix, ce supplément, qui est une somme mobilière, entrera-t-il dans la com-

---

muniées (1676). Or, le mari est responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires (1428). Il répond des prescriptions qu'il laisse acquérir contre elle. Voy. les Principes de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 195. Il avait donc incontestablement le droit de former l'action en rescision, pour ne pas laisser acquérir contre sa femme la fin de non-recevoir de deux ans, établie par l'art. 1676.

Mais l'arrêt du 23 prairial an XII donna un tout autre motif du rejet qu'il prononça.

« Attendu, dit-il, que l'action en rescision pour cause d'outre moitié, a pour objet principal et direct le supplément du juste prix de l'immeuble vendu; que si elle a pour effet de faire rentrer l'immeuble entre les mains du vendeur, ce n'est qu'éventuellement au cas où l'acquéreur aime mieux le rendre au vendeur que suppléer le prix, etc. »

Si cela était vrai, l'action en rescision pour lésion serait mobilière.

Mais malgré le profond respect que je professe pour la Cour de cassation, je ne puis m'empêcher de dire qu'il y a ici erreur évidente, et que l'art. 1674 du Code prouve que l'objet principal et direct de l'action en rescision pour lésion, n'est pas le supplément du juste prix de l'immeuble. « Si le vendeur, dit cet article, a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander (non pas le supplément, mais) la rescision de la vente, etc. » C'est donc la rescision de la vente qui est l'objet direct et principal de l'action, le seul auquel puisse conclure le demandeur en rescision; et ce qui achève de le prouver, c'est que ce n'est qu'après la rescision admise qu'il est permis, non pas au demandeur qui l'a obtenue, de demander un supplément, mais à l'acquéreur condamné à rendre, de le payer, pour se dispenser de rendre l'héritage. « Dans ce cas, dit l'ar-



munauté? Non, sans doute. Pothier, n°. 598, *second alinéa*, décide fort bien que, si ce supplément est versé dans la communauté, elle en devra la récompense, parce qu'il représente l'action en rescision que la loi me donne, et qui est sans contredit immobilière. Il n'importe que le défendeur en rescision puisse se libérer en argent: ce n'est point la qualité de la chose qu'il a la faculté de payer, qui détermine la nature mobilière ou immobilière de la créance ou de l'action du créancier, mais la qualité de la chose qui en était l'objet, et qu'il pouvait demander. *Voy. supra*, n°. 103. Or, il est certain qu'il ne pouvait de-

« ticle 1681, où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix, »  
 « ou de rendre la chose, en retirant le prix qu'il en a payé, ou de gar- »  
 « der le fonds, en payant le supplément du juste prix, etc. »

C'est une faculté qui lui est personnelle. Ce supplément n'est donc que *in facultate solutionis*. Le demandeur en rescision ne peut le demander. Après la rescision admise, l'obligation de l'acquéreur est facultative. Il n'y a qu'une chose due; c'est l'immeuble: mais la loi lui accorde la faculté de se libérer par un supplément de prix.

Ces principes ne sont pas nouveaux. Pothier, guide principal des rédacteurs, les a établis et professés dans son *Traité du contrat de vente*, n°. 552: « L'objet de cette action (l'action en rescision pour lésion) »  
 « étant de rescinder le contrat de vente, il s'ensuit que lorsque le ven- »  
 « deur a fait sur cette action prononcer la nullité du contrat, l'ache- »  
 « teur a le droit de répéter le prix qu'il a payé, de même que le ven- »  
 « deur a le droit de répéter l'héritage; car ce contrat étant rescindé, »  
 « il n'y a pas de cause qui puisse donner droit à l'un de retenir le prix, »  
 « et à l'autre l'héritage. D'ailleurs, il est de la nature de toutes les ac- »  
 « tions rescisoires que les parties soient remises au même état qu'elles »  
 « étaient avant l'acte qu'on fait rescinder. »

C'est donc réellement la rescision, et non le supplément, qui est l'objet direct et principal de l'action, qui, par cette raison, est immobilière. Le Code n'a rien changé à ces principes, qui sont aussi professés par M. Delvincourt.



mander que l'immeuble qu'il avait vendu à vil prix, et non le supplément du juste prix.

188. Cependant M. Delvincourt, tom. III, pag. 287, s'élève contre la décision de Pothier. Il convient néanmoins, avec lui, que le supplément de prix représente l'action en rescision, et que cette action est un droit immobilier (1) dans la personne du vendeur, demandeur en rescision ; mais il pense qu'il faut décider la question par *l'intention des époux*. « Dans l'espèce dont il s'agit, dit-il, l'immeuble était sorti des mains de l'époux avant le mariage. Par conséquent, les époux, ou au moins celui dont l'immeuble ne provient pas, n'a pas dû le regarder comme un propre. Au contraire, il a pu penser que s'il restait encore dû quelque chose sur le prix, ce reste était mobilier et devait faire partie de la communauté. Or, il est certain que l'acquéreur, qui paie le supplément, ne fait pas une nouvelle acquisition ; c'est l'ancienne qui subsiste, et qui est maintenue. Le supplément peut et doit donc être regardé comme le restant du prix qui est encore dû par l'acquéreur. Or, nous avons vu que la créance du prix des immeubles vendus avant le mariage, est une créance mobilière, qui

---

(1) Voici comment il s'exprime, pag. 286 :

« Pothier décide que la récompense est due, attendu, dit-il, que le supplément de prix représente l'action en rescision, qui est un droit immobilier dans la personne du vendeur. Cela est vrai, dit M. Delvincourt, et conforme à ce que nous avons établi au 2<sup>e</sup> vol., tit. 5, chap. 5, sect. 4, en traitant des obligations facultatives, »

» tombe dans la communauté. Ce supplément doit  
 » donc également y tomber. »

En réponse à M. Delvincourt, nous lui observerons qu'il n'est point ici d'accord avec les principes qu'il établit quelques lignes plus haut, dans la page précédente. Il y dit fort bien « que les  
 » époux, même ceux qui se marient sans contrat,  
 » sont censés convenir entre eux d'une commu-  
 » nauté, telle qu'elle est établie par la loi » : c'est donc comme s'ils avaient dit : « Nous mettons  
 » dans la communauté tout notre mobilier pré-  
 » sent et futur, et nous en excluons *tous nos im-  
 » meubles*, aussi présents et futurs. » Or, en se reportant à l'intention qu'ont dû avoir les parties en faisant cette convention, il est certain qu'elles n'ont pas *entendu comprendre*, dans leur communauté, les immeubles qu'elles possédaient au moment de la célébration. Donc, de quelque manière que ces immeubles sortent de leurs mains par la suite, *la communauté ne doit pas profiter de ce qui a été mis à la place*, et il est dû récompense du prix qui a pu être restitué par l'effet, soit d'une action rescisoire, soit d'une condition résolutoire.

Appliquant ces principes à l'action en rescision pour vilité de prix, nous dirons que cette action est un droit immobilier dans la personne du vendeur. M. Delvincourt en convient.

Il convient encore que le supplément en argent que le défendeur a la faculté de payer, ne change point la nature de l'action du vendeur, et que le supplément représente l'action en rescision, en la place de laquelle il a été mis : donc il en est dû

récompensé, s'il a été versé dans la communauté. C'est la conséquence directe et nécessaire des principes posés par M. Delvincourt lui-même.

En vain cherche-t-il à éluder cette conséquence, en disant que le supplément en argent peut et doit être considéré comme un restant du prix de la vente. Comment accorder cela avec ce qu'il avoue lui-même, que ce supplément représente l'action rescisoire qu'il reconnaît immobilière dans la personne du vendeur? Nous pensons donc qu'il faut s'en tenir à la décision de Pothier.

189. Mais faut-il également suivre la décision de ce grand jurisconsulte (n°. 598, premier *alinéa*), même dans l'espèce converse de celle dont nous venons de nous occuper, c'est-à-dire dans le cas où j'ai acquis, avant mon mariage, un héritage à vil prix? Cet héritage n'entre point dans la communauté. Depuis mon mariage, le vendeur demande la rescision du contrat pour cause de lésion. Le supplément du juste prix que je serai contraint de donner pour éviter la rescision, ne fera pas entrer l'héritage en communauté; il donnera seulement lieu à une récompense. Nous ne pensons pas qu'on puisse en douter. Pothier n'en dit rien; mais c'est une conséquence du principe qu'il pose, n°. 157, « que les acquêts de chacun des conjoints ne sont conquêts que lorsque le titre ou la cause de leur acquisition n'a pas précédé le tems de leur communauté; sinon ils sont propres de communauté. »

Mais si, au lieu de payer le supplément du juste prix, je préfère abandonner l'héritage au deman-

deur en rescision, la restitution du prix que je lui avais payé, et qu'il sera obligé de me rendre, entrera-t-elle en communauté? Pothier se prononce pour l'affirmative. Examinons ses raisons :

« Il n'en est pas de même, dit-il, du *délais* d'un  
 » héritage que l'un des conjoints avait acheté avant  
 » son mariage, qu'il a été obligé de faire durant  
 » la communauté, sur une action rescisoire du  
 » vendeur, soit pour cause de minorité, soit pour  
 » cause de lésion, soit pour quelque autre cause de  
 » rescision. La vente qui lui a été faite de cet hé-  
 » ritage étant rescindée par le jugement qui inter-  
 » vient sur cette action, il est censé n'en avoir ja-  
 » mais été propriétaire; le *délais* qu'il en fait sur  
 » cette action ne peut donc pas passer pour une  
 » aliénation de son héritage propre, et la somme  
 » qui lui est rendue sur cette action par le ven-  
 » deur, ne peut passer pour le prix de son héri-  
 » tage propre : il est censé avoir été seulement  
 » créancier pour la répétition de cette somme, *con-*  
 » *dictione sine causâ*, comme l'ayant payée en vertu  
 » d'un contrat nul. Cette créance étant... mobi-  
 » lière, est tombée dans la communauté, sans que  
 » le conjoint en puisse avoir aucune reprise. »

Il nous est malheureusement impossible de partager cette opinion, uniquement fondée, comme on le voit, sur cette proposition abstraite, que le contrat de l'époux acquéreur avant le mariage étant rescindé depuis, *il est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'héritage*; proposition qu'on ne peut admettre dans sa généralité, et qu'on ne trouve nulle part établie par la jurisprudence,



comme règle ou maxime à suivre dans toutes ses conséquences. Il est bien vrai que la rescision fait évanouir toutes les hypothèques, servitudes, en un mot, toutes les charges créées par celui dont le contrat est rescindé, parce que son contrat étant résolu, il était sans pouvoir pour les créer. (2125). *Soluta jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Si c'est là ce qu'on entend quand on dit que celui dont le contrat est rescindé, *est censé n'avoir jamais été propriétaire*, à la bonne heure, quoique ce ne soit point sur une pareille fiction qu'est fondée la disposition de l'art. 2125. La loi elle-même ne pourrait pas dire que l'acquéreur dont le contrat est rescindé est censé n'avoir jamais été propriétaire, parce que le passé n'est pas en son pouvoir, et que le contrat a réellement existé. C'est sur-tout à l'égard de la communauté qu'on ne peut pas dire qu'il est censé que l'époux n'a jamais été propriétaire. Il possédait, il avait un titre : l'héritage lui était donc propre au jour de la célébration du mariage ; il l'était par la disposition de la loi. La communauté n'avait pas le droit de retirer aucun profit directement ni indirectement du prix de cet héritage. Ce droit ne pouvait lui être donné, depuis le mariage, par l'époux propriétaire, au jour de la célébration : ce serait une donation de sa part. Cependant, il résulterait de l'opinion de Pothier, que l'époux acquéreur, avant le mariage, serait toujours le maître, en ce cas, d'avantager indirectement la communauté par son fait ; car, en payant le supplément, l'héritage demeurerait exclus de la communauté, sauf récompense, et



en ne le payant pas, le prix de cet héritage, remboursé par le demandeur en rescision, entrerait en communauté, suivant Pothier. C'est ce qu'il nous est impossible d'admettre. Supposons que Titius ait acquis un domaine 50,000<sup>f</sup>. Le vendeur forme depuis la demande en rescision pour lésion. Si Titius paie le supplément du juste prix, l'héritage lui demeurera propre, sauf récompense, et s'il ne paie pas le supplément, il fera entrer en communauté la somme de 50,000<sup>f</sup>, qui est incontestablement le prix du domaine délaissé.

Mais, dit Pothier, ce n'est pas le prix de son héritage propre. Sans disputer inutilement sur le mot, il suffit de dire que c'est incontestablement le prix d'un héritage qui était exclus de la communauté : le prix n'y peut donc également entrer; *pretium succedit loco rei*. Cela nous paraît évident. Enfin, ce qui lève toute espèce de doute sous l'empire du Code, c'est que l'époux était en possession au jour du mariage : l'héritage lui était donc propre, suivant la nouvelle règle établie par l'art. 1404, qui exclut de la communauté tous les immeubles que les époux possèdent au jour du mariage.

190. Ce que nous avons dit des immeubles rentrés aux époux par la rescision fondée sur la lésion, s'applique au cas de toute autre rescision fondée sur une cause légale. Ils sont tous exclus de la communauté, parce que toute rescision suppose qu'il existait un titre antérieur, ce qui est même prouvé par le contrat d'aliénation qu'on veut faire rescinder; et comme la rescision remet

es parties au même état où elles étaient avant le contrat rescindé, l'époux redevient possesseur au même titre qu'il l'était avant l'aliénation.

191. Dans le cas d'une simple résolution, qui ne détruit l'aliénation que pour l'avenir et la laisse subsister pour le passé, on ne peut pas dire que le conjoint soit censé avoir toujours été propriétaire au même titre; mais on peut dire que quoiqu'il ait véritablement cessé pendant un tems d'être propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, comme il n'y a aucun nouveau titre d'acquisition en vertu duquel il soit redevenu propriétaire, il ne peut l'être qu'au même titre qu'il l'était au tems de l'aliénation.

192. Par exemple, dans le cas d'une donation pour survenance d'enfans, le conjoint rentre dans la propriété des biens donnés, par la simple résolution de l'aliénation qu'il en avait faite; sans aucun nouveau titre d'acquisition, il redevient donc propriétaire au même titre qu'il l'était avant la donation. Pothier, n°. 187.

193. Par exemple encore, le conjoint redevenu, pendant le mariage, propriétaire, par l'exercice du réméré, de l'héritage qu'il avait antérieurement vendu à cette condition, n'en redevient pas propriétaire en vertu d'un nouveau contrat, puisqu'il n'intervient aucune convention nouvelle entre lui et son acquéreur, et qu'il n'a pas même besoin de son consentement pour l'exercice du réméré. Ce n'est donc que la résolution de la précédente vente, et non pas un titre nouveau. Il redevient propriétaire au même titre qu'il l'était auparavant.

194. Il n'est même pas nécessaire que la résolution s'opère en vertu d'une cause préexistante au contrat d'aliénation, pour que l'héritage rentré au conjoint pendant le mariage lui demeure propre. Par exemple, la révocation d'une donation prononcée pour cause d'ingratitude, n'a point de cause préexistante au contrat. Cependant, comme le jugement qui ne fait que prononcer la révocation pour cause d'ingratitude n'est point un nouveau titre d'acquisition, le donateur redevient propriétaire au même titre qu'il l'était auparavant. Pothier, n°. 188.

195. Le désistement pur et simple consenti par l'acquéreur, qui n'aurait pas encore payé tout ou partie du prix de son acquisition, fait en faveur du conjoint vendeur, n'est encore qu'une résolution de la vente, que le vendeur pourrait faire prononcer en justice, en vertu de l'art. 1184. Ce désistement n'est donc point un titre nouveau, c'est plutôt *distractus quàm novus contractus*, dit fort bien Pothier. L'héritage ainsi rentré est donc un propre de communauté.

Il en résulte une chose qu'il faut remarquer ici. Supposons que Titius, avant son mariage, ait vendu un immeuble 10,000<sup>f</sup>, dont 5,000<sup>f</sup> ont été payés par l'acquéreur, qui reste débiteur de pareille somme de 5,000<sup>f</sup>. Titius se marie. Ce crédit de 5,000<sup>f</sup> entre dans la communauté légale. *Voy.* ce que nous avons dit *suprà*. Pendant le mariage, l'acquéreur se désiste de son acquisition, pour ne pas payer les 5,000<sup>f</sup>. Titius accepte le désistement. Il est obligé de rendre les 5,000<sup>f</sup> qu'il

avait reçus, et dont il est dû récompense à sa communauté; mais de plus il devra récompense du crédit de 5,000<sup>f</sup> qui se trouve éteint, parce que ce n'est qu'au moyen de son extinction qu'il recouvre la possession d'un immeuble qui lui reste propre. C'est une conséquence nécessaire de l'article 1437.

Si, au lieu d'un désistement pur et simple, l'acquéreur ne consentait à résoudre son contrat que moyennant une augmentation de prix, ou à de nouvelles conditions, ce serait une véritable vente ou une rétrocession, et l'héritage serait conquêt. Il en serait encore de même si le désistement, en apparence pur et simple, n'était fait qu'après le paiement intégral du prix, parce qu'il n'y aurait plus alors de cause de résolution du contrat.

196. Tout ce que nous avons dit sur l'exclusion de la communauté des immeubles dont les époux n'avaient pas la possession au jour du mariage, et qui l'ont recouvrée depuis par voie de rescision ou de résolution du contrat d'aliénation, ne peut guère souffrir de difficulté, lorsque la rescision ou la résolution ont été prononcées par un jugement; mais si l'époux n'est rentré en possession qu'en vertu d'un arrangement fait avec le possesseur défendeur en rescision, qui a consenti à lui délaïsser l'héritage, il peut s'élever des difficultés sérieuses; car le droit de propriété n'est point par lui-même aussi évident que le fait d'une possession antérieure au mariage, et l'époux qui prétend, lors du partage de la communauté, s'approprier un héritage acquis depuis le mariage,



doit prouver qu'il en était propriétaire auparavant ; car il est demandeur.

Si le défendeur en rescision a délaissé l'héritage gratuitement, sans rien exiger, ou du moins sans exiger autre chose que ce qu'il avait lui-même payé, il en résulte qu'il reconnaissait la demande bien fondée. En ce cas, nul doute que l'héritage ainsi délaissé à l'époux demandeur ne lui soit propre, et comme tel exclus de la communauté, parce que la propriété de l'époux remonte avant le mariage.

La difficulté s'élève quand l'époux demandeur a payé une somme pour le délaissement ; car elle peut n'avoir été donnée que pour éviter un procès dont l'issue est presque toujours incertaine, *propter aleam judiciorum* ; mais elle peut aussi l'avoir été pour procurer à l'époux une acquisition avantageuse, au préjudice de la communauté. Alors les termes du traité, ou les titres de l'époux, pourraient lever les doutes, sur-tout si c'était un héritage vendu par l'époux avant le mariage ; car le contrat d'aliénation, dont il demande la rescision, prouve qu'il en a eu la propriété.

Si la somme était considérable ; si, par exemple, elle égalait toute la valeur de l'héritage, il y aurait alors une forte présomption que le délaissement n'est qu'une véritable vente déguisée sous le nom d'une transaction ; et cette présomption suffirait pour faire déclarer l'héritage conquêt, à moins qu'elle ne fût détruite par d'autres présomptions plus fortes.

S'il s'agissait d'un héritage que le défendeur n'eût pas acquis de l'époux demandeur, ce serait



une circonstance de moins en faveur de ce dernier. Voici comment s'exprime à cet égard notre savant Duparc-Poullain, dans ses Principes, tom. V, pag. 86 : « La transaction par laquelle l'un des conjoints est déclaré propriétaire d'un héritage possédé par un tiers, peut être un propre ou un acquêt, suivant les circonstances. La non possession, antérieure à la transaction, peut faire présumer que le titre de transaction n'est qu'un voile, dont on a voulu couvrir un simple acquêt de la communauté, pour donner à l'un des conjoints tout le profit de l'acquisition.

» Mais si le conjoint avait un droit certain, quoique sans possession, il ne peut y avoir aucun soupçon de fraude; et je crois même qu'il suffirait que le droit fût apparent, la communauté étant indemnisée par la reprise en nature de décharge de propre, pour tout ce qui a été payé en vertu de la transaction. »

Il ajoute : « d'Argentré dit qu'après la dissolution de la communauté, l'autre conjoint peut soutenir le procès pour prouver que le conjoint, auquel l'héritage a été adjugé par la transaction, n'y avait aucun droit; ce qui ne paraît devoir s'entendre que dans l'espèce où l'un est en état de prouver bien clairement le contraire de ce qui est reconnu par la transaction; car, ajoute cet auteur, dans l'incertitude, la transaction fait présumer un droit préexistant. »

§ II.

*Du Passif de la communauté, et des Actions qui en résultent contre la communauté.*

SOMMAIRE.

- 197. *Pour composer le passif de la communauté, le Code suit une marche parallèle à la composition de l'actif, et suit la règle eadem debet esse ratio commodi et incommodi.*
- 198. *Texte de l'art. 1409.*
- 199. *Trois classes de dettes de la communauté : 1°. dettes des deux époux antérieures au mariage ; 2°. dettes contractées pendant le mariage ; 3°. dettes des successions échues durant le mariage.*
- 200. *Les dettes mobilières antérieures au mariage y entrent, quand même elles excéderaient la valeur de tous les biens de l'époux débiteur.*
- 201. *Le créancier de la femme, en vertu d'un titre authentique, ne peut poursuivre le mari par voie d'exécution, que huit jours après la signification de son titre.*
- 202. *Les dettes de la femme antérieures à la communauté n'y entrent point, si elles résultent d'un titre dont la date n'est pas assurée. Le créancier n'en peut poursuivre le paiement que sur la nue propriété de ses biens.*
- 203. *Les dettes qui ont des meubles pour objet sont mobilières, quoique le débiteur ait donné pour sûreté une hypothèque, qui est un droit réel.*
- 204. *La communauté n'est pas chargée des dettes purement hypothécaires des époux. Exemples.*
- 205. *Des dettes solidaires.*
- 206. *Des dettes alternatives d'un meuble ou d'un immeuble.*
- 207. *Des dettes facultatives.*
- 208. *Nature de l'obligation de faire ou de ne pas faire.*
- 209. *La dette du prix d'un immeuble acquis par l'un des c...*

jointe avant le mariage n'entre point en communauté, et pourquoi.

210. Non plus que les sommes dues pour retour de lot d'un partage d'immeubles, pourvu que l'époux ne les eût pas vendus avant le mariage.
211. Les dettes d'un corps certain appartenant à l'un des conjoints, quoique mobilières, n'entrent point en communauté. *Exemples.*
212. Toutes les dettes immobilières sont exclues de la communauté, telles que les revendications d'immeubles que possédait l'un des conjoints au moment du mariage, les obligations de donner un immeuble déterminé ou indéterminé.
213. La communauté n'est chargée que des arrérages et intérêts, et non des capitaux des rentes et dettes passives personnelles aux époux.
214. Équivoque de ce mot. Il est ici opposé aux rentes et dettes communes. Les rentes et dettes personnelles sont les propres passifs, qui n'entrent dans la communauté que pour les arrérages et intérêts, comme les propres actifs n'y entrent que pour les fruits et revenus.
215. Exemples de ces dettes et rentes personnelles ou propres passifs.
216. Des dettes contractées par les conjoints durant le mariage, et 1°. de celles contractées par le mari.
217. Toutes les dettes qu'il contracte pendant le mariage, même étrangères aux affaires de la communauté, sont néanmoins à sa charge.
218. Le droit du mari d'obliger indéfiniment tous les biens de la communauté, vient de ce que les contractans l'en déclaraient seul et vrai propriétaire.
219. Erreur de Polhier, qui se fonde sur la présomption d'un mandat tacite donné par la femme au mari.
220. Sous les coutumes où la confiscation était admise, le crime du mari emportant peine capitale, faisait confisquer tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de la femme.
221. Dumoulin fit changer la jurisprudence, par la raison que la mort civile opère la dissolution de la communauté.

### **324 Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.**

- 222.** *Sous la jurisprudence antérieure au Code, quand le crime du mari emportait la mort civile, les amendes, dépens, même la réparation civile, ne se prenaient que sur sa part de communauté; s'il n'emportait point la mort civile, les amendes, réparations civiles et dépens, étaient à la charge de toute la communauté.*
- 223.** *Sous l'empire du Code, les condamnations prononcées contre le mari pour crime emportant la mort civile, tant les amendes que la réparation civile et les dépens, ne frappent que sa part de communauté.*
- 224.** *Mais si le crime n'emporte pas la mort civile, les réparations civiles et les dépens sont dettes de communauté. Les amendes seules, qui sont la peine du délit, sont dettes personnelles du mari.*
- 225.** *Erreur de M. Delvincourt, qui dit que la réparation civile n'est pas dette de communauté, quoique le crime n'emporte pas mort civile.*
- 226.** *La garantie de la vente du propre de la femme vendue sans son consentement, est dette de communauté. Réfutation de la doctrine contraire de Pothier.*
- 227.** *La communauté n'est point tenue des dettes que le mari ne contracte que pour son intérêt personnel.*
- 228.** *Ou pour les enfans d'un autre lit, si ces dettes ont le caractère d'une libéralité.*
- 229.** *Il en est de même des dettes contractées pour ses père et mère, mais non de celles contractées pour ses héritiers présomptifs collatéraux.*
- 230.** *La femme ne peut engager les biens de la communauté par ses actes, sans le consentement du mari.*
- 231.** *Même par son délit, et les condamnations qu'elle subirait ne pourraient être exécutées que sur la nue propriété de ses biens. Il faut excepter les cas où le mari répond civilement des délits de sa femme.*
- 232.** *Si le mari les payait, il serait dû récompense. Ainsi, nulle égalité entre le mari et la femme, et pourquoi.*
- 233.** *Des dettes contractées par la femme du consentement de son mari.*
- 234.** *De la femme qui s'oblige solidairement avec son mari.*



- 235. *De la femme qui s'oblige pour tirer son mari de prison, et dans quels cas la justice doit refuser de l'autoriser.*
- 236. *Il en est de même des obligations de la femme pour payer la rançon de son mari.*
- 237. *De celles qu'elle contracte pour tirer son fils de prison, ou pour s'en tirer elle-même.*
- 238. *Comment la femme peut se faire autoriser de justice.*
- 239. *L'obligation de la femme autorisée de justice pour tirer son mari de prison, pour l'établissement des enfans communs, ou pour toute autre affaire commune, peut s'exécuter sur les biens de la communauté.*
- 240. *La femme marchande publique peut s'obliger pour le fait de son négoce, et même obliger son mari sans autorisation, et pourquoi.*
- 241. *Le consentement du mari à ce que sa femme fasse le commerce, n'a pas besoin d'être exprès ni par écrit.*
- 242. *La femme n'est pas marchande publique, quand elle ne fait que détailler les marchandises de son mari; elle n'est alors que sa factrice.*
- 243. *Si la femme était commerçante avant le mariage, son commerce entrerait en communauté, et elle deviendrait encore la factrice de son mari, si celui-ci se mêlait du commerce. Pour être marchande publique, il faut absolument qu'elle fasse un commerce séparé.*
- 244. *La femme ne peut se dégager de l'obligation contractée comme marchande publique, en renonçant à la communauté.*
- 245. *Elle ne soumet pas son mari à la contrainte par corps, quoiqu'elle y soit elle-même soumise.*
- 246. *Il ne suffit pas que la femme ait pris la qualité de marchande publique, si elle ne l'est pas réellement.*
- 247. *La femme qui entreprendrait un commerce à l'insu de son mari, par exemple pendant son absence, n'engagerait ni les biens de son mari, ni ceux de la communauté.*
- 248. *Actes commerciaux de deux espèces : les uns tels par leur nature, les autres par la qualité des personnes. Les billets ne sont point actes commerciaux par leur nature.*
- 249. *Comment reconnaître ceux qui le sont ou ne le sont pas.*



## 326     *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

- 250. *Les billets ou obligations notariales sont présumés non commerciaux, sauf preuve contraire.*
- 251. *Les actes non commerciaux de leur nature n'engagent pas la femme marchande publique sans autorisation, s'il n'est pas prouvé qu'ils ont pour cause des opérations de commerce; par exemple, la vente de ses immeubles. Explication de l'art. 7 du Code de commerce, qui est une suite de l'art. 5.*
- 252. *La loi ne présume pas que cette vente ait le commerce pour objet. Opinion contraire de M. Duranton.*
- 253. *La femme commerçante n'oblige son mari que lorsqu'il y a communauté entre eux. Secus, s'ils sont séparés de biens.*
- 254. *Ou s'il y a exclusion de communauté.*
- 255. *Dans le cas de la communauté conventionnelle, même réduite aux acquêts, les actes de la femme commerçante obligent le mari.*
- 256. *Même s'il était dit que la femme survivante aura la totalité de la communauté, comme le permet l'art. 1525.*
- 257. *Le mari peut toujours révoquer son consentement, mais la révocation n'a point d'effet rétroactif.*
- 258. *Forme de la révocation.*
- 259. *Si le mari peut révoquer son consentement, lorsqu'il y a séparation de biens. Distinction.*
- 260. *Les dettes de la femme contractées pour son négoce, sont dettes de communauté pour lesquelles le mari peut être poursuivi pour le tout. Quid de la femme?*
- 261. *Par exception à la règle générale, la femme oblige la communauté et le mari pour les emplettes de fournitures et choses nécessaires au ménage, quoique faites sans autorisation. Développement de cette maxime.*
- 262. *Lamoignon proposait de l'ériger en loi.*
- 263. *Malheureusement elle ne l'a point été; en sorte qu'on pourrait croire d'abord qu'elle est abandonnée à l'arbitraire du juge.*
- 264. *Ce qui mettrait la condition des femmes au-dessous de celle des domestiques de confiance. Les coutumes déclaraient nulles les obligations des femmes non autorisées. La juris-*

*prudence n'en jugeait pas moins valides celles qui avaient pour objet les fournitures différentes de la famille. Preuves par les arrêts des différens Parlemens. Discussion de ces arrêts.*

- 265. *Et par le sentiment des auteurs.*
- 266. *Le Code n'a point détruit une jurisprudence si raisonnable, qu'on peut, suivant M. Merlin, regarder comme une maxime.*
- 267. *Réponse aux objections.*
- 268. *Un arrêt qui jugerait en point de droit que le mari n'est point tenu des obligations pour choses nécessaires au ménage, pourrait être cassé pour fausse interprétation de l'art. 1426.*
- 269. *Première exception à la maxime : Si le mari a dénoncé aux marchands de ne point vendre à crédit à sa femme, il n'est point tenu des achats qu'elle fait. Il en est cru à son serment.*
- 270. *Exemple donné par Valin.*
- 271. *Si le mari ne peut se faire décharger, en affirmant qu'il a donné de l'argent à sa femme?*
- 272. *Quid, si le mari et la femme, sans être séparés, ne vivaient pas ensemble et avaient des habitations séparées?*
- 273. *La femme qui s'oblige pour fournitures de son ménage est dégagée, si elle renonce à la communauté, et pourquoi.*
- 274. *La maxime que les obligations de la femme pour fournitures n'est point applicable en cas de fraude, et quand il y a fraude.*
- 275. *Elle n'est point encore applicable quand il y a excès, ou si les marchandises ne conviennent point à l'état des époux.*
- 276. *L'habitude d'approuver certains actes, par exemple de donner des quittances, donne une force irréfragable à celles que la femme continue de donner.*
- 277. *Avant l'emploi des marchandises achetées sans son consentement, le mari peut les faire reprendre au marchand.*
- 278. *Comment les dettes des successions échues aux époux durant le mariage entrent en communauté.*
- 279. *Quid, si la succession mobilière échue à la femme n'est acceptée que sous l'autorité de la justice?*

### **328      *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.***

- 280.** *Dès dettes de successions purement immobilières échues au mari.*
- 281.** *De celles échues à la femme.*
- 282.** *Les créanciers de la succession immobilière acceptée par la femme du consentement du mari, peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté. Opinion contraire de M. Delvincourt réfutée. Fausseté de la prétendue maxime qui auctor est non se obligat, appliquée à l'autorisation du mari.*
- 283.** *Toutes les fois que la femme agit avec l'autorisation ou le consentement du mari, elle oblige la communauté.*
- 284.** *Les dettes de la succession en partie mobilière et en partie immobilière se divisent; les unes sont à la charge du mobilier, et par conséquent de la communauté; les autres à la charge des immeubles et de l'époux héritier. (1414)*
- 285.** *C'est une exception à la disposition de l'art. 1409. Sur quoi elle est fondée.*
- 286.** *Les anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur la manière de diviser les dettes de ces successions, et pourquoi.*
- 287.** *Opinion de Pothier consacrée par le Code. (Art. 1414).*
- 288.** *Inventaire que doit faire le mari pour connaître la valeur comparative des meubles et des immeubles, afin de déterminer leur contribution aux dettes, sans distinction des mobilières ou immobilières.*
- 289.** *Preuves que la femme, et non le mari, est autorisée à faire à défaut d'inventaire. Exemple.*
- 290.** *Nonobstant la division des dettes entre les meubles et les immeubles, les créanciers peuvent se faire payer sur tous les biens de la succession et même sur la communauté, si la succession a été acceptée par la femme autorisée du mari, ou même de la justice, s'il n'a point été fait d'inventaire.*
- 291.** *S'il a été fait inventaire, ils peuvent se faire payer sur la nue propriété des biens de la femme, en cas d'insuffisance des biens de la succession, qu'ils divisent préalablement. Distinction.*
- 292.** *Quid des dettes d'une succession partie mobilière, partie immobilière?*

- 295. Si l'un des époux est créancier ou débiteur d'une succession en partie mobilière, en partie immobilière, la confusion s'opère-t-elle?
- 294. Les règles tracées pour les dettes d'une succession échue aux époux régissent les dettes dépendant d'une donation.
- 295. La femme qui n'agit qu'en vertu d'un mandat même tacite de son mari, ne s'oblige point personnellement.
- 296. Des autres charges de la communauté. Réparations usufruitières des propres. Renvoi.
- 297. Alimens et entretien des époux, des enfans communs. Quid des enfans d'un autre mariage?
- 298. Des alimens que les époux doivent, en vertu des art. 205 et 206.
- 299. Frais d'inventaire, de partage, etc.
- 300. Des frais funéraires et de ceux de dernière maladie.

197. APRÈS avoir composé l'actif de la communauté, en indiquant ce qui doit y entrer pour l'augmenter et l'enrichir, le Code civil passe à la composition du passif, en indiquant ce qui doit y entrer pour la diminuer : telles sont les dettes mobilières de chacun des époux, et les autres charges qui leur sont imposées; et l'on doit remarquer qu'il fait marcher sur une ligne parallèle le passif et l'actif, en sorte que toutes les choses qui entreraient dans l'actif de la communauté, si elles appartenaient à l'un des époux, entrent dans le passif et sont à la charge de la communauté, si elles sont dues par lui, suivant cette règle d'équité naturelle, *eadem debet esse ratio commodi et incommodi* (1), comme nous l'allons voir en ex-

---

(1) C'est la règle de droit, *secundum naturam est comoda cujusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda*. Loi 10, ff de R. J.



pliquant en détail chacune des dettes et charges de la communauté.

198. L'art. 1409 porte : « La communauté se  
» compose passivement ,

» 1°. De toutes les dettes mobilières dont les  
» époux étaient grevés au jour de la célébration de  
» leur mariage, ou dont se trouvent chargées les  
» successions qui leur étoient durant le mariage,  
» sauf la récompense pour celles *relatives aux im-*  
» *meubles propres à l'un ou à l'autre des époux ;*

» 2°. Des dettes, tant en capitaux qu'arrérages  
» ou intérêts, contractées par le mari pendant la  
» communauté, ou par la femme, du consente-  
» ment du mari, sauf la récompense, dans les cas  
» où elle a lieu ;

» 3°. Des arrérages et intérêts seulement des ren-  
» tes ou dettes passives qui sont personnelles aux  
» deux époux ;

» 4°. Des réparations usufruituaires des immeu-  
» bles qui n'entrent point en communauté ;

» 5°. Des alimens des époux, de l'éducation et  
» entretien des enfans, et de toute autre charge  
» du mariage. »

199. Il faut développer chacune de ces dispositions. Notre article fait trois classes des dettes de la communauté : 1°. celles dont les époux étaient grevés au jour du mariage ; 2°. celles qu'ils ont contractées pendant le mariage ; 3°. celles dont se trouvent chargées les successions qui leur étoient durant le mariage. Nous parlerons successivement de ces trois classes de dettes, et d'abord des premières.



200. Le Code ne fait entrer en communauté que les dettes mobilières des époux, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu *suprà*, n°. 95, celles qui ont des meubles pour objet. C'est une conséquence de la règle *eadem debet esse ratio commodi et incommodi*. Le Code faisant entrer dans la communauté l'universalité des droits actifs mobiliers des deux époux, a dû aussi y faire entrer toutes leurs dettes passives mobilières. Remarquez même qu'il les y fait entrer indéfiniment dans leur intégralité, quand même elles excéderaient la valeur de l'actif mobilier, ou même la valeur de tous les biens de celui qui en est débiteur. Le mari n'a point à s'en plaindre, si elles proviennent de son chef, puisque sa condition reste la même qu'avant le mariage, et que de plus elle est rendue meilleure par le mobilier que lui apporte la femme, et celle-ci a un moyen pour se dégager du poids des dettes, en renonçant à la communauté lors de la dissolution du mariage; et même, si elle avait eu l'imprudence de l'accepter, la loi a pourvu à ses intérêts, en ne l'assujettissant aux dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument. (1483).

Si les dettes sont du chef de la femme, le mari n'a aucun moyen de s'en dégager, quelque considérables qu'elles soient. Il devait savoir que suivant l'ancienne règle de notre droit français, *qui épouse la femme épouse les dettes*, s'il ne voulait pas s'y soumettre, il devait exclure les dettes de la communauté par une stipulation expresse du contrat de mariage, et faire inventaire des meubles

que lui apportait la femme. Ainsi, par le mariage, le mari devient personnellement et indéfiniment tenu des dettes de sa femme, sauf quelques exceptions.

201. Néanmoins, quand même ces dettes résulteraient d'un titre authentique et exécutoire contre la femme, les créanciers ne pourront poursuivre le mari par voie d'exécution, que huit jours après la signification du titre (1), ou avant qu'ils aient obtenu un jugement contre lui.

202. Le Code exige néanmoins, pour charger la communauté des dettes contractées par la femme avant le mariage, qu'elles « résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu » avant la même époque une date certaine, soit » par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou » de plusieurs signataires dudit acte. » (1410).

Comme depuis le mariage la femme ne peut contracter aucune dette sans l'autorisation de son mari, celui-ci n'est tenu d'acquitter la dette de la femme, lorsque le titre est sous seing privé, que lorsque la date qui paraît antérieure au mariage est assurée et certaine. C'est le seul moyen de prévenir les fraudes et les surprises qui pourraient être faites à des femmes mariées. Il paraît que la jurisprudence antérieure au Code, permettait au créancier d'établir que la date était antérieure au mariage par des présomptions (2). Le

(1) Par argument de l'art. 877. Voy. aussi Pothier, n<sup>o</sup>. 242.

(2) Voy. Pothier, Traité de la communauté, n<sup>os</sup>. 74, 245 et 627. Voy. aussi ce que nous avons dit tom. VI, n<sup>o</sup>. 699, et *suprà*, n<sup>o</sup>. 102.

Code ne le lui permet plus. Il exige que la date soit assurée, ou par l'enregistrement, ou par le décès d'un ou de plusieurs signataires. Il faut ajouter, avec l'art. 1528, ou du jour où la substance du titre est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaires.

Le titre n'en reste pas moins valide à l'égard de la femme ; mais le créancier ne peut, suivant l'article 1410, en poursuivre le paiement contre elle durant le mariage, que sur *la nue propriété de ses immeubles personnels*, ou sur les meubles qu'elle a exclus de la communauté.

« Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette nature, n'en peut demander la récompense ni à sa femme, ni à ses héritiers » (1410), parce qu'en payant volontairement cette dette, il reconnaît tacitement la vérité de la date antérieure au mariage, et, par conséquent, il ne fait qu'acquitter une dette de communauté.

205. Nous avons dit que les dettes mobilières sont celles qui ont des meubles pour objet. Ainsi, toutes les obligations de donner des meubles quelconques, une somme d'argent ; une certaine quantité de bled, de vin, un cheval, un bœuf, sont des dettes mobilières à la charge de la communauté, quand même le débiteur aurait donné une hypothèque pour sûreté de la dette ; car quoique l'hypothèque soit un droit réel sur les immeubles du débiteur, comme elle n'est qu'un accessoire de la dette, elle n'en change pas la nature mobilière ;

et si par la suite l'immeuble hypothéqué à cette dette était vendu pour l'acquitter, la communauté en devrait récompense à l'époux à qui l'immeuble appartenait, parce que le prix a été employé pour une dette commune.

204. Mais le Code ne charge la communauté que des dettes personnelles et mobilières des époux, et non pas de leurs dettes purement hypothécaires; c'est-à-dire de celles dont ils ne sont tenus que comme possesseurs de l'héritage hypothéqué. Par exemple, si l'un des époux avait, par imprudence, acheté, avant son mariage, un héritage hypothéqué par son vendeur, devenu insolvable, pour 3,000<sup>f</sup>, cette dette ne serait point à la charge de la communauté, car c'est la chose qui doit et non pas la personne : *res non persona debet*. C'est pourquoi, si l'héritage était délaissé au créancier, il n'en serait dû aucune récompense, et si, pour éviter ce délaissement, cette dette était payée pendant le mariage, il en serait dû récompense à la communauté, par l'époux possesseur. Pothier, n°. 238.

De même, si l'un des époux n'était, à l'époque du mariage, débiteur personnel d'une dette mobilière que pour un quart, quoiqu'il en fût tenu hypothécairement pour le tout, la communauté ne serait chargée que du quart. C'est ce qui arrive dans le cas des dettes de succession, puisque les héritiers ne sont, suivant l'art. 873, tenus personnellement des dettes et charges de la succession, que pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout.



205. Le débiteur d'une dette solidaire, au contraire, n'étant pas moins personnellement débiteur de la totalité, la dette est aussi pour la totalité à la charge de la communauté, sauf le recours contre les codébiteurs de l'époux solidaire, chacun pour sa portion.

206. Si l'un des époux, au tems du mariage, est débiteur d'une dette alternative de deux choses, dont l'une est meuble, l'autre immeuble, la qualité de la dette est en suspens jusqu'au paiement; elle sera censée avoir été immobilière dès le principe, si c'est l'immeuble qui est donné; mobilière si c'est le meuble.

Par exemple, si un testateur, en instituant l'un des époux héritier, avant son mariage, l'a chargé de donner à Caius, au choix de ce dernier, telle maison ou 20,000<sup>f</sup>; si Caius exige la maison, la dette étant immobilière, n'entrera point dans la communauté légale; si, au contraire, il exige les 20,000<sup>f</sup>, la dette étant mobilière, entrera en communauté.

Si, au contraire, le testateur avait laissé le choix à l'époux institué son héritier, le choix de ce dernier n'en déterminera pas moins la qualité mobilière ou immobilière de la dette, quoiqu'en ce cas il demeure le maître de la faire ou de ne la point faire entrer en communauté; car, dit Pothier, n<sup>o</sup>. 627, la qualité de la dette était en suspens, et dépendait d'un choix qui lui appartenait. Il ne serait dû aucune récompense, s'il optait de donner la somme, parce que la dette étant censée mobilière dès le principe, était entrée en communauté.



207. Il ne faut pas confondre la dette alternative avec la dette facultative, dans laquelle le débiteur a seulement la faculté de payer une chose au lieu d'une autre de nature différente; par exemple si un testateur, en m'instituant héritier, m'avait chargé de donner une maison, avec faculté de donner à la place une somme de 20,000<sup>f</sup>, ce n'est point là une dette alternative. La maison est la seule chose qui soit due, le véritable objet de l'obligation. Les 20,000<sup>f</sup> sont seulement *in facultate solutionis*. Cela est si vrai que le créancier ne peut demander que la maison. Dans ce cas, la qualité de la dette est immobilière de sa nature, et si je prends dans la communauté la somme de 20,000<sup>f</sup>, pour me dispenser de donner la maison, j'en devrai récompense. *Voy. supra*, n°. 103.

208. La nature mobilière ou immobilière de l'obligation de faire ou de ne pas faire, paraît d'abord difficile à déterminer. Par exemple, un des conjoints s'est obligé, avant le mariage, de construire une maison. L'objet de l'obligation paraît être un immeuble : par conséquent la dette serait immobilière; mais comme, suivant l'art. 1142, toutes les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages et intérêts, qui ne consistent qu'en une somme d'argent, ces dettes sont dans la réalité mobilières, et entrent par conséquent en communauté. Pothier, n°. 235.

209. Du principe que toutes les dettes personnelles et mobilières des époux sont à la charge de la communauté, nos auteurs exceptaient celles qu'avaient pour cause le prix d'un propre de con-

munauté; par exemple le prix d'un héritage acquis pendant le mariage (1). Ils fondaient cette exception sur ce qu'il leur paraissait trop dur que l'un des époux fût payer à la communauté le prix d'un héritage qui n'y entraît pas; mais cette exception n'était que la conséquence directe ou l'application d'un autre principe : c'est qu'aucun des époux ne peut personnellement s'enrichir aux dépens de la communauté. Ce principe est consacré par l'art. 1437 du Code, qui porte : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre, ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. »

210. Ce qui s'applique aux sommes dues pour retour de lot d'un partage d'immeubles d'une succession échue avant le mariage; car ce retour de lot est le prix des immeubles qu'il a reçus de plus que ses copartageans, et qui sont propres de communauté.

Mais cette exception ne s'applique qu'au cas où le conjoint était encore, au tems du mariage, propriétaire des héritages dont il doit le prix, ou sur

---

(1) Pothier, n°. 259.

lesquels il doit un retour de lot. S'il les avait vendus, la dette, quoiqu'ayant originairement pour cause le prix de l'immeuble, serait à la charge de la communauté, et s'il en était tiré des deniers pour l'acquitter, il n'en serait dû aucune récompense; le paiement n'aurait pas été fait pour libérer un des propres de l'époux débiteur.

La raison qui fait exclure de la communauté la dette qui a pour cause le prix d'un héritage acquis avant le mariage, et par conséquent propre du conjoint acquéreur, ne peut évidemment s'appliquer qu'aux dettes passives. On ne peut donc en argumenter, pour exclure également de la communauté la créance du prix d'un héritage vendu par l'un des conjoints avant le mariage. *Voy. supra*, n°. 104.

211. Le principe que les dettes mobilières des conjoints sont une charge de la communauté légale, reçoit encore une exception à l'égard des dettes d'un corps certain, qui, quoique mobilier, appartient à celui des conjoints seul qui en est débiteur, et n'est point entré dans la communauté. Pothier en donne pour exemple la dette qui résulte de la vente qu'un des conjoints a faite avant son mariage, d'arbres encore sur pied, sur son héritage, au jour de la célébration. C'est une dette mobilière de ce conjoint; car il ne doit livrer les arbres qu'il a vendus, qu'après qu'ils seront abattus, et par conséquent devenus meubles. Néanmoins, comme ces arbres n'entrent point en communauté, la dette de ces arbres n'y entre point également.

Autre exemple : L'un des époux a promis avant

son mariage de donner un meuble précieux, un diamant, un tableau de David, un cheval de prix qu'il possédait encore au moment du contrat de mariage, et qu'il a immobilisé. Cette dette, quoique mobilière, n'est point à la charge de la communauté. Mais si, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, le conjoint possesseur de ce meuble l'avait vendu et livré à un tiers, comme il ne reste plus au premier créancier qu'une action en dommages et intérêts, elle serait à la charge de la communauté.

212. En ne mettant à la charge de la communauté que les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, le Code en exclut évidemment les dettes immobilières, c'est-à-dire celles qui ont un immeuble pour objet. Telles sont toutes les revendications d'un héritage qu'il possédait au jour de la célébration du mariage; car s'il avait cessé de le posséder à cette époque, s'il s'était mis par sa faute dans l'impossibilité de le rendre, il n'existerait plus contre lui qu'une action en dommages et intérêts, qui serait à la charge de la communauté.

Telles sont encore les obligations contractées par l'un des conjoints, ou qui lui ont été imposées par le testament de celui dont il était héritier, de donner un immeuble déterminé ou indéterminé. Par exemple, un testateur, en m'instituant héritier, m'a chargé de donner à Caius dix arpens de terre dans les environs de Paris. Je me marie avant que ce legs soit acquitté; ma communauté légale n'en sera point chargée. C'est une



dette immobilière, quand même le testateur n'eût point possédé de terres ; car l'action de Caius n'en est pas moins *ad immobile consequendum*. Si durant mon mariage j'acquiers dix arpens de terre pour les délivrer à Caius, il sera dû récompense à la communauté de la somme que j'en aurai tirée pour cette acquisition.

Et si, par arrangement, Caius avait consenti à recevoir une somme, au lieu des dix arpens de terre, il en serait également dû récompense à la communauté ; car enfin, c'est pour me libérer d'une dette immobilière, qui n'était point à sa charge, que cette somme en a été tirée.

Il en serait autrement si le testateur avait légué à Caius de quoi acheter dix arpens de terre ; car en ce cas, ce ne serait que la somme nécessaire pour les acheter : la dette serait donc purement mobilière et à la charge de la communauté.

213. Quand le Code dit que toutes les dettes mobilières, dont les conjoints sont grevés au jour de la célébration du mariage, sont à la charge de la communauté, cela s'entend des dettes, tant en principaux qu'en arrérages ou intérêts, des dettes, tant exigibles que non exigibles. Il y en a cependant dont les capitaux n'entrent point dans la communauté. L'art. 1409, n°. 5, ne la charge « que des arrérages et intérêts seulement, des rentes ou dettes passives qui sont *personnelles* aux deux époux. »

214. Cette disposition a paru obscure, et il faut bien en effet qu'il y ait quelque obscurité, puisque des hommes d'ailleurs très-instruits ne l'ont point



entendue. L'obscurité est venue du mot *personnelles*, qui est équivoque. Les rentes constituées, dont un des époux se trouve personnellement débiteur au jour du mariage, sont sans contredit des rentes personnelles, dans l'acception générale du mot, qu'on a coutume d'opposer au mot réel, *droits personnels*, *droits réels*. Si le mot rentes personnelles était pris ici dans cette acception générale, il s'ensuivrait, en effet, que toutes les rentes passives des époux ne seraient à la charge de la communauté que pour les arrérages seulement, et non pour les capitaux.

Mais comment l'entendre de cette manière sans une espèce d'absurdité? Si l'un des époux était, au jour du mariage, créancier d'une rente constituée, elle entrerait certainement en communauté, tant pour les arrérages que pour le capital, comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, puisque, d'une part, elle est réputée meuble par l'art. 529 du Code civil; que, de l'autre, l'art. 1401 du même Code déclare que la communauté se compose activement, entre autres choses, *de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage*, et que sous les expressions *tout le mobilier*, sont nécessairement compris, aux termes de l'art. 530, tous les objets que l'article précédent, et par conséquent l'art 529, range dans la classe des meubles. Or, il est impossible qu'il n'en soit pas des rentes passives comme des rentes actives, c'est-à-dire que la communauté puisse profiter de celles-ci sans être chargée de celles-là : *Eadem esse debet ratio commodi et incommodi*. C'est cette

règle d'équité qu'a suivie le Code, en composant le passif de la communauté. On ne peut donc, sans choquer la raison, entendre l'art. 1409, n°. 3, de toutes les rentes passives et dettes *personnelles* aux époux, dans l'acception générale et ordinaire du mot *personnel*.

Mais enfin, quelle est donc l'acception que l'article 1409, n°. 3, donne à ce mot? Comment doit-on l'entendre? Il n'est pas difficile de le savoir, si l'on fait attention que dans ce paragraphe le Code traite des dettes des conjoints qui composent le passif de la communauté. Il ne met pas à sa charge toutes les dettes dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage; il y en a qui restent à la charge personnelle de l'époux qui les doit; les autres sont à la charge de la communauté. Ainsi, il y a des dettes communes ou des dettes de communauté, et des dettes *personnelles* aux deux époux; ce sont des *propres passifs*.

Les dettes communes entrent dans le passif de la communauté, tant pour les capitaux que pour les arrérages ou intérêts.

Les dettes personnelles ou propres passifs n'y entrent point pour les capitaux, mais seulement pour les arrérages et intérêts; car, comme tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages des propres actifs des deux époux entrent dans l'actif de la communauté, il est juste d'en déduire les intérêts et arrérages de leurs propres passifs, c'est-à-dire de rentes ou dettes passives qui leur sont propres et personnelles. C'est ce qu'exige encore la règle *ex dem debet esse ratio commodi et incommodi*. Et voilà

ce que dit le n°. 3. de l'art. 1409, qui ne met dans le passif de la communauté que « les intérêts et arrérages seulement des rentes et des dettes passives, qui sont *personnelles* aux deux époux. » Ce mot *personnelles* ne doit donc plus paraître obscur ni équivoque; il est ici l'opposé des dettes communes.

215. Le Code ne dit point, dans le n°. 3 de l'article 1409, quelles sont ces dettes personnelles aux époux; il en donne seulement un exemple dans le n°. 1 du même article : ces sont les dettes *relatives aux immeubles* propres à l'un ou à l'autre des époux. Ainsi, les sommes ou les rentes dues par l'un des époux, pour prix d'un héritage acquis avant le mariage, lui demeurent personnelles, et n'entrent point dans le passif de la communauté. L'héritage est un propre de celui des époux qui l'a acquis. Il serait souverainement injuste d'en faire payer le prix à la communauté. Mais, comme elle recueille tous les fruits et revenus de cet héritage, il serait également injuste qu'elle ne fût pas chargée des intérêts du prix qui reste dû, et des arrérages des rentes qui le représentent.

Il en est de même des rentes ou des sommes dues par un des conjoints, pour soulte de partage ou retour de lot.

Mais si l'époux avait revendu avant le mariage l'héritage dont il doit encore le prix, ou la rente passive qui le représente, la communauté serait chargée de cette dette, qui n'est pas le prix d'un propre du conjoint débiteur. Pothier, n°. 259.

Un second exemple de dettes personnelles aux

époux, dont les arrérages ou intérêts seulement, et non les capitaux, entrent dans le passif de la communauté, est le cas où, pendant le mariage, il est échu, par testament, à l'un des époux, une succession dont le testateur a voulu, suivant la faculté que lui en laissait l'art. 1401, que le mobilier n'entrât pas dans la communauté. Dans ce cas, la grande règle *eadem debet ratio commodi et incommodi*, impose à l'époux qui profite seul de tout l'actif mobilier de la succession, la nécessité d'en supporter seul tout le passif, parce que le passif ne peut jamais être que mobilier (1).

Nous avons un troisième exemple des dettes personnelles des époux, dans le sens du n°. 3 de l'art. 1401, dans les dettes purement hypothécaires, c'est-à-dire dont ils ne sont tenus que comme possesseurs de l'héritage hypothéqué, dettes dont nous avons parlé ci-dessus n°. 204.

Nous en trouvons un quatrième exemple dans l'art. 1412, qui porte « que les dettes d'une succession purement immobilière, qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté. »

216. C'est encore une conséquence de la grande règle *eadem debet esse, etc.* Mais avant d'expliquer cet article, qui parle des dettes des successions échues aux conjoints pendant le mariage, il faut parler en général des dettes que les conjoints con-

---

(1) Merlin, Questions de droit, tom. V, v°. *Rentes constituées*, § 11 pag. 329, 3<sup>e</sup> édition.



tractent durant le mariage; sur quoi il faut distinguer les dettes contractées par le mari de celles contractées par la femme.

217. Le mari étant, pendant le mariage, seul maître de la communauté, ayant le droit d'en disposer à son gré, sans le consentement de sa femme, d'en aliéner les biens, de les dissiper, de les perdre même, il en résulte que toutes les dettes qu'il contracte durant le mariage sont à la charge de la communauté. Il n'importe qu'elle en ait ou non profité; qu'il les ait contractées pour des affaires communes ou non. Par exemple, si le mari s'est rendu caution d'un ami aux affaires duquel il n'a aucun intérêt, et uniquement dans la vue de l'obliger, la dette qui résulte de ce cautionnement n'en sera pas moins à la charge de la communauté, quand même le débiteur cautionné par le mari serait insolvable.

218. Ce droit du mari d'obliger indéfiniment, aux dettes qu'il contracte pour quelque cause que ce soit, tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de son épouse, est incontestablement fondé, dans son origine, sur les dispositions de nos coutumes, qui lui donnaient la propriété pleine et entière de tous les biens de cette même communauté, dont elles le déclaraient, pendant le mariage, *seul et vrai propriétaire*, ainsi que nous l'avons prouvé *suprà*, n<sup>os</sup>. 75 et suivans. Il avait dans toute sa plénitude le droit d'user et d'abuser, qui caractérise la propriété. De ce droit résultait évidemment celui d'engager les mêmes biens, de quelque manière que ce fût, par con-



trat, quasi-contrat, par délit, quasi-délit, suivant la maxime qui *s'oblige oblige le sien*.

219. Mais Pothier, sans contredire ces principes, a cru devoir fonder le droit du mari sur une présomption légale, par laquelle la femme, lorsque son mari contracte, est réputée contracter et s'obliger avec lui en qualité de commune. « La femme, dit-il, n°. 248, lorsque le mari contracte, est *censée*, non en son propre nom, mais en qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui pour sa part dans la communauté, même sans qu'elle en ait rien su, et sans qu'elle puisse s'y opposer.

« Ce principe, ajoute-t-il, a lieu à l'égard de toutes les dettes que le mari contracte pendant que dure la communauté. »

Quelque profond respect, quelque déférence que nous ayons pour la doctrine de ce savant jurisconsulte, nous ne saurions l'adopter en ce point. La femme est, dit-il, *censée* contracter et s'obliger avec son mari à toutes les dettes qu'il contracte durant la communauté. *Censée*, c'est-à-dire *présumée*. Ce mot ne peut avoir d'autre acception dans le passage de Pothier. Or, les présomptions ne sont que des conjectures, « des conséquences » que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » (1349). Le fait connu ne peut être ici que celui du mariage, d'où l'on tirerait, par conjecture, que la femme a donné au mari le pouvoir, non seulement d'administrer les biens de la communauté, mais de les perdre et de les dissiper en profusions inutiles et même condam-

nables. On ne saurait, certes, tirer une conjecture aussi peu raisonnable du fait du mariage, et l'on regarderait comme insonnée la femme qui, en se mariant, donnerait un tel pouvoir à son mari. Cependant Pothier étend sa présomption légale aux dettes que le mari contracte par un délit. « Il y a » plus, dit-il : lorsque le mari a commis un délit » pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la » vérité, que la femme, qui n'y a eu aucune part, » soit censée l'avoir commis avec lui ; mais elle » n'en est pas moins *censée* s'être obligée avec lui, » en sa qualité de commune, à la réparation du » délit. Cette réparation est une dette de commu- » nauté, quoiqu'elle n'ait profité aucunement du » délit. »

Une pareille présomption est contraire à la raison, et aux textes des coutumes, sous l'empire desquelles Pothier écrivait. Elles déclaraient le mari seul *vrai seigneur* et propriétaire, pendant le mariage, des biens qui devaient entrer dans la communauté. Il pouvait les aliéner, les obliger indéfiniment à toutes les dettes qu'il contractait. La femme n'ayant aucun droit à ces biens, pendant le mariage, était réduite à l'espérance de partager ceux qui resteraient après le mariage. Elle ne pouvait donc, par conséquent, être *censée* ou *présumée* avoir donné au mari aucun droit sur des biens auxquels elle n'en avait elle-même aucun. La présomption légale, imaginée par Pothier, était donc réellement contraire aux principes des coutumes sous l'empire desquelles il écrivait.

Nous avons cru nécessaire d'examiner et de ré-

futer sa doctrine, parce que, comme nous le verrons bientôt, un professeur célèbre est allé plus loin que Pothier lui-même, et en a conclu, ce que ce dernier n'avait pas fait, que la communauté n'est pas chargée de la réparation civile du délit commis par le mari, lorsqu'il n'emporte pas la mort civile. Ce qui est absolument contraire à l'esprit du Code.

220. On avait autrefois abusé du principe que le mari est seul seigneur et maître des biens de la communauté, pour en faire une fausse application à la maxime *qui confisque le corps, confisque les biens* (1), et l'on décidait sans hésiter que le mari qui était condamné pour crime emportant confiscation, confisquait non seulement la moitié de la communauté, mais aussi la moitié éventuelle de sa femme.

221. Mais Dumoulin, ce grand jurisconsulte dont le génie eut tant d'empire sur la législation de son tems, s'éleva fortement contre cette injustice, et parvint à faire changer la jurisprudence contre le texte des anciennes coutumes de France (2). Les crimes qui donnaient lieu à la confiscation étaient punis de peines capitales, qui emportaient la mort civile. Or, dès l'instant que le mari est retranché de la société par la mort naturelle ou civile, il y a dissolution de la communauté, et le mari cesse d'en être le maître. Dans le même mo-

(1) Art. 185 de la Coutume de Paris, et *ibi* Brodeau.

(2) Voy. Loisel, liv. 6, tit. 2, n°. 26.

ment sa femme est saisi de sa moitié, au moyen de quoi il n'y a que les biens du mari qui puissent être affectés aux condamnations qu'a méritées son crime, lequel n'est constaté que par le même titre qui lui ôte le droit qu'il avait sur la communauté. On ne peut donc mettre au rang de ses biens que sa moitié dans la communauté dissoute avec ses propres.

On appliquait ce raisonnement aux amendes prononcées au lieu de la confiscation, dans les pays où elle n'avait pas lieu, mais il ne pouvait s'appliquer à la réparation civile à laquelle le mari était condamné par le jugement qui prononçait contre lui une peine capitale. C'est le jugement qui rend le mari débiteur de l'amende que son crime mérite. Au contraire, ce n'est point le jugement qui le rend débiteur de la réparation civile; il ne fait que la liquider. C'est au moment même du délit, et par le fait qui le constitue, que naît l'obligation de réparer le tort qu'il a causé. La dette de la réparation est donc contractée durant la communauté, et dans un tems où le mari jouissait encore sur elle de la plénitude de ses droits.

Néanmoins, sous l'empire de la jurisprudence antérieure au Code, on jugeait plus équitable de ne pas charger la communauté de la réparation civile, lorsqu'elle était prononcée par un jugement capital emportant la mort civile (1).

---

(1) Voy. Pothier, n°. 249; Valin sur la Rochelle, art. 22, § 2, n°. 51; Pucquet de Livonière, liv. 4, chap. 1, n°. 24.



Mais on n'avait rien changé à l'ancien droit dans les autres cas ; et la communauté était chargée de la réparation civile, et des amendes et dépens auxquels le mari était condamné durant le mariage, soit en matière de police, soit en matière criminelle, lorsque la condamnation n'emportait pas la mort civile.

222. Telle était donc la jurisprudence antérieure au Code. Le mari engageait les biens de la communauté indéfiniment par son délit, ainsi que par contrat ; avec cette distinction que si le délit n'emportait ni mort naturelle, ni mort civile, ni par conséquent dissolution de la communauté, les réparations, amendes et dépens prononcés contre lui se prenaient sur tous les biens de la communauté. Mais si le délit emportait dissolution de la communauté par une condamnation à mort naturelle ou civile, les réparations, amendes et dépens ne se prenaient que sur la part du mari dans la communauté, et non sur celle de la femme.

Il était nécessaire de développer ces dispositions de l'ancienne jurisprudence et leurs motifs, pour bien entendre l'esprit du Code, qui les a adoptées, avec des modifications importantes et conformes à l'équité. L'art. 1424 porte :

223. « Les amendes encourues par le mari pour  
» crime n'emportant pas mort civile, peuvent se  
» poursuivre sur les biens de la communauté,  
» sauf la récompense due à la femme ; celles encour-  
» ues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur  
» la nue propriété de ses biens personnels, tant  
» que dure la communauté. »



L'art. 1425 ajoute : « Les *condamnations* prononcées contre l'un des époux pour crime emportant mort civile, ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels. »

Voilà donc la distinction établie par la jurisprudence antérieure, entre les condamnations prononcées pour crime emportant la mort civile, et celles pour crime n'emportant pas la mort civile, consacrée par le Code. Les premières ne frappent que la part de communauté de l'époux qui les a subies et ses biens personnels ; mais elles les frappent toutes, quel que soit leur objet, tant les réparations civiles du tort causé par le délit, que les amendes et les dépens ; car l'art. 1425 ne distingue point. Ce sont *les condamnations* en général pour crime emportant la mort civile, qu'il met à la charge personnelle de l'époux qui les a subies, sans distinction. Nous avons vu, dans le numéro précédent, que c'était aussi de la sorte qu'on le jugeait dans la jurisprudence antérieure au Code, et à laquelle il n'a rien changé en ce point.

224. Mais remarquez qu'à l'égard des condamnations prononcées contre le mari, pour crime n'emportant point la mort civile, l'art. 1424 ne les met point en général à sa charge personnelle ; il n'y met que les *amendes*, qu'il permet, à la vérité, de poursuivre sur les biens de la communauté, auxquels la femme n'a qu'un droit éventuel, mais en lui réservant une récompense en cas d'acceptation ; disposition nouvelle, parfaitement conforme à l'équité ; car les amendes sont la peine du délit ; peine qu'il serait injuste de faire

partager à la femme, lorsqu'elle n'a pris aucune part au délit : *Nulla enim societas criminum inita videtur inter conjuges.*

La réparation civile du dommage causé par le fait du mari n'est point une peine ; c'est l'accomplissement d'une obligation que lui impose la loi : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » (1582). Or, le fait du mari oblige incontestablement les biens de la communauté, dont il est le chef.

Il y a d'ailleurs une raison décisive pour laisser la réparation civile à la charge de la communauté. Si, en cause criminelle, le mari avait obtenu, contre sa partie adverse, une réparation pécuniaire, la communauté en profiterait. Il est donc juste qu'elle supporte réciproquement les réparations pécuniaires auxquelles le mari est condamné. C'est une conséquence de la règle suivie par le Code, dans la composition du passif de la communauté, comme nous l'avons vu ci-dessus : *Eadem debet esse ratio commodi et incommodi.*

225. M. Delvincourt, tom. III, pag. 18, dit que le droit du mari « d'obliger la femme sans son consentement, étant fondé sur le mandat qu'elle est censée lui avoir donné tacitement par le fait du mariage, ne peut moralement s'étendre aux engagements résultant de délits. En conséquence, le paiement des amendes encourues par le mari peut bien, comme celui de toutes ses autres dettes, être poursuivi sur les biens de la communauté.

» Mais la femme ou ses héritiers ont droit d'en demander récompense lors de sa dissolution. »

Cette décision ainsi limitée aux *amendes encourues*, pour crime n'emportant pas mort civile, est parfaitement juste. C'est la disposition littérale de l'art. 1424. L'auteur a également raison de dire, à la not. 1 de la pag. 260, que *c'est une dérogation à l'ancien droit*. Nous avons vu que la jurisprudence antérieure au Code mettait les amendes à la charge de la communauté, quand le crime n'emportait pas mort civile.

Mais l'auteur va trop loin quand il ajoute, not. 2, même pag. 260 : « Je crois qu'il faut en dire autant de la réparation civile, et cela d'après les principes contenus dans la note précédente. » Ces principes sont que « le mari ne peut obliger sa femme, même comme commune, que parce qu'on présume que celle-ci lui en a donné le pouvoir par le fait du mariage. Or, on ne peut supposer qu'elle ait entendu l'autoriser à commettre des délits. »

On voit que c'est en abusant de la présomption imaginée par Pothier, d'un mandat tacite donné par la femme au mari, que M. Delvincourt en vient à décider que la réparation civile du délit du mari n'est point une dette de communauté. Mais remarquez qu'il va plus loin que Pothier. Ce dernier avait dit que le droit du mari, d'obliger les biens de la communauté sans le consentement de sa femme, est une suite de sa qualité de chef de la communauté, qui lui donne le droit de puissance sur sa femme, et qu'elle est censée, lorsque son

mari contracte, contracter et s'obliger avec lui pour sa part de communauté, même sans qu'elle en ait rien su, et sans qu'elle puisse s'y opposer. Il appliquait sa présomption même à la réparation civile du délit, qu'il déclare, par cette raison, dette de communauté. Mais cette présomption n'est, dit Pothier, qu'un moyen d'expliquer en théorie le pouvoir exorbitant que la loi donne au mari sur les biens de la communauté, et cette explication, quoiqu'appuyée sur des bases sans solidité, pouvait passer.

Au contraire, M. Delvincourt en a fait un *principe*, et un principe général de décision pour tous les cas. Aussi s'explique-t-il tout autrement que Pothier. « *Le mari*, dit-il, pag. 260, lign. 3, *ne peut obliger sa femme, même comme commune, que parce qu'on présume qu'elle lui en a donné le pouvoir par le fait du mariage. Or, on ne peut supposer, etc.* »

M. Delvincourt aurait parfaitement raison, s'il existait une disposition de loi qui dît, comme lui, que le mari *ne peut* obliger sa femme, même comme commune, *que* dans les cas où elle peut être présumée lui avoir donné ce pouvoir. Mais alors il faudrait étendre plus loin la conséquence, et dire: Non seulement on ne peut supposer que la femme ait entendu autoriser le mari à commettre des délits; mais encore à perdre les biens communs, à les dissiper en profusions répréhensibles, à les donner à des personnes suspectes, etc.

Cependant Pothier, et les auteurs qui ont écrit avant et depuis le Code, reconnaissent que le mari



ces pouvoirs. Tous posent en principe que, sous l'empire du Code civil, comme sous l'empire des coutumes, la femme n'a aucun droit sur les biens de la communauté durant le mariage; qu'elle est réduite à la simple espérance de partager ceux dont le mari n'aura pas disposé. Comment donc peut-on dire qu'elle est censée, par le fait du mariage, avoir donné à son mari un mandat tacite, pour exercer sur ces biens des droits qui lui sont refusés par la loi? Concluons donc que ce n'est point, que ce ne peut être sur ce mandat tacite, qu'est fondé le droit du mari, d'obliger tous les biens de la communauté; mais sur les lois qui lui en donnent la propriété durant le mariage; propriété qui, dans l'origine, pleine et absolue, a été modifiée par les dispositions du Code, comme nous le verrons dans la section suivante.

Disons donc, sur ce point, que la réparation civile du délit commis par le mari, lorsqu'il n'emporte point mort civile, est une dette de communauté, et qu'il en est de même des dépens faits pour parvenir à faire liquider cette réparation, et contraindre le mari à la payer.

226. L'obligation de garantie que contracte le mari en vendant les propres de sa femme, qu'il ne pouvoit vendre sans son consentement, est-elle une dette de communauté, en sorte que l'acquéreur puisse opposer l'exception de garantie contre la demande en revendication de la femme commune, pour l'y faire déclarer non recevable par moitié, en vertu de la maxime, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*?



Pothier avait d'abord fort bien résolu cette question affirmativement (1), par la raison décisive que sa qualité de commune en biens la fait participer à toutes les obligations contractées par son mari durant la communauté. En effet, le mari, en s'obligeant personnellement à cette garantie, y a par suite engagé tous les biens de la communauté, auxquels la femme ne peut prendre part, qu'à la charge d'acquitter la moitié des dettes auxquelles ils sont affectés.

Mais ce savant auteur s'est rétracté dans le *Traité de la communauté*, n°. 253. En travaillant cet ouvrage, il imagina, comme nous l'avons dit *suprà*, n°. 219, que le droit accordé au mari d'obliger indéfiniment tous les biens de la communauté, même la part éventuelle de la femme, vient de ce que, lorsque le mari contracte, la femme est *censée*, non en son propre et privé nom, mais en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui, pour sa part, en la communauté. Plein de cette idée nouvelle, il crut devoir rétracter la décision qu'il avait si bien motivée, relativement à la garantie de la vente du propre de la femme, et voici comme il raisonne :

C'est la loi qui donne au mari la puissance qu'il a sur la personne et les biens de sa femme, et le droit de la rendre participante de toutes les obligations qu'il contracte, même sans son consentement.

---

(1) *Traité du contrat de vente*, n°. 179.

Oui sans doute ; mais il s'agit ici de plusieurs pouvoirs bien différens , et qu'il ne faut pas confondre , quoique tous établis par la loi : 1°. de la puissance du mari sur la personne de sa femme : cette puissance est d'ordre public , et indépendante de toute puissance sur les biens de la même femme , laquelle est de droit privé ; 2°. de la puissance du mari sur les biens de sa femme , c'est-à-dire de ceux qui ne sont point entrés dans la communauté , de ses héritages propres ; 3°. du droit du mari sur les biens de la communauté. C'est ce que Pothier appelle le droit de contracter , tant pour lui que pour elle , et de la rendre participante , en qualité de commune , des obligations qu'il contracte , même sans son consentement.

Or , continue Pothier , « la loi n'accorde au mari » ce droit de puissance , *sur la personne et sur les biens de la femme* , qu'à la charge expresse qu'il » ne pourra vendre les *héritages propres* de sa femme » sans son consentement. »

Dans ce dernier membre de la phrase , Pothier oppose manifestement les biens *propres* aux autres biens de la femme en général. Mais quels sont les biens de la femme autres que ses propres ? Ce ne peuvent être que les biens de communauté , que Pothier met , à tort , au nombre des biens de la femme. « On distingue , dit-il (1) , les biens de la femme » en biens de la communauté et en biens propres. »

---

(1) *Traité de la puissance du mari sur la personne et sur les biens de la femme* , n°. 81.

Nous avons vu *suprà*, et nous y reviendrons encore, dans la section suivante, que la femme n'a, durant le mariage, aucun droit aux biens de la communauté. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le passage que nous examinons, et dans le *Traité de la puissance maritale*, Pothier les comprend au nombre des biens de la femme en général. Cela posé, son raisonnement se réduit à celui-ci : La loi n'accorde au mari le droit de puissance sur la personne de la femme et sur ses biens, tant propres que de communauté, qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les propres sans son consentement.

Il y a d'abord ici inexactitude frappante dans la manière de s'exprimer. Il est vrai, d'une part, que la loi défend, ou ne permet pas au mari, de vendre les propres de sa femme, et, d'autre part, qu'elle lui donne le droit de vendre les biens de la communauté. Mais ce sont deux dispositions indépendantes l'une de l'autre. La loi ne fait point dépendre le droit de vendre les biens de la communauté, de la défense de vendre les propres de la femme. Il est donc inexact de dire qu'elle ne l'accorde qu'à cette charge. Mais voyons ce que Pothier déduit de ces prémisses.

Par cette défense, dit-il, la loi de la puissance maritale *excepte* la vente des propres de la femme, de la généralité des contrats, qu'elle autorise le mari, comme chef de la communauté, à faire, tant pour lui que pour sa femme, en qualité de commune.

Mais à qui pourra-t-on persuader que la défense

de vendre les propres de la femme, soit une exception au droit de vendre les biens de la communauté, dans laquelle ils ne sont point entrés?

C'est pourquoi, continue Pothier, lorsque le mari vend l'héritage propre de sa femme, sans son consentement, il ne peut être *censé* avoir fait le contrat, tant pour lui que pour sa femme, en sa qualité de commune, ni par conséquent avoir contracté pour elle, comme commune, l'obligation de garantie envers l'acheteur. Donc *il contracte seul cette garantie, et sa communauté n'en est pas chargée.*

D'abord, qu'est-ce à dire que le mari n'est pas *censé* avoir contracté la garantie pour sa femme, en qualité de commune? S'il a pris la qualité de faisant et garantissant pour elle; s'il a promis de la faire ratifier; en un mot, s'il s'est porté fort pour elle, dira-t-on encore qu'il n'est pas *censé* avoir contracté pour elle l'obligation de garantir?

Et puis, pourquoi la communauté n'est-elle pas chargée de la garantie? C'est, dit Pothier, parce que le mari la *contracte seul.*

Mais c'est un principe élémentaire professé par Pothier, dans mille endroits de son ouvrage, que le mari a le droit, sans le concours de la femme, de charger les biens de la communauté, dont il est réputé seul propriétaire durant le mariage, de toutes les dettes qu'il juge à propos de contracter, même de celles qui n'ont aucun rapport aux affaires de la communauté. *Voy. tom. II, n°. 465 et 468.*

Qu'importe donc que l'obligation de garantie, contractée par le mari *seul*, soit relative à la vente



du propre de la femme qui n'entraît pas dans la communauté? Il ne pouvait, à la vérité, obliger personnellement la femme à cette garantie; mais il avait le pouvoir d'y engager tous les biens de la communauté, et en les engageant, il y obligeait hypothétiquement la femme, c'est-à-dire dans le cas où elle accepterait la communauté; car alors elle prend les biens dans l'état où elle les trouve, et elle est tenue des dettes, comme tout détenteur de biens affectés au paiement d'une dette; elle n'en est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en possède, et elle peut se dégager en abandonnant les biens, et en rendant compte de ce qu'elle a reçu, pourvu qu'elle ait fait un inventaire des biens de la communauté (1483) : ce qui prouve qu'elle n'est point obligée personnellement. Tels sont les principes de la matière.

Pothier a prétendu que l'art. 230 de la Coutume du Poitou, en permettant à la femme, sans distinguer si elle est commune ou non, de se faire rendre son héritage propre, lorsque le mari l'a vendu sans son consentement, la mettait à l'abri des suites de la garantie due à l'acquéreur de son bien. C'est une erreur. Cet article se borne à dire que le mari « ne peut, sans le consentement de sa femme, » aliéner ni transporter la propriété des héritages » de ladite femme, et s'il le fait, cette aliénation » ne vaut au préjudice d'elle, soit en possession » ou en propriété, tellement que le mariage dissolu, la femme peut intenter complainte ou autre » remède possessoire. »

Il est évident qu'en accordant à la femme la re-



vendication de son propre, vendu sans son consentement, cet article ne la dégage point des suites de la garantie, dont elle est tenue pour moitié, si elle accepte la communauté; et Boucheul, le commentateur le plus estimé de cette coutume, dit, sur cet art. 230, n°. 10 : « Mais au contraire, si la communauté a profité de l'aliénation par le prix de la vente qui y est entré (c'est-à-dire si le mari l'a reçu), quoique la femme, acceptant la communauté, puisse néanmoins vendiquer ses héritages aliénés sans son consentement..... ce n'est qu'en rendant par la femme à l'acquéreur la moitié du prix qu'il a déboursé, et qui est entré dans la communauté, et encore en payant par elle la moitié des dépens, dommages et intérêts résultant de l'éviction, comme provenus d'un contrat fait pendant la communauté, en laquelle le prix est entré, et de laquelle le mari pouvait disposer à son plaisir. » Renusson, Traité de la communauté, part. 1, chap. 6, n°. 69, est du même avis.

227. Le mari ne pouvant jamais s'enrichir aux dépens de la communauté (art. 1457), le principe qu'elle est chargée de toutes les dettes qu'il contracte pendant qu'elle dure, souffre exception à l'égard de celles qu'il n'a contractées que pour son intérêt personnel, et dont il profite seul. Par exemple, s'il s'est obligé envers un voisin à lui donner une certaine somme, pour l'affranchissement d'un droit de servitude, dont son héritage était chargé envers le sien, la communauté ne sera point tenue de cette dette, contractée pour une affaire qui ne concerne que l'intérêt du mari seul, et dont

il profite seul. C'est pourquoi si cette somme était payée durant le mariage, il en devrait récompense à la communauté (1437).

Il en serait de même de la dette qu'il aurait contractée envers un architecte, pour lui bâtir une maison sur son héritage propre.

228. Il faut encore, suivant Pothier, n°. 251, excepter des dettes qui sont à la charge de la communauté, celles qu'il aurait contractées en faveur des enfans d'un précédent mariage, ou même en faveur de quelqu'un de ses présomptifs héritiers. La raison en est, dit-il, « qu'il ne peut pas plus » *avantager*, des biens de la communauté, ces personnes que lui-même, au préjudice de la part qu'y doit avoir la femme. »

L'exception dont parle Pothier doit donc être limitée au cas où les dettes contractées en faveur de l'enfant, ou de l'héritier présomptif, auraient le caractère d'une libéralité, et contiendraient un avantage en leur faveur, comme on le voit par les exemples qu'il donne, en développant son principe, d'une dot promise à l'héritier présomptif, ou d'un cautionnement en sa faveur.

Du reste, si la dette contractée envers l'enfant ou l'héritier présomptif avait une cause, on ne pourrait la critiquer qu'en prouvant la fraude.

229. Mais cette exception des dettes contractées par le mari envers ses enfans d'un premier lit, ou d'un héritier présomptif, et fondée sur une présomption de fraude, qui était admise dans la jurisprudence antérieure, doit-elle l'être également sous l'empire du Code civil? Il garde, sur ce point,

un profond silence. Il semble même rejeter cette exception, en autorisant les donations d'effets mobiliers, qu'il permet au mari de faire, pourvu qu'il ne s'en réserve point l'usufruit; car il déclare expressément, art. 1422, que ces sortes de donations sont valables *au profit de toutes personnes*. Si ces derniers mots, *au profit de toutes personnes*, n'avaient pas été mis pour abroger la jurisprudence antérieure, quel pourrait être leur objet, quel en serait le sens? (1)

Cependant, il est évident, dans l'esprit de l'article 1422, et l'art. 1437 ne laisse aucun doute sur ce point, que le mari ne peut pas se donner à lui-même personnellement, même à titre particulier, des effets mobiliers de la communauté. Or, en matière d'incapacité de recevoir, le père et le fils sont réputés une même personne, et c'est sur ce fondement, qu'après avoir dit que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, » l'art. 911 ajoute : « Seront réputées personnes interposées *les pères et mères, les enfans et descendans*, et l'époux de la personne incapable. »

Le mari ne peut donc pas plus donner à ses enfans d'un autre lit, à son père ou à sa mère, des

---

(1) L'art. 1437 dit que toutes les fois que *l'un des époux* a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. Il ne parle point du cas où c'est l'un de ses enfans ou de ses héritiers qui en a retiré du profit.

effets mobiliers de la communauté, qu'il ne pourrait se les donner à lui-même.

Mais comme l'art. 911 ne met point les collatéraux héritiers présomptifs de l'incapable, au nombre des personnes que la loi répute interposées, et qu'on ne doit jamais étendre les incapacités d'une personne d'un cas à un autre, il faut dire que le Code ne déroge à la jurisprudence antérieure, qu'en ce qu'elle étendait l'incapacité de recevoir du mari, jusqu'à ses héritiers présomptifs en ligne collatérale. C'est aussi ce qu'enseigne le savant Merlin (1).

230. Passons maintenant aux dettes contractées par la femme pendant le mariage.

Nous avons vu que le mari étant maître absolu des biens de la communauté, et pouvant en disposer à son gré, même les dissiper, les perdre, sans en devoir compte à personne, toutes les dettes qu'il contracte personnellement pendant le mariage, quoiqu'entièrement étrangères aux affaires de la communauté, sont néanmoins à sa charge. C'est un principe très-ancien, consacré de nouveau par l'art. 1409, n°. 2.

La femme au contraire n'ayant aucun droit sur les biens de la communauté durant le mariage, et réduite à la seule espérance de partager ce qu'il en restera à la dissolution du mariage, ne peut avoir le droit de les engager sans le consentement du mari. C'est encore un ancien principe consacré par

---

(1) Répertoire de jurisprudence, v°. *Communauté*, § 5, n°. 5.



le même article, et par l'art. 1426 : « Les *actes* faits par la femme sans le consentement du mari, ... n'engagent point les biens de la communauté. »

231. Les actes faits par la femme, c'est-à-dire *quodcunque agit* : ce ne sont donc pas seulement les contrats faits sans autorisation ; ces contrats sont nuls à raison de l'incapacité prononcée contre la femme non autorisée. (217, 1124). Mais le consentement du mari n'est pas nécessaire pour que la femme soit personnellement obligée par ses faits, dans les cas des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. L'autorisation n'est même pas nécessaire quand elle est poursuivie en matière criminelle et de police (216). Si elle est condamnée en quelques amendes ou réparations pécuniaires, les biens de la communauté n'y sont point engagés, et comme tous les revenus des biens de la femme appartiennent à la communauté, pendant qu'elle dure, celui au profit duquel les condamnations ont été prononcées, ne peut les faire exécuter que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, tant que dure la communauté. (1424).

Il faut excepter les cas où le mari est absolument responsable des délits de sa femme, tels que les délits ruraux et ceux qu'il pouvait empêcher (1). Car, dans ces cas, les condamnations prononcées contre la femme s'exécutent sur tous les biens de la communauté, et même sur les biens

---

(1) Voy. ci-après, nos. 279 et 280.



personnels du mari. Mais dans ces cas aussi, la femme devrait une récompense.

252. Elle en devrait également une, si, dans les cas où le mari n'est point absolument responsable, il payait, pour éviter la saisie de la nue propriété des biens de son épouse.

En quoi l'on peut voir qu'il n'existe aucune égalité entre le mari et la femme; qu'il n'en peut même exister dans notre système de législation, sur ce que nous appelons la communauté. Les amendes encourues par le mari s'exécutent sur les biens de la communauté, sauf néanmoins la récompense due à la femme, en cas d'acceptation.

La réparation civile des délits du mari, lorsqu'ils n'emportent pas la mort civile, est une dette de la communauté, et s'exécute sur les biens qui la composent, sans récompense pour la femme.

Au contraire, la réparation des délits de la femme, dans le même cas, n'est point à la charge de la communauté, et ne peut s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels. Pothier, n°. 559.

Ces différences viennent de ce que le mari est seul propriétaire et maître des biens de la communauté pendant qu'elle dure, et que la femme n'y ayant aucun droit, est réduite à l'espérance de partager ce qu'il en restera après sa dissolution. Elle ne pourrait donc auparavant être poursuivie conjointement avec son mari, ni condamnée avec lui, à raison des dettes qu'il a contractées seul, même pour les affaires de la communauté.

253. Mais si elle a contracté une dette avec le

consentement de son mari, les créanciers peuvent en poursuivre le paiement, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari (1419) ou à la femme.

Si la dette contractée par la femme, du consentement du mari, pour les affaires de la communauté, n'avait pas été acquittée pendant le mariage, et que la femme acceptât la communauté, elle serait payée sur la masse commune, et alors il n'y aurait ni récompense, ni indemnité.

Si elle n'acceptait pas, et qu'elle fût poursuivie par le créancier, il lui serait dû une indemnité par les héritiers du mari.

Si la dette était contractée pour affaires personnelles à la femme, et qu'elle fût payée des deniers de la communauté, c'est alors qu'en cas d'acceptation de la femme, il serait dû récompense à la communauté; si la femme renonçait, elle devrait une indemnité aux héritiers du mari.

Enfin, si la dette avait été contractée pour les affaires personnelles du mari, il serait dû récompense à la communauté de la somme qui y aurait été prise pour la payer; si la femme renonçait, il lui serait dû une garantie ou une indemnité, dans le cas où elle serait poursuivie sur ses biens.

234. Si la femme, au lieu de s'obliger simplement, du consentement du mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, s'était obligée solidairement avec lui, les créanciers pourraient, à la vérité, la poursuivre pour la totalité par voie de solidarité; mais à l'égard du mari, elle est ré-

putée ne s'être obligée que comme caution, et elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée (1431).

235. Au principe que les actes de la femme ne peuvent engager les biens de la communauté sans le consentement de son mari, les auteurs et la jurisprudence antérieure au Code, faisaient plusieurs exceptions qu'il faut examiner. Ils enseignaient d'abord que l'obligation de la femme était valable, et qu'elle engageait les biens de la communauté, lorsqu'elle avait pour objet de tirer son mari de prison (1). Le motif de cette exception est tiré du devoir de la femme, qui est obligée d'employer tous les moyens capables de procurer la liberté à son mari. C'était en droit romain un motif suffisant pour permettre à la femme d'aliéner son fonds dotal, *ut suos redimeret à captivitate*; mais si la femme était mineure, elle ne pouvait s'obliger pour tirer son mari de prison, sans l'autorisation de la justice.

Le Code exige cette autorisation indistinctement pour toutes les femmes. L'art. 1427 porte : « La » femme ne peut s'obliger ni engager les biens de » la communauté, même pour tirer son mari de » prison, ou pour l'établissement de ses enfans, » en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été » autorisée par justice. »

---

(1) Sur cette exception, voyez Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos. 35 et suiv.; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 1, no. 21; Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, vo. *Autorisation maritale*, sect. 7, nos. 11, 12 et suiv.

Il paraît que cette autorisation est suffisante, même dans le cas de minorité de la femme, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre une délibération du conseil de famille, ainsi que l'exige l'art. 483, pour autoriser un mineur émancipé à faire des emprunts. En s'obligeant pour tirer son mari de prison, la femme, qui lui doit *secours et assistance* (212), ne fait que remplir un devoir, et si la loi exige l'autorisation de la justice, c'est pour empêcher que l'accomplissement de ce devoir ne devienne un prétexte pour surprendre la femme.

C'est par cette raison que la jurisprudence antérieure (1) ne permettait pas à la femme de s'obliger pour empêcher son mari d'entrer en prison. Il serait facile d'intimider une femme en la menaçant d'emprisonner son mari, et de la faire se soumettre à toutes les dettes de son mari, qu'on lui dirait soumis à la contrainte par corps. La justice ne devrait donc accorder son autorisation qu'avec beaucoup de circonspection.

Elle devrait la refuser dans tous les cas, si la dette pour laquelle le mari est en prison, était de nature à ce qu'il pût obtenir sa liberté au moyen de la cession de ses biens. Le refus de la justice pourrait même, en ce cas, être avantageux au mari lui-même, en ménageant la fortune de sa femme, qui lui doit des alimens dans tous les cas. Lebrun, dont l'opinion était suivie par les au-

---

(1) Foy. Valin sur l'art. 25 de la Coutume de la Rochelle, n°. 9, et les autorités qu'il cite.



teurs qui ont écrit après lui, pensait qu'en ce cas la femme ne pouvait pas s'obliger valablement pour tirer son mari de prison.

236. Tout ce que nous avons dit des obligations de la femme, pour tirer son mari de prison, s'applique au cas où elle s'oblige pour payer sa rançon. L'Ordonnance de la marine, liv. 3, tit. 6, art. 12, en avait même une disposition positive : « Les femmes pourront valablement s'obliger, et » aliéner leurs biens dotaux, pour tirer leurs maris d'esclavage. »

237. Sous l'ancienne jurisprudence, qui permettait aux femmes non autorisées de s'obliger pour procurer la liberté à leurs maris, on demandait si elles le pouvaient également pour tirer leurs fils de prison. Les auteurs (1), à l'exception de Duplessis, répondaient négativement. Aux raisons qu'ils donnent de leur opinion, on peut ajouter que c'est au père seul, pendant le mariage, qu'appartient la puissance paternelle, et qu'il peut avoir des motifs pour ne pas faire sortir de prison un fils dérangé, sur lequel, attendu sa majorité, il n'a plus le droit de correction, que la loi lui accorde sur ses enfans mineurs.

Lebrun (2) allait plus loin. Il refusait à la femme la faculté de s'obliger sans l'autorisation de son mari, pour se tirer elle-même de prison. Une pa-

(1) Bouhier, observ. 19, n°. 91; Merlin, Répertoire, v°. *Autorisation maritale*, sect. 7, n°. 13.

(2) Traité de la communauté, liv. 2, chap. 1, n°. 27 et 28.



reille décision est contraire à l'équité naturelle, et aux devoirs mutuels des époux, qui se doivent mutuellement secours et assistance. (212). Le mari doit être le premier à tendre à sa femme une main secourable pour la tirer de prison; et s'il est assez barbare pour lui refuser son autorisation, la loi serait injuste si, donnant à la femme la faculté de s'obliger valablement pour briser les fers de son mari, elle lui refusait la même faculté pour briser les siens. Sous l'empire du Code, les magistrats ne pourraient lui refuser l'autorisation qui lui est nécessaire, dans tous les cas où elle ne peut avoir celle de son mari.

258. La femme qui veut se faire autoriser de justice, après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, doit présenter requête au président du tribunal civil, qui rend une ordonnance portant permission de citer le mari à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déclarer les causes de son refus. (Art. 861 du Code de procédure).

Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il est rendu, sur les conclusions du ministère public, un jugement qui statue sur la demande de la femme. (862).

Dans le cas d'absence du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme présente également requête au président du tribunal, qui ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport à jour indiqué. (863).

259. Il faut remarquer que l'art. 1427 du Code

civil donne aux obligations contractées par la femme, avec l'autorisation de la justice, pour tirer son mari de prison, et pour l'établissement des enfans communs, la même force, la même efficacité que si elles étaient contractées avec le consentement du mari; elles n'engagent pas seulement la personne et les biens de la femme, mais encore les biens de la communauté. Elles peuvent donc être exécutées, tant sur les biens de la communauté que sur ceux de la femme, et même du mari.

Il faut donc modifier la doctrine de Pothier, ou plutôt prendre garde de lui donner plus d'extension qu'elle n'en comporte. Il dit, *Traité de la puissance maritale*, n°. 13, que « *la seule dif-*  
 » *férence entre l'autorisation du mari et celle du juge,*  
 » *est que lorsqu'une femme, durant le mariage, a*  
 » *contracté quelque obligation, n'étant autorisée*  
 » *que par le juge, le créancier ne peut se faire*  
 » *payer, sur les biens de la communauté, tant*  
 » *qu'elle subsiste, si ce n'est jusqu'à concurrence*  
 » *de ce que la communauté aurait profité de l'af-*  
 » *faire pour laquelle la femme a contracté l'obli-*  
 » *gation; ..... au lieu que lorsque la femme a été*  
 » *autorisée de son mari, pour quelque obligation*  
 » *qu'elle a contractée durant le mariage, le mari*  
 » *ayant approuvé l'obligation, ne peut s'opposer*  
 » *au paiement que le créancier en exige durant la*  
 » *communauté. Le mari a seulement le droit de*  
 » *prétendre, lors de la dissolution de la commu-*  
 » *nauté, récompense de la somme qui en a été*  
 » *tirée pour l'acquitter, si la dette était une dette*  
 » *qui ne concernât que des affaires particulières*

« dont elle eût seule profité, et dont elle fût seule débitrice. »

La fin de ce passage en fixe le véritable sens, et prouve qu'en disant que la seule différence qui existe entre l'autorisation du juge et celle du mari, consiste en ce que l'obligation contractée par la femme, sous la première autorisation, ne peut s'exécuter sur les biens de la communauté, le savant auteur n'a voulu parler que des obligations qui ne concernent que les affaires particulières à la femme, et non des obligations contractées pour des affaires communes, ou qui intéressent le mari.

Ainsi, si l'obligation contractée par la femme autorisée de justice ne concerne que ses affaires personnelles, elle ne peut, comme dit Pothier, s'exécuter sur les biens de la communauté. Cette autorisation n'a pas d'autre effet que de lever l'incapacité légale où est toute femme mariée, de s'obliger sans l'autorisation de son mari. On en voit un exemple dont nous parlerons bientôt dans l'article 1413.

Si cette obligation concerne les affaires communes, elle peut l'exécuter sur les biens de la communauté, comme dans le cas d'établissement des enfans communs, en cas d'absence du mari. C'est le cas de notre art. 1427. Il paraît même que cette obligation pourrait s'exécuter sur les biens du mari.

Si cette obligation concerne les affaires personnelles du mari, elle peut à plus forte raison s'exécuter sur les biens du mari. Par exemple la femme, pendant l'absence du mari, se fait autoriser

de justice à faire un emprunt, afin d'empêcher la vente des biens de son mari, dont l'expropriation forcée est poursuivie pour une dette qui lui est personnelle, et qui n'est point entrée dans la communauté.

240. Il y a des cas où la femme peut non seulement s'obliger personnellement, mais encore obliger son mari et les biens de la communauté, quoiqu'elle ne soit autorisée ni de lui ni de la justice; c'est d'abord lorsqu'elle est marchande publique, et qu'elle contracte pour le fait de son négoce. « La femme, dit l'art. 220 du Code, si elle est » marchande publique, peut, sans l'autorisation » de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son » négoce, et, audit cas, elle oblige aussi son mari, » s'il y a communauté entre eux. »

« La femme ne peut être marchande publique » sans le consentement de son mari. » (Art. 4 du Code de commerce). Or, en consentant que sa femme fasse le commerce, le mari est nécessairement censé consentir à tous les actes qu'elle fera, à toutes les dettes qu'elle contractera, en un mot, à tous les engagements qu'elle pourra prendre relativement à son commerce; car qui veut la fin veut les moyens; et puisqu'en qualité de chef de la communauté, le mari participe à tous les bénéfices, à tous les gains que la femme peut faire dans son commerce, il doit également participer aux pertes: *Secundum naturam est commoda cujusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda. Loi 10, ff de R. J.*

Les dettes que la femme commerçante contracte pour le fait de son négoce, sont donc des dettes



de la communauté; et le mari qui en est le chef peut, pendant la communauté comme après, être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour la moitié de ces dettes, si la communauté a été acceptée.

241. Le consentement du mari à ce que sa femme fasse le commerce, n'a pas besoin d'être exprès ni par écrit; il suffit qu'il en ait connaissance et qu'il ne puisse l'ignorer. Le mari qui tient de la loi la puissance qu'il a sur sa femme, est, en la souffrant faire le commerce au lieu de l'en empêcher, censé l'y autoriser par un consentement tacite, qui n'a pas moins de force qu'un consentement exprès.

242. Mais il ne suffit pas que la femme fasse le commerce du consentement tacite de son mari, pour être considérée comme marchande publique ou commerçante. « Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé, » dit l'art. 220 du Code civil. Cette disposition est répétée dans l'art. 5 du Code de commerce.

Si le mari continue le commerce qu'il faisait avant le mariage, la femme qui, de son consentement, se met à la tête du détail de ce commerce, devient la factrice de son mari, quand il la laisse tenir les livres, vendre, acheter, recevoir, donner des quittances, consentir des billets, en un mot, faire ses affaires et signer pour lui : c'est toujours en qualité de factrice qu'elle est censée agir. Elle peut obliger son mari de la même manière, et



dans les mêmes circonstances où des commis et préposés engagent leurs maîtres ; mais elle ne s'oblige pas personnellement, et ne pourrait le faire qu'autant qu'elle s'en expliquerait expressément ; et son obligation ne serait pas valide sans une autorisation spéciale à cet effet. Dans ce cas elle deviendrait la caution du mari.

243. Si, au contraire, c'était la femme, et non le mari, qui était commerçante avant le mariage, comme tout son commerce, tant en actif qu'en passif, ne se compose que de choses mobilières, il entrerait dans la communauté, dont le mari est le chef et administre seul les biens. (1421). La femme se trouverait donc encore réduite à la qualité de factrice de son mari, si celui-ci se mêlait du commerce.

Il faut donc absolument, pour être réputée commerçante ou marchande publique, que la femme fasse un commerce séparé, et alors non seulement elle peut, sans autorisation, s'obliger personnellement elle-même, mais en ce cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

244. La femme ne pourrait se dégager de son obligation personnelle, même en renonçant à la communauté, sauf son recours contre le mari ou sa succession (1). Elle est alors dans le cas d'une femme qui a souscrit une obligation avec l'autorisation du mari.

(1) Voy. les Principes de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 159.

245. La femme, marchande publique, en obligeant son mari personnellement, ne le soumet pas à la contrainte par corps, quoiqu'elle y soit elle-même soumise. L'acte emportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui l'a signé (1).

246. Comme ce n'est que la qualité de commerçante ou de marchande publique, qui donne à la femme la capacité de s'obliger sans autorisation, il faut bien s'assurer si réellement elle réunit tous les caractères qui peuvent la faire considérer comme commerçante, sans quoi son obligation serait nulle. La simple déclaration exprimée dans un acte, qu'elle est marchande publique (2), ne suffirait pas pour valider son obligation, de même que la déclaration de majorité faite par un mineur, n'est point obstacle à sa restitution. (1307).

247. De ce que nous avons dit, il résulte que si la femme entreprend un commerce à l'insu de son mari, par exemple pendant son absence, ses obligations n'engagent ni les biens du mari, ni ceux de la communauté. C'est ainsi qu'on le jugeait sous l'ancienne jurisprudence, et Duparc-Poullain rapporte un arrêt du 16 juillet 1750, qui jugea en point de droit que la femme de Jacques Jego ayant entrepris un commerce de brocanterie depuis l'absence de son mari, embarqué pour l'Inde, Marguerite Ameline, créancière de ce

---

(1) Tronchet, dans Loaré, tom. III, pag. 509, édition in-8°. Pothier, Traité de la puissance du mari, n<sup>o</sup>. 22, dit le contraire. Son opinion ne serait pas suivie aujourd'hui.

(2) Voy. les Principes de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 142, n<sup>o</sup>. 181.

commerce, n'avait point d'action contre le mari, ni même contre la femme, dont l'obligation était nulle. Cependant le mari, avant son départ, avait donné à sa femme une procuration générale, pour toucher, recevoir, traiter, passer contrat et obligation, et généralement pour causes et raisons quelconques, et pour tous les événemens prévus et imprévus concernant le gouvernement de ses biens, et de toutes les affaires, de quelque nature qu'elles pussent être, sans aucune exception ni réserve; mais il ne faisait point le commerce avant son départ.

Cet arrêt est conforme aux anciens principes. ainsi qu'à ceux du Code civil.

248. La femme ne pouvant s'engager, ni engager son mari sans autorisation spéciale, que *pour ce qui concerne son négoce*, il importe beaucoup de distinguer les actes commerciaux de ceux qui ne le sont pas. Or, il y en a qui le sont par leur nature, indépendamment des personnes qui les font; d'autres ne sont tels que par la présomption de la loi, fondée sur la qualité des personnes de qui ils émanent, et tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils se rapportent à des objets étrangers au commerce. Par exemple, *les billets* ne sont point des actes commerciaux de leur nature. Dans le langage de la jurisprudence, on nomme *billet* l'écrit sous seing privé, par lequel une personne s'engage à payer à une autre, dans un tems déterminé, une somme d'argent ou une chose appréciable à prix d'argent. L'usage est de donner à de semblables actes, lorsqu'ils sont passés devant notaires,

le nom d'*obligations*, de *cédules* ou de *contrats de prêt* ou d'*emprunt*.

249. Les engagements qui résultent d'un billet ne diffèrent en rien de ceux qui n'appartiennent point essentiellement au commerce ; ils ne sont commerciaux que lorsqu'une preuve évidente, ou une présomption légale l'établit. Si un billet est souscrit par un commerçant, il est présumé de plein droit fait pour le commerce, lorsqu'il ne contient rien qui exclue (1) cette présomption, établie par l'art. 638 du Code de commerce. Il ne s'agit donc que de reconnaître la qualité du souscripteur. La femme mariée, si elle est commerçante ou marchande publique, s'oblige donc valablement, ainsi que son mari, par de simples billets, parce qu'il est *censé* qu'ils sont faits pour cause de commerce. Cependant le mari, ainsi que la femme, pourrait détruire cette présomption par la preuve du contraire ; car ces mots de l'article 638, *sont censés*, annoncent que ce n'est là qu'une simple présomption de droit, contre laquelle la preuve contraire est toujours admise.

250. Mais la loi n'a point étendu cette présomption aux *obligations* passées devant notaires, parce qu'en général ce mode d'engagement n'est point usité dans le commerce. La présomption est donc qu'ils sont étrangers au commerce, sauf au créancier à prouver le contraire, et s'il était dit qu'ils

---

(1) Tel serait le billet souscrit par un commerçant qui reconnaîtrait devoir une somme pour denrées ou marchandises achetées pour son usage particulier. Voy. l'art. 648 du Code de commerce.



sont pour cause de commerce, la femme, ainsi que le mari, pourrait également prouver la fausseté de la cause. Ainsi, les obligations de la femme non autorisée, passées devant notaires, lorsqu'il n'est point dit qu'elles ont le commerce pour cause, n'engagent ni la femme ni le mari.

251. Il en est de même des autres actes faits par la femme commerçante non autorisée, qui ne sont point commerciaux de leur nature. Il faut y exprimer, ou prouver qu'ils ont pour cause des opérations de commerce, sans quoi ils n'engageraient ni le mari, ni même la femme. Par exemple, l'art. 7 du Code de commerce porte « que les » femmes, marchandes publiques, peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. » Or, une pareille aliénation est moins encore de sa nature un acte commercial, qu'un billet converti en obligation notariée. Il ne faut donc pas conclure de la faculté que donne ici à la femme marchande l'art. 7 du Code de commerce, qu'elle a dans tous les cas la capacité d'aliéner ses immeubles, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, pour des causes étrangères à son commerce. Cet art. 7 se combine manifestement avec l'art. 5, dont il est une suite et une extension, et qui pose en principe que la femme marchande publique peut, *sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce*. Aliéner ses immeubles est plus que s'obliger, et l'on aurait pu douter si la faculté d'aliéner était comprise sous la faculté de s'obliger, d'autant mieux que l'aliénation soumet le mari à une action de remploi.



Enfin, l'art. 1538 du Code civil établit en principe général « *qu'en aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles, sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par la justice.* »

Il était donc nécessaire de déroger à ce principe, par une exception relative aux femmes commerçantes. L'art. 7 du Code de commerce contient cette disposition dérogatoire, en ajoutant à l'art. 5, pour lever le doute, que la femme marchande publique peut également, c'est-à-dire *pour ce qui concerne son négoce*, comme le dit l'article 5, engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles. Ainsi, il faut qu'il soit prouvé par l'acte même d'aliénation ou par ailleurs, que l'aliénation est pour le fait du négoce, sans quoi elle n'est pas valide.

252. M. Duranton (1) pense que la présomption légale est en faveur de l'acquéreur, et que c'est au mari ou à la femme de prouver que la vente n'a pas eu pour objet le commerce de la femme. Cette opinion (2) est d'autant plus étonnante de sa part, que dans le numéro précédent, il enseigne que les obligations de la femme, passées devant notaires, dont la cause n'est point exprimée, ne sont point censées faites pour cause de commerce ;

---

(1) Traité des Obligations, tom. I, n°. 258.

(2) L'opinion de M. Duranton est fortement combattue par M. Bellot des Minieres, Traité du contrat de mariage, tom. I, pag. 265.

mais , dit-il , l'art. 7 du Code de commerce permet à la femme d'aliéner ses immeubles. Oui , mais *seulement pour ce qui concerne son négoce*, comme nous venons de le voir, et comme le reconnaît M. Duranton , et l'on ne trouve nulle part que le Code de commerce ait établi la présomption légale , que l'aliénation faite par une femme marchande, le soit pour cause de commerce.

253. La femme commerçante ne peut obliger son mari , en s'obligeant elle-même par des actes de commerce , que dans le cas où *il y a communauté entre eux*, disent nos Codes. Si les époux étaient séparés de biens (1536), les actes de la femme , même en ce qui concerne son négoce, n'obligeraient donc point le mari , ce qui est très-juste. Puisqu'alors tous les profits du commerce appartiennent à la femme , elle en doit seule supporter toutes les pertes.

254. Il en serait de même s'il n'y avait qu'une simple exclusion de communauté (1550); car, aux termes des art. 220 du Code civil, et 5 du Code de commerce , la femme commerçante n'engage son mari que dans les cas où *il y a communauté entre eux*. Or, quand il y a exclusion de communauté, nulle société de biens n'existe entre les époux. Il est vrai que cette clause laisse au mari l'administration des meubles et des immeubles de sa femme , et par suite le droit de percevoir tout le mobilier qui lui échoit pendant le mariage , et par conséquent celui qu'elle acquiert par son industrie ; mais c'est sauf la restitution qu'il doit faire après la dissolution du mariage, ou après que la

séparation de biens serait prononcée par la justice. Tous les profits du commerce appartiennent donc en définitive à la femme, et par conséquent elle doit en supporter toutes les pertes, sauf aux créanciers de poursuivre leur paiement contre le mari, s'il a perçu tout ou partie des profits du commerce de la femme.

255. Si les actes de la femme commerçante engagent le mari, lorsqu'il y a communauté entre eux, c'est qu'alors participant aux bénéfices, il est juste qu'il participe également aux pertes, suivant la grande règle d'équité qu'a suivie le Code dans le § 9, en composant le passif de la communauté. Ce n'est donc pas seulement dans le cas de la communauté légale que le mari est obligé par les actes de la femme commerçante; il l'est également dans le cas de la communauté conventionnelle, lorsqu'il participe ou peut participer aux bénéfices de son commerce.

Par exemple, si la communauté était réduite aux acquêts, conformément à l'art. 1498, les actes de la femme commerçante n'engageraient pas moins le mari, puisqu'enfin il y a une communauté, et qu'après les prélèvements respectifs, le surplus des biens acquis, tant meubles qu'immeubles, est partagé entre le mari et la femme.

256. Il en serait encore de même, si le contrat de mariage portait que la totalité de la communauté appartiendra à la femme survivante seule, comme l'art. 1525 le permet. Car enfin, la femme peut ne pas survivre; elle peut renoncer à la communauté. Dans le premier cas, le mari ou ses héri-

liers recueilleront les bénéfices qu'elle a faits dans son commerce; dans le second, si par la mauvaise gestion, la femme a obéré la communauté à laquelle elle renonce, le mari doit se reprocher de l'avoir laissée faire ou continuer le commerce, qu'elle ne pouvait faire sans son consentement.

257. Car enfin, le mari étant toujours le chef et le maître absolu de la femme et de la communauté, peut aussi toujours, et quand il lui plaît, révoquer le consentement exprès ou tacite qu'il avait donné; et alors elle cesse de plein droit d'avoir la capacité de marchande publique. Mais cette révocation n'a point d'effet sur le passé, et les actes qu'elle a faits jusqu'à la révocation sont aussi valides que si elle continuait le commerce.

258. La loi n'a point déterminé de forme particulière pour cette révocation (1); cependant il est nécessaire de la faire connaître au public. Il faut donc, par analogie, suivre la forme prescrite par l'art. 1445 du Code civil, pour rendre publique la séparation de biens, et par l'art. 67 du Code de commerce, pour faire connaître au public les clauses des contrats de mariage entre époux dont l'un est commerçant. En conséquence, il faut faire connaître la révocation de l'autorisation don-

(1) Nos coutumes voulaient que la révocation fût faite en justice. Après avoir dit que la femme marchande s'oblige et oblige son mari, sans autorisation, touchant le fait de son négoce, elles ajoutent : « Sinon » qu'auparavant y eût révocation par lui publiquement ou en justice » faite, de pouvoir et administration de sadite femme, audit fait de » marchandises. » Voy. la conférence de Duparc-Poullain, sur l'article 448 de la Coutume de Bretagne, n°. 2.



née expressément ou tacitement à la femme de faire le commerce, par l'affiche sur le tableau à ce destiné dans la principale salle du tribunal civil de première instance, et de plus dans celle du tribunal de commerce, s'il y en a au lieu du domicile. Jusqu'à cette affiche, les actes de commerce qu'aurait faits la femme, seraient valables à l'égard des tiers et obligeraient le mari.

259. On a demandé si le mari pouvait révoquer son consentement quand il y a séparation de biens. Il nous semble qu'il faut distinguer différens cas : et d'abord l'art. 4 du Code de commerce porte que « la femme ne peut être marchande publique » sans le consentement de son mari. » Cette disposition est générale et n'excepte point la femme séparée de biens, et c'est avec beaucoup de sagesse ; car indépendamment des bénéfices ou des pertes qui peuvent résulter du commerce, et qui sont étrangères au mari, dans le cas de séparation de biens, il n'en est pas moins le chef et le maître de la femme, quoiqu'il n'y ait pas communauté de biens entre eux ; elle ne lui en doit pas moins l'obéissance que la loi lui commande. Il peut avoir, quoique séparé de biens, de bonnes raisons pour empêcher sa femme d'être marchande publique. Si la profession du commerce a ses avantages, elle a aussi ses désagréments. La femme commerçante est soumise à la contrainte par corps, exposée à des faillites. Or, ce n'est pas un petit désagrément pour un mari qui n'est pas commerçant lui-même, de voir sa femme exposée à être mise, pour dettes, dans une prison d'où l'hon-



neur lui commanderait de la tirer, si un sentiment plus tendre ne le lui ordonnait pas, ou entraînée dans une faillite qui laisse presque toujours des soupçons contre la probité du failli. Il est donc juste qu'un mari, qui avait d'abord consenti par faiblesse à laisser sa femme faire le commerce, puisse révoquer son consentement, s'il conçoit des doutes sur le bon succès des affaires de sa femme.

Mais si un mari non commerçant avait épousé une femme commerçante, avec clause de séparation de biens, et la laissait ensuite continuer le commerce, puis voulait ensuite sans raison révoquer son consentement, il nous semble qu'il ne le pourrait pas, et que la femme pourrait s'en plaindre à la justice, parce qu'il y aurait alors de fortes présomptions que la continuation du commerce était une condition tacite du mariage, et que c'était pour cette raison qu'on avait stipulé la séparation de biens, qui donne à la femme le droit d'administrer ses biens, au nombre desquels est son commerce. Or, l'autorisation générale d'administrer ses biens, stipulée par contrat de mariage, est irrévocable (1).

Si même un homme marié sous le régime de la communauté avait consenti que sa femme fît le commerce, et qu'elle lui eût donné depuis des motifs suffisans pour se faire séparer de corps et de biens; si, depuis la séparation prononcée, il pré-

---

(1) Voy. le nouveau Denisart, v<sup>o</sup>. *Autorisation*, pag. 589.

tendait révoquer son consentement à ce que la femme continuât un commerce dont il ne pourrait plus partager les bénéfices, nous pensons que la femme pourrait s'en plaindre à la justice, et que ses plaintes devraient être favorablement écoutées.

260. Les dettes contractées par la femme pour le fait de son négoce étant des dettes de la communauté, le mari qui en est le chef peut, durant ou après le mariage, être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour leur part dans ces dettes, si la communauté a été acceptée (1484).

La femme peut également être poursuivie pour le tout (1419), car ce sont des dettes contractées avec le consentement de son mari. Mais si elle renonçait à la communauté, il lui serait dû une indemnité.

261. La règle générale que les actes faits par la femme sans autorisation n'engagent ni le mari, ni les biens de la communauté, comporte encore une exception remarquable relativement aux achats de comestibles, et des autres provisions ordinaires de la maison, aux médicamens et vêtemens de sa famille, aux emplettes des ustensiles et meubles nécessaires au ménage.

On a toujours pensé que les dettes contractées par la femme à raison de ces objets, soit verbalement en achetant à crédit, soit par écrit, lorsqu'elle arrête les comptes des marchands et fournisseurs, ou qu'elle leur consent des billets, étaient des dettes de communauté, que le mari ne peut

femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ?

263. Malheureusement le sage projet du président Lamoignon n'a point été réalisé, et l'on ne trouve à ce sujet aucune loi antérieure ni postérieure à la publication du Code civil, qui dispense de l'autorisation du mari les obligations de la femme *pour victuailles et provisions ordinaires de la maison*, etc.; en sorte que faute d'une règle impérative, la décision semble abandonnée à l'arbitraire ou à la prudence des Cours, qui pourront juger en sens contraire, et avoir chacune une jurisprudence différente, sans que la Cour suprême, chargée de les ramener à l'uniformité, en censurant leurs arrêts qui s'écartent de la loi, ou qui lui donnent une fausse interprétation, puisse facilement casser ceux qui seront rendus en cette matière.

Supposons en effet qu'une femme, dans les circonstances les plus pressantes et les plus fâcheuses, ait souscrit une obligation pour provisions et fournitures nécessaires à un marchand, qui vient ensuite en demander le paiement en justice. Le mari répond que toutes les obligations de la femme non autorisée sont nulles, et que cette nullité est appliquée spécialement, et dans les termes les plus généraux, aux actes qui regardent la communauté, par l'art. 1426, qui porte que « les actes » faits par la femme sans le consentement du mari, » et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté. » Le Code s'est montré plus sévère sur ce point que

l'ancienne jurisprudence, puisqu'il exige une autorisation pour la validité de plusieurs obligations que la femme pouvait, avant sa promulgation, contracter valablement sans être autorisée ; par exemple, pour tirer son mari de prison, pour l'établissement de ses enfans, en cas d'absence du mari. Il ne dispense de l'autorisation que les obligations de la femme marchande publique, contractées *pour le fait de son commerce.* (1426). C'était le lieu d'étendre la dispense aux obligations contractées pour victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises, draps et étoffes servant à l'usage nécessaire, comme le proposait le président Lamoignon. Cependant nos législateurs, malgré une autorité si imposante, n'ont point étendu la dispense d'autorisation à ces obligations, sans doute parce qu'ils ont cru que ce serait ouvrir la porte aux abus et aux fraudes des femmes, qui achèteraient pour revendre et se procurer de l'argent. Par ces motifs, et vu l'art. 1426 du Code, le tribunal rejette la demande du marchand fournisseur. Comment casser un pareil jugement, qui paraît être l'application littérale de la loi ?

264. Cependant l'équité est évidemment blessée, et une pareille jurisprudence réduirait les femmes, quant à l'administration du ménage, au-dessous de la condition des maîtres d'hôtel, et autres domestiques particulièrement préposés à certaines parties, dont les obligations, pour fournitures ordinaires de la maison, engagent leurs maîtres. Les coutumes aussi déclaraient nulles les obligations des femmes non autorisées, et la juris-



prudence des Parlemens n'en exceptait pas moins celles qui avaient pour objet les choses dont parle le président de Lamoignon.

Celle du Parlement de Paris est constatée par deux arrêts remarquables, rapportés dans le Répertoire de jurisprudence (1). Voici l'espèce du premier :

La marquise de....., commune en biens avec son mari, avait commandé à un tailleur des habits de livrée pour ses gens. Sur le défaut de paiement des fournitures, le tailleur se pourvoit contre le mari. Sentence du Châtelet qui le déboute. Appel. Le tailleur disait que l'objet dont il était créancier était, à l'égard du mari, une dépense nécessaire, et qu'elle n'avait pu être ignorée de lui. Le mari répondait qu'il était dans l'usage de donner à sa femme une somme par an pour l'entretien de ses gens, et que le tailleur, avant de faire la fourniture, devait s'informer de lui s'il y avait donné son consentement. Le tailleur répliquait que s'il était vrai que le mari devait une somme annuelle à son épouse pour l'entretien de ses gens, il pourrait retenir la fourniture en question sur le premier paiement qu'il ferait à sa femme. Par arrêt du vendredi 6 juin 1766, la sentence fut réformée, et le mari condamné à payer.

Voici l'espèce du second : En 1769, le comte de Valgrenent prêta une somme de 4,000<sup>l</sup> à la princesse de Bec..., qui lui en fit son billet d'hon-

---

(1) V<sup>o</sup>. *Autorisation maritale*, sect. 7, n<sup>o</sup>. 7.



neur. Peu après il transporta ce billet au sieur Chassing. La princesse de Bec.... étant devenue veuve, celui-ci la poursuivit en paiement de sa dette. La réponse de la princesse fut, 1°. qu'il y avait long-tems que le billet était acquitté; 2°. qu'en tout cas ce billet était nul, parce qu'il avait été fait par une femme en puissance de mari et sans autorisation.

Le sieur Chassing écartait la première objection par des détails inutiles à rapporter. Quant à la seconde, il disait que les 4,000<sup>l</sup> avaient servi *au ménage de la princesse de Bec...*, et c'est ce qu'il établissait par des aveux échappés à la princesse elle-même. Madame de Bec..., disait-il, déclare qu'en 1749, son mari étant à l'armée, et le service exigeant de grandes dépenses, il n'avait laissé en partant que très-peu de fonds à son épouse. Elle eut besoin d'argent.. Elle avoue que le prince de Bec.. son mari, avait prié M. le comte de Valgrenent de lui remettre l'argent dont elle aurait besoin.

Par arrêt du vendredi 13 juillet 1781, la princesse de Bec... fut condamnée à payer ce billet.

Le Parlement de Dijon jugeait *in terminis*, qu'en thèse générale, le mari est tenu des dettes contractées par la femme, soit pour la nourriture, soit pour l'habillement de la famille. Cette jurisprudence est constatée par sept arrêts cités par le savant président Bouhier, observation 19, n°. 101. Voici comme il rapporte l'espèce du dernier, qui est du 13 janvier 1688 : Marie Verdin, femme de M. Louis le Malier, procureur du roi au bailliage de Semur, avait pris chez Claude

Dupelu, marchand à Dijon, des étoffes pour la somme de 226<sup>l</sup>, dont elle lui avait fait sa promesse. Son mari refusa de la payer, disant que sa femme n'avait pu faire cette promesse sans son autorité. La sentence du bailliage de Semur avait ordonné que Dupelu prouverait qu'elles avaient été employées utilement; mais sur l'appel, la Cour condamna le mari à payer la somme demandée, avec intérêt du jour de la demande, et aux dépens des causes principale et d'appel.

Raviot sur Perier (1), qui rapporte aussi cet arrêt, dit qu'il avait été contraint de payer, quoiqu'il justifiât que récemment il avait acquitté une somme considérable pour d'autres étoffes achetées par son épouse, et qu'il remontrât que cette femme, avec qui il était mal, ne cherchait qu'à le vexer en dépenses.

Nous ne devons pas dissimuler que le même Bouhier, qui trouve cette jurisprudence si juste, rapporte un arrêt rendu par la grand'chambre du même Parlement de Dijon, le 28 mars 1708, qui jugea en sens contraire; mais encore, par un règlement général, *fit défense à tous marchands de livrer aucune marchandise à crédit aux femmes en puissance de mari, sans ordre d'eux par écrit*. Mais, dit le président Bouhier, n°. 102, cet arrêt surprit extrêmement tout le reste de la compagnie, et fut *blâmé ouvertement par le barreau*. Je me souviens même, dit-il, que le rapporteur et le doyen de

---

(1) Quest. 240, n°. 8.

la Cour, tous les deux des plus habiles du palais, me dirent peu après que l'arrêt avait été rendu contre leur avis, et que cette affaire avait été *précipitamment jugée en une après-dinée*, sans voir les arrêts précédens. D'ailleurs, ajoute-t-il, je laisse à penser si l'une des chambres a pu, sans consulter les autres, changer ainsi notre jurisprudence.

Cet arrêt, réformé par l'opinion publique, ne changea point la jurisprudence, et les Parlemens continuèrent de juger comme ils le faisaient auparavant, ainsi que nous le voyons par les deux arrêts du Parlement de Paris, des 6 juin 1766 et 15 juillet 1781, ci-dessus cités, et par un arrêt du 2 août 1715, cité d'après Vigier sur Angoumois, par Valin, sur l'art. 25, n°. 16, de la Coutume de la Rochelle.

265. Cette jurisprudence raisonnable est conforme au sentiment de nos plus savans (1) auteurs, à commencer par Dumoulin, sur les articles 112 et 114 de l'ancienne Coutume de Paris, n°. 3. Il est vrai que d'Argentré, son émule, toujours enclin à le contredire, est d'un avis contraire; mais cet avis n'a pas été suivi. Lebrun, l'auteur le plus savant qui ait écrit sur la communauté, après avoir cité le texte de d'Argentré, et un arrêt de circonstance, rendu par le Parle-

---

(1) Voy. le président Boubier, observ. 19, n°. 92, et les auteurs qu'il cite; Ferrière, sur l'art. 225 de la Coutume de Paris, glos. 2, n°. 72; le judicieux Valin, sur l'art. 25 de la Coutume de la Rochelle, nos. 11 et suiv., et les auteurs qu'il cite; Duparc-Poullain, dans son Commentaire sur la Coutume de Bretagne, art. 448, tom. III, pag. 195 et 194.

ment de Dijon, le 6 janvier 1693, ajoute que nonobstant cela, « tant qu'il n'y a pas de preuve de » mauvais usage, on condamne le mari à acquitter les parties des marchands qui ont avancé des » choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage, la femme étant *réputée procuratrice* pour telles emplettes; autrement le mari » abuserait lui-même du crédit qu'il procure à sa » femme. » *Voy.* liv. 2, chap. 3, sect. 2, n°. 6, pag. 22.

266. Nous ne saurions croire que le Code eût voulu renverser une jurisprudence si constante et si raisonnable, et le jurisconsulte qui connaît le mieux l'esprit de notre nouvelle législation (1), le savant Merlin, ne l'a pas cru non plus, puisqu'après l'avoir établie avec beaucoup de soin, il finit par la regarder comme une *maxime*. « Mais » cette maxime, dit-il, pag. 518, liv. 2, admet » quelques exceptions. »

267. Nous pensons avec lui que, sauf les exceptions dont nous parlerons tout à l'heure, il faut tenir pour maxime que la femme engage la communauté pour les provisions, fournitures, étoffes, linges et autres choses nécessaires qu'elle prend à crédit, dont elle arrête les mémoires ou pour lesquels elle souscrit des obligations, et que le mari ne peut se dispenser de les payer. Il est vrai que l'art. 1426 n'ajoute point cette exception

---

(1) Répertoire de jurisprudence, v°. *Autorisation maritale*, sect 7, n°. 7.



à celle qu'il fait à l'égard des obligations de la femme marchande publique, pour le fait de son commerce ; mais l'art. 234 de la Coutume de Paris, et les autres coutumes semblables, qui font également une exception en faveur des obligations de la femme marchande publique, n'y ajoutaient pas davantage l'exception relative aux obligations de la femme non marchande, pour la fourniture du ménage. Cependant, cette exception n'en était pas moins reçue comme une maxime, ainsi que nous venons de le voir.

S'il fallait conclure que le Code la rejette uniquement parce qu'il ne l'a point spécialement énoncée dans l'art. 1426, il faudrait dire aussi que la femme même marchande publique ne peut, sans autorisation, prendre à crédit les provisions, fournitures, etc., nécessaires au ménage, ni arrêter les mémoires ou en donner son obligation ; car ce ne sont pas là des actes de commerce, et ce n'est qu'à ces actes qu'est accordée la dispense d'autorisation pour laquelle il exige deux conditions : 1°. que la femme soit marchande publique ; 2°. *pour le fait de son commerce.*

Il faudrait dire aussi que les actes de la femme qui détaille la marchandise de son mari n'obligent point ce dernier, car le même art. 1426 et l'article 220, en lui refusant la qualité de marchande publique, n'ajoutent point que pour ces actes de détail elle est dispensée d'autorisation.

Enfin, comment concevoir que la femme, à qui la nature même semble avoir départi l'administration intérieure du ménage, ait besoin de l'autori-



sation spéciale du mari pour acheter les fournitures de la maison et ce qui est nécessaire à la famille, tandis qu'elle n'a pas besoin de cette autorisation pour faire un commerce séparé : il suffit d'un consentement tacite, d'une simple tolérance, en un mot, qu'il ne la désapprouve pas ? (1)

268. Disons donc que l'on ne peut argumenter du silence de l'art. 1426, pour refuser ce pouvoir à la femme, et qu'un arrêt qui jugerait *en point de droit*, par application de cet article, que le mari n'est point tenu de payer les fournitures et autres choses nécessaires au ménage que la femme a achetées à crédit, dont elle a arrêté les mémoires, ou même pour lesquelles elle a souscrit des obligations, parce qu'elle n'était pas autorisée de son mari, qu'un tel arrêt, disons-nous, serait infailliblement cassé pour fausse interprétation de cet article.

269. Nous disons *en point de droit*, car les circonstances des faits peuvent apporter à la maxime des exceptions ou limitations, dont le développement répondra aux objections.

Et d'abord, quoique la nature semble appeler la femme au gouvernement intérieur du ménage, le mari n'en reste pas moins le seul chef, le seul maître de la communauté; en sorte que le prétendu droit de la femme n'est réellement fondé

(1) *Et si le mari la souffrait marchande*, dit l'art. 448 de la Coutume de Bretagne : *Patientia mariti pro consensu est, cum utilitas mercaturæ recidat in commercium.*

que sur la tolérance, sur le consentement tacite du mari, qui peut toujours empêcher sa femme de faire aucunes emplettes pour le ménage, les faire lui-même ou les faire faire par d'autres; permettre à la femme d'en faire d'une certaine nature, et lui interdire les autres; en un mot, limiter ou étendre ses pouvoirs comme il lui plaît; lui donner l'argent nécessaire pour les emplettes du ménage et l'entretien de la famille; le donner au fur et à mesure qu'elles sont faites, ou lui donner par abonnement tant par mois, tant par an, en lui recommandant de ne jamais acheter à crédit. La femme, qui doit obéissance à son mari, doit se conformer à toutes ses instructions, et ne pas contrevenir à ses ordres.

Mais tant que ces arrangemens domestiques ne sont connus de personne, le public, qui voit la femme faire les emplettes du ménage et de la famille, a lieu de croire qu'elle agit du consentement tacite de son mari, qui est par conséquent tenu de payer. Il doit donc, s'il n'a pas une pleine confiance en sa femme, s'il a remarqué en elle des penchans à faire de folles dépenses, user du droit qu'a toujours le commettant sur son préposé, de le révoquer. Loi 11, *ff de instit. action.*, 14. 3. Il doit dénoncer aux marchands chez qui l'on prend habituellement les fournitures de la maison, de ne rien donner à crédit à sa femme; et alors, si malgré cette dénonciation, sur la réalité de laquelle il est toujours cru à son serment, les marchands donnaient à crédit à la femme, ils seraient en faute et n'auraient d'action ni contre le

mari, ni contre la femme. Telle est la première exception à la maxime que nous avons établie.

270. Valin nous en donne un exemple passé sous ses yeux : Un homme riche de la Rochelle avait une femme qui aimait trop la dépense. Elle avait pris à crédit de tems en tems chez différens marchands, diverses étoffes propres à son usage et à celui de son mari. De ces achats, il y en avait dont le mari avait connaissance, et pour lesquels il avait donné à sa femme l'argent nécessaire pour payer comptant; les autres lui étaient inconnus, et la femme avait revendu les marchandises pour faire de l'argent. Il y avait excès; car, dit Valin, la fortune du mari était menacée par là.

Cependant, pour éviter un éclat, le mari paya tout régulièrement, et prit la précaution de recommander aux marchands de ne plus rien donner à crédit à sa femme. Quelques-uns déférèrent à l'avis, d'autres continuèrent de fournir à la femme, qui alla prendre encore à crédit chez d'autres marchands que le mari n'avait pas prévenus.

Partout où il n'avait pas fait défenses de vendre à crédit à sa femme, il paya sans hésiter; à l'égard des autres, dit Valin, je lui conseillai de se défendre du paiement qui lui était demandé, et sur son serment qu'il avait averti les marchands de ne plus rien fournir à sa femme sans argent, *il fut renvoyé et déchargé*. Mais il lui en avait coûté cher auparavant.

Nous avons connaissance d'un fait semblable. Peu avant la révolution, une marchande de modes présenta à un magistrat du Parlement de Bre-

gne, justement considéré et très-estimé du public, un mémoire arrêté par madame. Ce mémoire inattendu s'élevait à une somme considérable, et dérangeait beaucoup ses calculs économiques : il fallait recourir à un emprunt pour payer; mais il n'avait point averti les marchands de ne pas faire crédit à madame, à laquelle il payait une somme annuelle pour sa toilette. C'était un homme plein d'honneur. Il paya donc, en murmurant un peu; mais enfin il paya.

271. On a demandé si le mari pouvait se faire décharger, se tirer de l'exception et rentrer dans la règle, en affirmant qu'il a donné à sa femme de quoi subsister et fournir aux dépenses du ménage, et que c'est sans ordre que lui ont été faites les fournitures dont elle s'est reconnue débitrice?

Les auteurs du nouveau *Dénisart*, v°. *Autorisation*, § 2, n°. 10, pag. 790, tiennent l'affirmative et fondent leur opinion sur deux arrêts du Parlement de Paris, qui ont dû le juger ainsi. Le premier, rendu le 1<sup>er</sup>. août 1727, en faveur du prince de Lambesc, contre un parfumeur qui avait fourni à la princesse différentes marchandises de sa profession; l'autre du 26 août 1724, en faveur d'un financier nommé Thibaut.

M. Merlin dit que cette jurisprudence paraissait renfermée dans l'enceinte de la capitale, où des raisons particulières l'avaient introduite, et qu'on ne voit pas que le Parlement de Paris l'ait étendue au-delà.

La vérité est que ces deux arrêts de circonstances ne formaient point la jurisprudence du



Parlement de Paris, même dans son enceinte, puisque les mêmes auteurs rapportent un arrêt postérieur rendu en sens contraire, dont nous avons donné l'espèce *suprà*, n°. 267, et par lequel nonobstant son affirmation, qu'il donnait à sa femme une somme par an pour l'entretien de ses gens, le marquis de.... n'en fut pas moins condamné de payer des habits de livrée, qu'un tailleur de Paris avait vendus et livrés à sa femme sans son ordre. L'arrêt est du 6 juin 1768.

Dans cette espèce, le mari affirmait qu'il donnait à sa femme une somme pour l'entretien de ses gens. Cependant il fut condamné. Son affirmation ne suffisait donc pas, même à Paris, pour le faire décharger et le tirer de l'exception, et le replacer sous la règle générale qu'il invoquait. Il est donc à croire que les arrêts du prince de Lambesc et de Thibaut, dont on ne voit pas les espèces, étaient des arrêts de circonstances, qui ne firent pas jurisprudence, et avec raison; car quel effet peuvent produire dans le public les arrangements domestiques du mari et de la femme, tant qu'ils ne sont pas connus des personnes intéressées à les connaître? quand, au contraire, les marchands et fournisseurs ordinaires de la maison voient la femme agir comme la préposée de son mari, et faire, sans réclamation de ce dernier, les emplettes nécessaires pour le ménage et pour la famille? N'ont-ils pas lieu de croire qu'elle n'agit ainsi que du consentement tacite de son mari? Les marchands, disait le marquis de..., doivent, avant de faire les fournitures, s'informer



si le mari y donne son consentement. Cette raison ne fut point écoutée et ne méritait pas de l'être. C'est bien plutôt au mari d'exiger de sa femme qu'elle lui représente les quittances des emplettes qu'elle fait, qu'elle lui rende compte de l'argent qu'il lui a donné. Il le peut, il le doit, et alors il ne serait point dupé. Il est donc en faute, et non pas le marchand, qui a suivi la foi de son épouse. Enfin, suivant la réflexion très-sensée du judicieux Valin (1), « s'il faut que quelqu'un souffre » de la mauvaise conduite d'une femme, en pareil cas, il vaut mieux que ce soit le mari, que le marchand qui a livré sa marchandise à la bonne foi. »

272. Ce que nous venons de dire s'applique au cas où les époux vivent ensemble et ont un ménage commun, ce qui est le cas le plus ordinaire. L'absence du mari, soit pour ses affaires, soit pour les fonctions de son emploi, n'est alors qu'une raison de plus pour l'obliger à payer les emplettes que sa femme, pendant son absence, a faites à crédit pour sa famille, qui autrement pourrait se trouver exposée à manquer de secours. Mais si le mari et la femme, quoiqu'il n'y ait pas entre eux de séparation prononcée en justice, avaient néanmoins des habitations séparées, des ménages séparés, comme on en a plusieurs exemples, les obligations de la femme pour les fournitures de sa maison particulière, pour ses vêtemens, etc., enga-

---

(1) Sur l'art. 23 de la Coutume de la Rochelle, n.º 16.

geraient-elles son mari et les biens de la communauté, qui n'est pas dissoute? Nous ne le pensons pas; cette séparation volontaire fait naturellement présumer, et suffisamment connaître que le mari et la femme ont pris des arrangemens entre eux, pour assurer la subsistance de la femme et les besoins de son ménage, et l'on ne peut pas dire en ce cas qu'en prenant à crédit, en donnant des obligations pour fournitures, elle agisse comme préposée de son mari, avec lequel elle ne vit pas : ce sont donc des dettes qui sont personnelles à la femme, et que le mari, ni sa succession, ne sont point obligés de payer. Ainsi le jugea, sous l'ancienne jurisprudence, le Parlement de Paris, dans l'affaire de la duchesse douairière de Lorges, et M. le duc de Lorges, fils d'un premier lit (1). La duchesse de Lorges avait vécu séparément de son mari, depuis 1742 jusqu'en 1756. Il lui payait une pension de 20,000<sup>l</sup>. La duchesse de Lorges ayant contracté pendant tout ce tems des dettes envers différens *fournisseurs*, elle prétendit que ces dettes, qui se montaient à environ 33,000<sup>l</sup>, et pour lesquelles elle se restreignit à 30,000<sup>l</sup>, devaient être acquittées par la succession de M. le duc de Lorges. Elle alléguait que la pension de 20,000<sup>l</sup> avait été insuffisante pour ses dépenses nécessaires.

Une sentence du Châtelet, du 31 juillet 1760, avait condamné le duc de Lorges à payer à la duchesse, sa belle-mère, la somme de 30,000<sup>l</sup>; mais

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le nouveau Denisart, v<sup>o</sup>. *Autorisation*, § 2, n<sup>o</sup>. 51.

sur l'appel interjeté en la grand'chambre du Parlement de Paris, la sentence fut infirmée, et les parties renvoyées devant des arbitres, sur les autres contestations qui les divisaient.

Le Parlement de Paris jugea donc, que les dettes contractées par la duchesse de Lorges, pour les fournitures de sa maison particulière, n'avaient point engagé son mari, ni par conséquent sa succession.

Un autre arrêt du même Parlement, jugea que le fait de l'habitation séparée de la femme ne pouvait lever l'incapacité dont elle est frappée, de s'obliger sans autorisation, même pour fournitures. La question se présenta au Châtelet de Paris à l'égard des créanciers de la duchesse de Villeroi. Elle vivait séparément de son mari depuis plus de trente ans, et elle avait un hôtel et des domestiques particuliers. Mais ces circonstances favorables ne purent effacer l'incapacité de s'obliger, même pour fournitures de sa maison, quoique ces engagements ne fussent pas excessifs, dit l'arrêt cité. (1)

La sentence du Châtelet, du 11 mars 1761, et l'arrêt confirmatif, du 27 juillet suivant, ordonnèrent néanmoins que les fournisseurs seraient payés de ce que la duchesse de Villeroi leur devait, mais à titre de légataires seulement, au moyen de ce qu'elle leur en avait fait don et legs par son testament, et non en qualité de créanciers, comme ils le prétendaient.

Ainsi, l'ancienne jurisprudence jugeait que les

---

(1) Voy. le nouveau Denisart, *ubi supra*.

obligations de la femme séparée de fait, contractées même pour fournitures, non seulement n'obligeaient point son mari, mais encore qu'elles étaient nulles à son égard, par défaut d'autorisation. Il nous paraît bien certain que sous l'empire du Code, les fournisseurs auraient contre elle l'action *de in rem verso*, fondée sur la grande règle qui domine toute la jurisprudence, que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

273. Il est à remarquer que la femme qui achète des marchandises pour l'habillement et la nourriture de sa famille, n'agissant que comme mandataire ou préposée de son mari, n'est point obligée personnellement, lorsqu'elle vient par la suite à renoncer à la communauté. C'est la différence qu'il faut mettre entre les dettes du ménage et celles d'un commerce public : elle est fondée sur la disposition positive de l'art. 220 du Code civil, et de l'art. 5 du Code de commerce.

274. Il n'est pas nécessaire de dire que la maxime qui reconnaît la validité des obligations contractées par la femme, pour fournitures de la maison, vêtemens de la famille, etc., n'est point applicable au cas de fraude. Les cas de fraude sont toujours exceptés. Mais il ne suffirait pas qu'il y eût fraude de la part de la femme. Si, par exemple, après avoir acheté des marchandises pour l'usage de sa famille, la femme, comme celle dont parle Valin, les allait revendre pour faire de l'argent, à l'insu du marchand chez qui elle les avait prises, il y aurait fraude, sans doute. Mais si le marchand n'y avait participé en rien, pas même par conni-



vence, l'obligation n'en serait pas moins valide. Ce serait encore le cas de dire : S'il faut que quelqu'un souffre de la mauvaise conduite de la femme, il vaut mieux que ce soit le mari, que le marchand qui a livré sa marchandise de bonne foi.

275. La maxime ne serait plus applicable s'il y avait excès dans les dépenses, eu égard à la fortune des époux, à leur condition, à leur manière ordinaire de vivre. Cela est fondé, dit le président Boucher, observ. 19, n°. 98, sur les règles établies pour les instituteurs, suivant lesquelles les préposés ou instituteurs n'obligent leurs maîtres que lorsqu'ils se tiennent dans les bornes de leur commission, et non pas lorsqu'ils en sortent. Loi 5, § 11, *ff de instit. act.*, 14. 3.

Or, la femme excède les bornes de la sienne, quand elle prend des marchandises qui ne conviennent pas à son état, ou qu'elle en prend en trop grande quantité. Le marchand alors doit s'imputer de n'avoir pas averti le mari. L'excès des marchandises peut même, jusqu'à un certain point, être suspect de fraude.

Au reste, tout cela ne peut convenir qu'aux ménages un peu aisés, et non pas aux personnes d'un ordre inférieur. Un marchand, par exemple, serait inexcusable d'avoir donné des marchandises à crédit à la femme d'un simple artisan, sans l'aveu de son mari, à moins que celui-ci n'eût précédemment payé, sans se plaindre, de semblables fournitures faites à sa femme; car alors son aveu est présumé.

276. Cette habitude d'approuver, même tacite-



ment, certains actes de la femme, que d'ailleurs elle ne peut faire sans le consentement de son mari, donne à ces actes une force irréfragable; car rien n'indique mieux que cette habitude la volonté du mari, de confier à la femme la gestion de ces sortes d'affaires, que l'approbation tacite de ce qu'elle a fait. (1) Par exemple, les quittances données par la femme aux fermiers de son mari ou aux siens, et aux autres débiteurs, sont des actes qu'elle ne peut faire valablement sans le consentement de son mari. Cependant si le mari avait alloué les quittances de la femme, dans des comptes précédents sans s'en plaindre, et sans faire défenses de payer à sa femme à l'avenir, il ne pourrait critiquer les quittances qu'elle aurait données depuis ces comptes.

277. Les dettes qui ont pour cause l'entretien dont le mari est chargé, et par conséquent son propre entretien, sont à la charge de la communauté sans difficulté, dit M. l'avocat général Séguier (2); mais si, avant l'emploi des marchandises, le mari contredit l'achat des marchandises, fait sans son ordre par sa femme, le marchand est obligé de les reprendre.

Basnage nous apprend, sur l'art. 592 de la Coutume de Normandie, que, par arrêt du Parlement de Rouen, un marchand, pour qui il plaidait, fut

(1) *Cuicumque igitur negotio præpositus sit, institor rectè appellabitur. Loi 1, ff de instit. act., 14. 5.*

(2) Voy. son plaidoyer dans l'affaire de la duchesse de Lorges, nouveau Denisart, v°. *Autorisation*, § 2, pag. 792, in fine.

condamné à reprendre des passemens que la femme d'un homme de condition avait achetés sans son ordre.

Il en est de même, à plus forte raison, des ameublemens qu'il aurait plu à une femme d'acheter. Le mari ne serait obligé de les payer qu'autant qu'il voudrait les garder. Il aurait la faculté de les faire reprendre par le marchand qui les a vendus.

278. Après avoir vu quelles sont les dettes contractées par les conjoints durant le mariage, qui entrent dans le passif de la communauté, et la différence qui existe à cet égard entre les dettes contractées par la femme, et celles que contracte le mari, il faut voir comment y entrent les dettes des successions qui leur étoient pendant le mariage. Le Code en distingue de trois espèces : 1°. des successions purement mobilières, dans lesquelles il ne se trouve point d'immeubles ; 2°. des successions purement immobilières, dans lesquelles il n'y a point de meubles ; 3°. enfin, des successions en partie mobilières et en partie immobilières. Quant aux successions purement mobilières, l'article 1411 porte : « Les dettes des successions purement mobilières, qui sont échues aux époux pendant le mariage, sont pour le tout à la charge de la communauté. »

La raison en est que la communauté profitant en ce cas de la totalité de la succession, doit en supporter toutes les charges, et être tenue de toutes les dettes du défunt.

Il y a néanmoins une différence entre les successions échues au mari, et celles qui sont échues

à la femme. Si le mari a l'imprudence d'accepter purement et simplement la succession d'un homme insolvable, qui ne consistait qu'en mobilier, la communauté, qui a recueilli tout l'actif de cette succession, est tenue de toutes les dettes, quoiqu'elles excèdent de beaucoup l'actif dont elle a profité.

Il en est de même lorsque le mari a autorisé sa femme à accepter purement et simplement une succession qui lui est échue, parce qu'alors les actes qu'elle fait du consentement de son mari, engagent les biens de la communauté. (1426).

279. Au contraire, lorsque, sur le refus de son mari, une femme a été autorisée par la justice à accepter une succession purement mobilière, qui se trouve onéreuse, la communauté n'est tenue des dettes de cette succession, que jusqu'à concurrence de l'actif dont elle a profité; car, suivant l'art. 1426, les actes faits par la femme, sans le consentement de son mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté.

C'est une conséquence des principes que nous avons établis *suprà*. Le mari étant maître absolu des biens de la communauté, dont il peut disposer à son gré, même les perdre, la communauté est chargée entièrement de toutes les dettes qu'il contracte, soit qu'elle ait ou non profité des affaires pour lesquelles il les a contractées. Elle doit donc être chargée entièrement des dettes des successions échues au mari, dont il s'est imprudemment rendu débiteur, en acceptant purement et

simplement ces successions, quoique les dettes en excèdent l'actif dont la communauté a profité.

Mais la femme n'ayant pas le droit de disposer des biens de la communauté, dans lesquels elle n'a qu'un droit éventuel et incertain, ne peut charger la communauté des dettes qu'elle contracte sans l'approbation de son mari, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté a profité des affaires pour lesquelles elles ont été contractées. Si donc le mari, comme chef de la communauté, est poursuivi par les créanciers des successions que la femme a acceptées avec l'autorisation de la justice, en offrant de leur compter de tout ce qui lui en est parvenu, il doit être renvoyé de leurs demandes, et ils ne pourront même se faire payer sur les revenus des biens personnels de la femme, qui appartiennent à la communauté, pourvu, toutefois, que le mobilier n'ait pas été confondu dans celui de la communauté, sans un inventaire préalable. (1416 et 1417).

280. Quant aux successions purement immobilières, l'art. 1412 porte : « Les dettes d'une succession purement mobilière, qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté, sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les immeubles de ladite succession. »

Tout l'actif de la succession étant en ce cas propre au conjoint à qui la succession est échue, sans qu'il en entre aucune partie dans la communauté, l'héritier doit être tenu de tout le passif, de toutes les dettes mobilières et immobilières. La commu-



nauté, qui ne succède à rien de l'actif, n'en doit être aucunement tenue, si ce n'est des arrérages et intérêts qui courent depuis l'ouverture de la succession; ces arrérages et intérêts étant des charges du revenu des biens de cette succession, qui appartient à la communauté, de même que celui des autres biens de l'héritier.

« Néanmoins, ajoute l'art. 1412, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les biens propres au mari, soit même sur ceux de la communauté; sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers. »

281. Si la succession purement immobilière est échue à la femme, l'art. 1413 distingue :

Si celle-ci l'a « acceptée du *consentement* de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme; mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. »

282. On a remarqué qu'en autorisant les créanciers de la succession immobilière, échue à la femme et acceptée du *consentement* du mari, à poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme, cet art. 1413 n'a point ajouté, *soit même sur ceux de la communauté*, comme l'a fait l'art. 1412, qui dit que les créanciers de la



succession échue au mari peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les biens propres au mari, *soit même sur ceux de la communauté*; et du silence de l'art. 1413, on a conclu que dans le cas de la succession acceptée par la femme du *consentement* du mari, les créanciers n'ont le droit d'agir que sur tous les biens personnels de la femme, et non sur ceux de la communauté, qui ne se trouve, dit-on, obligée que sur la jouissance des biens personnels de la femme; en un mot, que l'article 1413 borne leur action aux biens personnels de la femme et aux biens de la succession (1).

C'est donc uniquement sur le silence de l'article 1413 que l'on prétend refuser aux créanciers de la succession immobilière, acceptée par la femme du consentement du mari, une action sur les biens de la communauté.

Mais d'abord, ce n'est pas seulement sur la nue propriété des biens de la femme qu'ils ont une action, comme dans le cas où la succession n'est acceptée que sous l'autorité de la justice. Ils ont action, et l'on en convient, sur les revenus de la femme qui appartiennent à la communauté. Ils ont donc action sur une partie des biens de la communauté; pourquoi ne l'auraient-ils pas sur l'autre? L'art. 1413 ne la leur refuse pas. Ce n'est que de son seul silence qu'on argumente.

Mais ce silence est clairement expliqué par la

---

(1) Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, tom. I, pag. 279 et 280; Delvincourt, tom. III, pag. 258 et 259.

disposition générale de l'art. 1419, qui pose en principe que « les créanciers peuvent poursuivre » le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement de son mari, tant sur les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme ; sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité au mari. Or, « il est certain », dit fort bien M. Delvincourt, tom. III, pag. 258, que l'addition d'hérédité est un quasi-contrat qui oblige l'héritier acceptant envers les créanciers de la succession. Il est donc vrai de dire que lorsque la femme accepte une succession, elle contracte des obligations. »

Donc, si elle l'accepte avec le consentement de son mari, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement, tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf récompense ou indemnité.

Non, dit M. Delvincourt, *ibid.*, pag. 258 et 259. La règle générale, dit-il, se trouve dans l'article 1413, l'exception dans l'art. 1419. Il suffit d'établir la différence qui existe entre les deux cas prévus par ces articles. Dans l'art. 1413, il s'agit d'une succession immobilière acceptée par la femme autorisée de son mari ; mais en l'autorisant il ne s'oblige pas : *qui auctor est non se obligat*. C'est la règle générale à laquelle est conforme l'art. 1413, où il s'agit de l'autorisation donnée à la femme par le mari, pour accepter une succession purement immobilière. Or, comme il ne peut s'approprier aucun des objets qui la composent, il n'y a pas lieu de faire exception à ce principe,

*qui auctor est non se obligat*, et de rendre le mari responsable des suites d'une acceptation à laquelle il n'a concouru que par l'autorisation qu'il a donnée à sa femme.

Il n'en est pas de même, dit M. Delvincourt; dans l'art. 1419. Cet article ne s'est pas servi de l'expression générale *obligations*; il a employé le mot *dettes*, qui s'entend plus particulièrement des obligations que la femme peut contracter par emprunts d'argent, ou autres moyens semblables. Or, sous le régime de la communauté, la femme n'ayant aucune administration quelconque, on doit présumer que tous les deniers qu'elle a pu se procurer de cette manière, sont tombés dans le coffre de la communauté, et en conséquence, on regarde les obligations par l'effet desquelles ces deniers lui sont provenus, comme des obligations de la communauté même; et comme, d'un côté, les créanciers de la communauté sont en même tems ceux du mari; que, de l'autre côté, la femme s'est obligée personnellement, l'on a pu donner, dans ce cas, aux créanciers, action tant contre la femme que contre le mari et la communauté.

On a voulu d'ailleurs empêcher les fraudes. Un mari s'entendrait avec sa femme; il l'autoriserait à faire des emprunts, sans s'obliger lui-même; il profiterait des sommes empruntées, et se dispenserait de payer les créanciers; ce qui serait injuste.

Concluons donc, dit encore M. Delvincourt, que la règle générale se trouve dans l'art. 1413, et l'exception dans l'art. 1419.

Cette doctrine est fausse en tout point; mais étant professée avec beaucoup d'assurance par un professeur qui jouit de grands honneurs dans l'université, elle pourrait devenir consagieuse. Il faut donc la réfuter.

Il est absolument faux que la règle *qui auctor est non se obligat*, s'applique à l'autorisation du mari; elle ne s'applique qu'à celle des tuteurs et curateurs, et c'est pour eux qu'elle est établie dans la loi 26, au Code de administ., etc., liv. 5, tit. 37, où Justinien décide que l'autorisation donnée par le tuteur à son mineur, dans une affaire dont la suite pourra donner à ce dernier une autorisation contre le tuteur, ne préjudicie point à celui-ci.

L'autorisation des tuteurs ou curateurs et celle des maris ont cela de commun, que leur effet est *d'habiliter*, la première les mineurs, la seconde les femmes mariées, et de les rendre capables de contracter un engagement qui, sans cette formalité, ne serait pas valable; mais comme l'affaire pour laquelle le tuteur autorise le mineur n'intéresse que ce dernier, et que le ministère du tuteur se borne à examiner si elle ne peut pas préjudicier à celui qui est sous sa protection, et à lui donner un conseil, il s'ensuit qu'il ne s'engage lui-même en aucune manière, à moins que son conseil ne soit frauduleux : *De consilio nemo teneatur*; maxime qui a le même sens que celle-ci, *qui auctor est non se obligat*; car *auctor esse* a la même signification que *suasor esse*. Le tuteur est le conseil nécessaire du mineur.

Le mari et la femme au contraire, étant en com-



munauté, les affaires de la femme intéressent toujours plus ou moins directement ou indirectement le mari, comme chef de la communauté, et par ce motif, quelque obligation qu'elle contracte, quelques actes qu'elle fasse, quand même ils seraient relatifs à des affaires dont le fond ne regarde qu'elle personnellement, elle engage la communauté, et par conséquent son mari, qui en est le chef, si elle a contracté ces obligations, ou fait ces actes avec son autorité ou son consentement : autrement ils seraient nuls, sans qu'elle fût elle-même obligée.

Ainsi, loin qu'on puisse appliquer à l'autorisation maritale, la règle faite pour les tuteurs et curateurs, *qui auctor est non se obligat*, il faut appliquer aux maris une règle diamétralement opposée : *Maritus qui auctor est se obligat*.

Les textes les plus précis et l'esprit général de nos lois anciennes et nouvelles, sur la communauté conjugale, prouvent ce que nous venons d'avancer.

Il résulte de l'art. 1419 du Code, que les dettes de la femme, contractées du consentement de son mari, engagent la communauté et son chef, puisque les créanciers peuvent poursuivre leur paiement, tant sur les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme. Cette disposition générale s'applique même aux dettes que la femme autorisée de son mari contracte pour ses affaires personnelles, comme le reconnaît M. Delvincourt, pag. 259, et comme le prouve le texte de l'art. 1419, qui dit que le paiement de ces dettes



peut être poursuivi, *sauf la récompense à la communauté ou l'indemnité due au mari*; car ce n'est que dans le cas où la dette est contractée uniquement pour les affaires personnelles de la femme, qu'il peut être dû une récompense ou une indemnité.

Pour éluder la conséquence nécessaire de l'article 1419, M. Delvincourt dit que cet article ne s'est point servi de l'expression générale *obligations*, et qu'il a employé le mot *dette*, qui s'entend plus particulièrement de l'obligation que la femme contracte par emprunts d'argent, ou autres moyens semblables.

Mais, de bonne foi, cette réponse n'est-elle pas puérile? N'est-il pas évident que le Code s'est servi du mot propre? De quoi s'agit-il dans tout ce paragraphe? Des dettes des conjoints qui sont ou non à la charge de la communauté; qui sont une dette de la communauté. Aussi, dans tous les cas, le Code s'est servi du mot de *dette*; jamais du mot *obligation*, qui signifie proprement le lien moral par lequel nous sommes contraints de faire ou de donner quelque chose. Le produit de ce lien est la dette, qui est une charge des biens de celui qui est obligé. Ainsi, quand un homme emprunte, il s'oblige; cette obligation produit une dette dont ses biens sont chargés. En un mot, toute obligation produit une dette; obligation et dette sont des termes corrélatifs, et quand on dit que des biens sont obligés, c'est une expression métaphorique : c'est la personne du propriétaire qui est obligée.

Les termes de l'art. 1426 sont encore plus généraux ; il porte : « Les actes faits par la femme » sans le consentement du mari, et même avec » l'autorisation de la justice, n'engagent point les » biens de la communauté. »

Donc, *à contrario*, ils sont engagés par les actes faits avec le consentement du mari, car cet argument *à contrario*, qui n'est pas toujours concluant, dans l'interprétation des lois, le devient lorsque, comme ici, il n'est que la conséquence d'un principe supposé pour la disposition interprétée. En effet, il serait parfaitement inutile, pour ne pas dire inepte, de dire que les actes faits par la femme sans le consentement du mari, n'engagent point la communauté, si les actes faits avec son consentement ne l'engagent pas davantage. Posons donc en principe que, selon l'art. 1426, les actes faits avec le consentement ou l'autorisation du mari, engagent la communauté.

C'est un principe qui n'est pas nouveau ; il est puisé dans le texte de nos anciennes coutumes. L'art. 449 de la Coutume de Bretagne porte : « La » femme est tenue de requérir l'autorité de son » mari, soit qu'elle veuille contracter, ester en jugement, ou accepter succession, tant en demande que défense, pour la conservation de ses » droits ; et où il ne voudrait l'autoriser, le juge » ordinaire la peut autoriser, et en ce cas, n'est » le mari, ni la communauté, tenu de l'événement » desdits procès et autres actes ci-dessus, soit en » principal et dépens, dont les propres seulement » de la femme demeurent obligés. »

La différence des effets de l'autorisation du mari, et de celle de l'autorisation de la justice, est clairement établie dans cet article. La femme autorisée de son mari engage les biens de la communauté, et quand elle n'est autorisée que de la justice, elle ne les engage pas. Cette maxime était de droit commun en France. « Lorsque la femme, dit Bourjon (1), agit autorisée par justice, elle n'engage que la nue propriété de ses propres ; les fruits d'iceux restent toujours au profit de la communauté, à la masse de laquelle elle ne peut nuire.

» Il n'en est pas de même lorsqu'elle agit autorisée de son mari ; en ce cas elle engage non seulement la propriété de ses propres, mais même les biens de la communauté, *l'acte alors devenant commun à son mari.* »

C'est par cette raison, dit d'Argentré (2), qu'on ne peut contraindre le mari à autoriser sa femme ; car on ne peut le contraindre à obliger son bien.

283. Il est donc certain que sous l'empire des coutumes, comme sous l'empire du Code, la femme qui agit avec l'autorisation de son mari, à la différence de celle qui n'est autorisée que de la justice, engage dans tous les cas les biens de la communauté. Ainsi, les dettes contractées par la femme autorisée de son mari, pour quelque cause que ce soit, engagent les biens de la communauté. (1419).

(1) Droit commun de la France, titre de la communauté, 4<sup>e</sup>. part., chap. 3, sect. 4, nos. 25 et 24, tom. I, pag. 503, édition de 1747.

(2) Aitiologie sur l'art. 449 de la nouvelle Coutume de Bretagne : *Insolens est maritum compelli ad auctoritatem præstandam, ne res obliget.*

Ainsi, tous les *actes* de la femme autorisée de son mari, engagent les biens de la communauté. (1426).

Ainsi, les procès soutenus par la femme autorisée de son mari, engagent la communauté au paiement des dépens auxquels elle peut être condamnée. (1).

Ainsi, les créanciers d'une succession acceptée par la femme, avec le consentement de son mari, peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, et même sur ceux du mari, sauf récompense ou indemnité.

Il est donc vrai de dire qu'en autorisant sa femme le mari s'oblige : *qui auctor est se obligat*. Il était nécessaire de démontrer la fausseté de la maxime contraire, avancée avec tant de confiance dans un ouvrage que des milliers d'élèves sont, chaque année, contraints d'étudier.

284. Enfin, 5°. « lorsque la succession échue à l'un des époux, dit l'art. 1414, est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier, comparée à celle des immeubles.

» Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder,

---

(1) Voy. les Principes de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 10, et suivantes.



» soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue. »

285. Cette disposition est contraire au principe général établi par l'art. 1409, qui charge la communauté « de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, ou dont se trouvent chargées les successions qui leur étoient durant le mariage. »

En effet, les dettes mobilières d'une succession que l'un des conjoints accepte purement et simplement, devenant ses dettes personnelles, il semble que la communauté devrait en être chargée.

Mais le principe que toutes les dettes mobilières, dont chaque conjoint est grevé, sont une charge de la communauté, souffre exception à l'égard des dettes mobilières qui ont pour cause le prix d'un propre, ainsi que nous l'avons vu *suprà*, n<sup>os</sup>. 209 et 210. Je devais à mon frère, avant mon mariage, une somme de..... pour soulte de retour de lot dans la portion de la succession de mon père. Cette somme étant le prix des immeubles que j'avais reçus de plus que lui, et qui me sont propres, n'entrera point dans le passif de ma communauté. Il serait trop dur, il serait injuste de lui faire payer le prix de mes propres.

Or, les dettes mobilières, pour la portion dont les immeubles de la succession sont chargés, sont en quelque sorte le prix de ces immeubles, puisque ce n'est qu'en payant ces dettes que le conjoint héritier peut avoir et posséder les immeubles.



286. Dans la jurisprudence antérieure au Code, nos auteurs n'étaient point d'accord sur le point de savoir comment les dettes d'une succession partie mobilière, partie immobilière, échue à l'un ou l'autre des conjoints durant le mariage, devaient entrer dans la communauté.

La cause principale de cette diversité d'opinions venait de la diversité des dispositions de nos coutumes, sur le mode de contribution aux dettes d'une succession entre les cohéritiers aux meubles et les héritiers aux immeubles. Pothier, n°. 261, pensait qu'il fallait distinguer. « Il y a, dit-il, des coutumes qui chargent le mobilier de toutes les dettes mobilières des successions. Il n'est pas douteux que dans ces coutumes la communauté, dans laquelle entre tout le mobilier actif des successions échues à l'un ou l'autre des conjoints, est tenue de toutes les dettes mobilières desdites successions.

» Mais il y a des coutumes, comme celle de Paris, qui font contribuer les héritiers aux différentes espèces de biens, à toutes les différentes espèces de dettes, soit mobilières, soit immobilières, à proportion de ce que chacun a dans l'actif de la succession. L'esprit de ces coutumes est que chaque espèce de biens, dont est composée l'universalité de la succession, soit chargée d'une portion de toutes les différentes espèces de dettes, qui soit dans la même proportion qu'est la valeur de chaque espèce de biens, à celle du total de la succession. Par exemple, le mobilier de la succession fait le tiers du total de la suc-

» cession : le mobilier est chargé du tiers de toutes  
 » les dettes, tant mobilières qu'immobilières »

287. Pothier pensait qu'il fallait appliquer à la communauté le même mode de contribution qu'aux dettes des successions en partie mobilières et en partie immobilières, échues aux conjoints durant le mariage. En effet, il était assez naturel de considérer ce cas comme s'il y avait deux espèces d'héritiers, puisque, dans la réalité, la communauté légale succède seule à tous les meubles, et le conjoint héritier à tous les immeubles.

L'opinion de Pothier a été, par l'art. 1414, érigée en loi générale pour tout le royaume; ce qui fait cesser toute distinction.

288. Pour régler la portion contributoire de la communauté aux dettes de la succession en partie mobilière et en partie immobilière, l'art. 1414 ordonne au mari de faire un *inventaire*; ce qui doit s'entendre non seulement de l'inventaire et prisage des meubles, mais encore d'un état d'estimation des immeubles; car ce n'est que d'après la valeur comparative des uns et des autres, qu'on peut régler la portion contributoire. Par exemple, si le mobilier est du tiers de la valeur totale de la succession, et l'immobilier des deux tiers, la communauté sera grevée du tiers des dettes, sans distinction des dettes mobilières ou immobilières, et le conjoint, auquel la succession est échue, des deux autres tiers; car, pour régler la portion contributoire des dettes, l'art. 1414 ne distingue point entre les dettes mobilières et immobilières; il ne fait qu'une seule masse de toutes ces dettes.

289. « A défaut d'inventaire, dit l'art. 1415, et  
» dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la fem-  
» me, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dis-  
» solution de la communauté, poursuivre les ré-  
» compenses de droit, et même faire preuve, tant  
» par titres et papiers domestiques, que par té-  
» moins, et, au besoin, par la commune renom-  
» mée, de la consistance et valeur du mobilier non  
» inventorié.

» Le mari n'est jamais recevable à faire cette  
» preuve. »

Supposons qu'une succession en partie mobilière et en partie immobilière, soit échue à Titius pendant son mariage. Elle était opulente, mais chargée de 50,000<sup>f</sup> de dettes. Titius néglige de faire l'inventaire prescrit par l'art. 1414. Il meurt après avoir payé toutes les dettes. La veuve accepte la communauté et demande récompense d'une somme de 40,000<sup>f</sup>, en soutenant que dans la dette de 50,000<sup>f</sup>, la portion contributoire des immeubles était d'une somme de 40,000<sup>f</sup>, payée par la communauté, qui en doit récompense, et celle du mobilier de 10,000<sup>f</sup> seulement. La veuve pourra, d'après l'art. 1415, prouver la consistance et valeur du mobilier non inventorié, par tous genres de preuves, même par commune renommée.

Mais pourra-t-elle également prouver, tant par témoins que par commune renommée, qu'il y avait dans la succession pour 50,000<sup>f</sup> de dettes? Notre article n'en parle point, mais l'affirmative ne paraît pas douteuse; car la veuve n'a pas été dans la possibilité de se procurer une preuve par

écrit, et elle est dépouillée de son droit sans sa faute.

Supposons maintenant que la même succession soit échue à la femme de Titius, qui néglige également de faire inventaire, mais qui paie néanmoins toutes les dettes. Après la mort de sa femme, il ne pourra demander aucune récompense aux héritiers qui acceptent la communauté, à moins qu'il n'ait la preuve écrite de tous les moyens qui fondent sa demande; car, supposons qu'il ait la preuve écrite et authentique, par exemple, du paiement de la somme de 50,000<sup>f</sup>; quel parti en pourra-t-il tirer? Il est certain qu'il était dû une portion de ces dettes par les immeubles de la succession dont la femme a seule profité. Mais quelle portion? Il s'est mis dans l'impossibilité de la déterminer, et le Code le déclare non recevable à faire cette preuve, pour le punir de sa faute.

Si, en faisant inventaire, il avait négligé de constater l'état et la valeur des immeubles, comme il est toujours possible d'en constater le nombre, même après la dissolution du mariage; le Code lui ordonne seulement de faire procéder à l'inventaire de la succession; ce qui ne s'entend ordinairement que des meubles.

290. Cette division des dettes entre la communauté et l'époux à qui la succession est échue, est étrangère aux créanciers, et l'art. 1416 porte :  
 « Les dispositions de l'art. 1414 ne font point obstacle à ce que les créanciers d'une succession en  
 » partie mobilière et en partie immobilière, pour-  
 » suivent leur paiement sur les biens de la commu-



« nauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari; le tout sauf les récompenses respectives. »

L'article ajoute : « Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le mobilier en ait été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable. »

291. L'art. 1417 porte : « Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens, tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. »

Cette dernière disposition prouve que les créanciers d'une succession acceptée en justice, au refus du mari, ne peuvent se pourvoir sur la nue propriété des biens personnels de la femme, qu'en cas d'insuffisance des immeubles de la succession. La femme peut donc exiger la discussion préalable des immeubles de la succession, et elle a un grand intérêt à le faire; car on vend mal un bien dont on ne vend que la nue propriété.

292. L'art. 1414 dit que les dettes d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière, ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à la concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes. Remarquez qu'il ne dit pas jusqu'à la concurrence des meubles qui y sont en-



trés. Il peut donc arriver que la communauté doive plus qu'elle ne reçoit, si le passif de la succession surpasse l'actif. Supposons que la part contributive de la communauté aux dettes s'élève à 10,000<sup>f</sup>, et qu'elle ne recueille en meubles que 9,000<sup>f</sup>; elle devra 1,000<sup>f</sup> de plus qu'elle ne recevra, en supposant que la succession n'ait pas été prise sous bénéfice d'inventaire. C'est aussi ce qui résulte de l'art. 1417.

293. Il peut arriver que dans une succession partie mobilière, partie immobilière, échue à l'un ou l'autre des époux pendant le mariage, l'époux héritier soit débiteur ou créancier de la succession, d'une somme plus ou moins considérable. Alors s'élève la question de savoir si cette somme doit être comptée dans l'actif ou dans le passif de la succession, pour régler la portion contributive du mobilier et de l'immobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles.

Supposons que le mari héritier soit créancier de la succession d'une somme de 20,000<sup>f</sup>,

ci..... 20,000<sup>f</sup>

Et que les autres dettes s'élèvent à pareille somme de ..... 20,000

Total du passif de la succession. ci.. 40,000

L'actif se compose en meubles

d'une valeur de, ci..... 10,000<sup>f</sup>

En immeubles d'une valeur de

ci..... 70,000

Total de l'actif, ci..... 80,000

Ainsi, la valeur du mobilier, comparée à celle des immeubles est de un à sept.

Si, pour régler la portion contributoire des meubles et des immeubles aux dettes de la succession, vous comptez les 20,000<sup>f</sup> dus au conjoint héritier, le total des dettes sera 40,000<sup>f</sup>, dont le huitième pour la portion contributoire du mobilier est 5,000<sup>f</sup>, et les sept huitièmes pour la portion contributoire de l'immobilier, sont 35,000<sup>f</sup>.

Si, au contraire, vous retranchez de la masse des dettes les 20,000<sup>f</sup> dus au mari, sous prétexte qu'il s'est opéré confusion dans sa personne, parce qu'il réunissait les qualités de créancier et d'héritier, qui s'excluent, les dettes restant pour 20,000<sup>f</sup>, la portion contributoire du mobilier étant toujours du huitième, sera réduite à 2,500<sup>f</sup>, celle des immeubles à 17,500<sup>f</sup>.

Le mari meurt après avoir payé toutes les dettes ; la veuve, dans le règlement de la communauté avec les héritiers du mari, leur demande une reprise de 35,000<sup>f</sup> pour pareille somme payée pendant la communauté, pour la portion contributoire dont les immeubles étaient chargés, et que le mari devait payer sur ses propres.

Les héritiers prétendent réduire cette reprise à 17,500<sup>f</sup>, sous le prétexte qu'en réglant la portion contributoire du mobilier et des immeubles, aux dettes de la succession dont il s'agit, on ne doit plus avoir égard à la dette de 20,000<sup>f</sup>, qui était une créance du mari, éteinte de plein droit du moment qu'il a accepté la succession purement et simplement, et réuni ainsi dans sa personne les

qualités de créancier et de débiteur, qui se détruisent réciproquement, lorsqu'elles viennent à concourir dans la même personne.

Il faut répondre que la confusion ne s'opère point en totalité, lorsque tous les droits actifs et passifs d'une succession ne sont pas réunis dans une seule personne. Par exemple, lorsqu'il y a deux héritiers, dont l'un est créancier de la succession d'une somme de 20,000<sup>f</sup>, il ne confond dans sa personne que la moitié de la somme, c'est-à-dire 10,000<sup>f</sup>. Son cohéritier lui doit compte de l'autre moitié, sur la portion qu'il recueille dans la succession. *Voyez* ce que nous avons dit tom. VII, n<sup>o</sup>. 422.

Si le créancier ne succède au débiteur, ou le débiteur au créancier que pour une moitié, un quart, la confusion ne s'opère que pour une moitié, pour un quart, etc. C'est un principe général qu'il faut appliquer à tous les cas de confusion, par la réunion des qualités de créancier et de débiteur; et ce principe n'est lui-même qu'une conséquence de la maxime que les droits et les obligations se divisent de plein droit.

Or, lorsque, pendant le mariage, il échoit à l'un ou à l'autre des époux une succession en partie mobilière et en partie immobilière, elle est divisée de plein droit en deux portions. Le conjoint héritier recueillant seul les immeubles, réunit en sa personne tous les droits actifs et passifs qui en dépendent et y sont attachés par la loi. La communauté recueille seule les meubles avec tous les droits actifs et passifs qui en dépendent, et que la

loi attache à l'universalité du mobilier, par la disposition de l'art. 1414. Il est donc évident qu'il n'y a point en ce cas réunion sur la même tête de tous les droits actifs et passifs de la succession; par conséquent point de confusion, pas plus que si le Code avait, comme les coutumes, établi en certains cas une succession mobilière et une succession immobilière.

Pothier pense aussi, *Traité de la communauté*, n<sup>os</sup>. 262 et 263, qu'il ne s'opère point de confusion, lorsqu'il échoit aux époux une succession pendant le mariage; mais il en donne une raison différente. Il prétend qu'on doit considérer la communauté comme un cessionnaire de droits successifs, et qu'il faut lui appliquer les dispositions des lois 2, § 18, *ff de hered. vend.*, et 37, *ff de peculio*; mais cette prétendue cession de droits successifs n'est qu'une fiction qu'on ne trouve point dans la loi, et il nous paraît qu'il vaut mieux résoudre la question par les principes sur la confusion, qui servent à résoudre toutes les difficultés, en les appliquant aux différens cas qui se présentent.

294. L'art. 1418 porte que toutes les règles établies par les art. 1411 et suivans, régissent les dettes dépendantes d'une donation, comme celles résultant d'une succession.

Cet article est général, et s'applique par conséquent aux donations ou legs d'un usufruit d'immeubles, soit universel, soit à titre universel, qui ne seraient faits qu'à l'un des époux. Ce don ou legs est immobilier (526), et n'entre point en communauté (1405). Cependant, les jouissances y tom-



beront pendant qu'elle durera. Néanmoins, les dettes dont cet usufruit sera grevé en vertu de l'opération prescrite par l'art. 612, ne seront point à la charge de la communauté, à laquelle il en sera dû récompense, si elles sont payées durant le mariage.

295. L'art. 1420 porte que « toute dette qui » n'est contractée par la femme, qu'en vertu de la » procuration générale ou spéciale du mari, est à » la charge de la communauté, et le créancier » n'en peut poursuivre le paiement, ni contre la » femme, ni sur ses biens personnels. »

C'est un principe commun à tous les mandataires, qu'il était peut-être inutile de répéter ici. Il s'applique, comme nous l'avons vu *suprà*, n°. 275, à ce que fait la femme, en vertu d'un mandat tacite de son mari.

296. Les autres charges de la communauté légale dont nous n'avons point parlé, sont, suivant l'art. 1409, « les réparations usufruituaires des im- » meubles qui n'entrent point en communauté. » Nous en avons parlé tom. III, auquel nous renvoyons le lecteur.

297. Le même article, n°. 5, met à la charge de la communauté légale « les alimens des époux, » l'éducation et entretien des enfans, et toute au- » tre charge du mariage. »

298. Quand l'art. 1409 parle de l'éducation et entretien des enfans, il entend parler des enfans communs. Quant aux enfans d'un précédent mariage, la communauté n'est point chargée des frais de leur entretien et éducation; ils doivent être pris



sur leurs revenus, s'ils en ont de suffisans; mais s'ils n'en ont pas, ces frais sont une dette naturelle de leur père ou de leur mère, dont est chargée la communauté, dans laquelle entrent les dettes de chacun des conjoints.

299. Il en est de même des alimens que les époux doivent à leurs père et mère et autres ascendans, beau-père et belle-mère, aux termes des art. 205 et 206.

300. On comprend aussi parmi les charges de la communauté, les frais de l'inventaire qu'on fait, après sa dissolution, des effets dont elle est composée, et des titres qui en dépendent, les frais de liquidation, les reprises que les conjoints ou leurs héritiers ont à exercer sur la communauté, ou des récompenses qu'ils lui doivent; enfin, les frais de partage et ceux qu'il faut faire pour y parvenir, tels que l'estimation des biens. Pothier, n°. 274.

301. Il en est autrement des frais funéraires du prédécédé, qui sont à la charge de ses héritiers, à la différence des frais de dernière maladie, qui sont une dette de la communauté.

## SECTION II.

*De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre des époux, relativement à la société conjugale.*

### SOMMAIRE.

*302. Transition et division de la section.*

302. APRÈS avoir expliqué dans la première section ce qui compose la communauté, activement et passivement, le Code passe, dans cette seconde section, à la manière dont elle doit être administrée, et à l'effet que doivent produire les actes de l'un et de l'autre, relativement à la société conjugale.

Et comme en entrant dans cette société la femme perd l'administration de ses biens propres et personnels, dont tous les fruits et revenus tombent dans la communauté, dont le mari est seul administrateur et maître, le Code traite encore, dans cette section, de la puissance du mari sur les biens personnels de la femme, et de l'administration de ces biens.

Ainsi, cette seconde section se divise naturellement en deux parties; la première, de l'administration de la communauté; la seconde, de la puissance du mari sur les biens personnels de la femme, et de leur administration.

**PREMIÈRE PARTIE.**

*De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre des époux, relativement à la société conjugale.*

**SOMMAIRE.**

- 503. *Le mari, sous l'empire du Code, est encore propriétaire des biens de la communauté, quoique sa propriété soit plus limitée qu'autrefois.*
- 504. *Le droit du mari sur les biens de la communauté est un droit de propriété modifié par les dispositions du Code. Conséquences de ce droit, source de tous ses pouvoirs sur ces biens.*
- 505. *C'est pour n'avoir pas bien connu la nature du droit du mari, qu'on avait douté que l'hypothèque légale de la femme s'étendît sur les biens de la communauté.*
- 506. *Droits du mari sur tous les biens, de quelque manière qu'ils soient entrés dans la communauté.*
- 507. *On ne peut valablement stipuler par contrat de mariage qu'il n'en aura pas l'administration; il peut seulement en confier l'exercice à la femme par une procuration.*
- 508. *Ce droit d'administration est tellement attaché à la personne du mari, qu'il n'en peut être détaché, lors même qu'il est réduit à l'impuissance de l'exercer, par exemple, par l'interdiction.*
- 509. *Mais le mari peut renoncer, par contrat de mariage, au droit de vendre les conquêts sans le concours de la femme.*
- 510. *Il peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté, mais non disposer à titre gratuit des immeubles, ni de l'universalité, ni d'une quotité des meubles.*
- 511. *En permettant les dons particuliers, sans en fixer le nombre ni l'étendue, le Code détruit l'effet de la précédente disposition.*
- 512. *Le mari ne peut se réserver l'usufruit des choses qu'il donne. Quid, s'il l'avait réservé?*

## 436     *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

313. *La donation testamentaire du mari ne peut excéder sa part de communauté. Quid, s'il a légué un effet particulier?*
314. *Quid, si, contre la défense de l'art. 1422, le mari a donné entre vifs un immeuble de la communauté? Distinguez le cas d'acceptation ou de repudiation de la communauté.*
315. *Examen et réfutation d'une opinion de M. Delvincourt à cet égard.*
316. *Le mari peut doter seul les enfans communs des biens de la communauté; la femme ne peut prétendre de récompense au sujet de cette dot.*
317. *Controverse de l'ancien droit sur ce point.*
318. *Pothier embrasse l'opinion consacrée par le Code; mais il l'appuie d'une doctrine erronée, sur un mandat tacite ou présumé de la femme.*
319. *Sur de simples conjectures, on mettait la dot à la charge du mari seul. Le Code rejette les conjectures; il exige une déclaration expresse de sa part, pour l'en charger seul. Exemple de ces conjectures proscrites.*
320. *C'est une déclaration expresse, si le mari a donné en avancement des droits de l'enfant sur sa succession.*
321. *Comment la mère supporte, en acceptant la communauté, la moitié de la dot.*
322. *Quand elle renonce, l'enfant doté en effets de la communauté par le père seul, rapporte-t-il la dot entière à la mort de son père?*
323. *Raisons pour le rapport entier. On y répond par une conséquence de nos principes sur la dotation des enfans.*
324. *À la différence du droit romain, la dotation des enfans est en France un devoir commun au père et à la mère, pour l'accomplissement duquel on n'accorde point d'action aux enfans, en reconnaissant néanmoins que c'est une obligation naturelle. Preuve.*
325. *Effets que produit cette obligation.*
326. *Le mari, en dotant les enfans sur les biens communs, ne fait qu'acquitter tant sa dette naturelle que celle de son épouse. C'est donc par moitié aux successions du père et*



## **Chap. II. Du Régime en communauté. 437**

*de la mère que l'enfant doit la rapporter. La renonciation de la mère ne peut changer le sort de l'enfant.*

- 527. *Ni la condition de la dotation, en faisant rentrer les biens dans la succession du père, pour obliger l'enfant au rapport de la totalité.*
- 528. *Si le père, parlant seul dans l'acte de dotation, donnait un de ses propres, la dot serait pour son compte seul, et rapportée en entier à sa mort.*
- 529. *Si le mari, en déclarant ne point s'obliger personnellement, autorisait sa femme à donner l'un de ses propres en dot, il ne serait tenu qu'à laisser jouir l'enfant doté, mais la femme devrait récompense ou indemnité à la dissolution de la communauté.*
- 530. *La dot fournie ou promise par les deux époux conjointement n'est point à la charge de la communauté; c'est une dette personnelle de chacun des deux époux.*
- 531. *Si l'un des époux l'a payée seul sur ses propres, il a sur les biens de l'autre une action en indemnité.*
- 532. *Raisons pourquoi elle n'est point à la charge de la communauté.*
- 533. *Si la dot conjointement promise a été payée en effets de la communauté, la femme renonçante doit récompense de la moitié de la dot.*
- 534. *La femme peut stipuler qu'elle ne veut doter que sur sa part des biens de communauté.*
- 535. *A défaut de cette clause, la femme, si la dot n'a pas été payée, doit en payer la moitié à l'enfant, sans pouvoir s'en excuser sur la disposition de l'art. 1483.*
- 536. *Effet et nature de la clause que la dot s'imputera pour la totalité sur la succession du prédécédé.*
- 537. *Quelle récompense peut être due au survivant, dans le cas de la dot conjointement constituée, avec clause d'imputation.*
- 538. *La clause, autrefois autorisée par la Coutume de Paris, qu'au moyen de la dot qu'il reçoit, l'enfant dote laisserait jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé, est nulle dans les principes du Code. Il est très-dangereux de l'insérer aujourd'hui dans les contrats de mariage.*



**438      Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.**

- 339.** *Si la dot est imputable en totalité sur la succession du prédécédé, l'enfant doit la rapporter entière à la succession de ce dernier. Récompense que doit cette succession.*
- 340.** *Si la dot imputable sur la succession du prédécédé excédait la part de l'enfant dans cette succession, il la rapporterait néanmoins en totalité.*
- 341.** *Quid, si le contrat porte que la dot est constituée conjointement par moitié, et imputable sur la succession du prédécédé ?*
- 342.** *De la garantie de la dot.*
- 343.** *Principe sur lequel sont fondées toutes les récompenses. Les époux ne peuvent ni enrichir la communauté à leurs dépens, ni s'enrichir aux dépens de la communauté.*
- 344.** *Ainsi, deux espèces de récompenses : 1°. lorsqu'un des époux a enrichi la communauté à ses dépens. Exemple: s'il y a versé le prix d'un propre vendu, il lui en est dû remploi; sur quel pied.*
- 345.** *Ancienne distinction sur le prix du remploi dû à la femme ou au mari rejetée par le Code. C'est toujours sur le prix de la vente.*
- 346.** *Mais celui dû à la femme s'exerce même sur les biens du mari; celui dû au mari ne peut s'exercer que sur les biens de la communauté.*
- 347.** *Comment se fait la récompense d'un usufruit ou d'une rente viagère, propre de l'un des conjoints, vendu durant le mariage.*
- 348.** *Opinion de ceux qui pensaient que la récompense dépendait de la survie du propriétaire de la rente viagère ou de l'usufruit, contraire au texte de l'art. 1435 et aux principes en matière de remploi.*
- 349.** *Toute aliénation qui procure à la communauté un avantage appréciable à prix d'argent, donne lieu à récompense. Secus, s'il n'en procure aucun. Exemples.*
- 350.** *Application de ce que nous avons dit sur la récompense de l'usufruit vendu, à l'héritage de l'un des conjoints vendu pour une rente viagère.*
- 351.** *Quand il est dû récompense pour l'héritage échangé ou baillé à rente.*

552. Nulle récompense pour l'héritage vendu dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration.
553. 2°. Tout acte en vertu duquel la communauté s'enrichit aux dépens des propres des conjoints, donne droit à une récompense ou reprise.
554. Comment s'exerce la récompense.
555. Explication des mots emploi, reprise, récompense. Le emploi proprement dit est le remplacement en héritage.
556. Quand il est censé fait à l'égard du mari, et son effet.
557. L'héritage acquis pour emploi ne devient propre qu'à la concurrence du prix du propre vendu. Quid, si la différence du prix est peu considérable?
558. La déclaration du emploi doit être faite incontinenti dans le contrat d'acquisition, et non ex intervallo.
559. Le emploi du propre de la femme doit être formellement accepté par elle.
560. Elle ne peut l'accepter après la dissolution de la communauté.
561. Mais elle peut accepter depuis le contrat, si le mari n'a pas rétracté ses offres.
562. Il ne peut les rétracter, s'il est stipulé dans le contrat de mariage que le emploi sera fait sur le premier acquêt.
563. Est-il nécessaire qu'en ce cas la femme accepte le emploi? Peut-elle le refuser?
564. Examen plus approfondi de la question. Le mari est en ce cas le mandataire de la femme.
565. La rigueur de l'ancienne jurisprudence, sur les emplois faits pendant le mariage, fondée sur la prohibition de se donner entre époux, a cessé avec la prohibition qui lui servait de prétexte.
566. Le Code donne trois moyens de faire les emplois pendant le mariage.
567. La stipulation d'emploi sur le premier acquêt s'exécute-t-elle de plein droit, même sans déclaration de emploi?
568. L'action en emploi est mobilière et tombe dans le don universel des meubles fait à l'autre époux.
569. Quid, si elle est stipulée immobilière par contrat de mariage?

440. *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

370. *On ne peut faire par anticipation le emploi d'un immeuble non encore vendu; mais on peut stipuler que s'il est vendu des propres de la future pendant le mariage, le emploi en sera fait sur tel propre du mari et à tel taux.*

371. *Quid, s'il était prouvé que l'héritage acquis pour emploi des deniers de la femme n'a pas été payé de ses deniers?*

372. *Peut-on stipuler que les immeubles de la femme mariée sous le régime de la communauté seront inaliénables?*

373. *Peut-on stipuler dans le contrat de mariage que s'il est vendu des immeubles pendant le mariage, il n'en sera pas dû récompense ou emploi?*

303. Nous avons vu *suprà*, pag. 121, n°. 35, que dans les principes de nos anciennes coutumes françaises, le mari était pendant sa vie seul propriétaire des biens de la communauté; qu'il pouvait en disposer à son plaisir et volonté, les aliéner, les hypothéquer, sans le concours de sa femme; les donner, les perdre même, sans en devoir compte à personne; en un mot, qu'il avait, dans toute sa plénitude, le droit d'user et d'abuser, qui constitue essentiellement la propriété. Aussi les rédacteurs des coutumes, pour caractériser les droits du mari sur les biens de la communauté, se gardèrent bien de dire qu'il en avait l'administration; terme équivoque, qui ne répondait point à l'étendue de ses droits: ils prononcèrent nettement qu'il en était le seigneur, c'est-à-dire le propriétaire, le vrai seigneur; et comme s'ils avaient craint qu'on ne prît pas cette expression dans sa signification naturelle et énergique, ils ajoutèrent: « En telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et

« disposer par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme. »

Le Code a modifié ce pouvoir excessif du mari. On serait même tenté d'abord de penser qu'il l'a dépouillé de sa qualité de propriétaire, pour le réduire à la qualité d'administrateur. « Le mari, » dit l'art. 1421, *administre* seul les biens de la communauté. » Mais ce mot a plusieurs acceptations. On peut administrer des biens qui ne nous appartiennent pas ; c'est ainsi qu'on dit que le tuteur administre les biens de son pupille ; le père, durant le mariage, les biens de ses enfans mineurs (389) ; le mari, les biens personnels de son épouse (1428).

On peut aussi administrer des biens ou des droits qui nous appartiennent en partie, comme des biens indivis entre plusieurs personnes, une entreprise, une société dans laquelle on est intéressé. Enfin, on peut administrer ses propres biens, ses propres affaires : on est alors administrateur *rei suæ*. C'est ainsi qu'on dit d'un homme qu'il administre lui-même ses affaires, ses propres biens, pour dire qu'il n'en confie l'administration à personne. On ne peut donc tirer des termes de l'art. 1421 aucune induction contre le mari, pour en conclure qu'il n'est pas propriétaire des biens de la communauté.

D'ailleurs, immédiatement après la disposition qui dit que le mari administre seul les biens de la communauté, cet article en ajoute une autre qui l'explique et dit : « Il peut les vendre, alié-



» ner et hypothéquer, sans le concours de sa femme, » et par conséquent, sans lui en devoir aucun compte. Or, on ne vend pas, on n'aliène pas les choses dont on n'a que l'administration: le mari a donc des pouvoirs plus étendus que ceux d'un administrateur, et puisqu'il peut vendre, aliéner, c'est-à-dire transférer à autrui la propriété, il est propriétaire; car on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. (2125, 2182).

Sur la tête de qui, d'ailleurs, reposerait la propriété des biens de la communauté? Ce ne peut être sur la tête de la femme, qui n'y a qu'un droit éventuel et conditionnel; en un mot, la simple espérance d'un droit. Ce ne peut être non plus sur la tête de ce fantôme d'être moral qu'ont imaginé de placer comme une tierce personne entre les deux époux, quelques auteurs dont nous avons réfuté la doctrine, *suprà*, n°. 82, et qui d'ailleurs ne donnent qu'un usufruit à leur prétendu être moral. Quant à la propriété des biens de la communauté, M. Delvincourt (1), l'un de ceux qui regardent comme un usufruit légal le droit de la communauté sur les fruits et revenus des biens personnels des époux, dit positivement que le mari est censé propriétaire, à l'égard des tiers, des biens de la communauté.

---

(1) Pag. 17 du tom. III de l'édition de 1819: « Le mari est seul chef » et libre administrateur de la communauté, tant qu'elle dure; il en » est même, comme nous l'avons dit, *censé propriétaire à l'égard des » tiers.* »



Mais si le mari est censé propriétaire des biens de la communauté à l'égard des tiers, il l'est, à plus forte raison, à l'égard de la femme, qui est en sa puissance, et à laquelle il ne doit aucun compte de ce qu'il a fait de ces biens sans la consulter.

Disons donc que, sous l'empire du Code, le mari est encore propriétaire des biens dits de la communauté, quoique sa propriété soit beaucoup plus limitée que sous l'empire des coutumes, ainsi que nous le verrons bientôt. Et comme il ne doit compte à personne ni des aliénations qu'il fait, ni des motifs qui l'ont porté à les faire, ni de l'emploi des sommes qui en sont provenues, les principes établis par Pothier, n°. 470 du Traité de la communauté, sont encore aujourd'hui dans toute leur force.

« Le mari peut, à son gré, perdre les biens de  
» la communauté sans en être comptable; il peut  
» laisser périr, par la prescription, les droits qui  
» dépendent de la communauté, dégrader les hé-  
» ritages, briser les meubles, tuer par brutalité ses  
» chevaux et autres animaux dépendans de la com-  
» munauté, sans être comptable à la femme de  
» toutes ces choses. »

504. Ces actes caractérisent clairement le droit d'user et d'abuser, en quoi consiste la propriété. On ne peut donc définir avec justesse le droit du mari sur les biens dits de la communauté, qu'en disant que c'est un droit de propriété, non pas plein et entier, mais modifié par les dispositions du Code. De là découle un principe qui peut ser-

vir à résoudre des doutes : c'est que tout ce qui ne lui est pas défendu par le Code lui est permis en vertu de son droit de propriété. C'est de ce droit que viennent tous ses pouvoirs, et non d'un mandat tacite ou présumé de la femme, comme l'avait imaginé Pothier, dont nous avons réfuté la doctrine sur ce point, *suprà*, n<sup>os</sup>. 219 et 226, 365. C'est pour n'avoir pas bien connu la nature du droit du mari sur les biens de la communauté, et trompés par l'équivoque de ce mot *biens de la communauté*, que quelques bons esprits avaient d'abord douté que l'hypothèque légale de la femme s'étendît sur ces biens ; mais le doute est aujourd'hui dissipé par différens arrêts des Cours royales et de la Cour suprême, qui ont fixé la jurisprudence (1). On s'imaginait mal à propos que cette hypothèque paralyserait le droit que donne au mari l'art. 1421, de vendre les conquêts sans le concours de la femme, comme si la même hypothèque paralysait le droit qu'il a de vendre ses propres, qui sont affectés par la loi à l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque sur les conquêts existait dans l'ancien droit (2), et l'on n'y voyait point d'inconvénient : le mari pouvait vendre ses conquêts comme ses propres, à la charge de l'hypothèque existant sur iceux.

---

(1) Voy. Persil, du Régime hypothécaire, sur l'art. 2121, n<sup>o</sup>. 10 ; Grenier, Traité des hypothèques, tom. 1, pag. 533.

(2) Voy. Bacquet, des Droits de justice, chap. 15, n<sup>o</sup>. 42 ; Rensson, Traité de la communauté, 2<sup>e</sup>. part., chap. 5, n<sup>os</sup>. 47 et suiv. ; du Roussand de Lacombe, v<sup>o</sup>. *Hypothèque*, Camus, sur l'art. 225 de la Coutume de Paris, n<sup>o</sup>. 607.

306. Le pouvoir d'aliéner les biens de la communauté, donné au mari par la loi, s'étend à tous ces biens, de quelque manière qu'ils y soient entrés, soit qu'ils aient été acquis par le mari seul, soit que la femme ait été partie au contrat, où son intervention n'était pas nécessaire (1), soit même qu'elle les ait acquis seule sans le concours de son mari, des produits de son industrie et du commerce qu'il lui permettrait de faire, soit enfin que ce soient des anciens propres de la femme par elle ameublis en se mariant. L'effet de cet ameublement est de rendre les immeubles qui en sont frappés biens de la communauté, comme les meubles même. Lorsque l'immeuble ou les immeubles de la femme, dit l'art. 1507, sont ameublis en totalité, le mari en peut disposer, comme des autres effets de la communauté.

307. La propriété des biens dits de la communauté, et le pouvoir de les aliéner en conséquence est, comme nous le verrons bientôt, modifié par différentes dispositions du Code; mais peut-il l'être par les conventions matrimoniales? Pourrait-on, par exemple, stipuler valablement dans un contrat de mariage que le mari ne pourra vendre les conquêts sans le consentement de sa femme, ou qu'il n'aura pas l'administration des biens de la communauté? Commençons par ce dernier point.

---

(1) Voy. Valin, sur l'art. 22 de la Coutume de la Rochelle, n°. 28 et suiv.; Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 468.

Nous avons dit, *suprà*, n°. 13, pag. 27, que l'art. 1388 défend toute stipulation qui aurait pour objet, ou dont l'effet serait de changer de main le sceptre du ménage, ou de rendre indépendante la femme, que la nature et les lois divines et humaines ont mise sous la dépendance du mari, et qu'on ne pourrait stipuler qu'elle aura l'administration des biens de la communauté, ni de ceux de son mari. Cependant, comme la femme peut être procuratrice (1990), le mari peut sans doute lui donner une procuration pour administrer les biens de la communauté; mais cette procuration suppose que le droit d'administration n'appartient qu'au mari, puisque c'est de lui qu'elle reçoit le pouvoir de l'exercer en son nom et comme son mandataire. La procuration est donc toujours révocable, suivant la nature de tous les mandats; et cela quand même le pouvoir d'administrer les biens de la communauté serait donné par une des clauses du contrat de mariage. Cette clause ne dispenserait même pas la femme de demander et d'obtenir l'autorisation du mari, pour ester en jugement ou pour contracter; « car » toute autorisation générale, même stipulée par » le contrat de mariage, n'est valable que quant » à l'administration des biens de la femme. » (Article 223).

Il paraît donc que la procuration générale d'administrer les biens de la communauté, ne pourrait être donnée à la femme par le contrat de mariage, et qu'elle ne serait valide que pour l'administration de ses biens personnels. Et pourquoi



serait-elle valide pour ses biens? C'est qu'on pourrait non seulement lui en conserver l'administration, mais encore les exclure de sa communauté par une séparation de biens, dont l'effet serait de conserver à la femme l'administration de ses biens meubles et immeubles, et la libre jouissance de ses revenus, dit l'art. 1536.

L'administration des biens de la communauté paraît donc ne pouvoir être donnée valablement à la femme que par une procuration postérieure au mariage, comme quand le mari s'absente pour un voyage de long cours, ou lorsque, par des raisons particulières, il veut se dégager du soin de cette administration en faveur d'une femme qui mérite sa confiance, pour se livrer lui-même entièrement et sans distraction à l'étude, par exemple, ou à des affaires d'un genre plus élevé.

308. Mais le droit d'administrer les biens de la communauté est par nos lois tellement propre au mari, que si l'exercice peut en être confié momentanément à la femme par une procuration, le droit en lui-même ne peut être détaché de sa personne, ni passer à la femme en aucun cas, quoiqu'il se trouve accidentellement réduit à l'impuissance de l'exercer personnellement; par exemple, s'il est interdit, frappé d'une condamnation emportant peine afflictive et infamante, ou enfin s'il est absent.

L'interdiction n'opère pas la dissolution de la communauté, mais elle nécessite la nomination d'un tuteur à l'interdit; car la femme n'est pas tutrice de droit de son mari, comme celui-ci



l'est de sa femme interdite (506). Elle peut seulement être nommée tutrice par le conseil de famille (507), qui doit aussi lui nommer un subrogé tuteur. Mais sa qualité même de tutrice ne lui donne pas le droit d'administrer librement les biens de la communauté. Le conseil de famille doit en ce cas régler la *forme et les conditions de l'administration*, sauf le recours devant les tribunaux « de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté du conseil de famille. » (Art. 507).

La femme est en ce cas obligée de faire faire, contradictoirement avec le subrogé tuteur, un inventaire des biens de la communauté, comme dans le cas d'absence déclarée du mari, lorsque sa femme opte pour la continuation de la communauté; mais elle n'est point, en qualité de tutrice, obligée de donner caution, comme dans le cas de l'absence. La loi n'y assujettit point les tuteurs (1).

Et comme elle n'est pas dégagée des liens de la puissance maritale, dont l'exercice n'est que suspendu par l'interdiction du mari, s'il survient des affaires excédant les bornes de l'administration, et pour lesquelles elle ait besoin d'autorisation, elle doit pour l'obtenir s'adresser à la justice. « Si le mari, dit l'art. 222, est interdit ou

---

(1) Mais le conseil de famille, qui règle la forme et les conditions de l'administration, pourrait, ce semble, assujettir la femme à faire administrer, sur-tout les biens éloignés, par un régisseur salarié, qui donnerait caution.

absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester, en jugement, soit pour contracter. »

Ainsi, dans le cas d'interdiction du mari, même lorsque la femme est nommée tutrice, le droit d'administrer les biens de la communauté ne lui est pas dévolu; le libre exercice de ce droit ne l'est même pas, puisque le conseil de famille doit en régler la forme et les conditions (1).

A plus forte raison, lorsqu'elle n'est pas nommée tutrice, le droit d'administration ni l'exercice de ce droit ne lui sont pas dévolus. L'exercice de ce droit appartient au tuteur nommé, puisque, par l'art. 509, l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens, et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. La femme doit donc en ce cas prendre des arrangements avec le tuteur, bien entendu sauf le recours aux tribunaux, dans le cas où les arrangements que lui propose le tuteur ne seraient pas raisonnables.

Mais la surveillance, éducation et établissement des enfans, appartiennent toujours à la femme, quoiqu'elle ne soit pas nommée tutrice, car ces droits lui appartiennent en qualité de mère, lorsque le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. (Art. 141 et 149). Ce n'est

---

(1) Voy. sur cela deux arrêts, l'un de la Cour de cassation, du 27 novembre 1816, rapporté par Sirey, tom. XVIII, 1<sup>re</sup> part., pag. 33 et suiv.; l'autre de la Cour d'Orléans, du 9 août 1817, rapporté *ibidem*, 2<sup>e</sup> part., pag. 422.

que pour régler la dot ou l'avancement d'hoirie et les conventions matrimoniales , qu'elle est obligée de consulter le conseil de famille (511).

Il paraît même que si les enfans avaient des biens personnels , dont le père interdit avait l'administration , aux termes de l'art. 389 , cette administration passe de plein droit à la femme , quoiqu'elle ne soit pas tutrice de son mari , car le tuteur du mari interdit n'est pas tuteur de ses enfans ; c'est la mère qui est tutrice de droit (390). Aussi l'administration des biens personnels de ses enfans lui est donnée , pendant l'absence du père , par l'art. 141.

Si le mari est frappé , même par contumace , d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante , l'administration des biens de la communauté n'est point encore dévolue à la femme (221). S'il est contumax , tous les biens sont séquestrés ; et pendant le séquestre , il peut seulement être accordé des secours à la femme et aux enfans. ( Art. 475 du Code d'instruction criminelle ).

S'il a été condamné contradictoirement , et qu'il subisse sa peine , il est pendant sa durée en état d'interdiction légale , et l'on doit lui nommer un curateur pour gérer et administrer ses biens. On peut seulement prélever les sommes nécessaires pour fournir des alimens à la femme et aux enfans. *Voy.* ce que nous avons dit tom. I , n°. 295 , pag. 268.

Enfin si le mari est absent , et l'absence déclarée , la femme a l'option de dissoudre ou de con-

tinuer la communauté. Si elle la continue; l'article 124 lui donne le droit de prendre l'administration des biens de son mari, et d'empêcher les héritiers de s'en faire envoyer en possession. Elle se met à leur place; elle administre pour son mari et comme sa mandataire légale; elle continue à n'avoir qu'un droit éventuel à la communauté, à laquelle elle peut dans la suite renoncer, quoiqu'elle l'ait administrée, et elle doit faire inventaire des biens confiés à son administration, dont elle rendra compte un jour, soit au mari, s'il revient, soit aux héritiers de ce dernier, s'il ne reparait pas. Ainsi, dans le cas même d'absence du mari, le droit d'administrer la communauté reste toujours attaché à la personne du mari, quoique l'exercice en soit suspendu et confié provisoirement et par accident à la femme. En un mot, le droit d'administration est tellement attaché à la personne du mari, qu'il ne pourrait y renoncer par les conventions matrimoniales, sans cesser d'être chef de la communauté, et rendre la femme indépendante.

509. Mais en est-il de même du droit de vendre les conquêts de communauté, sans le consentement de sa femme? Le mari peut-il y renoncer valablement par contrat de mariage?

L'art. 1388 dit que les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale, *sur la personne de la femme.....*, ni aux dispositions prohibitives du Code; mais cette prohibition de déroger aux droits de la puissance maritale, spécialement limitée aux droits *sur la*



*personne de la femme et des enfans*, prouve qu'il n'est pas défendu de déroger aux droits de la puissance *sur les biens* de l'association conjugale. C'est une conséquence nécessaire de la disposition de l'art. 1387, qui porte : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugeront à propos, pourvu qu'elles ne soient point contraires aux bonnes mœurs, et en outre aux modifications qui suivent », dans l'art. 1388.

Donc les conventions dérogatoires aux dispositions de la loi *sur les biens* de l'association conjugale sont valables, puisque les dispositions auxquelles on déroge n'ont de force qu'à défaut de conventions spéciales contraires. C'est une conséquence du principe qu'on peut modifier la communauté par toute espèce de conventions non contraires aux mœurs (1497).

Mais quant aux droits sur la personne de la femme et des enfans, jamais on n'y peut déroger. Pourquoi ? Parce qu'ils tiennent à l'ordre public, et qu'on ne peut jamais renoncer aux droits dont l'établissement a pour objet l'intérêt public : *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Loi 38, ff de pactis, 2. 14.*

Les conventions relatives aux biens, au contraire, n'intéressent en rien l'ordre public, et pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux bonnes mœurs, ni à quelque disposition prohibitive du Code, elles doivent être observées et tenir lieu de loi à ceux qui les ont faites (1134).



Voyons maintenant si la renonciation du mari au pouvoir d'aliéner les conquêts sans le consentement de la femme, intéresse l'ordre public directement ou indirectement. La négative paraît évidente, puisque le mari n'en conserve pas moins tous ses droits sur la personne de sa femme et de ses enfans. La femme n'en est pas moins soumise à sa puissance, moins dépendante de lui.

Mais, dit-on, c'est comme chef que le mari a le droit de vendre les biens de la communauté. Or, l'art. 1588 défend de déroger aux droits qui appartiennent au mari *comme chef*.

Oui, sans doute, aux droits *sur la personne* de sa femme et de ses enfans, mais non pas aux droits qui lui appartiennent *comme chef sur les biens*; autrement, cet article serait en contradiction avec le précédent, qui dit qu'on peut faire toutes les conventions qu'on juge à propos, quant aux biens de l'association conjugale, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux bonnes mœurs. Tous les droits du mari sur les biens lui appartiennent *comme chef*; c'est en cette qualité qu'il a le droit d'administrer tous les biens personnels de la femme, et cependant nous avons vu qu'il peut y renoncer. S'il ne peut renoncer à l'administration des biens de la communauté, c'est parce que ce droit touche à l'ordre public, et tendrait à rendre la femme indépendante : le mari cesserait d'être chef de la communauté, s'il n'avait pas l'administration des biens qui la composent, et si cette administration appartenait à la femme, qu'elle rendrait indépendante; mais il n'en est pas moins

chef du ménage, quoiqu'il ne puisse aliéner les conquêts; il reste le maître d'en faire ou de n'en pas faire, de les administrer, de les engager, et la femme n'y a pas plus de droits que sur les autres effets de la communauté.

D'un autre côté, si la renonciation du mari au droit de vendre les conquêts n'a rien de contraire à l'ordre public, il n'est pas moins évident qu'elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. Plusieurs coutumes voisines lui refusaient même ce droit, telles que le Statut de Cologne, qui prononçait la nullité des ventes de conquêts faits par le mari seul sans le concours de sa femme. La Cour de Liège jugea même, le 25 janvier 1808 (1), que cette nullité était encore applicable aux acquêts faits avant la promulgation du Code civil, par des époux mariés sous ce statut.

En France, la Coutume de Saintonge, tit. 8, art. 68, exceptait de la faculté qu'elle donnait au mari de disposer seul des meubles et conquêts, ceux qui avaient été faits par le mari et la femme *contractans ensemble*. On n'a donc jamais regardé comme contraires aux bonnes mœurs les modifications du pouvoir accordé au mari de vendre, sans le concours de la femme, les conquêts de communauté, et nous pouvons conclure qu'on peut, par les conventions matrimoniales, le modifier, ainsi que tout autre point de la puissance maritale, *quant aux biens*, en tout ce qui ne tou-

---

(1) Sirey, tom. II, 2<sup>e</sup>. part., pag. 527.

cherait directement ni indirectement aux bonnes mœurs, ni aux droits du mari sur la personne de la femme et des enfans. Voyons maintenant comment le Code a modifié le pouvoir du mari.

310. Nous avons dit que, sous l'empire du Code, le mari était, comme autrefois, seul propriétaire des biens dits de la communauté; mais que sa propriété était plus limitée que sous l'empire des coutumes. « Il peut encore les vendre, » aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. » ( Art. 1421 ).

Mais, dit l'art. 1422, « il ne peut disposer entre vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfans communs. »

Les coutumes lui permettaient indéfiniment de disposer entre vifs à titre gratuit, pourvu que ce fût en faveur de personnes capables *et sans fraude*, c'est-à-dire en fraude de la part que la femme ou ses héritiers doivent avoir aux biens de la communauté. La prohibition absolue d'aliéner à titre gratuit aucune partie des conquêts immeubles, rendra rares les questions de fraude agitées par les auteurs qui ont écrit sur les coutumes. Cependant il en pourra naître encore à l'égard des donations déguisées sous la forme d'un contrat de vente, et ces questions seront toujours épineuses; car il faut prouver la fraude, et la preuve en est toujours difficile. Nous avons parlé ailleurs de cette preuve, qui peut se faire même par de simples présomptions non établies par la loi, et aban-

données aux lumières et à la prudence du magistrat. Si, par exemple, un père donnait, sous la forme d'un contrat de vente, un immeuble de sa seconde communauté à un enfant du premier lit, la vente pourrait être attaquée, sans doute, mais la qualité de l'acquéreur ne suffirait pas pour faire présumer la fraude et le déguisement du contrat, si d'autres circonstances ne s'y joignaient.

La seconde disposition de l'art. 1422 porte que le mari « peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. »

311. Cette disposition, combinée avec la première, peut fournir un moyen facile de l'éluder et faire naître bien des questions. Quels sont le but et l'esprit de ces dispositions? Ce sont sans doute des limites qu'on a voulu poser à la faculté de disposer du mari, pour l'empêcher d'épuiser la communauté en libéralités excessives au préjudice de la femme, ainsi que l'ont annoncé les orateurs du Gouvernement et des Chambres. Mais a-t-on par là atteint le but qu'on se proposait? Le mari ne reste-t-il pas toujours le maître d'épuiser en libéralités tous les meubles de la communauté, et même les immeubles? On lui laisse la faculté de disposer *des effets mobiliers* à titre particulier, au profit de toutes personnes : il peut donc incontestablement donner des sommes d'argent; car l'expression *d'effets mobiliers* comprend généralement tout ce qui est censé meuble, dit l'article 555. Or, en donnant une somme d'argent



supérieure à la valeur du mobilier, le mari pourra donner plus, non seulement que l'universalité du mobilier, mais même que la valeur des immeubles ; car remarquez que l'art. 1422 ne fixe point la quotité du mobilier dont le mari peut disposer ; il lui défend seulement d'en donner par forme de quotité : en sorte que le mari, qui ne peut, par forme de quotité, donner la dixième partie d'un mobilier valant par exemple 10,000<sup>f</sup>, peut donner une somme de 10,000<sup>f</sup>, et même au-delà, sans que le don puisse être critiqué, comme contraire à l'art. 1422 ; et comme la donation entre vifs est valable et parfaite par l'acceptation, sans qu'il soit besoin d'autre tradition (938), le donataire pourrait poursuivre l'exécution de sa<sup>e</sup> donation, après la mort du mari, contre la veuve, qui, trouvant la communauté épuisée, serait forcée d'y renoncer.

L'art. 1422 et le précédent furent adoptés sans discussion, et l'on ne s'aperçut pas du vice de leurs dispositions. Au reste, tandis qu'on laissera au mari le pouvoir de vendre, et sur-tout celui d'hypothéquer, qu'on ne peut, sans dénaturer notre système de communauté, lui ôter comme chef, toute prohibition de disposer à titre gratuit, soit des meubles, soit des immeubles de la communauté, sera toujours illusoire.

312. La défense faite au mari de se réserver l'usufruit des meubles dont l'art. 1422 lui permet de disposer à titre particulier, est conforme à l'opinion de Le Brun. Cependant Pothier, n°. 480, n'était point de la même opinion, et donnait de



la sienne des raisons assez fortes ; mais les rédacteurs du Code, d'ailleurs si attachés aux décisions de ce grand jurisconsulte, ont pensé que cette disposition pourrait détourner le mari de faire des libéralités, et qu'il se porterait plus difficilement à donner des objets dont il ne pourrait se réserver l'usufruit.

La donation d'effets mobiliers, avec réserve d'usufruit, n'étant pas un don manuel, nécessiterait un acte de donation et un état estimatif des effets annexés à l'acte (948). Mais avec toutes ces formalités, elle n'en serait pas moins nulle à l'égard de la femme, sans que les héritiers du mari pussent faire valoir cette nullité à leur profit contre le donataire, si le don n'excédait pas la portion disponible. *Voy. infra*, n°. 314.

313. L'art. 1423 porte : « La donation testamentaire faite par le mari, ne peut excéder sa part dans la communauté. »

Cette disposition est conforme à celles de nos anciennes coutumes (1). Elle est une conséquence du principe qui donne à la femme un droit éventuel ou conditionnel à tous les biens de la communauté. Ce droit s'ouvre et devient actuel au moment de la mort du mari, qui n'est plus en cet instant propriétaire que d'une moitié ; et comme les dispositions testamentaires n'ont d'effet qu'à la mort du testateur, il s'ensuit que le mari ne

---

(1) *Voy. Pothier, de la Communauté, n°. 475.*

peut disposer que de cette moitié qui lui appartient à l'instant de la mort.

Mais si le mari avait légué un effet particulier de la communauté, une maison, un pré, un cheval, etc., on élevait, pour le cas où la communauté avait été acceptée, des questions fort subtiles, pour savoir s'il avait voulu léguer la totalité ou seulement sa moitié dans cet effet. On distinguait différens cas qu'on peut voir dans Pothier, n°. 476.

La seconde disposition de notre art. 1423 a tranché toutes ces questions d'une manière très-simple et très-raisonnable. « S'il ( le mari ), a donné en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari; si l'effet ne tombe point au lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné sur la part des héritiers du mari dans la communauté, et sur les biens personnels de ce dernier. »

Si la communauté était répudiée, il en résulterait que jamais elle n'a existé qu'en espérance, car pendant la vie du mari la femme *non est socia, sed speratur fore*. Le mari n'aurait donc disposé que d'un effet qui lui appartenait en entier, et qui n'avait jamais cessé de lui appartenir.

314. Si, nonobstant la disposition de l'art. 1422, le mari avait donné entre vifs un immeuble conquêt de communauté, l'effet de la donation dépendrait également de la répudiation ou de l'ac-

ception de la communauté. Si elle était répudiée, comme elle n'aurait jamais existé, la donation serait à l'abri de toute critique fondée sur la disposition de l'art. 1422, auquel il n'y aurait point eu de contravention.

Si la communauté était acceptée, au contraire, il est évident que la donation ne saurait préjudicier à la femme, qui pourrait demander que les biens y compris fussent réunis aux autres biens de la communauté, pour être partagés par moitié.

Le donataire pourrait-il s'en défendre, en soutenant que la donation est valide au moins pour une moitié, et en offrant à la femme de partager l'immeuble, s'il pouvait l'être commodément, ou, dans le cas contraire, de le liciter, pour en partager le prix? Il paraît qu'il faut distinguer : si l'immeuble est le seul existant dans la communauté, la femme a le droit de le partager et de le faire liciter; ce droit ne peut souffrir aucun doute.

Mais comme il faut, aux termes de l'art. 1476, appliquer aux partages des communautés « toutes » les règles qui sont établies au titre des successions, pour les partages entre les héritiers, et « que, suivant l'art. 826, chacun des cohéritiers » peut demander sa part en nature des meubles « et des immeubles de la succession », il paraît que le donataire, qui est l'ayant-cause du mari, quant aux immeubles de la communauté, peut demander que l'immeuble soit partagé séparément, sans que la femme puisse exiger qu'il soit partagé confusément avec les meubles de la communauté. Le donataire ne perdrait alors que la

moitié des immeubles compris dans la donation. La question de savoir si, pour l'éviction de l'autre moitié, il aurait un recours en garantie contre les héritiers du mari donateur, n'est pas de ce lieu.

S'il reste dans la communauté d'autres immeubles que ceux compris dans la donation, la femme peut exiger, et le donataire ne peut empêcher qu'ils ne soient tous confondus pour être partagés confusément; mais alors, si les immeubles donnés tombent au lot du mari ou de ses héritiers, le donataire les reprendra sans qu'on puisse lui opposer l'incapacité du mari donateur; car cette incapacité n'est relative qu'aux intérêts de la femme, et non point à ceux du mari, qui ne peut, non plus que ses héritiers, alléguer qu'il est contrevenu à l'art. 1422, en donnant des immeubles de la communauté.

315. M. Delvincourt, tom. 3, pag. 261, avoue que le mari *ne peut se faire un titre de sa propre contravention*, pour attaquer la donation, quand la femme a renoncé à la communauté; mais quand, après l'acceptation de la femme, les immeubles donnés ont été partagés avec ceux qui restaient dans la communauté, il pense que s'ils sont tombés dans le lot du mari, le donataire ne peut pas les y reprendre, parce que, dit-il, « il y a contravention à la loi, tant de la part du *donateur* » que du *donataire*; par conséquent l'on doit appliquer la disposition de la loi 8, *ff de condict.* » *ob turpem causam* : c'est-à-dire que si le donataire est en possession, le donateur ne peut le forcer à restituer, mais que, réciproquement,



• s'il n'y est pas, il ne peut rien demander au  
 • donataire, *quia in pari causâ melior est conditio*  
 • *possidentis*. Donc, quand les objets ont été une  
 • fois réunis dans la masse pour la liquidation et  
 • le partage, les donataires n'ont pas le droit d'en  
 • exiger la restitution. »

Les réponses se présentent en foule. D'abord, il est faux qu'il y ait contravention à la loi, tant de la part du donateur que du *donataire*. Ce dernier peut avoir ignoré que les objets donnés dépendissent de la communauté conjugale du donataire. Et quand il ne l'eût pas ignoré, en quoi est-il contrevenu à la loi? L'art. 1422 dit bien que le mari ne peut donner entre vifs les immeubles de la communauté; ce qui forme contre le mari une incapacité de donner au préjudice de la femme. Mais où est l'incapacité de recevoir prononcée contre le donataire? « Toutes personnes peuvent  
 • recevoir, soit par donation entre vifs, soit par  
 • testament, *excepté celles que la loi en déclare in-*  
 • *capables*, » dit l'art. 902.

Un prêtre qui accepte une donation de sa pénitente contrevient à la loi. Il en est de même d'un médecin qui accepte une donation d'un mourant qu'il traite. Mais on ne peut imaginer aucune contravention à la loi de la part de celui qui reçoit une donation qu'aucune loi ne lui défend de recevoir. Il n'importe qu'il sût ou non qu'il était défendu au donateur de disposer de l'immeuble qu'il a reçu de lui, dans le cas où sa femme accepterait ou non la communauté; il en résulte seulement qu'il s'est, sans le savoir ou sciemment,



exposé à se voir évincé des objets donnés, en tout ou en partie. Ainsi, nulle contravention à la loi de la part de celui qui reçoit un immeuble dépendant de la communauté conjugale éventuelle du donateur. Dès lors cesse toute application à notre espèce, dans le sens même de M. Delvincourt, de la loi qu'il cite, et qui ne parle que du cas *ubi dantis et accipientis turpis causa sit*. D'ailleurs, comment ce célèbre professeur peut-il comparer à une cause honteuse, *turpis causa*, l'action d'un mari qui donne un immeuble dont il est censé propriétaire à l'égard des tiers, comme il le dit positivement (1), et celle du donataire qui accepte cet immeuble, auquel la femme n'a aucun droit actuel, et n'en aura peut-être jamais? On peut certainement donner et accepter sans honte un immeuble dont on peut être un jour évincé par l'événement d'une condition. Ainsi nulle application raisonnable de la loi 8, *ff de condict. ob turpem causam*.

316. L'art. 1422 excepte de la défense de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, les donations faites par le mari aux *enfants communs*; et l'art. 1439, qui est le développement de cette exception, porte : « La dot (2),

(1) Pag. 17 du tom. III de son ouvrage.

(2) Le mot *dot* signifie ici ce que le père donne à ses enfans de l'un ou l'autre sexe, en avancement d'hoirie, lorsqu'il les établit ou leur donne un état stable et une existence indépendante, et comme c'est le plus souvent en les mariant, sur-tout les filles, la dot est tout ce qu'il leur donne pour supporter les charges du mariage. Cette acception du mot *dot* est applicable tant au régime de la communauté qu'au

» constituée par le mari seul à l'enfant commun,  
 » en effets de la communauté, est à la charge de la  
 » communauté; et dans le cas où la communauté  
 » est acceptée par la femme, celle-ci doit sup-  
 » porter la moitié de la dot, à moins que le mari  
 » n'ait déclaré *expressement* qu'il s'en chargeait  
 » pour le tout, ou pour une partie plus forte que  
 » la moitié. »

Mais remarquez bien que pour charger la communauté de la dot constituée par le mari seul, l'art. 1439 exige qu'elle le soit *en effets de la communauté*. S'il avait donné pour cette dot des biens qui lui étaient propres et personnels, la dot ne serait plus une charge de communauté, elle demeurerait à son compte personnel. Il n'aurait point récompense, sur le bien de la communauté, de ses biens propres qu'il a donnés en dot à l'enfant commun. En donnant de ses biens propres, il a suffisamment manifesté la volonté de ne faire contribuer directement ni indirectement sa femme à la dotation. Il peut même, en dotant seul en effets de la communauté, déclarer *expressément* qu'il s'en charge pour le tout ou pour une partie plus forte que la moitié, dit l'art. 1439.

Cet article est, au reste, conforme à l'art. 422

régime dotal; mais dans celui-ci, la dot est particulièrement le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, et que la loi déclare généralement inaliénable, soit que la femme se soit elle-même constitué une dot de tout ou de partie de ses biens, soit qu'elle lui ait été constituée par ses père ou mère, ou même par un donateur étranger. Voy. l'art. 1540.

de notre Coutume de Bretagne, qui porte : « Le père peut faire assiette du mariage de ses filles (1), en ses conquêts, sans le consentement de sa femme, et sans qu'elle en puisse demander récompense, si les filles sont du mariage d'eux deux. »

317. Mais dans les autres provinces, cette question fut long-tems l'objet d'une controverse. Le Brun, auteur d'un savant Traité sur la communauté, soutenait que lorsque le mari avait doté seul un enfant commun de quelques biens de la communauté, la femme, qui n'avait point concouru à la dotation, en pouvait prétendre récompense après la dissolution de la communauté. Il se fondait sur la maxime constante du droit français, suivant lequel, à la différence du droit romain, *ne dote qui ne veut*. Or, disait-il, la femme se trouverait avoir doté malgré elle, si elle n'avait pas la récompense de ce que le mari a tiré de la communauté pour doter l'enfant commun.

Cette opinion était vraiment étrange, sous l'empire des coutumes; c'était refuser au père la faculté de faire en faveur des enfans communs ce qu'il pouvait faire en faveur d'étrangers; car l'article 225 de la Coutume de Paris, qui était de droit commun, lui donnait le pouvoir de disposer entre vifs, sans le consentement de sa femme, des biens de la communauté, à titre gratuit, indéfiniment et à son plaisir, en faveur de toute personne capable et sans fraude. Valin (2), qui em-

---

(1) Il en était de même des fils.

(2) Sur l'art. 22 de la Coutume de la Rochelle, § 2, n°. 12.

brassait l'opinion de Le Brun, répondait qu'il est bien plus à craindre que le mari n'abuse de son pouvoir sur la communauté, par des donations à ses enfans, que par des dispositions en faveur d'étrangers. Du reste, il appuyait son opinion, comme Le Brun, sur la maxime *ne dote qui ne veut*.

318. Pothier (1) s'éleva contre cette opinion, et répondait avec raison que de cette maxime il suit seulement que la femme n'est pas obligée de doter en son propre nom sur ses biens personnels. Mais cette réponse, qui pouvait suffire, il crut devoir l'appuyer d'une doctrine erronée à laquelle il revient souvent dans son ouvrage. Et il ajouta que lorsque le mari, comme chef de la communauté, dote un enfant commun des biens de la communauté, *quoiqu'il parle seul à la dot*, la femme représentée par son mari, chef de la communauté, « est censée, non en son propre nom, mais en sa qualité de commune, doter conjointement avec son mari, sans qu'elle y consente, de même que lorsque son mari a fait donation à un étranger d'effets de la communauté, la femme, quoiqu'absente et sans son consentement, est censée, en sa qualité de commune, par le ministère de son mari, et conjointement avec lui, faire donation à cet étranger desdits effets, pour la part qu'elle y a. »

---

(1) Traité de la communauté, n°. 487.



Nous avons (1) déjà eu occasion de combattre cette doctrine de Pothier, qui fonde tous les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, sur un mandat tacite ou présumé, en vertu duquel la femme est censée consentir, en qualité de commune, à tout ce qu'il fait, sans son consentement. Mais comment et pourquoi présumer son consentement à des actes pour lesquels il n'est pas requis, et auxquels elle ne pourrait même s'opposer, en manifestant par un acte exprès une volonté contraire à la présomption qu'on voudrait induire de son silence?

Elle est censée, dit Pothier, donner, par le ministère de son mari, les effets de la communauté; *pour la part qu'elle y a*; mais il enseigne, en cent endroits de son Traité, que non seulement elle n'y a aucune part pendant le mariage, mais encore qu'elle n'y a aucun droit, mais seulement l'espérance d'un droit éventuel : c'est une maxime fondamentale de la matière, *non est socia, sed speratur fore*, n°. 3; et qu'en attendant, le mari peut, à son gré, perdre les biens de la communauté, sans en être comptable : ce sont ses propres expressions (2). Ce n'est donc point sur le consentement ou mandat présumé de la femme qu'est fondé le pouvoir du mari, de doter les enfans communs des biens de la communauté, seul et sans le consentement de la femme; c'est sur le

---

(1) *Suprà*, n°. 219, pag. 346.

(2) N°. 470.



droit de disposer seul de ces biens (1) à son gré, en qualité de propriétaire *et vrai seigneur*.

L'opinion de Pothier prévalut donc, et l'on jugeait que le mari pouvait doter seul, sur les biens de la communauté, les enfans communs, et que la femme, quoiqu'elle n'eût point consenti à la donation, n'avait aucune récompense à demander à raison de cette donation, même dans le cas où il existerait un don mutuel entre elle et son mari (2), quoiqu'en ce cas la sous-donataire, qui n'a point concouru à la dotation, souffre un préjudice très-considérable, parce que l'enfant avantage ne lui doit aucun rapport, ni de la moitié qu'elle aurait eue en qualité de commune, ni de l'autre moitié qu'il tient du chef de son père, et dont elle aurait profité comme donataire.

319. Mais comme le mari pouvait aussi doter pour son compte seul, sans vouloir que les droits de sa femme sur les biens de la communauté en souffrissent aucun préjudice, ou en fussent en rien diminués, on recherchait scrupuleusement, dans les termes de la dotation, quelle avait pu être l'intention du donateur, et on les interpré-

(1) Pothier finit par reconnaître cette vérité, n°. 642. « C'est, dit-il, une suite du droit qu'a le mari, en sa qualité de chef de la communauté, de disposer sans le consentement de sa femme, tant pour elle que pour lui, des effets de la communauté. »

(2) Duparc-Poullain, Principes du droit français, tom. V, pag. 124 n°. 157.

taut trop facilement , sur de simples conjectures , en faveur de la femme. En voici un exemple :

Un sieur Carré avait, sans le consentement de sa femme , donné à son fils *la moitié par indivis, à lui appartenant, de son conquêt des terres de Montgeron, Chalandray, etc.* A sa mort, la veuve prétendit qu'en ne donnant que *la moitié* des terres de Montgeron, son mari n'avait point voulu que sa femme en souffrît aucun préjudice, ni que le droit qu'elle avait dans l'autre moitié en fût altéré ; que ces termes , *la moitié des terres, etc.*, étaient déclaratifs et limitatifs de la part que le donateur avait dans les terres de Montgeron, au-delà de laquelle il voulait marquer qu'il ne prétendait plus rien ; car en « disant qu'il donnait la moitié à lui appartenant par indivis, il sous-entendait une autre moitié par indivis, à laquelle il ne voulait pas toucher ; et quand il ajoute, *à moi appartenant de mon conquêt*, il explique la raison de sa disposition, parce que cette qualité de conquêt, qu'il attache à cette terre, emporte un partage égal entre le mari et la femme. »

On voit que cette interprétation n'était fondée que sur une simple conjecture de la volonté du donateur ; car on peut donner la moitié d'une terre à son fils, aussi bien que la terre entière : tout ce qui résulte de ce qu'on n'a donné qu'une moitié, c'est que l'autre moitié reste dans la communauté. Cependant l'interprétation conjecturale de la veuve Carré fut admise d'abord par des arbitres, dont la sentence fut confirmée par arrêt du 30 août 1677, rapporté dans le Journal du

palais (1), et cité par Pothier (2), qui ne désapprouve pas de pareilles interprétations, fondées sur des circonstances. Mais comme ces interprétations sont toujours plus ou moins trompeuses, plus ou moins arbitraires, le Code, en consacrant d'ailleurs son opinion, les rejette absolument, par la disposition finale de l'art. 1439.

« La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté, et dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré *expressément* qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié. »

Ainsi, il faut une déclaration *expresse* de la volonté du mari, et non point une volonté interprétative et conjecturale, nécessairement toujours incertaine, et les tribunaux ne pourraient admettre aujourd'hui une prétention pareille à celle de la dame Carré, sans contrevenir à la disposition de l'art. 1439, et sans s'exposer à la censure.

320. Mais si un père donnait une dot à l'un de ses enfans, en avancement des droits de cet enfant dans *sa* succession; par exemple, je donne 40,000<sup>f</sup> à mon fils, en avancement de ses droits dans *ma* succession, ce serait une déclaration expresse qu'il se charge de la dot pour le tout; car

(1) Tom. I, pag. 825.

(2) N<sup>o</sup>. 487 du Traité de la communauté.

il ne peut donner en avancement de droits de la succession de sa femme. Celle-ci aurait donc une récompense, si les 40,000<sup>f</sup> avaient été tirés de la communauté (1). Cette espèce est toute différente de celle de l'arrêt du 30 août 1677 (2).

321. En dispensant l'enfant doté par le père seul, en effets de la communauté, d'en rapporter aucune partie à sa mère survivante, celle-ci supporte indirectement la moitié de la dot, comme le dit l'art. 1439, en ce sens qu'elle est privée de cette moitié, qui lui serait revenue à la mort de son mari, et l'enfant avantagé rapportant l'autre moitié à la succession de son père, ses cohéritiers n'ont point à se plaindre, puisqu'il y remet par là tout ce qui en avait été tiré pour sa dot. Il en résulte seulement qu'il continue de jouir de la moitié des biens de la dotation dont sa mère aurait joui jusqu'à sa mort, époque à laquelle il la rapportera, comme il a rapporté l'autre moitié à la succession du père commun.

322. Mais si la mère renonce à la communauté, l'enfant doté ne doit-il pas rapporter la dot entière qu'il a reçue du père en effets de la communauté, ou, ce qui est la même chose, en une somme d'argent? L'art. 843 du Code dit que tout héritier venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers *tout ce qu'il a reçu du défunt*, par donation entre vifs, directement ou indirectement. Cet ar-

---

(1) Pothier, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 455, *in fine*.

(2) *Quid*, si le père avait donné la dot en effets de la communauté par don manuel?



ticle ne recherche point l'origine des biens donnés; il ne distingue point entre les biens de patrimoine du donateur défunt et ceux qu'il a acquis depuis son mariage. C'est indistinctement *tout* ce qu'il a reçu du défunt que l'héritier doit rapporter. Or, on ne peut contester que c'est du défunt seul qu'il a reçu les biens de sa dotation. Il semble donc qu'il doit les rapporter tous à ses cohéritiers, comme l'exigent la loi et la raison d'égalité. La renonciation de la veuve a anéanti la communauté comme si elle n'avait jamais existé, de même que l'héritier qui renonce à une succession est censé n'avoir jamais été héritier (785). Les biens donnés dépendent donc tous de la succession du père.

323. Ces raisons ont entraîné notre savant maître Duparc-Poullain. Cependant nous croyons y trouver une réponse péremptoire; mais pour la mettre dans tout son jour, nous commencerons par exposer les maximes de notre droit français et du Code, sur la dotation des enfans, ainsi que les conséquences qui en dérivent.

324. Le droit romain chargeait le père seul de doter ses enfans : *Omnino paternum est officium dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie. Leg. unic., Cod. de dotis promissione, 6. 11.*

Les lois ne se bornaient même pas à consacrer le principe que la dotation des enfans est un devoir du père, *paternum officium*; elles autorisaient le magistrat (1) à le contraindre d'accomplir ce devoir sacré.

---

(1) Loi 19, ff de ritu nupt., 25, 2.



C'est le père seul contre qui l'action était donnée, parce que c'était lui seul qui avait à Rome la puissance paternelle avec toutes ses prérogatives. La mère n'en jouissait pas, même après la mort de son mari.

Dans notre législation, au contraire, le droit de puissance paternelle est commun au père et à la mère, quoique le père, comme chef, en ait seul l'exercice durant le mariage (373); mais après sa mort, la mère jouit de la puissance paternelle, ainsi que de tous les avantages y attachés, tels que l'usufruit des biens des enfans jusqu'à dix-huit ans. Il est donc naturel que le devoir de les doter lui soit également commun; et aussi c'est une maxime certaine en droit français, que la dotation des enfans est un devoir commun au père et à la mère.

Mais nos lois n'accordent point d'action pour les contraindre à remplir ce devoir. « L'enfant, » dit l'art. 204 du Code, *n'a pas d'action* contre » ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. »

Pour bien comprendre le sens de cet article, il faut considérer le chapitre où il est placé, et peser les termes dans lesquels il est conçu. Il est placé dans le chapitre qui traite « *des obligations qui* » naissent du mariage. » L'art. 203 commence par les obligations communes aux deux époux envers leurs enfans. « Les époux, dit-il, contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation » de nourrir, entretenir et élever leurs enfans. »

Voilà une obligation civile pour l'accomplisse-

ment de laquelle les enfans ont une action. L'article suivant passe à la dotation et dit que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère, pour un établissement par mariage ou autrement.

Reste donc l'obligation naturelle; car dans le langage des jurisconsultes, et dans celui du Code, l'obligation naturelle est celle qui ne produit point d'action : *Cui non lex adsistit*. C'est de cette manière que s'exprime le Code, pour désigner l'obligation naturelle. « *La loi*, dit l'art. 1965, *n'accorde aucune action pour une dette du jeu, etc.* » L'art. 1967 ajoute : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé. » On en trouve la raison dans l'art. 1235; c'est que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles volontairement acquittées. » Ainsi, nul doute que le Code considère les dettes de jeu, pour lesquelles *il n'accorde aucune action*, comme des obligations naturelles.

Maintenant remarquez les expressions de l'article 204 : « *L'enfant n'a pas d'action, etc.* » C'est bien le même sens que *la loi n'accorde point d'action* à l'enfant. La dénégation d'action pour les dettes de jeu indique qu'il reste l'obligation naturelle : la même dénégation pour la dotation des enfans indique donc que si l'action est déniée, l'obligation naturelle reste également. La série des dispositions du chapitre où est placé l'art. 204 rend cette vérité évidente. C'est, comme nous l'avons dit, dans le chapitre *des obligations* qui naissent du mariage. L'art. 203 parle d'abord des alimens et entretien des enfans. C'est une obliga-

tion qui produit une action. L'art. 204 passe ensuite à la dotation des enfans. C'est aussi un devoir des père et mère qui leur ont donné la naissance ; la nature et la raison le disent. Mais ce devoir produit-il aussi, comme les alimens, une action en faveur des enfans, et comme il en produisait une contre le père dans le droit romain ? Non, dit l'art. 204. Nos lois françaises présument assez bien de l'affection qu'inspire la nature aux pères et mères en faveur de leur enfans, pour croire que, lorsqu'ils ne les dotent pas, c'est qu'ils n'ont pas les moyens de le faire convenablement. Elles jugent qu'il serait contraire à la piété filiale et au respect que les enfans doivent à leurs pères et mères, de les traduire en justice pour les contraindre à y venir dévoiler aux tribunaux et en public le secret de leurs affaires, afin de mettre le magistrat en état de juger s'ils ont ou non les moyens de donner une dot convenable.

Il peut, à la vérité, se rencontrer des pères et mères qui, quoique vivant dans l'aisance, sont assez durs pour refuser d'y faire participer leurs enfans, en les dotant convenablement, même du superflu de leur fortune. C'est, dit Pothier, n°. 646, un moindre mal qu'il faut tolérer pour en éviter un pire.

325. Résumant, la dotation des enfans est chez nous un devoir commun au père et à la mère, pour l'accomplissement duquel nos lois n'accordent point d'action, en reconnaissant néanmoins que cette dénégation d'action laisse subsister une

obligation naturelle (1), qui produit plusieurs effets civils, et même de plus remarquables que les obligations civiles ordinaires.

1°. La dotation étant une obligation naturelle, la dot ne peut être répétée quand elle a été volontairement payée. ( Art. 1235 ). En voici un exemple tiré de la loi 32, § 2, *ff de condict. indebiti*, 12. 6 : Une mère (2), croyant par erreur devoir une dot de 1,000<sup>l</sup> à sa fille, en vertu du contrat de mariage de cette dernière, lui a payé cette somme; pourra-t-elle la répéter après l'erreur découverte? Non, dit la loi, car mettant à l'écart la fausse opinion où elle était, il reste en faveur du paiement un motif de piété suffisant pour faire cesser la répétition : *Sublatâ enim falsâ opinione, relinquitur pietatis causa, exquâ solutum repeti non potest*. C'était une obligation naturelle qu'elle a acquittée.

2°. Nos lois donnent encore à l'obligation naturelle de doter ses enfans un effet bien remarquable, qui n'est pas accordé aux autres obligations naturelles. L'art. 511 du Code civil autorise le conseil de famille à donner, sur les biens d'un

(1) Voy. Hévin, consult. 80.

(2) Le texte dit : *Mulier, si in eâ opinione sit, ut credat se pro doto obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetet : sublatâ enim falsâ opinione, relinquitur pietatis causa, ex quâ solutum repeti non poterit*.

Mais Cujas, Godefroy, le président Favre, dans ses *Rationalia* sur cette loi, pensent avec raison qu'il faut lire *mater* au lieu de *mulier*. En effet, cette cause de piété, mise en avant dans cette loi, ne peut s'appliquer à une femme étrangère.



interdit, une dot à ses enfans , en faisant homologuer son avis par le tribunal.

Bien plus : quand un père est condamné à une peine afflictive et infamante qui n'emporte pas la mort civile , il est , pendant tout le tems qu'il *subit sa peine*, en état d'interdiction. On lui nomme un curateur qui régit ses biens. Ils doivent lui être rendus quand sa peine sera subie. Il semblerait que personne n'a le droit de disposer d'aucune partie de ses biens sans le consulter : *Id quod nos trumest, sine facto nostro ad alium transferri non potest. Loi 11, ff de R. J.* C'est la loi de la propriété.

Cependant le Code (1) pénal de 1791, 1<sup>re</sup>. part., tit. 4, art. 5, autorise encore le conseil de famille à prélever sur ses biens une dot à ses enfans. Il s'agit en ce cas d'acquitter une dette naturelle. La loi présume que la volonté du père est conforme à son devoir.

Nos art. 1422 et 1439 , qui donnent au mari seul , sans le concours de sa femme , et même contre sa volonté , le droit de doter les enfans communs *en effets de la communauté*, et qui veulent que la femme supporte la moitié de cette dot, sans en prétendre récompense , si elle accepte la communauté, s'écartent bien moins de la loi de propriété, ou plutôt ils ne s'en écartent point du tout

---

(1) Cette loi est encore en vigueur en cette partie. Voy. ce que nous avons dit tom. I, n°. 295.



326. Que fait le mari en dotant les enfans communs sur les biens de la communauté? Il acquitte une obligation naturelle qui lui est commune avec son épouse; il paie sa dette propre et personnelle, et en même tems aussi celle de son épouse, à qui cette dette était commune pour une moitié. Et sur quels biens l'acquitte-t-il? Non pas sur les biens personnels de cette dernière, mais sur des biens que la loi qualifie de communs. Il paie une dette commune sur des biens communs; car, quoiqu'ils ne fussent pas encore, à proprement parler, *actuellement* communs, ils l'étaient éventuellement et en espérance. Le mari ne fait que devancer l'événement et réaliser l'espérance; en acquittant pour son épouse une dette naturelle, il est vrai, mais sacrée, une dette que la loi lui donne expressément le pouvoir d'acquitter, et qu'elle autoriserait le conseil de famille à prendre, même sur les biens personnels et propres de la mère, si elle était interdite ou hors d'état de manifester sa volonté. La disposition de l'art. 1439, qui autorise le mari à payer la dette de sa femme aux enfans communs sur les biens de la communauté, et qui refuse à la mère une récompense pour cet objet, est donc d'une exacte et évidente équité. Accorder cette récompense, ce serait aller contre le grand principe de justice qui ne permet pas de répéter ce qui a été donné, pour acquitter une obligation naturelle. Le Brun, et les auteurs qui suivent son opinion, n'avaient donc point assez réfléchi sur la nature de la dotation, lorsqu'ils opposaient,

pour accorder une récompense à la femme , la maxime *ne dote qui ne veut*.

327. Revenons maintenant à la question posée *suprà*, n°. 322, si l'enfant doté par le père seul , en effets de la communauté, doit rapporter la dot entière à la mort du père, dans le cas où la veuve renonce à la communauté. Mais pour l'envisager sous toutes ses faces , il faut examiner le cas où c'est la mère qui prédécède. Supposons donc que le père ait doté seul un de ses enfans communs d'une somme de 60,000<sup>f</sup>, en effets de la communauté. La mère, qui n'a point concouru à la dotation , meurt, laissant trois enfans qui acceptent la communauté ; l'enfant doté devra-t-il rapporter à sa succession la moitié de sa dot , c'est-à-dire 30,000<sup>f</sup>? Oui, sans doute ; car c'est de la succession de leur mère , dont ils sont les représentans, qu'ils tiennent leurs droits à la communauté , qu'ils partagent avec leur père survivant, et dans laquelle ils doivent tous avoir une part égale ; et comme l'un des enfans a reçu d'avance 30,000<sup>f</sup> de plus que les deux autres , il leur rapportera à chacun une somme de 10,000<sup>f</sup> en argent ou en moins prenant.

Mais si , quoiqu'héritiers de leur mère , ils renoncent à la communauté, l'enfant doté pourrait-il prétendre que leur renonciation a remis les choses au même point que s'il n'y avait jamais eu de communauté ; que par conséquent il n'a été doté que des biens de son père survivant ; qu'il ne doit donc aucun rapport quant à présent , et qu'il n'en devra qu'à l'ouverture de la succession du père ?

Il nous paraît que cette prétention n'est pas admissible. La renonciation que font les enfans héritiers de leur père à la communauté, ne change rien à leurs droits sur la somme que le père commun en avait tirée pour acquitter, ainsi que la loi lui en donnait le droit, une dette naturelle qui lui était commune avec son épouse, leur mère, laquelle somme l'enfant doté ne reçut que sous la condition de la rapporter par moitié à l'ouverture de chaque succession. Ceci va s'éclaircir encore en achevant d'examiner la question du rapport de la dot conjointement constituée par les deux époux.

Si la dot conjointement constituée n'a pas été payée avant la dissolution de la communauté, la femme renonçante doit en payer la moitié à l'enfant doté, qui la rapportera à la mort de son père ; l'autre moitié s'évanouit, et est éteinte par la mort du père.

Mais si la dot a été payée durant la communauté, la femme survivante qui renonce à la communauté doit récompense de la moitié des sommes ou effets qui en ont été tirés pour acquitter sa dette personnelle ; car la dot n'était point une charge de la communauté. C'est la doctrine enseignée par Pothier (1), et qui est conforme aux dispositions du Code. (Art. 1432, 1433).

Cela paraît incontestable. Les auteurs qui ont

(1) *Traité de la communauté*, n°. 649 ; arrêt du 4 décembre 1672, rapporté au *Journal du palais*, tom. II, pag. 91.

écrit dans les principes de la Coutume de Bretagne, dont l'art. 422 était conforme aux dispositions du Code, reconnaissent aussi qu'en ce cas il y a une véritable obligation de la femme; qu'ainsi, en renonçant à la communauté, elle est tenue de payer la moitié de la dot à l'enfant qu'elle a doté. Ceci est conforme à la doctrine de Pothier, qui est aussi celle du Code.

Mais Duparc-Poullain ajoute (1) que cet enfant est obligé, par la renonciation de sa mère à la communauté, « de rapporter cette moitié de la dot avec l'autre moitié à la masse de la succession du père. »

On ne voit pas pourquoi la femme renonçante étant tenue de payer la moitié de la dot à l'enfant, celui-ci serait obligé de rapporter cette moitié à la masse de la succession de son père. Aussi notre savant Hévin, sans contredire l'un des plus profonds jurisconsultes français, n'est point de cet avis dans ses notes sur l'art. 596 de la Coutume de Bretagne, que Duparc-Poullain a fait imprimer avec les siennes. Il dit, n°. 21 : « *Quid juris in hac specie?* Les père et mère ont donné en dot à l'une de leurs filles une somme; le père meurt, et la mère renonce à la communauté. La fille rapportera-t-elle le tout dans la succession paternelle? Dès lors, *questio satis perplexa*. Je crois qu'elle ne rapportera, quant à présent, qu'une moitié, et que le rapport de l'autre sera

---

(1) Dans ses notes sur l'art. 422 de la Coutume de Bretagne, n°. 6.



» différé au décès de la mère, nonobstant la renonciation, *quia videtur eâ conditione datum.* »

Duparc-Poullain répond « qu'il est vrai, comme l'observe Hévin, que le don est réputé fait pour rapporter la moitié à l'ouverture de chaque succession du père et de la mère. »

Cet aveu seul nous paraît décisif contre le rapport de la totalité de la dot à la mort du père; car, puisqu'il est reconnu que la dot n'a été donnée que pour être rapportée par moitié à l'ouverture de chaque succession, et acceptée sous cette condition, comment la mère, par sa renonciation, pourrait-elle changer une condition conforme aux lois? Comment pourrait-on donner à cette renonciation un effet rétroactif, pour déroger à une convention faite légalement et de bonne foi, au préjudice, non seulement de l'enfant doté, mais encore de sa femme et de ses enfans?

Mais, dit Duparc-Poullain, il faut considérer ce qui a été donné. C'est une somme dépendante de la communauté, et qui, par l'événement de la renonciation de la mère, *est en entier dépendante de la succession du père.*

Avec tout le respect que je dois à ce grand jurisconsulte, dont je tiens à honneur d'avoir été le disciple, j'oserai dire que son assertion n'est rien moins qu'exacte. La dot était, dans l'origine, dépendante de la communauté, mais elle en a été irrévocablement distraite pour être donnée à un enfant commun, à condition d'en rapporter une moitié à l'ouverture de chaque succession de son père et de sa mère. La renonciation de cette



dernière ne peut donc , par un effet rétroactif sur le passé , faire entrer cette dot dans la succession du père ; elle n'a d'autre effet que de dégager la veuve renonçante des dettes de la communauté.

En un mot , une fois que la dotation a été faite en biens de la communauté , soit conjointement , soit par le père seul , en vertu du pouvoir que lui en donnait expressément la loi , les biens qui composent cette dotation ont irrévocablement cessé de faire partie tant de ceux de la communauté que de ceux des père et mère , qui ont aussi cessé sans retour d'avoir aucun pouvoir , aucun droit sur ces biens , lesquels ne sont plus que les biens de l'enfant doté , mais sous la condition lui imposée d'en rapporter la moitié à ses cohéritiers à l'ouverture de la succession du père commun , et l'autre moitié à la succession de la mère. Voilà une vérité de fait que rien ne peut détruire , parce que rien ne peut faire qu'une chose n'ait pas existé<sup>(1)</sup>. Il est donc faux que la renonciation de la femme à la communauté puisse faire entrer et dépendre les biens donnés en dot dans la communauté ou dans la succession du père , dont ils ont été distraits

---

(1) ..... *Cras vel atrâ  
Nube polum Pater occupato ,  
Vel sole puro ; non tamen irritum  
Quodcumque retrò est efficiet ; neque  
Diffinget , infectumque reddet ,  
Quod fugiens semel hora vexit.*

*Horat. , lib. 3 , od. 23.*

pour toujours, par l'un des actes les plus solennels, par un contrat de mariage.

Mais si l'enfant avantagé ne doit, dans tous les cas, rapporter que la moitié de sa dot à l'ouverture de la succession du prédécédé, il n'en est pas moins vrai que si elle avait été payée sur les deniers de la communauté, quoique conjointement constituée par la femme et par le mari, la communauté aurait acquitté une dette qui n'était point à sa charge, mais qui était pour moitié une dette personnelle de la femme : celle-ci en doit donc récompense (1), soit qu'elle accepte, soit qu'elle répudie la communauté, comme elle la devrait de toutes ses autres dettes personnelles payées pendant le mariage; par exemple, celles des successions purement immobilières qui lui seraient échues, et dont les dettes auraient été payées des deniers de la communauté.

328. Si le père, parlant seul dans le contrat de dotation, au lieu de donner à un enfant commun une somme d'argent ou des effets de la communauté, tels que des conquêts, lui donnait en dot l'un de ses héritages propres, il n'est pas

(1) L'art. 1469 le dit expressément. « Chaque époux, ou son héritier, rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. »

Cet article est pour le cas où la femme accepte et partage la communauté. Il ne parle point du cas où elle y renonce; mais il est évident que le mari n'était point tenu de payer les dettes personnelles de sa femme, et que s'il les a payées durant le mariage, elle doit à la succession du mari une indemnité.

douteux, dit Pothier, n°. 658, qu'il a seul doté en ce cas, et que la femme ne doit contribuer en rien à cette dot, même sur sa part de la communauté; l'enfant la rapportera entière à ses co-héritiers, à l'ouverture de la succession de son père.

329. De même, si la femme donnait en dot à l'un de ses enfans un de ses héritages propres, et que le mari n'intervînt au contrat que pour l'autoriser seulement, déclarant au surplus qu'il n'entend point s'obliger personnellement, on ne pourrait pas dire, en ce cas, qu'il a doté conjointement avec son épouse; mais il ne pourrait pas empêcher l'enfant doté de se mettre en possession de l'héritage, sous prétexte que tous les fruits et revenus des biens donnés lui appartiennent, ainsi que les revenus de tous les autres biens de sa femme (1401, n°. 2). En autorisant la dotation, il a tacitement consenti que les revenus, ainsi que le fonds du bien donné, y fussent affectés; mais il serait dû récompense ou indemnité au mari, à la dissolution de la communauté. (1419, 1426). *Voy. supra*, n°. 282 et 283.

Il en serait de même si la femme donnait en dot une somme, ou des effets de communauté, sous la seule autorisation de son mari, qui a déclaré ne point s'obliger personnellement. Il aurait reprise, à la dissolution de la communauté, de la somme ou des effets qui en auraient été tirés pour payer cette dot, sur la part de la femme ou sur ses propres, en cas de renonciation à la communauté. *Voy. Pothier*, n°. 649.

330. Nous venons de voir que la dot constituée par le père seul en effets de la communauté, ou, ce qui est la même chose, en une somme d'argent, est à la charge de la communauté. Il n'en est plus ainsi quand elle est promise ou fournie conjointement. La dot est alors la dette personnelle des deux époux.

« Si le père et la mère, porte l'art. 1438, ont » doté conjointement l'enfant commun, sans ex- » primer la portion pour laquelle ils entendaient » y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun » pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou » promise en effets de la communauté, soit qu'elle » l'ait été en effets personnels à l'un des époux. »

C'est une conséquence du principe général que les obligations se divisent de plein droit par portions égales ou viriles entre toutes les personnes qui se sont obligées dans un contrat, à moins que les parts ne soient autrement réglées par la convention. *Voy.* tom. VI, n°. 710.

331. L'article ajoute : « Au second cas, l'époux » dont l'immeuble ou l'effet personnel a été con- » stitué en dot, a, *sur les biens de l'autre*, une » action en indemnité pour la moitié de ladite dot, » eu égard à la valeur de l'effet donné au tems de » la donation. »

Remarquez que c'est sur les biens de l'autre époux que la loi donne une action en indemnité à celui qui a fourni la dot en effets personnels, et non pas sur les biens de la communauté. La dot n'est donc pas une charge de la communauté. Ainsi, quoique la dotation des enfans soit une



obligation naturelle commune à l'un et à l'autre des conjoints, et qu'en ce sens la dot soit appelée une dette commune, elle n'est pas néanmoins une dette de leur communauté, mais plutôt une dette propre et personnelle de chacun d'eux pour la part dont chacun y veut contribuer.

Les alimens, entretien et éducation des enfans communs sont une charge de la communauté, parce qu'elle doit s'acquitter sur les revenus des biens des conjoints dont la communauté est composée. Il n'en est pas de même des dots des enfans, pour lesquelles les pères et mères doivent souvent entamer chacun leur patrimoine. C'est donc plutôt une dette propre et personnelle de chacun d'eux qu'une dette de leur communauté.

332. Le Code a eu de fort bonnes raisons pour ne l'en pas charger. En supposant que les deux époux, en dotant conjointement, ont doté pour égales portions, par exemple, chacun pour 20,000<sup>f</sup>, si la dot était une dette de communauté, la femme, en y renonçant, pourrait se dispenser de rien payer et se dégager ainsi de son obligation. Si les époux ont doté pour des portions inégales, par exemple, l'un pour le quart de 40,000<sup>f</sup>, c'est-à-dire pour 10,000<sup>f</sup>, l'autre pour les trois quarts, c'est-à-dire pour 30,000<sup>f</sup>, si la dot était dette de la communauté, il arriverait que celui des époux qui n'a doté que pour le quart paierait autant que l'autre. Il ne fallait donc pas mettre la dot fournie ou promise conjointement par les deux époux, à la charge de la communauté.

Si elle était une dette de la communauté, il



s'ensuivrait que lorsque le père, qui a seul doté un enfant commun, a donné pour cette dot un de ses héritages propres, il devrait avoir récompense sur les biens de la communauté, comme ayant acquitté une dette de la communauté sur ses propres, et par conséquent l'avoir enrichie à ses dépens, ce qui produit une récompense. Néanmoins personne n'a jamais songé à dire qu'il y ait en ce cas lieu à une récompense. Il est donc vrai de dire que les dots des enfans communs ne sont pas une dette de communauté. Ce n'est que dans le seul cas spécialement exprimé dans l'art. 1439, où la dot a été constituée par le mari *seul et en effets de la communauté*. Alors, dit cet article, *la dot est à la charge de la communauté*. Dans tous les autres cas, c'est une dette propre de ceux qui l'ont constituée, même lorsqu'ils l'ont constituée conjointement en effets de la communauté, comme dans le cas de l'art. 1438.

333. Si la dot conjointement promise a été payée des effets de la communauté, la femme renonçante doit récompense de la moitié de la dot qu'elle devait personnellement, et qui n'était point une dette de la communauté.

334. Si la femme avait stipulé dans le contrat de dotation qu'elle n'entendait doter que sur les biens de la communauté et sur la part qu'elle y pourrait avoir un jour, mais qu'en cas de renonciation de sa part ou de celle de ses héritiers, la dot serait censée n'avoir été donnée que par le père seul, la clause serait valable, car la femme pouvant ne point doter du tout, peut à plus forte

raison mettre à sa dotation telle condition que bon lui semble (1).

335. A défaut d'une stipulation pareille, si la dot n'a pas été payée, la femme qui a doté conjointement, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, doit payer la moitié de la dot à l'enfant avantagé, qui la rapportera un jour à ses cohéritiers; l'autre moitié est éteinte par confusion.

Si la femme ne trouvait pas dans sa part de communauté de quoi payer la moitié de la dot qu'elle doit, elle la paierait sur ses biens personnels, sans pouvoir invoquer la disposition de l'article 1483 (2), qui ne l'assujettit à payer les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument; car cet article ne s'applique qu'aux dettes de la communauté, et nous avons vu que la dot des enfans n'était une dette de communauté que dans le seul cas de l'art. 1439, c'est-à-dire quand elle est constituée par le mari seul en effets, de la communauté.

Dans le cas de la dot conjointement constituée par moitié, si elle a été payée, et que la communauté soit acceptée, il se fait évidemment compensation de la somme que chacune des parties en a tirée pour cette dot.

336. En dotant conjointement l'enfant com-

---

(1) Pothier, n°. 450.

(2) C'était autrefois une question. *Voy.* le *Traité des contrats de mariage*, par Serieux, tom. I, chap. 3, de la Dot, § 4.

mun, les père et mère stipulent souvent que la dot sera imputée en totalité sur la succession du prédécédé. L'effet de cette clause, très-simple en apparence, est que l'enfant avantagé, quand même il renoncerait à la succession du prédécédé, n'a rien à demander au survivant.

M. Massé (1) observe fort bien que « tant que les père et mère vivent l'un et l'autre, l'incertitude de savoir lequel des deux prédécédera, et sur lequel des deux, par conséquent, pesera la totalité de la dot, en vertu de la clause d'imputation, fait que, jusqu'à l'événement du prédécès, les père et mère, qui ont doté conjointement leur enfant, demeurent, nonobstant la clause d'imputation, dans les termes du droit commun, soit quant aux actions à fin de paiement, soit quant aux actions en garantie que l'enfant peut avoir à exercer contre eux à raison de cette dot : c'est-à-dire qu'aux termes de l'art. 1458, les père et mère sont censés, durant tout ce tems, avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux ; sauf les récompenses et indemnités que devra la succession du prédécédé pour ce qui aura été payé de la dot, soit par la communauté, soit par le survivant. »

En effet, jusqu'à l'événement du prédécès, il

---

(1) *Jurisprudence et Style du notaire*, tom. V, pag. 255.

n'y a pas de raison pour que la charge de la dot tombe plutôt sur l'un des époux que sur l'autre. Tous les deux l'ayant constituée, l'équité veut que la charge en soit également répartie entre eux, jusqu'à l'événement qui doit décider lequel en supportera seul le poids. En deux mots, la clause d'imputation est, d'une part, une condition résolutoire, qui, lorsqu'elle est arrivée, affranchit le survivant de contribuer à la dot pour moitié, et de l'autre, elle est une condition suspensive, qui, lors du même événement, reporte sur la succession du prédécédé la charge de la moitié, dont le survivant est affranchi. L'une et l'autre ont un effet rétroactif, qui remonte au jour de la constitution de dot ; en sorte que, si l'enfant doté meurt du vivant de ses père et mère, les droits, comme les obligations résultant de la clause, passent à ses héritiers. (Art. 1179 du Code civil).

357. En attendant l'événement de la condition, si la dot, conjointement constituée avec la clause d'imputation sur la succession du prédécédé, consistait en une rente annuelle, elle serait payée sur la communauté, qui, possédant les fruits et revenus des biens des deux conjoints, est aussi obligée d'en acquitter les charges. (Art. 1409, n°. 3)

Mais si la dot consistait en un capital ou en un conquêt de la communauté, l'événement de la condition arrivant, la succession du prédécédé devrait récompense à la communauté de la femme, qui en aurait été tirée pour payer la dot, et



si c'était un conquêt, il en serait dû récompense eu égard à sa valeur au tems de la dotation.

Si, pour la dot conjointement constituée avec la clause d'imputation, l'un des conjoints avait donné un de ses propres, s'il survivait, il aurait une action en indemnité sur les biens de la succession du prédécédé, eu égard à la valeur du propre donné au tems de la dotation (1438).

338. L'art. 281 de la Coutume de Paris permettait aux père et mère qui dotaient conjointement leurs enfans en les mariant, de stipuler dans le contrat de mariage qu'au moyen de la dot qu'il recevrait, l'enfant doté laisserait jouir le survivant de ses père et mère, durant sa vie, des meubles et conquêts du prédécédé (1). Cette disposition exorbitante du droit commun était une exception au principe qu'on ne peut renoncer à la succession d'une personne vivante, et à la règle établie par l'art. 280 de la même Coutume, que les conjoints ayant des enfans, ne peuvent s'avantager directement ni indirectement; et comme les exceptions sont de droit étroit, celle-ci ne pouvait être étendue ni à d'autres biens que les meubles et conquêts, ni à d'autres actes que les contrats de mariage; et la moindre contravention à l'un de ces deux points faisait déclarer nul pour le reste le don mutuel que les conjoints avaient entendu se faire par cette convention. Mais la convention

---

(1) Sur cette convention, voy. Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, 5<sup>e</sup>. part., n<sup>os</sup>. 256 et suiv.



était valable, à l'effet d'obliger l'enfant qui n'y satisfaisait pas à imputer sa dot entière sur la succession du prédécédé (1).

Sous l'empire du Code civil, qui d'un côté ne permet pas, même par contrat de mariage, de renoncer à la succession d'un homme vivant (791), et qui veut, de l'autre côté, que dans les dispositions entre vifs, comme dans les dispositions testamentaires, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs soient réputées non écrites, la clause de jouissance au profit du survivant des père et mère, de quelque partie que ce soit de la succession du prédécédé, est absolument nulle, et la nullité de cette clause *n'est contestée par aucun jurisconsulte*, dit avec raison M. Massé (2).

« Cependant, ajoute cet auteur, beaucoup de  
» pères et mères en exigent encore l'insertion dans  
» les contrats de mariage de leurs enfans; et les  
» notaires, après avoir fait connaître à leurs cliens  
» la nullité de cette clause et les effets de cette  
» nullité, ne croient pas pouvoir, si on insiste, de-  
» voir se refuser à l'inscrire dans l'acte telle qu'elle  
» est voulue par les parties. Ont-ils tort ou raison?  
» N'y a-t-il en cela qu'une aveugle routine? Ou  
» ne font-ils que se rendre au sentiment d'un juste  
» devoir? »

Nous n'examinerons point les longs raisonnemens que l'auteur fait ensuite pour tâcher de

---

(1) Pothier, *ibid.*, n°. 212.

(2) Jurisprudence et Style du notaire, tom. V, pag. 250.

prouver que les changemens introduits par le Code civil n'ont pas dû empêcher les anciens notaires d'insérer dans les contrats de mariage la clause que, moyennant la dot qu'il a reçue, l'enfant doté laissera jouir le survivant des père et mère d'une partie des biens du prédécédé, sans quoi la dot sera imputée sur la succession de ce dernier. Le seul motif qu'il en donne est que, quoique cette condition soit nulle ou regardée comme non avenue sous l'empire du Code, l'enfant doté peut valider ces stipulations de laisser jouir, etc., en les ratifiant ou en les exécutant volontairement, et que sa ratification expresse ou tacite en couvre la nullité.

Quant à nous, nous pensons qu'un notaire qui se respecte doit s'abstenir d'insérer de pareilles clauses dans les contrats de mariage, non seulement par cela seul qu'elles sont nulles et prosrites par la loi, mais encore parce qu'elles sont dangereuses par les suites qu'elles peuvent avoir un jour, et qu'elles peuvent faire naître dans les familles des procès acharnés, des haines et des inimitiés irréconciliables.

Supposons que des père et mère, en dotant conjointement leur fils, aient stipulé dans le contrat de mariage que moyennant cette dot il laissera jouir le survivant, sans lui en demander compte, des meubles et acquêts du prédécédé. Le père meurt dix ans après, laissant une communauté opulente tant en meubles qu'en conquêts. Le fils, qu'un grand nombre d'enfans mettent mal à l'aise, laissera-t-il jouir sa mère de tous

les conquêts et de tout le riche mobilier de son père, que la loi l'appelle à partager? Son épouse, qui ne se trouve pas dans l'aisance, l'en détourne, par la considération si puissante sur le cœur d'un père, qu'il se doit à sa nombreuse famille, plutôt qu'à sa mère, qui vit dans l'opulence, et qui n'a aucune charge. En conséquence, le fils expose à sa mère qu'il désire le partage de la communauté. La mère lui oppose la clause du contrat de mariage. Le fils représente qu'elle est nulle et pros-  
crite par les lois. La mère, femme impérieuse et dépensière, crie à la mauvaise foi, et menace de ne plus revoir ni son fils, violateur de sa parole, ni sa bru, qu'elle couvre d'exécration, ni ses petits-enfans.

Supposons que le fils, n'osant braver sa mère, la laisse jouir, par crainte ou respect, sans rien dire, pendant quelque tems, puis meure, laissant son épouse tutrice légale de ses nombreux enfans. Demandra-t-elle le partage à sa belle-mère, pour ne pas s'exposer un jour, d'une part, aux reproches de ses enfans, qui trouveront la fortune de leur aïeule délabrée, de l'autre, aux plaintes journalières de ses parens et amis, qui lui représentent qu'elle néglige les intérêts de ses enfans, par faiblesse pour une belle-mère dépensière? Celle-ci lui opposera que son fils a tacitement ratifié la clause de son contrat de mariage. Les conseils de tutelle diront au contraire que le silence ne suffit pas pour ratifier tacitement une clause pros-  
crite par les lois. Alors s'élèveront les inextricables difficultés que peuvent faire naître

les ratifications tacites et même expresses. Les esprits s'aigriront, et voilà une famille brouillée peut-être irrévocablement par l'imprudence d'un notaire; qui, par routine ou par faiblesse, a inséré dans un contrat de mariage une clause pros-  
crite par la loi, parce qu'elle pourrait être ratifiée après le prédécès de l'un des père et mère.

Mais enfin si les père et mère s'obstinent, malgré les représentations du notaire, à faire insérer la clause de *laisser jouir* dans le contrat de mariage de leurs enfans, peut-il, doit-il s'y refuser, demande M. Massé?

Il est bien difficile de croire qu'ils ne cèdent pas aux représentations que non seulement la clause est pros-  
crite par la loi, mais qu'elle peut avoir les suites les plus funestes pour les deux familles. Mais enfin s'ils persistent, nous pensons, avec M. Massé, que la responsabilité des événemens ne peut retomber sur lui. Le notaire, dans la rédaction de la minute, n'est que le secrétaire ou le scribe des parties. Son ministère, purement passif, doit se borner à rendre leurs volontés fidèlement et avec clarté. On n'a rien à lui reprocher, quand les clauses de l'acte n'ont rien de contraire aux mœurs. Il en est autrement des formes de l'acte, que la loi le charge d'observer, sous peine de responsabilité personnelle. Par exemple, on ne saurait concevoir l'obstination des notaires, qui s'exposent à se voir poursuivre et condamner comme faussaires, pour avoir référé la présence du second notaire, ou des té-



moins instrumentaires, à un acte où ils n'ont point assisté (1).

339. Si la dot conjointement constituée et imputable sur la succession du prédécédé, a été payée, l'enfant avantagé est obligé de la rapporter en entier à la succession du prédécédé, qui est censé avoir doté seul et avoir acquitté, des deniers de la communauté, une dette personnelle dont elle n'était pas chargée. En conséquence, sa succession en doit récompense, aux termes de l'art. 1437, qui porte : « Toutes les fois » qu'il est pris sur la communauté une somme » pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux....., il en doit la récompense. »

La succession du prédécédé doit donc récompense à la communauté de toute la somme qui en a été tirée pour payer la dot. Remarquez bien que c'est la succession du prédécédé qui doit cette récompense, et non pas l'enfant avantagé. S'il renonçait à la succession pour s'en tenir à son don, comme l'y autorise l'art. 845, il ne devrait aucune partie de cette récompense, sauf réduction de la dot, si elle excédait la portion disponible.

340. Si la dot, conjointement constituée par les père et mère, et imputable sur la succession du prédécédé, est supérieure à la portion de l'enfant dans cette succession, le survivant devra-t-il compléter la différence, ou l'enfant avantagé

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, nos. 74 et suiv.



devra-t-il la perdre? Nul doute que le survivant ne doit rien, et que l'enfant doté doit rapporter à la succession du prédécédé la totalité de la dot, comme l'a fort bien pensé la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juillet 1814 (1), en cassant un arrêt de la Cour de Grenoble. « L'enfant n'a point à s'en plaindre, parce que, d'un côté, telle est la convention, et que toute convention oblige à ses suites (1135). »

« Et que, d'un autre côté, il ne peut ignorer que tout don fait en avancement d'hoirie doit, sans examiner si cette hoirie est avantageuse ou obérée, être rapporté au profit des cohéritiers, dans les cas prévus par les art. 843 et 845 du Code civil. »

341. Dans l'espèce de cet arrêt, le contrat portait que la dot était constituée *en avancement de l'hoirie du prémourant*. Mais *quid*, si le contrat portait que les père et mère constituent conjointement et par moitié à leur fils une dot de 100,000<sup>f</sup>, par exemple, *imputable* sur la succession du prédécédé? Si les droits de l'enfant doté ne s'élèvent qu'à 80,000<sup>f</sup>, rapportera-t-il la dot entière à la mort de son père prédécédé, ou seulement les 80,000<sup>f</sup> qu'il trouve dans la succession, les 20,000<sup>f</sup> restant de sa dot demeurant pour le compte de sa mère, et rapportables seulement à la succession de cette dernière, qui, sans la clause d'imputa-

---

(1) Sirey, tom. XIV, 1<sup>re</sup> part., pag. 279.

tion, aurait supporté la moitié de la dot, c'est-à-dire 50,000<sup>f</sup> ?

Pour l'affirmative, on dit que l'imputation n'est qu'une compensation jusqu'à due concurrence ; c'est la déduction d'une somme sur une autre. Elle diminue l'obligation principale, mais elle ne la détruit pas. La clause d'imputation a donc pour objet de diminuer la contribution du survivant à la dot, mais elle n'a pas l'effet de détruire son obligation de doter pour moitié. Ainsi, l'imputation ne se fait jamais que jusqu'à concurrence des droits de l'enfant doté dans la succession du prédécédé, et cette imputation est très-avantageuse au survivant, puisqu'elle lui procure non seulement la décharge proportionnelle de sa contribution à la dot, mais encore, et par suite, une plus forte part dans la communauté. Par exemple, dans notre hypothèse, la dot étant de 100,000<sup>f</sup>, les droits de l'enfant doté dans la succession du père, de 80,000<sup>f</sup>, l'imputation de la dot se fera jusqu'à concurrence sur les 80,000<sup>f</sup> ; et la mère survivante, qui, sans l'imputation, aurait supporté la moitié de la dot, c'est-à-dire 50,000<sup>f</sup>, ne la supportera que pour 20,000<sup>f</sup>, parce que la succession du prédécédé doit lui payer une indemnité de 30,000<sup>f</sup>. Tel est l'effet de l'imputation.

C'est d'après ces principes que la Cour royale de Paris, présidée par M. le premier président Séguier, et sur les conclusions conformes de M. Quequet, avocat général, a rendu, le 14 janvier 1819, un arrêt par lequel elle a jugé que la clause de l'imputation de la dot sur la suc-

» cession paternelle ne peut avoir son exécution  
 » que jusqu'à concurrence de la portion héréditaire » (1), parce qu'autrement, si l'enfant restituait toute la dot, il ne ferait point une imputation, mais un rapport à la communauté, tandis que le rapport n'est jamais dû qu'aux cohéritiers.

Quelque imposante que soit l'autorité d'un arrêt rendu par d'aussi savans magistrats, M. Massé, *ubi supra*, prétend qu'il n'est pas rendu dans l'exactitude des principes. Ses réflexions l'amènent à penser que l'enfant doté ayant accepté la succession purement et simplement, est obligé, en droit, de rapporter toute sa dot à la succession de son père, quoique sa part héréditaire se monte à une moindre somme, et que la récompense n'en est pas moins due pour le total de la dot à la communauté; que le survivant n'en doit pas moins profiter de sa part dans cette récompense, comme formant un actif de la communauté, qui, n'étant pas réputée avoir doté non plus que le survivant, ne doit pas plus que lui contribuer en aucune manière au paiement de la dot. Et c'est ainsi, suivant lui, que la Cour royale de Paris eût dû juger la question.

Son opinion est fondée sur ce que la clause seule d'imputation indique l'intention des père et mère de faire retomber tout le poids de la dot sur la succession seule du prédécédé, et d'en affranchir entièrement le survivant.

(1) Il est rapporté dans le Journal du Palais, tom. LIII, 1<sup>re</sup> part. de 1819, pag. 233—248. Voy. les réflexions de M. Massé sur cet arrêt Jurisprudence et Style du notaire, tom. V, pag. 266, nos. 481 et 541.

Si l'intention des père et mère dotans était telle, en effet, nous serions absolument de l'opinion de M. Massé; mais nous sommes bien convaincu, avec la Cour de Paris, que la seule clause d'imputation n'indique point suffisamment cette intention, parce que la signification du mot y résiste et présente un tout autre sens. Comparez cette clause avec celle dont nous avons parlé au commencement de ce numéro, et par laquelle les père et mère avaient conjointement constitué une dot à leur enfant commun, *en avancement de l'hoirie du prémourant*. Il n'y a point là d'équivoque: aussi la Cour suprême ne balança point à décider que quoique les droits de l'enfant, dans la succession du prémourant, fussent inférieurs à sa dot, il n'avait rien de plus à demander à sa mère, et qu'il n'avait point à se plaindre d'être obligé de rapporter toute sa dot, parce que telle était la convention. C'est aux notaires à faire expliquer la clause d'imputation, lorsqu'entendue dans son sens naturel, elle ne rend pas la volonté des parties.

342. Quoiqu'en général l'éviction des choses données ne soumette pas le donateur à une action en garantie, sans une convention expresse, lorsqu'il y a eu bonne foi de sa part, il n'en est pas ainsi des choses données en dot en faveur de mariage. La dotation est un acte de bienfaisance, sans doute, puisqu'on ne peut forcer même les pères et mères à doter leurs enfans: cependant ils ne font, en les dotant, comme nous l'avons vu, qu'acquitter une obligation naturelle; et d'ailleurs, le législateur a considéré que la dotation n'inté-



resse pas seulement l'époux doté, mais encore l'autre époux et sur-tout leurs enfans, et qu'enfin sans la dot, le mariage peut-être ne se serait point fait. La loi a donc voulu qu'il y eût lieu à la garantie des choses données, et l'art. 1440 porte que « la garantie de la dot est due par toute per-  
» sonne qui l'a constituée, et ses intérêts courent  
» du jour du mariage, encore qu'il y ait terme  
» pour le paiement, s'il n'y a stipulation con-  
» traire. »

343. Nous avons dit plusieurs fois que la dot conjointement constituée, était une dette personnelle des deux époux, quoique payée en effets de la communauté, et qu'en conséquence la femme renonçante doit récompense de la somme qui en a été tirée pour payer sa moitié, aux termes de l'art. 1437, qui porte que « toutes les fois qu'il  
» est pris sur la communauté une somme pour  
» acquitter les dettes ou charges personnelles à  
» l'un des époux....., il en doit la récompense. »

Il faut expliquer ici le principe général d'où dérivent toutes les récompenses qui sont dues par l'un ou l'autre des époux, ou par leurs héritiers, lors de la liquidation de la communauté.

Les biens qui doivent la composer, et la part que chacun des époux doit y avoir, sont irrévocablement déterminés, au moment du mariage, par la loi ou par la convention, c'est-à-dire par une convention tacite ou expresse. Dans l'un et l'autre cas, ce sont des conventions matrimoniales, qui ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. (1395).



De là il suit que les époux ne peuvent, durant le mariage, ni enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres et personnels, ni s'enrichir eux-mêmes, en augmentant leur fortune personnelle aux dépens de la communauté. Ce serait évidemment, dans les deux cas, changer en partie les droits matrimoniaux qu'ils avaient à l'époque du mariage, et augmenter ceux de l'un pour diminuer ceux de l'autre; car celui qui enrichit la communauté aux dépens de ses propres, augmente la part qu'y doit prendre l'autre lors du partage, et diminue d'autant la sienne, comme aussi celui qui augmente sa fortune personnelle aux dépens de la communauté, diminue la part qu'y prendrait l'autre. Disons donc qu'il n'est pas au pouvoir des époux, durant le mariage, d'enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres ou personnels, ni d'enrichir ou augmenter ceux-ci aux dépens de la communauté.

Ces principes étaient suivis sous l'empire des coutumes; on les fondait principalement sur ce qu'il n'était pas permis aux deux conjoints de s'avantager directement ni indirectement durant le mariage.

Cependant on les avait étendus aux coutumes qui permettaient aux conjoints de s'avantager, parce qu'on trouvait qu'il y aurait de l'inconvénient à permettre aux conjoints des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des parties; ce qui est infiniment raisonnable. Il en résulterait des donations tacites auxquelles le plus

souvent n'aurait nullement songé celui qui serait censé les faire.

C'est donc sagement qu'en permettant aux conjoints de se faire, durant le mariage, des donations, même très-étendues, quoique toujours révocables jusqu'à la mort du donateur, le Code civil a consacré les anciens principes, qui défendent aux époux de s'enrichir aux dépens de la communauté, et réciproquement d'enrichir la communauté à leurs dépens. La contravention à l'un ou l'autre de ces principes fait naître, en faveur de l'époux lésé ou de ses héritiers, une action en récompense ou indemnité.

344. Il y en a donc de deux espèces, comme l'on voit. Les unes sont dues lorsque l'un des conjoints a enrichi la communauté aux dépens de ses biens propres, immeubles ou meubles; les autres; lorsqu'il s'est enrichi personnellement aux dépens de la communauté.

Nous parlerons d'abord de la première espèce de récompense, dont on trouve l'exemple le plus remarquable dans l'art. 1433. « S'il est vendu un » immeuble appartenant à l'un des époux, de » même que si l'on s'était rédimé en argent de ser- » vices fonciers dus à des héritages propres à l'un » d'eux, et que le prix en ait été versé dans la com- » munité, il est dû récompense (du prix) à l'époux » qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, » soit des services rachetés », « et dans tous les » cas, dit l'art. 1436, la récompense n'a lieu que » sur le pied de la vente, quelque allégation qui » soit faite touchant la valeur de l'immeuble alié-

« né », soit que la récompense fût due au mari, soit qu'elle le fût à la femme.

345. Autrefois, en Bretagne, on distinguait entre la récompense due au mari et celle due à la femme. La récompense pour la vente des propres du mari se faisait toujours sur le pied du prix de la vente; s'il avait vendu trop bon marché, ce n'était qu'à lui seul qu'il pouvait l'imputer. Mais la femme avait « la récompense de l'aliénation de son propre, eu égard à l'estimation des choses vendues, du jour du contrat et consentement par elle prêté. » (Art. 439 de la Coutume de Bretagne).

Cette disposition ajoutée à la coutume, lors de la dernière réformation, par l'avis de d'Argentré, en faveur des femmes, pouvait tourner à leur préjudice, si le prix des immeubles avait, suivant le cours naturel des choses, ou par quelque événement imprévu, augmenté depuis la vente. Le Code a donc fait sagement d'ordonner que, dans tous les cas, soit pour la femme, soit pour le mari, la récompense n'aurait lieu que sur le pied de la vente.

L'art. 1436 ajoute : « Quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné » ; ce qui n'empêcherait point, toutefois, d'alléguer la fraude, en la prouvant; car les cas de fraude sont toujours exceptés; par exemple, le cas où le prix énoncé dans le contrat serait au-dessous du prix convenu; ce qui arrive quelquefois pour diminuer les droits.

346. Le même article porte « que la récompense

- » du prix de l'immeuble appartenant au mari ne
- » s'exerce que sur la masse de la communauté ;
- » celle du prix de l'immeuble appartenant à la
- » femme s'exerce sur les biens personnels du mari,
- » en cas d'insuffisance des biens de la commu-
- » nauté. »

C'est une disposition pleine de justice, étendue, par l'art. 1472, à tous les cas où le mari a des reprises à exercer contre la communauté. S'il perd ses reprises, il ne peut imputer qu'à lui seul l'insuffisance d'une communauté dont il était l'administrateur et le maître.

Par la même raison, le mari n'est créancier et n'a de récompense à exercer que de la portion du prix de son immeuble qu'il a fait entrer dans la communauté. C'est même une règle générale, et l'art. 1433 n'accorde la récompense que lorsque le prix de l'immeuble vendu, soit du mari, soit de la femme, *a été versé dans la communauté*. Mais il y a encore ici une différence entre le mari et la femme : si le premier, durant la communauté, a vendu un de ses propres ; et que, par sa négligence et l'insolvabilité de l'acquéreur, il n'ait été payé que d'une portion du prix, il ne pourra exercer la reprise que de cette portion. Au contraire, la femme a la reprise de la totalité du prix de son immeuble vendu, tant sur la communauté qu'en cas d'insuffisance sur les biens du mari, quoique le mari ne s'en soit pas fait payer par sa négligence, parce qu'il était administrateur des biens de son épouse, et qu'en cette qualité, il est responsable, aux termes de l'art. 1428, il charge sa



communauté de cette dette, qu'il contracte par sa négligence.

347. Si l'immeuble vendu pendant le mariage était un usufruit propre de l'un des conjoints, soit par sa nature, tel que l'usufruit d'une chose immobilière, soit d'une chose mobilière, mais immobilisée par convention, il en serait dû récompense, sans doute; mais la récompense ne serait pas due de la totalité du prix de la vente; il faudrait en déduire, suivant Pothier, n°. 592, ce dont la communauté aurait profité des revenus de cet usufruit au-delà de l'intérêt légal du prix de la vente, pendant le tems qui a couru depuis la vente qui en a été faite, jusqu'à la dissolution de la communauté. Ceci va s'éclaircir par un exemple.

Un mari possédait, avant son mariage, l'usufruit d'un bien valant net 1,000<sup>f</sup> de rente. Il le vend, pendant le mariage, une somme de 12,000<sup>f</sup>, dont l'intérêt légal est 600<sup>f</sup>: doit-il avoir, lors du partage de la communauté, la récompense de la somme totale de 12,000<sup>f</sup>? Non; car pour se procurer ce capital, il a fait perdre à la communauté 400<sup>f</sup> par an dont il lui doit l'indemnité. Si la communauté a duré dix ans depuis la vente de l'usufruit, ces dix années forment une somme de 4,000<sup>f</sup>, qu'il faut déduire de celle de 12,000<sup>f</sup>, prix de la vente; ce qui réduit sa récompense ou son prélèvement à 8,000<sup>f</sup>.

S'il avait vendu son usufruit 10,000<sup>f</sup>, il aurait fait perdre à la communauté 500<sup>f</sup> par an. Ce qui, pendant dix ans, formerait une somme de 5,000<sup>f</sup>,



à déduire sur celle de 10,000<sup>f</sup> ; ainsi, sa récompense serait réduite à 5,000<sup>f</sup>. On voit par là qu'il peut arriver qu'elle soit réduite à zéro, et que même la communauté éprouve une perte plus ou moins grande par l'effet de la vente de l'usufruit. Cependant il ne lui serait pas dû de récompense ou d'indemnité, parce que le mari, maître de la communauté, peut la diminuer ou même la ruiner par son fait.

Ce que nous venons de dire de la vente de l'usufruit s'applique à la vente d'une rente viagère propre de l'un des conjoints.

348. Pothier, n°. 592, dit qu'il n'importe que la dissolution de la communauté soit arrivée par le décès de celui des conjoints à qui appartenait l'usufruit de la rente viagère, ou par celui de l'autre conjoint. La reprise du prix se règle, dit-il, de cette manière en l'un et l'autre cas.

Cependant, du tems de Pothier, les opinions étaient partagées sur ce point. Plusieurs savans auteurs pensaient et soutenaient, par des raisons assez spécieuses, que la vente ou l'amortissement d'un usufruit, du douaire d'une femme remariée, par exemple, rend la communauté débitrice de cet usufruit, mais qu'elle ne doit rien au-delà ; et qu'ainsi, en cas de survie, la communauté ou les héritiers de son second mari lui devront la continuation de cet usufruit jusqu'à sa mort, pour toute récompense.

Qu'au contraire, si elle prédécède, la communauté ou le mari survivant ne devra rien, puisque par l'événement tous les arrérages du douaire

ont appartenu à la communauté ; que la propriété de la somme reçue pour prix de la vente ou de l'amortissement du douaire doit au reste appartenir à la communauté, pour indemnité des pertes qu'elle a essuyées sur les revenus de l'usufruit, qui ont diminué plus ou moins l'effet de la vente.

Cette opinion, soutenue par notre savant maître Duparc-Poullain (1), fait, comme on voit, dépendre la question de l'événement de la survie ou du prédécès de l'époux propriétaire de l'usufruit vendu. S'il prédécède, il n'est dû aucune récompense du prix de la vente ; s'il survit, on lui doit la continuation de l'usufruit.

Mais cette opinion, qui paraît fort simple, ne peut d'abord se concilier avec l'art. 1433 du Code, qui accorde pour récompense à l'époux, dont, pendant le mariage, il a été vendu un *immeuble*, expression qui comprend incontestablement un usufruit, le prélèvement du prix de la vente. On ne peut donc admettre, sous l'empire du Code, l'opinion de Duparc-Poullain.

De plus, elle est diamétralement en opposition avec tous les principes en matière de remploi. Nous accordons qu'en suivant l'opinion de Duparc-Poullain, l'héritier de l'époux qui était propriétaire de l'usufruit vendu, ne perd rien, puis-

---

(1) Sur l'art. 438 de la Coutume de Bretagne, tom. III, pag. 154 et 155, note N, où l'on trouvera toutes les autorités ; voy. aussi ses Principes, tom. V, pag. 187 et 188.

qu'il se trouve au même état que si l'usufruit n'avait pas été vendu; mais cela ne suffit pas. Quel est le motif, quel est le but du emploi ou de la récompense? Le motif en est pris dans ce grand principe d'équité que nous avons établi ci-dessus, et qui ne permet pas que la communauté s'enrichisse aux dépens des propres d'un des époux, et le but en est atteint quand l'époux dont le propre a été aliéné retire seul le profit qui en est résulté pour la communauté.

Or, l'opinion de Duparc-Poullain tend directement, comme il en convient lui-même, à laisser à la communauté tout le profit qui peut résulter de la vente de l'usufruit, en indemnité des prétendus risques qu'elle a courus. C'en serait assez pour faire rejeter cette opinion, quand d'ailleurs elle ne serait pas inconciliable avec le texte de l'art. 1433.

349. Ce n'est pas seulement la vente des immeubles propres de chaque conjoint, qui lui donne le droit d'en reprendre le prix versé dans la communauté. Toute espèce d'aliénation qui a procuré à cette communauté quelque avantage appréciable en argent, donne lieu à une reprise en faveur du conjoint dont le propre a été aliéné. Mais aussi, si elle n'a procuré aucun avantage à la communauté, il n'est point dû de récompense. Ainsi, la donation pure et simple que fait un des époux de ses propres ne donne droit à aucune récompense, puisqu'il n'en revient rien à la communauté. Mais s'il a imposé au donataire quelque charge appréciable à prix d'argent, par exemple,

celle de payer une dette de la communauté, ou d'en faire remise, celle d'une servitude, ou de la libération d'une servitude en faveur d'un héritage conquêt de communauté, il aura récompense du montant de la dette, de la valeur de la servitude, à dire d'experts (1).

La donation rémunératoire que fait un des conjoints de ses propres en récompense de services appréciables à prix d'argent, donne encore lieu à une reprise, si la récompense de ces services était due par la communauté.

Il n'y a aucun doute à l'égard de la dation en paiement d'une dette de la communauté, puisque la dation en paiement tient lieu de vente.

350. Ce que nous avons dit sur la récompense du prix de l'usufruit ou de la rente viagère propres de l'un des conjoints, vendus pendant le mariage, doit servir de règle pour la récompense de l'héritage aliéné pour une rente viagère. La reprise due au conjoint propriétaire consiste dans la somme dont les arrérages de la rente viagère, courus depuis l'aliénation jusqu'à la dissolution de la communauté, excèdent les revenus de l'héritage aliéné, qui seraient tombés dans la communauté, si l'héritage n'avait pas été aliéné.

Par exemple, si l'héritage était d'un revenu annuel de 600<sup>f</sup>, et qu'il eût été aliéné pour une rente viagère de 1,200<sup>f</sup>, ce qui excède le revenu annuel

---

(1) Sur les donations onéreuses, voy. ce que nous avons dit *suprà*, n<sup>o</sup>. 143.



de 600<sup>f</sup>, la communauté ayant duré dix ans depuis l'aliénation, la récompense sera de 6,000<sup>f</sup> pour les dix années; et si c'est le conjoint propriétaire qui survit, il n'en continuera pas moins de jouir seul de la rente viagère de 1,200<sup>f</sup>.

Si la rente viagère était constituée sur la tête des deux, comme sous l'empire des coutumes, les époux ne pouvaient s'avantager pendant le mariage, les héritiers du prédécédé, si c'était à lui que l'héritage avait appartenu, avaient le droit de percevoir la rente pendant la vie du survivant; mais sous l'empire du Code, qui permet les donations entre époux, le survivant aurait seul le droit de jouir de la rente.

351. En aliénant son propre par échange contre un autre héritage, si l'un des époux recevait en retour et pour la plus value une somme ou des effets mobiliers versés dans la communauté, il est évident qu'il lui en serait dû reprise.

De même, en aliénant son héritage par bail à rente, si l'un des conjoints reçoit des deniers, il lui est dû récompense, de même que s'il impose au preneur quelque charge dont la communauté ait profité.

352. Nous avons, *suprà*, n<sup>o</sup>. 171, réfuté l'opinion de Pothier, qui pense, n<sup>o</sup>. 603, que celui des époux qui a vendu des immeubles dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, doit avoir récompense du prix de la vente, comme ayant enrichi la communauté à ses dépens.

353. Enfin, tout contrat, tout acte en vertu duquel la communauté s'enrichirait aux dépens des



propres de l'un des conjoints, donne à celui-ci le droit de reprendre la valeur de tout ce dont elle a profité, non seulement à l'occasion des propres immeubles aliénés, mais encore de toutes les choses mobilières exclues de la communauté par la convention ou par la loi, si elles ont tourné à son avantage.

Nous verrons bientôt quelle est la responsabilité du mari relativement à ces choses.

354. La reprise, suivant l'art. 1471, s'exerce par prélèvement (1), et premièrement en faveur de la femme, « d'abord sur l'argent comptant, » ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté : dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers. »

Il paraît qu'il faut suivre cet ordre sans pouvoir l'intervertir, si ce n'est de concert. Ainsi, après l'épuisement de l'argent comptant, le mari ou ses héritiers ne pourraient exiger que le mobilier fût vendu, pour suppléer à ce qui manque en argent comptant aux reprises de la femme. Elle a droit de se faire délivrer des meubles en nature sur le pied du prisage, qui doit être fait, ainsi que celui des immeubles, aux frais de la communauté (2).

---

(1) Ce mot n'indique point un privilège de la femme contre les créanciers ; il n'est relatif qu'au partage de la communauté, après sa dissolution, dans lequel le conjoint à qui est dû une reprise la *prélève*, c'est-à-dire la prend avant l'autre.

(2) Voy. Duparc-Poullain, Principes du droit français, tom. V, pag. 182, n°. 229.

Nous verrons dans la sect. 5, qui traite du partage de la communauté, les questions que peut faire naître l'exercice des reprises ; mais c'est ici le lieu d'expliquer ce qui concerne le remploi.

355. L'art. 1433 dit que « s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux....., de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout *sans remploi*, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté. »

Le remploi, en jurisprudence, sur-tout en matière de société conjugale, est le remplacement d'une chose propre de l'un des conjoints qu'on a aliénée ou dénaturée, par exemple, d'un immeuble qu'on a vendu, de bois de haute futaie qu'on a fait abattre, d'une somme ou d'un meuble exclus de la communauté, et qui ne s'y trouve plus en nature.

Le remploi, ou le remplacement, se fait de deux manières : ou réellement et en nature, en subrogeant une chose en la place d'une autre ; par exemple, un immeuble en la place de l'immeuble vendu ; ou bien en donnant la valeur de la chose qu'il s'agit de remplacer, c'est-à-dire en en payant le prix en argent.

Mais le remplacement réel en choses de même nature est ce que nous appelons proprement *remploi*.

Le remplacement, qui est dû en argent, et qui se fait en payant la valeur de la chose à remplacer, s'appelle ordinairement *récompense* ou *reprise*.

Récompense, parce qu'en effet c'est la récompense, l'indemnité ou le dédommagement de la perte ou de la privation de la chose qui est à remplacer; et reprise, parce qu'elle se fait en reprenant ou prélevant une somme sur la communauté avant le partage. Car c'est après la dissolution de la communauté que s'exercent les récompenses, et que se font les prélèvements.

Le remploi proprement dit, celui dont parlent les art. 1433 et suivans, se fait pendant le mariage, lorsque les époux, ayant vendu les propres de l'un d'eux, désirent les remplacer de leur vivant.

356. « Le remploi est censé fait à l'égard du » mari, dit l'art. 1434, toutes les fois que, lors » d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite » des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu » de remploi. »

Il en serait de même s'il avait déclaré que l'acquisition est faite des deniers à lui appartenant, exclus de la communauté, soit par le contrat de mariage, soit par l'acte de la donation qui lui en a été faite.

Ces déclarations lient irrévocablement le mari, sans le concours de la femme. Les biens ainsi acquis par lui en remploi lui deviennent personnels et propres, sans qu'il puisse les abandonner ensuite à la communauté, pour exercer de préférence le prélèvement ou la reprise des sommes qui en sont le prix. L'augmentation de valeur, ainsi que la diminution et même la perte totale, demeure à ses charges.

357. Si le prix de l'héritage acquis par le mari pour lui tenir lieu de emploi excédait considérablement le prix de la vente de son propre, l'héritage acquis ne deviendrait propre par la subrogation que jusqu'à la concurrence du prix de la vente.

Par exemple, j'ai vendu mon héritage pour le prix de 12,000<sup>f</sup>; j'en achète un de 24,000<sup>f</sup>, avec déclaration que c'est pour me tenir lieu de emploi; il ne sera propre que pour moitié, l'autre moitié sera acquêt de communauté.

Si l'excédant du prix de la nouvelle acquisition n'était pas considérable, le mari ne devrait à la communauté que la récompense en argent d'une somme égale à celle qu'il a prise dans la communauté, de plus que celle dont le emploi lui était dû. Par exemple, si, ayant vendu son héritage 12,000<sup>f</sup>, il en acquiert un pour 13,000<sup>f</sup>, Pothier, n°. 198, pense qu'il devrait une récompense de 1,000<sup>f</sup>. Cette opinion est dans l'esprit de l'art. 866, qu'il faut appliquer ici par analogie.

358. Il faut remarquer que la déclaration d'emploi doit être faite *incontinenti*, dans le contrat d'acquêt de l'héritage qu'on veut subroger à l'immeuble vendu; si elle était faite *ex intervallo*, elle ne pourrait imprimer à l'héritage acquis la qualité de propre par subrogation (1434).

359. Lorsqu'il s'agit d'un emploi à faire pour les propres de la femme, l'art. 1435 porte : « La » déclaration du mari que l'acquisition est faite » des deniers provenus de l'immeuble vendu par » la femme, et pour lui servir de emploi, ne suffit



» point, si ce emploi n'a été *formellement accepté*  
» par la femme; si elle ne l'a pas accepté, elle a  
» simplement droit, lors de la dissolution de la  
» communauté, à la récompense du prix de son  
» immeuble vendu. »

360. Mais la femme peut-elle accepter le emploi, après que la communauté est dissoute?

Cette question fut agitée au Conseil d'état, dans la séance du 13 vendémiaire an 12. On proposa de lui permettre d'accepter le emploi, même après la dissolution de la communauté, sur-tout si elle n'a pas été instruite de la déclaration de emploi faite par le mari dans le contrat d'acquisition. On disait qu'il n'était pas possible d'opposer le défaut d'acceptation à la femme qui n'a pu s'expliquer.

Le savant Tronchet dit que si cet amendement était adopté, il faudrait le sous-amender, « par  
» la condition que l'immeuble existera en nature  
» dans la communauté, et n'aura pas été hypo-  
» théqué; car il est conquêt de communauté,  
» tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas  
» donné la qualité de propre. »

Le conseiller d'état Berlier observa que « tous  
» ces amendemens et sous-amendemens sont la  
» meilleure preuve de la bonté de l'article; car si  
» la femme, à l'égard de laquelle il n'existe point  
» de vrai contrat, ne peut se prévaloir de la dé-  
» claration de son mari que sauf le droit d'autrui,  
» le emploi ne lui offre pas plus d'avantages que  
» l'action ordinaire pour ses reprises, qu'elle peut  
» exercer sur cet immeuble comme sur tous les



« autres », sur lesquels elle a, en effet, une hypothèque légale. Cependant l'article fut renvoyé à la section, mais il n'y fut rien changé.

Que conclure de cette discussion? Que l'amendement n'ayant point été adopté, il faut s'en tenir au texte, qui est une conséquence du principe. La déclaration du mari qu'il entend acquérir pour tenir lieu de emploi à son épouse, n'est qu'une offre, qui doit, dit notre article, être *formellement acceptée*. Ce n'est que l'acceptation de la femme qui forme le contrat, et donne la qualité de propre à l'héritage, qui jusque là était acquêt de communauté. Or, les offres ne lient celui qui les a faites que lorsqu'elles sont acceptées. Le mari pouvait, avant l'acceptation, vendre l'héritage, l'hypothéquer; on en convenait au Conseil d'état. En faisant une acquisition, il n'était pas obligé de faire la déclaration de emploi. S'il l'a faite sans en donner connaissance à la femme, c'est que vraisemblablement il voulait se ménager la faculté de rétracter ses offres et d'aliéner l'immeuble sans son concours. Il est impossible, dit-on, d'opposer le défaut d'acceptation à la femme, qui n'a pu s'expliquer. Mais que devient cet argument, puisque le mari n'était point obligé de faire, en acquérant, la déclaration de emploi, et que, même après l'avoir faite, il pouvait rétracter ses offres avant l'acceptation? Disons donc que, suivant l'art. 1435, la femme ne peut accepter, après la dissolution de la communauté; les choses ne sont plus entières.

361. [Après la discussion qu'on vient de lire,

et l'opinion de Pothier, n°. 200, guide principal des rédacteurs du Code, on ne saurait douter que, si l'acceptation du emploi ne peut être faite après la dissolution de la communauté, époque où les choses n'étant plus entières le contrat ne peut se former, il n'est pas nécessaire du moins que la femme accepte *incontinenti*, et par le contrat même où le mari a déclaré faire l'acquisition pour servir de emploi à sa femme : cette acceptation peut, comme l'acceptation d'une donation (932,) être faite *ex intervallo*, et par un acte séparé, jusqu'au moment de la dissolution de la communauté, si le mari n'a point rétracté ses offres.

Cependant M. Delvincourt, tom. III, pag. 290, prétend que l'acceptation doit avoir lieu de suite, et ne pourrait être postérieure à l'acquisition. Cette opinion n'a pas fait fortune; elle est combattue par M. Bellot, Traité du contrat de mariage, tom. I, pag. 516 et suiv. Nous ne nous arrêterons pas à la réfuter.

Pothier, n°. 200, pense avec raison que si la femme avait été partie et présente au contrat où le mari a déclaré que l'acquisition est faite pour tenir lieu de emploi à son épouse, quoiqu'il ne soit pas dit formellement qu'elle l'accepte, sa présence et sa signature sont une acceptation suffisante, et l'on n'en saurait douter, même sous l'empire de l'art. 1435, qui exige une acceptation formelle. Il est certain que celui qui souscrit un contrat rédigé en sa présence accepte les clauses qu'il contient et y consent. On peut même remar-

quer que l'art. 1435 n'exige point que l'acceptation soit en termes exprès, comme l'exige, à l'égard des donations, l'art. 932 ; mais la déclaration est indispensable : autrement, la femme n'aurait point un droit de remploi sur l'héritage acquis, mais seulement un droit d'hypothèque.

362. Nous avons dit que la déclaration d'emploi ou remploi n'est qu'une offre, et que, par conséquent, le mari peut la rétracter avant l'acceptation.

Il est cependant un cas où le mari ne pourrait rétracter sa déclaration, quoique le remploi ne fût pas encore accepté par la femme : c'est le cas où il a été stipulé par le contrat de mariage que l'assiette ou le remploi des sommes réputées propres à la femme, ou provenues du prix de ses propres aliénés pendant le mariage, aurait spécialement lieu de plein droit sur le premier acquêt fait depuis le mariage ou depuis l'aliénation des propres. Une pareille stipulation n'a rien que de légitime, et doit être exécutée. Si donc le mari, dans le premier contrat d'acquisition qu'il fait depuis le mariage ou depuis la vente des propres de sa femme, déclare qu'elle est faite pour tenir lieu de remploi à son épouse des sommes qui lui sont réputées propres, ou qui sont provenues de l'aliénation de ses immeubles personnels, il ne peut rétracter cette déclaration, qui n'est que l'exécution de son contrat de mariage, à laquelle même il pourrait être forcé.

363. Il nous semble même qu'en ce cas, la femme peut, ainsi que ses héritiers, se prévaloir,

après la mort de son mari , de la déclaration d'emploi faite dans le contrat d'acquisition , et revendiquer l'héritage comme propre , quand même elle renoncerait à la communauté. On ne pourrait opposer , en ce cas , qu'elle n'a point accepté ce emploi , puisqu'il est spécialement stipulé par son contrat de mariage , qui a bien tout au moins la force d'une procuration , et même d'une procuration solennelle. La femme elle-même ne pourrait se dispenser d'accepter le emploi fait en ce cas par son mari prédécédé , non seulement en qualité et comme procureur de droit , mais encore en qualité de procureur spécial.

La femme serait même obligée de recevoir l'immeuble en emploi sur le prix de l'acquisition , sans pouvoir le refuser , sous prétexte que le prix en est trop élevé ; car en chargeant le mari de faire l'emploi des sommes stipulées propres , ou qui sont venues de la vente de ses immeubles personnels , la femme et les parens qui ont fourni la dot ont suivi sa foi , et lui ont donné un plein pouvoir d'acquérir au prix qu'il jugerait convenable , sans lui prescrire le taux auquel il pourrait acheter. Ainsi , en acquérant l'héritage pour sa femme , quel que soit le prix qu'il l'ait acheté , il n'a point excédé les bornes de son mandat (1) , pourvu toutefois qu'il n'y ait pas de fraude ou qu'il n'ait pas , dans la vue de favoriser le vendeur ,

---

(1) La loi 3 , § 1 , *ff mandat.* , 17. 1 , porte : *Si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emereres , nec de pretio quidquam statui , tuque emisti , utrinque actio nascitur.* Voy. Pothier , du Mandat , n°. 91.



acquis à un prix tellement excessif que l'excès dégénère en fraude.

364. Toutes ces décisions nous paraissent des conséquences directes et nécessaires des principes du droit et des dispositions du Code. Cependant, comme quelques auteurs en voudraient douter (1), nous croyons devoir les développer davantage. La question est de savoir si, lorsqu'il est stipulé dans le contrat de mariage que l'emploi ou le remploi des deniers dotaux de la femme, ou provenus du prix de ses immeubles vendus, sera fait en héritages et aura lieu de plein droit sur le premier acquêt, il est nécessaire que la femme accepte le remploi, ou si le mari peut le faire seul, sans son concours.

On convient que la solution dépend du point de savoir si le mari est réellement constitué de plein droit mandataire de la femme. Or, il est certain qu'à défaut de la clause insérée dans le contrat de mariage, que les deniers de la femme seront employés en héritages, le mari, qui veut en acquérir pour remploi ou emploi de deniers de son épouse, ne peut seul opérer ce remploi, ni la forcer, quelque déclaration qu'il fasse, d'accepter pour remploi ou emploi une propriété qui ne lui convient pas; il faut une acceptation formelle pour l'en rendre propriétaire. L'art. 1435 le dit expressément.

---

(1) Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, tom. IV, pag. 73—87.



Mais pourquoi cela? Parce qu'on ne peut forcer personne d'acquérir; parce que le mari, quelque déclaration qu'il fasse, n'agit que comme un gérant volontaire, *negotiorum gestor*, et que la gestion des affaires d'autrui ne peut lier celui dont on se proposait de faire les affaires que par sa ratification ou acceptation.

Au contraire, lorsque le contrat de mariage contient la condition que les deniers de la femme seront placés en héritages, et que le premier acquêt servira de plein droit d'emploi, on ne peut pas dire qu'en déclarant acquérir un immeuble pour tenir lieu de remploi à son épouse, en exécution de son contrat de mariage, le mari n'agisse que comme un simple *negotiorum gestor*. Il agit comme un véritable mandataire; il remplit une obligation à laquelle il ne peut se refuser, sans s'exposer à une demande en séparation de biens, comme mettant la dot en péril, faute de donner les sûretés promises, en ne remplissant point les conditions de son contrat : on en convient.

Voilà donc deux cas bien différens : celui où le mari agit comme *negotiorum gestor*; celui où il agit comme mandataire forcé : il doit donc aussi en résulter des effets différens.

Dans l'un, la femme n'est point liée par ce qu'a fait son mari; il faut sa ratification ou son acceptation.

Dans l'autre, la ratification est inutile. Son consentement est forcé; car ce qui est fait par le mandataire, dans les bornes de son mandat, est censé fait par le mandant lui-même : *factum pro-*

*curatoris factum partis* ; il ne reste que le désaveu. Or, la femme ne peut désavouer son mari ; la clause de son contrat de mariage s'y oppose.

L'art. 1435 est applicable au premier cas ; il exige avec raison l'acceptation de la femme.

L'art. 1553 s'applique aux deux cas, et indique les effets différens qu'ils produisent. La première disposition porte : « L'immeuble acquis des » deniers dotaux n'est pas dotal. »

Non, sans doute, quand le mari n'était point chargé de les employer. Il n'y a point alors de remploi sans l'acceptation de l'épouse.

Mais la seconde disposition ajoute : « Si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage » : donc, si la condition a été stipulée, l'immeuble acquis est dotal, et sert d'emploi ou de remploi.

Pourquoi cela ? Parce qu'alors le mari n'a agi qu'en vertu d'un mandat, pour exécuter son contrat de mariage, et que, par conséquent, l'emploi est censé fait pour la femme elle-même, qui ne peut désavouer son mari, tant qu'il s'est tenu dans les bornes de son mandat.

Ces dispositions sont conformes à la raison et aux principes du droit romain, comme l'enseigne Pothier, *Traité du mandat*, n°. 91. Si le mandant charge le mandataire de lui acheter un héritage, « sans lui limiter le prix, le mandataire, » en ce cas, en achetant tel héritage pour le compte » du mandant, quel que soit le prix pour lequel » il l'achète, est dans les bornes du mandat, et » ne peut paraître s'en être écarté. *Si mandavi tibi*

» *ut aliquam rem mihi emerēs, nec de pretio quid-*  
 » *quam statui, tuque emisti, utrinque actio nascitur.*  
 » *Loi 3, § 1, ff mandati, 17. 1.* Pourvu néanmoins  
 » que le prix pour lequel il l'a acheté ne soit pas  
 » un prix immense, etc. »

Ainsi, la disposition de nos art. 1435 et 1553 est conforme aux principes du droit commun; elle n'en est que la conséquence et l'application. Pour l'éluder, on a recours à des subtilités. Peut-on induire, dit-on, des expressions de l'art. 1553, que le mari est constitué mandataire à l'effet de faire seul l'emploi des deniers de la femme? Cet article n'a eu en vue que de permettre l'emploi, quand il est stipulé par le contrat de mariage. Le mari peut, dans ce cas, il est vrai, être forcé de faire l'emploi. Mais l'article ne dit pas qu'il pourra faire seul, sans le concours de la femme, l'emploi stipulé. Supposons que la stipulation porte que les deniers de la femme seront employés en héritages; supposons même qu'il soit dit que *le mari* fera l'emploi; faut-il en conclure qu'il reçoive par là le pouvoir de le faire seul? Oui, sans doute, puisque la loi le reconnaît pour seul administrateur des biens de la femme, même des biens dotaux. « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. » (1549). Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs, d'en percevoir les fruits, de recevoir le remboursement; il peut exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme.

D'après cela, voulez-vous le soumettre au veto de la femme, pour l'exécution de son contrat de

mariage; exécution à laquelle vous convenez qu'il peut être forcé? C'est aller contre le vœu de la loi, qui a donné la voix décisive au mari, avec bien de la raison; car, dans une société composée de deux personnes, il faut bien que l'une d'elles ait la prépondérance.

365. Autrefois, en Bretagne, on distinguait : si le contrat de mariage portait que le emploi aurait lieu sur le premier acquêt, au prix de l'acquisition, cette disposition devait être exécutée; mais s'il était dit simplement que le emploi aurait lieu sur le premier acquêt, sans ajouter que le prix servirait de règle, la femme pouvait exiger que le emploi ne fût fait que suivant un prisage en forme (1). On était, sur les emplois faits pendant le mariage, d'une sévérité excessive. L'acceptation du emploi, faite par la femme, même majeure, ne suffisait pas pour le rendre stable. S'il y avait, dit Duparc-Poullain, la moindre lésion, les héritiers du mari, à plus forte raison ceux de la femme, pouvaient demander la restitution dans les dix ans, depuis la dissolution du mariage. Tout emploi, toute assiette de deniers dotaux de l'un ou l'autre des conjoints pendant le mariage, étaient suspects d'avantage indirect, et pour en assurer la stabilité, les formalités les plus rigoureuses étaient nécessaires; il fallait

---

(1) Voy. Duparc-Poullain, sur l'art. 438 de la Coutume de Bretagne, tom. III, pag. 150, à la note. Voy. aussi ses Principes de droit, tom. V, pag. 189.



même que la femme fût autorisée de justice, et quelques formalités que l'on eût suivies, on admettait la revue des prisages pendant le délai d'un an, qui ne courait point durant le mariage.

Le Code civil a banni toutes ces rigueurs déraisonnables, en faisant disparaître ce soupçon d'avantages indirects qui leur servait de fondement ou de prétexte. Les époux qui, suivant l'art. 1094 du Code, peuvent se donner, pendant le mariage, tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger, peuvent, à plus forte raison, faire comme bon leur semble le emploi de leurs propres aliénés et des sommes stipulées propres, qui n'entrent point en communauté. Pour cet effet, trois voies leur sont ouvertes par le Code.

366. 1°. La déclaration de emploi, dont les articles 1434, 1435 et 1553 tracent les règles, et dont nous venons de parler; déclaration que le mari peut même faire seul, mais qui ne suffit point, si elle n'est acceptée par la femme, lorsque c'est son propre qu'il s'agit de remplacer, à moins que le emploi ne soit stipulé par le contrat de mariage.

2°. Le emploi autorisé par l'art. 1595, et qui se fait par une vente ou cession que l'un des époux fait à l'autre, pour lui tenir lieu de emploi de ses immeubles aliénés, ou des sommes qui ne devaient pas entrer en communauté, et qui cependant y ont été versées. Nous avons expliqué cet art. 1595, *suprà*, n°. 41, pag. 60, et nous y renvoyons pour éviter les répétitions inutiles.

Rien ne paraît plus sage que sa disposition, qui



est de droit nouveau, et qui donne aux époux les moyens de régler leurs droits respectifs de leur vivant et durant le mariage; de liquider et solder ce qu'ils se doivent mutuellement, et d'épargner ainsi au survivant l'embarras d'en faire, avec les héritiers du prédécédé, une liquidation où se mêle presque toujours de l'aigreur, et qui fait souvent naître des procès scandaleux, sur-tout lorsqu'il existe des enfans de plusieurs lits.

L'art. 1595 parle du cas où l'un des conjoints cède à l'autre *des biens* pour lui tenir lieu de emploi de ses immeubles aliénés ou de ses deniers réalisés; mais doit-il s'entendre seulement des biens personnels de celui qui fait la cession? Ne doit-il pas s'étendre à la cession d'un conquêt fait par le mari à son épouse, pour cause légitime? Par exemple, il a été vendu des biens propres de la femme, et il a été fait des conquêts, sans qu'on ait déclaré qu'ils ont été faits avec les deniers provenus de la vente des biens de la femme et pour lui tenir lieu de emploi, ou bien ces conquêts ont été faits avant la vente des propres. Le mari ne peut-il pas, de concert avec sa femme acceptante, lui céder pour son emploi des conquêts sur le prix de l'acquisition?

Quant à nous, nous n'en doutons pas, et nous ne trouvons aucun motif solide d'en douter. Le texte de l'art. 1595 n'a rien de contraire à cette opinion. Il dit que le mari peut céder *des biens* à son épouse pour cause légitime, par exemple, pour le emploi de ses propres; mais il ne limite point cette cession à ses biens personnels. Or, il

serait fort étrange, pour ne rien dire de plus, que le mari, qui peut vendre les conquêts de communauté à un étranger sans le consentement de sa femme, ne pût pas les céder à cette dernière pour une cause aussi légitime qu'un emploi. Aucune loi, aucune raison de droit ne le défendent. Nous en concluons avec confiance qu'il le peut; nous pensons même qu'une telle cession est très-favorable. Nous ne vivons plus sous les usages de Bretagne, qui rendaient presque impossibles les remplois faits pendant le mariage.

Mais ce que nous venons de dire s'appliquerait-il au cas où le remploi serait dû au mari, qui a omis de faire la déclaration de remploi en faisant un conquêt? La raison d'en douter est que la femme n'ayant aucun droit aux conquêts avant la dissolution de la communauté, ne pourrait les céder à son mari pendant le mariage; ce ne serait point une cession du nombre de celles qui sont autorisées par l'art. 1595.

Néanmoins, sous l'empire du Code, qui ne défend plus aux époux toute espèce de contrat ou d'arrangement entre eux, *nisi ex necessitate*, nous sommes porté à croire qu'un pareil arrangement ne pourrait être annulé; si d'ailleurs il ne contenait pas d'autres vices. De pareilles conventions, qui tendent à maintenir la paix et à empêcher qu'elle ne soit troublée après la mort de l'un des époux, sont si favorables! Et si elles ne sont pas précisément autorisées par l'art. 1595, on peut tirer de son esprit des raisons d'analogie très-fortes. Ne faut-il pas que tout soit égal entre

les deux époux ; et puisque le mari peut céder des conquêts en emploi à son épouse acceptante, quoiqu'il n'ait pas fait la déclaration d'emploi dans le contrat d'acquisition, pourquoi la femme ne pourrait-elle pas consentir qu'il en fût donné à son mari pour la même cause, et réparer ainsi de concert l'omission qu'il a faite de se conformer à l'art. 1434 ?

Ceci n'a rien de contraire à ce que nous avons dit *suprà*, n°. 358, que si la déclaration d'emploi est faite *ex intervallo*, elle ne peut imprimer au conquêt la qualité de propre. Elle ne le peut, sans doute, quand elle est faite par le mari seul ; mais lorsqu'elle est faite de concert avec la femme, seule intéressée à l'empêcher, il nous paraît qu'il en doit être autrement.

La question s'étant présentée à consulter dans nos cabinets, avec l'un de nos plus savans confrères, que sa grande expérience et sa prudence naturelle ont habitué à une grande circonspection dans ses opinions, il n'en partagea pas moins la nôtre avec une pleine conviction.

5°. Comme toutes les conventions matrimoniales sont permises et autorisées, lorsqu'elles ne sont contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, on peut, par contrat de mariage, régler d'avance comment et sur quels biens s'exécuteront les emplois ou récompenses qui pourront être dues par l'un des époux à l'autre, en cas d'aliénation de propres ou de sommes réputées propres, ou exclues de la communauté. Ces conventions doivent être exécutées rigoureusement et à la lettre.

367. On peut donc encore aujourd'hui, comme autrefois, stipuler, dans le contrat de mariage, que l'emploi des deniers réputés propres, soit à la femme, soit au mari, ou le remploi des immeubles vendus pendant le mariage, aura lieu de plein droit, jusqu'à due concurrence, sur le premier acquêt qui sera fait après le mariage ou après l'aliénation de l'immeuble, et sur le pied de l'acquisition, et cette stipulation doit être exécutée sans difficulté.

Nous pensons même que quoiqu'on n'ait pas ajouté que l'emploi ou le remploi aurait lieu au prix de l'acquisition, c'est néanmoins ce prix qui doit servir de règle, et c'est ce qui paraît résulter de nos art. 1434 et 1435. Il ne peut plus être aujourd'hui nécessaire de ces prisages, exigés dans les usages de Bretagne, sur le simple soupçon d'avantages indirects.

Mais la stipulation faite dans le contrat de mariage de l'emploi ou remploi sur le *premier acquêt*, au prix de l'acquisition jusqu'à due concurrence, doit-elle avoir son effet de plein droit, même sans déclaration d'emploi?

Il ne peut, dans l'intérêt de la femme, y avoir de doute contre le mari (1), qui ne doit pas rester le maître d'exécuter ou non son contrat de ma-

---

(1) Duplessix, Traité de la communauté, liv. 2, sect. 2, pag. 449.

Ceux qui voudront voir ce que nos anciens auteurs ont dit sur la stipulation d'emploi ou de remploi des deniers dotaux ou des deniers provenus des propres aliénés, peuvent consulter Duplessix, *ubi supra*; Duparc-Poullain, sur l'art. 438, not. 2, et les auteurs qu'il cite.



riage. La femme aurait un juste motif de se plaindre, et il y aurait même une sorte de fraude de la part du mari, si, trouvant un héritage à vendre à un prix avantageux, au lieu de l'acquérir pour sa femme, au moyen d'une déclaration d'emploi ou de remploi, il préférerait l'acquérir pour la communauté, dans la vue de partager le bénéfice du bon marché. La femme pourrait donc, à la dissolution de la communauté, réclamer l'héritage, comme subrogé à son propre ou comme acquis de ses deniers réputés propres.

Au contraire, le mari, ni ses héritiers, ne pourraient contraindre la femme à l'accepter pour remploi. Il doit se reprocher de n'avoir pas fait la déclaration, conformément à son contrat de mariage. Faute de cette déclaration, la femme ne pouvait devenir propriétaire de l'héritage acquis que par son acceptation, qui eût consommé le remploi. D'où il suit que la déclaration n'ayant point été faite, ni le remploi consommé par une acceptation de la femme, elle ne pourrait attaquer la vente de cet immeuble faite par le mari avant sa mort, ni faire valoir contre les créanciers les réclamations qu'elle est fondée à faire contre le mari ou ses héritiers. Elle serait réduite, à l'égard des créanciers, à faire valoir ses droits d'hypothèque.

368. Nous avons dit, *suprà*, n°. 111, que l'action en remploi ou récompense de deniers dotaux, ou de sommes réputées propres, était mobilière de sa nature, entraînait par conséquent dans la seconde communauté du conjoint, à qui elle



appartiendrait, s'il ne l'avait pas exercée avant de se remarier. Celle qui appartient à l'un des conjoints dont les propres ont été aliénés pendant le mariage, est aussi mobilière, et tomberait également dans le don universel des meubles qu'il ferait à l'autre avant sa mort (1).

569. Mais en serait-il de même, s'il était stipulé par le contrat de mariage que l'action de remploi *serait de nature propre et immobilière* ?

Cette clause autrefois usitée, et que quelques notaires insèrent encore par routine dans les contrats de mariage, ne peut changer en rien l'ordre légal de la transmission des biens en matière de succession ; l'art. 1389 s'y oppose.

Cependant, si dans le même contrat de mariage où il était stipulé que les actions en remploi seraient de nature propre et immobilière, un des époux faisait à l'autre la donation de tous ses meubles et objets mobiliers sans distinction, la Cour de Paris, par arrêt du 18 décembre 1819 (2), a fort bien jugé que ces deux clauses devaient s'interpréter l'une par l'autre, et que la donation du mobilier ne pouvait s'étendre à l'action de remploi. C'était en effet comme si le donateur avait dit : Je vous donne tous les biens, meubles et effets mobiliers que je posséderai à mon décès, excepté l'action en remploi, que je viens de déclarer par le présent immobilière.

---

(1) Voy. le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Legs*, sect. 4, § 2, n<sup>o</sup>. 4, tom. VII, pag. 319, 4<sup>e</sup>. édit.

(2) Sirey, tom. XX, 2<sup>e</sup>. part., pag. 159.

Mais si la donation de tout le mobilier avait été postérieure au contrat de mariage, faite, par exemple, par testament, nul doute que l'action de remploi y eût été comprise : *posteriora derogant prioribus*.

370. Nous avons dit que suivant les art. 1434 et 1435, le remploi est censé fait, lorsque, lors d'une acquisition, on a déclaré qu'elle était faite *des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble*, des deniers provenus de l'immeuble *vendu*, etc. La Cour de Paris (1) en a fort bien conclu qu'on ne peut valablement faire par anticipation le remploi d'un immeuble qui n'est pas encore vendu. Ainsi, en faisant une acquisition, on ne peut valablement stipuler que les biens acquis par les époux tiendront lieu de remploi aux propres de l'épouse, qui pourront être ultérieurement aliénés. En effet, le remploi est un remplacement d'une chose qu'on met en la place d'une autre. Il est donc contraire à la nature qu'on mette une chose à la place d'une autre qui n'est pas déplacée, qui occupe encore sa place.

Mais on peut très-bien, par contrat de mariage, stipuler que s'il est vendu des propres de la femme, le remploi en sera fait jusqu'à due concurrence sur les immeubles du mari. On peut même désigner l'immeuble, et déterminer le taux du remplacement, et dire, par exemple, que s'il est vendu des propres de la future pendant le mariage, il

---

(1) Arrêt du 27 janvier 1820, Sirey, tom. XX, 2<sup>e</sup> part., pag. 295.

en sera fait assiette et remploi jusqu'à due concurrence, sur telle terre appartenant au futur, sur le pied des fermages au denier vingt.

371. L'art. 1435 exige pour le remploi que la déclaration du mari porte que l'acquisition est faite des deniers de la femme et pour leur servir d'emploi; mais s'il était prouvé que l'immeuble acquis n'a pas été payé de ces deniers, pourrait-on, nonobstant la déclaration du mari et l'acceptation de la femme, se prévaloir de cette circonstance pour contester à la femme la propriété exclusive de l'héritage acquis et accepté pour remploi?

Par exemple, le mari acquiert le fonds cornélien, en déclarant que c'est pour servir de remploi aux propres vendus de son épouse, qui intervient pour accepter le remploi. Le mari meurt sans avoir payé le prix de l'acquisition. Ses héritiers, qui la trouvent avantageuse, peuvent-ils, sous ce prétexte, en contester à la femme la propriété exclusive, en disant qu'il est prouvé que le prix n'en a point été payé des deniers de la femme, comme l'exige l'art. 1435; qu'ainsi l'emploi est demeuré imparfait, et n'a point été consommé, et qu'elle n'a qu'une récompense à exercer sur les meubles, en tout cas en argent?

Non sans doute. La femme ayant accepté le remploi sur la déclaration de son mari la disposition de l'art. 1435 s'est trouvée remplie, et dès lors il n'a pu dépendre du mari seul de porter atteinte à un engagement synallagmatique, en négligeant d'acquitter le prix de l'acquisition, com-

me il s'y était obligé. Ainsi la validité du remploi est constante, et la veuve en est seule propriétaire.

La Cour de cassation a consacré ces principes dans un arrêt du 6 décembre 1819 (1), quoique dans une espèce différente. Le prix de l'acquisition avait été payé en entier par le père de la femme, qui était de moitié dans l'acquisition. Il s'agissait d'un contrat antérieur au Code; mais la Cour déclara dans ses considérans que l'arrêt eût été le même sous l'empire de la nouvelle loi.

572. Il reste à examiner une question qui pourrait servir de transition du régime en communauté au régime dotal, lesquels ont entre eux plus d'analogie qu'on ne le pense communément. La simple stipulation que la femme se constitue, ou apporte des biens *en dot*, ne suffit pas pour soumettre les biens au régime dotal (1552); car la dot sous ce régime, comme sous celui de la communauté, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (1540).

Ces biens, sous le régime dotal, sont inaliénables pendant le mariage, et ne peuvent être aliénés ni hypothéqués, ni par la femme, ni par le mari, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions spécifiées dans la loi (1554). Il suffit pour cela que les époux aient déclaré se marier sous le régime dotal. Au contraire, les biens que la

---

(1) Sirey, tom. XX, 1<sup>re</sup> part., pag. 108.



femme apporté à son mari, sous le régime de la communauté, pour soutenir les charges du mariage, sont aliénables par la femme autorisée de son mari. C'est la règle générale, à laquelle on ne trouve dans la loi aucune exception.

Mais n'en peut-on pas faire une par la convention matrimoniale? Ne peut-on pas, par exemple, après avoir déclaré par contrat de mariage qu'on se marie sous le régime de la communauté, stipuler dans le contrat que les biens immeubles que possède la future, et ceux qui lui écherront dans la suite par succession ou autrement, ne pourront être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par elle, ni par son mari, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions de droit?

Le principe ancien dans cette matière, consacré par l'art. 1497, est que « les époux peuvent » modifier la communauté légale par toute espèce » de conventions non contraires aux art. 1387, » 1388, 1389 et 1390. »

On peut donc, sous le régime de la communauté, stipuler par contrat de mariage l'inaliénabilité des biens immeubles de la femme, comme la loi l'a établie sous le régime dotal. C'est une précaution prudente que peut suggérer aux pères la connaissance du caractère de leurs enfans, et le désir de transmettre leurs biens à leurs petits-enfans.

Nous ne voyons pas qu'on puisse opposer contre cette stipulation aucune objection solide. Opposerait-on qu'elle pourrait devenir un moyen de fraude contre les tiers de bonne foi qui auraient



acquis dans l'ignorance du contrat de mariage de la femme et de ce qu'il contient? Mais la prudence leur permettait-elle d'acquérir sans le connaître et sans se le faire représenter? La même objection peut se reproduire contre l'inaliénabilité des biens de la femme sous le régime dotal, en faveur de ceux qui auraient acquis dans l'ignorance du contrat de mariage, et qui n'en sont pas moins exposés à voir révoquer l'aliénation (1560). Vainement allégueraient-ils leur ignorance : ce n'est qu'à eux-mêmes, à leur imprudence, qu'ils la doivent imputer. L'inaliénabilité des immeubles de la femme, stipulée par le contrat de mariage, sous le régime de la communauté, doit donc produire les mêmes effets que l'inaliénabilité des biens dotaux établie par le Code.

La Cour suprême a suivi ces principes dans un arrêt du 22 novembre 1820 (1), dont voici l'espèce : L'art. 6 d'un contrat de mariage portait « que les immeubles qui écherront aux époux leur » demeureront propres, sans que pour cela ceux » de la femme soient considérés comme dotaux ; » qu'ils pourront être aliénés à la charge d'un bon » et valable remplacement. »

Il s'agissait de savoir si la vente des biens de la femme faite sans remplacement était nulle, et la Cour royale de Caen avait jugé l'affirmative. On s'était pourvu contre son arrêt, mais le pourvoi fut rejeté par les considérations suivantes :

---

(1) Sirey, tom. XXI, 1<sup>re</sup> part., pag. 405.

« Attendu que la solution de la question qui  
» divise les parties dépendait uniquement du sens  
» et de l'entente à donner à l'art. 6 du contrat de  
» mariage ;

» Que la Cour de Caen , en décidant que la per-  
» mission d'aliéner ne pourrait être séparée de l'o-  
» bligation expresse imposée au mari de faire in-  
» continent le remplacement du prix de la vente ,  
» a fait une juste interprétation de la clause por-  
» tée au contrat de mariage ;

» Attendu d'ailleurs qu'en supposant que cette  
» interprétation fût erronée, elle échappe à la cen-  
» sure de la Cour ; par ces motifs , rejette. »

Cet arrêt est d'autant plus remarquable , que la Cour suprême pouvait très-bien rejeter le pourvoi en se bornant au second motif, et que par conséquent elle n'a pu user du premier que parce qu'il lui paraissait utile de faire connaître son opinion et ses principes sur la validité de la clause d'inaliénabilité.

373. Il est encore une question dont la solution peut achever de faire connaître l'esprit des dispositions du Code sur la communauté légale. L'art. 1453 porte que s'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux....., et que le prix en ait été versé dans la communauté , il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. On demande si, par le contrat de mariage, les époux peuvent renoncer à ce prélèvement, et stipuler que s'il est vendu, durant le mariage, quelque immeuble appartenant

à l'un d'eux, il n'y aura lieu au prélèvement du prix de la vente sur la communauté, où il aurait été versé?

Nous ne saurions douter que cette stipulation ne fût valide et ne dût être exécutée. Elle ne contient rien de contraire aux art. 1387, 1388, 1389 et 1390. Elle est par conséquent légitime, aux termes de l'art. 1497.

Objecterait-on que c'est renoncer d'avance à un droit qui n'est pas encore acquis, ce que les lois ne permettent pas de faire? La réponse est que ce n'est point renoncer à un droit non encore acquis, mais plutôt empêcher que ce droit ne puisse naître.

L'art. 1435, qui accorde le prélèvement du prix de l'immeuble vendu, suppose l'existence de la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code. Mais outre l'art. 1497, qui permet aux futurs de la modifier comme bon leur semble, l'art. 1387, le premier de ce titre, commence par poser le principe fondamental de la matière. Il porte : « La loi ne régit l'association conjugale, » quant aux biens, qu'à défaut de conventions » spéciales, que les époux peuvent faire comme » ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient » pas contraires aux bonnes mœurs. » Or, la stipulation qui porte qu'il n'y aura pas lieu au prélèvement, sur la communauté, du prix de l'immeuble de l'un des époux, vendu durant le mariage, n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. C'était même autrefois le droit commun, et c'est de là qu'était venu le proverbe « que le mari se

» devait relever trois fois la nuit pour vendre le  
» bien de sa femme (1). »

Il est vrai que de cette stipulation pouvait résulter un avantage indirect, une véritable donation en faveur de l'autre époux; et c'est pour cela que l'ancien droit fut aboli par l'art. 232 de la nouvelle Coutume de Paris, dont la disposition, dit Pothier, n°. 585, « est principalement fondée » sur ce principe, qu'il n'est pas permis à l'un » des conjoints par mariage d'avantager l'autre à » ses dépens, durant le mariage. » Mais il en est autrement sous l'empire du Code, qui laisse aux conjoints la faculté de s'avantager. Il n'y a donc nul prétexte pour rejeter la convention matrimoniale qui porterait que, s'il est vendu un immeuble de l'un des conjoints pendant la communauté, il n'y aura pas lieu au prélèvement du prix sur la communauté, où il a été versé.

---

(1) Loisel, Règles du droit français, liv. 1, tit. 2, règ. 14.



SECONDE PARTIE.

*De la Puissance du mari sur les biens personnels de la femme.*

SOMMAIRE.

- 374. *Quels sont les biens personnels de la femme, et combien on en distingue d'espèces.*
- 375. *Par le mariage, tous les biens de la femme passent, avec sa personne, sous la puissance maritale, qui a moins de force sur les biens que sur la personne, et pourquoi.*
- 376. *En se mariant sous le régime de la communauté, la femme perd la propriété de tous ses biens meubles présents et futurs. Définition de la communauté.*
- 377. *Mais elle peut la conserver, en les excluant de la communauté en tout ou partie. C'est ce qu'on appelle les réaliser.*
- 378. *Erreur de Pothier, qui prétend que la femme perd la propriété des meubles réalisés, et qu'elle n'a que la reprise de leur valeur.*
- 379. *Suite. Distinction entre les meubles qui se consomment par l'usage, et ceux qui ne se consomment pas.*
- 380. *La femme peut se réserver l'administration de ses meubles en tout ou en partie.*
- 381. *Le mari a l'administration des biens meubles que la femme a réalisés, si elle ne se l'est pas réservée.*
- 382. *Difficulté de déterminer l'étendue du mot administration.*
- 383. *L'art. 1428 met les actions mobilières et possessoires de la femme au nombre des actes d'administration que le mari peut exercer seul.*
- 384. *On ne peut conclure de son silence sur les actions pétitoires, qu'il ne peut les exercer seul.*
- 385. *Motif de ce silence.*
- 386. *Dispositions des coutumes sur les actions pétitoires à la femme. Elles n'étaient point d'accord.*



387. *Cependant on lui donnait le pouvoir de les exercer seul pour ses intérêts. Raisons pour et contre.*
388. *En Bretagne, on lui donnait le droit de les exercer indéfiniment, comme procureur de droit de sa femme.*
389. *Sous l'empire du Code, le mari peut exercer seul les actions pétitoires de la femme. Raisons pour ne pas lui refuser ce pouvoir.*
390. *Le texte de l'art. 1549 lui donne ce droit.*
391. *L'opinion qui refuse au mari le droit d'exercer l'action pétitoire est inconciliable avec les dispositions du Code.*
392. *Mais le jugement rendu contre le mari seul n'aurait pas la force de la chose jugée contre la femme.*
393. *Developpement des principes qu'on vient d'établir.*
394. *Les droits du mari sur les biens de la femme n'étant point par leur nature indivisibles de droit de cette dernière, il ne peut y renoncer en faveur d'un tiers.*
395. *Mais il ne peut traiter du droit de propriété de son épouse; s'il traitait par le même acte des droits de son épouse et des siens, l'acte serait valide à son égard, et nul envers elle.*
396. *Il en serait de même d'un jugement rendu contre lui seul; il aurait la force de la chose jugée contre lui, non contre la femme.*
397. *Arrêt de la Cour de Riom, rendu dans ces principes.*
398. *Il est bien rendu dans toutes ses dispositions. Réponse aux critiques qu'on en a faites. Quand le mari agit seul, c'est sa cause personnelle qu'il soutient, et non celle de la femme.*
399. *Peut-elle, durant le mariage, attaquer les actes faits par son mari seul? Distinction.*
400. *Conformité de la doctrine des auteurs antérieurs au Code, avec celle de l'arrêt de Riom.*
401. *Les créanciers du mari ne peuvent saisir son droit de jouissance, mais seulement les fruits pendans sur les propres de la femme.*
402. *On ne peut appeler usufruit le droit de jouissance des biens de la femme, qui appartient au mari.*

544 *Tit. V. Du Contrat de mariage, etc.*

403. *Le droit de jouissance du mari emporte celui d'affermier les blens.*
404. *Les baux du mari ne finissent point avec son droit de jouissance.*
405. *Mais il ne peut affermer pour plus de neuf ans, sans distinction entre les biens ruraux et les maisons (1429).*
406. *Si, en affermant pour plus de neuf ans, le mari avait passé sa qualité sous silence, il est dû au fermier expulsé des dommages-intérêts, dont la femme doit la moitié, si elle accepte la communauté.*
407. *Sa renonciation l'en dégagerait, mais non de l'obligation d'entretenir les baux de neuf ans faits par son mari.*
408. *Elle n'y serait pas tenue, s'ils étaient faits en fraude de ses droits; par exemple, si le mari a reçu un pot-de-vin à l'insu de sa femme.*
409. *Y aurait-il fraude, si le bail est renouvelé sans nécessité pendant la maladie dont meurt la femme?*
410. *Des baux faits par anticipation, et quelle est l'anticipation permise au mari.*
411. *On doit, à cet égard, distinguer entre les biens ruraux et les maisons.*
412. *Le bail fait avant le tems de l'anticipation permise est sans effet, à moins que son exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté.*
413. *Le mari répond de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, dont il a l'administration, causé par défaut d'actes conservatoires.*
414. *Il répond de toutes les prescriptions, même commencées avant le mariage, s'il a pu agir pour les empêcher de s'accomplir.*
415. *Quid, s'il ne restait que peu de jours pour accomplir la prescription?*
416. *Quel délai est suffisant.*
417. *La loi disposée à écouter les excuses du mari, s'il a été dans l'impuissance d'agir.*
418. *Par exemple, si on ne lui a pas remis les titres, c'est à la femme à prouver qu'ils ont été remis.*

419. *L'ignorance des droits de la femme peut aussi excuser le mari. Elle ne peut guère se prouver que par la non remise des titres.*
420. *L'insolvabilité des débiteurs peut encore excuser le mari, mais c'est à lui de la prouver.*
421. *Le mari est dégagé de la responsabilité en remettant les titres non prescrits, pourvu qu'il y ait encore un tems suffisant pour agir, et que les débiteurs ne soient pas devenus insolvable pendant le tems de son inaction.*
422. *Responsabilité du dommage causé par l'un des conjoints sur les biens de l'autre.*

374. APRÈS avoir traité de l'administration de la communauté, nous passons, dans cette seconde partie, à l'administration des biens *personnels* de la femme. Le Code appelle ainsi les biens dont le fonds n'entre point dans la communauté, comme nous l'avons dit *suprà*, n°. 214, en expliquant le § 3 de l'art. 1409, qui ne fait entrer dans le passif de la communauté que les arrérages et intérêts des rentes et dettes passives *qui sont personnelles aux deux époux*.

Pothier (1) dit qu'on distingue les biens de la femme en *biens de communauté* et en *biens propres*. C'est une inexactitude échappée à ce grand jurisconsulte, qui, dans cent endroits de son ouvrage, enseigne avec raison que la femme n'a aucun droit actuel sur les biens de la communauté, qu'elle n'a que l'espérance d'y avoir part : *Non est propriè socia, sed tantùm speratur fore*.

Il n'y a point d'autre distinction à faire entre

---

(1) Traité de la puissance du mari, n°. 81.

les biens de la femme que celle qui est commune à tous les biens, quel qu'en soit le propriétaire ou le possesseur. Ils se divisent naturellement en meubles et en immeubles.

375. Tous les biens de la femme qui se marie sous le régime de la communauté légale, passent de plein droit, avec sa personne, sous la puissance du mari. Mais les droits que lui donne cette puissance sur les biens ont beaucoup moins de force que ceux qu'elle lui donne sur la personne de la femme. La puissance du mari sur la personne de la femme tient à l'ordre public, et c'est pourquoi « les époux ne peuvent déroger aux » droits résultant de la puissance maritale sur *la* » *personne de la femme.* » ( Art. 1388 ). Au contraire, la loi ne règle les droits de la puissance maritale sur les biens qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire, en se mariant, comme ils le jugent à propos (1).

Ce n'est donc qu'à défaut de ces conventions spéciales permises par la loi, qu'après avoir établi les droits du mari sur les biens dits de la communauté, le Code, dans les art. 1428 et suiv., établit ses droits sur les biens *personnels* de sa femme, c'est-à-dire sur ceux qui ne sont pas entrés dans la communauté.

376. Il faut, à cet égard, faire une distinction importante entre les meubles et les immeubles. La femme, en se mariant sous le régime de la communauté légale, telle qu'elle est établie par

---

(1) Voy. les art. 1387, 1497, 1527.



le Code, perd irrévocablement la propriété de tous ses biens meubles, corporels et incorporels, présents et futurs, pour la conférer à son mari, sous la condition et dans le simple espoir de partager la masse des biens meubles qui existeront dans la communauté à la dissolution du mariage, ainsi que les acquêts qui auront été faits pendant sa durée. Ce sont ces biens, joints aux meubles qu'avait alors le mari, qui composent ce qu'on appelle *la communauté*, que l'on peut définir une convention tacite par laquelle la femme renonce à la propriété de tous ses biens meubles, présents et futurs, pour la conférer à son mari, qui les confond avec ses biens propres, et dispose du tout à son bon plaisir, sans qu'elle reçoive de lui, en retour, autre chose que l'espoir de partager la masse de ces biens, s'il en reste à la dissolution du mariage, en payant la moitié des dettes.

377. Mais ce n'est qu'à défaut de conventions spéciales contraires que la femme perd ainsi la propriété de tous ses biens meubles; elle peut la conserver, en les excluant en tout ou en partie des biens dits de la communauté. C'est ce que les auteurs appellent *les réaliser, clause de réalisation*; expression dont le Code a évité de se servir (1). Les biens meubles de la femme ainsi réalisés ou exclus de la communauté lui demeurent donc propres.

378. Cependant Pothier prétend qu'elle n'en

---

(1) Voy. la sect. 2 de la 2<sup>e</sup>. part. du présent titre; Pothier, n<sup>o</sup>. 315; le Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, v<sup>o</sup>. *Réalisation*.



conserve pas moins la propriété, et qu'ils ne diffèrent des biens mis en communauté qu'en ce que la femme ou ses héritiers sont créanciers de la reprise ou de la valeur de ces biens; que le mari n'a pas moins le droit de disposer à son gré de ces biens que de ceux de la communauté; que la clause d'exclusion ou de réalisation ne laisse à la femme qu'une créance pour la reprise, et un *privilege* sur les effets qui se trouvent encore en nature dans la possession du mari ou de sa succession, pour le paiement de la reprise qui lui est due (1). Telle est la doctrine de ce savant auteur, dans son *Traité de la puissance du mari*.

Il y revient encore dans le *Traité de la communauté*, n°. 325. « Le mari, dit-il, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces meubles et leur exclusion de la communauté ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur..... contre la communauté, dans laquelle *ces meubles réalisés se sont confondus*, et c'est à cette créance de reprise que la qualité de propre conventionnel est attachée. Le conjoint n'est pas créancier *in specie* des meubles réalisés, il ne l'est que de leur valeur; et s'il s'en trouve quelques-uns en nature, lors de la dissolution de la communauté, il y aurait seulement un *privilege* pour la créance de reprise, en les faisant reconnaître. »

---

(1) *Traité de la puissance maritale*, n°. 83, et *Traité de la communauté*, n°. 325.

Ainsi, selon Pothier ; la femme , en se mariant , perdrait irrévocablement la propriété des biens meubles qu'elle a spécialement exclus de la communauté , aussi bien qu'elle perd celle des biens qu'elle y a mis , et sa volonté serait impuissante pour lui en conserver la propriété , quoiqu'authentiquement manifestée par une clause expresse des conventions matrimoniales , qui cependant , suivant le Code , doivent prévaloir sur les dispositions même de la loi , lorsqu'elles n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs , puisque ce n'est qu'à défaut de ces conventions spéciales que les dispositions légales régissent *l'association conjugale quant aux biens* (1387).

379. Une pareille doctrine étonne , de la part d'un auteur aussi exact que l'est ordinairement Pothier. Elle est contraire à tous les principes , au principe général du droit , qui veut que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (1134) ; au principe fondamental en matière de contrats de mariage , que la loi ne régit l'association conjugale , quant aux biens , qu'à défaut de conventions spéciales , que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (1387) ; enfin , aux dispositions textuelles du Code , qui n'a pas suivi les principes de Pothier. De plus , elle entraînerait nécessairement des conséquences d'une absurdité telle qu'elle suffirait seule pour la faire rejeter , comme en bonne logique on doit rejeter un principe dont la conséquence est absurde.

Heureusement , ce savant auteur nous indique

la source de son erreur et le moyen de la réfuter.

« La raison de cette différence, dit-il, entre les  
 » immeubles réels propres de communauté ( que  
 » le mari n'a pas le droit de vendre ) et les meu-  
 » bles réalisés, est que la communauté doit avoir  
 » la jouissance de tous les propres de chacun des  
 » conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii*. Elle  
 » peut avoir la jouissance de leurs immeubles pro-  
 » pres réels, sans que cette jouissance en con-  
 » somme le fonds : il n'est donc pas nécessaire,  
 » pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le  
 » droit d'aliéner le fonds. Au contraire, les meu-  
 » bles réalisés étant des choses qui se consomment  
 » par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consu-*  
 » *muntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent  
 » de nulle valeur par un long usage, pour que la  
 » communauté en puisse avoir la jouissance, et  
 » pour conserver en même tems au conjoint qui  
 » les a réalisés quelque chose qui lui tienne lieu  
 » du droit de *propriété qu'il a entendu se réserver*  
 » *par la convention de réalisation*, il a été nécessaire  
 » d'abandonner à la communauté ces meubles réa-  
 » lisés, et de laisser au mari, chef de cette com-  
 » munauté, le droit de les aliéner et d'en disposer,  
 » sans quoi la communauté n'en pourrait avoir la  
 » jouissance, et de donner au conjoint qui les a  
 » réalisés, pour lui tenir lieu de son droit de pro-  
 » priété, une créance de reprise de la valeur des  
 » effets réalisés, qu'il aura droit d'exercer contre la  
 » communauté lors de sa dissolution. Ceci est con-  
 » forme aux principes de droit sur le quasi-usu-  
 » fruit. » *Institut., tit. de usufructu, § 3, et tit.*

*ff de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur,*  
7. 5.

Ainsi, Pothier a fort bien vu qu'il fallait appliquer aux meubles exclus de la communauté ou réalisés, les principes du droit romain sur l'usufruit des meubles, et sa doctrine est d'une exactitude parfaite en ce qui concerne les meubles qui se consomment par l'usage; elle ne pèche qu'en ce qu'il l'a étendue à tous les meubles, dont il ne fait qu'une seule classe, parce que, dit-il, à la différence des immeubles, ils se consomment tous par l'usage, ou du moins ils s'altèrent et deviennent de nulle valeur par le long usage; et c'est en cela qu'il se trompe, et que sa doctrine est contraire au droit romain et aux principes du Code.

C'est un principe élémentaire en matière d'usufruit, et fondé sur la nature des choses, qu'il faut distinguer deux classes de meubles, ceux qui se consomment par le seul usage, *quæ ipso usu consumuntur*, ou plutôt, comme dit le Code, dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme tous les comestibles, le vin, l'huile, le froment, l'argent monnoyé, et ceux dont on peut faire un usage sans les consommer, quoiqu'ils se détériorent peu à peu par l'usage, comme tous les meubles meublans, etc.

Or, l'usufruit étant essentiellement le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver *la substance* (578), il est évident qu'on ne peut établir un usufruit proprement dit sur les choses dont on ne peut faire usage, sans les



consommer et sans en détruire la substance. Cependant, comme la nature de ces choses est telle que l'une peut tenir lieu de l'autre, et peut être compensée avec l'autre, *quarum una ejusdem generis, alterius vice fungitur, et videtur idem esse*, on les appelle choses *fongibles* (1291). Et à Rome, on pensa qu'on pouvait, *utilitatis causâ*, établir sur ces choses, non pas un usufruit proprement dit, puisque la nature des choses s'y oppose, mais un quasi-usufruit, au moyen de la caution que donnait le *quasi-usufruitier*, de rendre le même nombre de ces choses, de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit (587). Cette loi romaine, naturalisée depuis long-tems en France, est consacrée par le Code au titre de l'usufruit.

L'usufruitier ayant le droit de consommer les choses sur lesquelles est établi le quasi-usufruit, et d'en détruire la substance, il en résulte que la propriété lui en est nécessairement transférée : *Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus sit, proprietas ad legatarium transferri debet. Loi 7, ff de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur, 7. 5.* En effet, puisqu'il a droit d'en disposer, et que, dans la restitution qu'il en fera un jour, on ne trouvera que l'échange d'un objet contre un autre, il est clair qu'il avait la propriété.

Quant aux meubles qui, sans se consommer de suite, s'altèrent par l'usage et deviennent de peu de valeur, comme dit Pothier, il est obligé de les conserver, pour les rendre en nature à la fin de l'usufruit. L'art. 589 le dit positivement : « Si



» l'usufruit comprend des choses qui, sans se  
» consommer de suite, se détériorent peu à peu  
» par l'usage, comme du linge, des meubles meu-  
» blans, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour  
» l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obli-  
» gé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans  
» l'état où elles se trouvent, non détériorées par  
» son dol ou par sa faute. »

Le Code applique ces principes, dans la sect. 9, aux conventions exclusives de la communauté. L'art. 1532 parlant du mobilier exclus de la communauté, porte : « Si, dans le mobilier apporté  
» en dot par la femme, ou qui lui échoit pendant  
» le mariage, il y a des choses dont on ne peut  
» faire usage sans les consommer, il en doit être  
» joint un état estimatif au contrat de mariage, ou  
» il doit en être fait inventaire lors de l'échéance.  
» Le mari en doit rendre le prix d'après l'estima-  
» tion. »

On peut conclure de cet article qu'à l'égard des choses non fongibles exclues de la communauté, il doit les rendre en nature, quoique détériorées par l'usage, pourvu que ce ne soit pas par sa faute. (589). Mais, d'ailleurs, l'art. 1533 ne permet pas d'en douter. Il porte : « Le mari est tenu de toutes  
» les charges de l'usufruit. » Or, la première de ces charges est sans contredit de conserver la substance des choses qui y sont soumises : donc le mari doit rendre en nature les choses exclues de la communauté ou réalisées, et n'en peut disposer, quoiqu'elles s'altèrent et se détériorent par le long usage.

Donc le Code a rejeté la doctrine de Pothier. C'est un point qui nous paraît démontré.

Dirait-on que les art. 1532 et 1533 sont dans le cas où la femme a réalisé tout son mobilier en se mariant *sans communauté*, et qu'on ne doit pas les appliquer au cas où la femme, mariée d'ailleurs sous le régime de la communauté en a seulement exclus ses meubles les plus chers, des objets d'art, par exemple, des tableaux précieux, des statues antiques, ses diamans, son argenterie, etc.?

Et pourquoi ne les appliquerait-on point à ce cas? Qui peut le plus peut le moins : c'est une de nos premières règles de droit. *Loi 21, ff de R. J.* Quoi! la femme peut ôter à son mari la disposition de son mobilier tout entier, en se mariant sans communauté, et en laissant d'ailleurs subsister la communauté, que le Code lui permet de modifier comme bon lui semble, elle ne pourrait pas lui ôter la disposition de ceux de ses meubles auxquels elle est le plus attachée, en les excluant de la communauté, et sa volonté expresse et authentiquement manifestée par cette clause d'exclusion ne pourrait empêcher son mari de vendre ses diamans, par exemple, pour aller les jouer, comme Beverley! Bien plus, les créanciers du mari auraient le droit de les saisir et de les faire vendre! L'absurdité d'une pareille doctrine suffirait pour la faire rejeter.

Mais voici une raison sans réplique. Pourquoi le mari peut-il vendre les meubles que la femme apporte en se mariant sous le régime de la communauté? C'est parce qu'ils tombent dans la com-

munauté, dont la loi le rend maître absolu. Il peut dès lors les vendre, parce qu'il en est devenu le propriétaire. Mais il ne devient pas propriétaire des meubles spécialement exclus de la communauté. Pothier reconnaît que la femme a entendu *s'en réserver* la propriété en les réalisant : il ne peut donc en disposer ou les vendre. A quel titre le pourrait-il faire ? Il n'en a que l'administration, si la femme ne se l'est pas réservée, comme elle en a le droit.

Il faut donc appliquer à ce cas les dispositions des art. 1532 et 1533, aussi bien qu'au cas où la femme s'est mariée sans communauté. Il y a, pour l'un et l'autre cas, identité de raison. Le mari ne peut donc disposer des meubles exclus de la communauté, à l'exception de ceux dont on ne peut faire usage sans les consommer, par exemple, d'une somme d'argent, d'une créance que la femme a exclue de la communauté, en se la réputant propre. C'est alors seulement, comme dit Pothier, qu'elle n'est que créancière de la reprise de cette somme ; mais lorsqu'il s'agit de meubles dont on peut faire usage sans les consommer, en les excluant de la communauté, la femme en demeure propriétaire, et peut les reprendre *in specie*, et non pas seulement leur valeur.

C'est même le seul moyen de mettre en sûreté les droits de la femme sur les biens réalisés ; car si elle n'avait que la reprise de leur valeur, et que le mari se trouvât insolvable, sans laisser autre chose que des meubles, la femme n'ayant chez

nous ni hypothèque, ni privilège sur les meubles, serait réduite à venir en concurrence sur leur prix, par contribution, avec tous les autres créanciers du mari. Ce fut pour en prévenir la perte qu'elle en pourrait souffrir que Justinien lui donna le droit de revendication sur tous ses biens dotaux, estimés ou non estimés. *In rebus dotalibus, dit la loi 31, Cod. de jure dotium, 5. 12, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extent, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis, omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt posse sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res, et ab initio, uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio, etc.*

380. Mais si la femme conserve la propriété des biens qu'elle a exclus de la communauté, le mari n'en a pas moins l'administration, comme celle de tous ses autres biens.

« Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme », dit l'art. 1428.

On peut remarquer qu'en parlant de l'administration des biens de la femme, cet article ne la donne point au mari seul, comme lui est donnée celle des biens de la communauté, par l'art. 1421, qui porte :

« Le mari administre seul les biens de la communauté. » On trouvera le motif de cette différence de rédaction entre ces deux articles, dans ce que nous avons dit *suprà*, n°. 507. On ne peut valablement stipuler par contrat de mariage que le



mari n'aura pas l'administration des biens de la communauté. Elle est attachée à sa personne, comme chef de la société conjugale, par une raison d'ordre public. Au contraire, la femme peut, par contrat de mariage, se réserver l'entière administration de tout ou de partie seulement de ses biens. (1534, 1536).

La formule exclusive ne pouvait donc convenir à l'administration des biens de la femme, comme elle convenait à l'administration des biens de la communauté.

381. Mais il faut remarquer aussi que si la femme ne s'est pas, comme elle en a le droit, réservé l'administration des meubles qu'elle a exclus de la communauté, l'administration en appartient au mari; car la disposition de l'art. 1428 est générale et sans exception : « Le mari a l'administration de *tous* les biens personnels de la femme », et par conséquent de ceux qu'elle n'a fait qu'exclure de la communauté; car la simple exclusion de la communauté ne suffit pas pour ôter au mari l'administration des meubles exclus, ou, comme on dit, *réalisés*. Les immeubles aussi sont exclus de la communauté, et cependant le mari en a l'administration, si la femme ne se l'est pas réservée par contrat de mariage. La simple exclusion des meubles de la communauté n'a pas d'autre effet que de les réduire à la condition des immeubles. C'est pour cela sans doute que les auteurs appelaient cette exclusion *conventionnelle*, clause de réalisation, et quelques-uns clause d'immobilisation. Il faut avoir ces principes présents à la



mémoire, quand on s'occupe de rédiger des conventions matrimoniales.

382. L'art. 1428 se borne à donner au mari, en termes généraux, l'administration des biens personnels de la femme, comme l'avaient fait nos coutumes. « Le mari, dit celle de Bretagne, est administrateur des biens de sa femme. » (429).

Le sens de cette expression n'étant point fixé par la loi, il serait difficile de déterminer, d'une manière bien précise, quels sont tous les actes qu'on doit comprendre sous la dénomination d'actes d'administration, pour en conclure qu'il est au pouvoir du mari de les faire ou de ne les pas faire sans le concours de sa femme.

Il y a souvent, dans ces questions, quelque chose qui dépend des faits et des circonstances, qu'il est sage d'abandonner à la prudence du magistrat chargé de les apprécier et de les juger.

383. L'administration des biens de la femme consiste principalement à recevoir les revenus, ainsi que les sommes qui lui sont dues; il ne peut y avoir sur cela aucun doute. Il était donc presque inutile de répéter, dans notre art. 1428, ce que disaient nos anciennes coutumes, que le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières » et possessoires qui appartiennent à la femme. Cela résultait assez de la nature de ces actions; mais le Code n'a voulu laisser aucun doute sur ce point.

L'art. 233 de la Coutume de Paris portait aussi que « le mari est seigneur des actions mobilières » et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté

• de la femme, et peut, le mari, agir seul, et dé-  
• duire lesdits droits et actions en jugement sans  
• ladite femme. »

Les actions mobilières de la femme sont celles qui tendent *ad mobile consequendum*; elles tombent toutes dans la communauté. On ne pourrait donc en refuser le libre exercice au mari, sans lui ôter sa qualité de chef, à laquelle nous avons vu qu'il ne peut jamais renoncer.

Si son action avait pour objet des meubles exclus de la communauté, nous avons encore vu que cette exclusion ne suffisait pas pour lui en ôter l'administration, à moins que la femme ne se la soit spécialement réservée par son contrat de mariage.

Quant aux actions possessoires, ce sont celles qui tendent à faire cesser le trouble apporté à la jouissance des biens de la femme, accordée par la loi au mari seul. Il ne fait donc qu'user de son droit, d'un droit qui lui est propre, quand il les exerce seul. Cependant, comme le jugement de l'action possessoire, s'il était contraire, pourrait avoir des suites fâcheuses contre la propriété de la femme, elle a toujours le droit d'y intervenir pour ses intérêts, malgré son mari, en se faisant autoriser de justice : *Potest tamen uxor intervenire etiam, invito marito, authorata à judice, in propriis suis, ne colludatur, ut dixi in Consuet. Paris., § 113*, dit Dumoulin, dans sa note sur la Coutume de Bourgogne, chap. 4, art. 5.

384. Mais faut-il conclure du silence que garde le Code sur les actions pétitoires qui appartiennent

ment à la femme, que le mari ne peut les exercer seul et sans son consentement? En bonne logique, cet argument ne procède pas : le Code donne au mari le droit d'exercer seul les actions possessoires qui appartiennent à la femme ; donc il lui refuse le droit d'exercer seul les actions pétitoires.

La conséquence n'est pas contenue dans les prémisses. On ne pourrait donc argumenter du silence du Code, contre le droit du mari, qu'en appliquant ici le pitoyable brocard des glossateurs, *inclusio unius est exclusio alterius*, qui ne pourrait avoir quelque force que dans le cas où la règle générale serait que le mari ne peut agir pour sa femme sans son concours. Mais puisque le Code place la femme et ses biens sous la puissance, et pour ainsi dire sous la tutelle du mari ; qu'il donne à celui-ci l'administration générale de tous les biens personnels de sa femme ; qu'il prononce contre lui la responsabilité de *tout déperissement* de ses biens, causé par défaut d'actes conservatoires, ce serait évidemment faire un raisonnement vicieux, que de conclure de la disposition particulière, qui porte que le mari peut exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, qu'il ne peut exercer les pétitoires sans son consentement.

385. Le Code, en donnant au mari, par une disposition expresse, le droit et le pouvoir d'exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, a eu, pour garder le silence sur les pétitoires, des raisons que ne paraissent pas avoir comprises ceux qui s'appuient sur le méchant bro-

card des glossateurs, pour lui refuser le droit d'exercer seul ces dernières.

Les actions mobilières et les possessoires, que l'art. 1428, à l'exemple de la Coutume de Paris, met sur le même rang, tombent dans la communauté, et par conséquent appartiennent au mari, qui en est maître et seigneur, comme le dit énergiquement l'art. 233 de la Coutume de Paris : « Le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, et peut, le mari, agir seul, et déduire lesdits droits et actions en jugement sans sadite femme. »

Il résulte de là que les jugemens rendus contradictoirement avec le mari seul ont la force de la chose jugée contre la femme, sans qu'elle puisse les attaquer par la voie de tierce opposition.

Or, si le Code avait appliqué aux actions pétitoires de la femme, par une disposition expresse, ce que dit l'art. 1428 des actions mobilières et possessoires, on aurait pu le regarder comme le mandataire légal et spécial de la femme, qui est en sa puissance, et soutenir en conséquence que les jugemens rendus au pétitoire contre lui, sans qu'elle fût en cause, doivent avoir contre elle l'autorité de la chose jugée, de même que ceux rendus contre un mandataire ou procureur spécialement constitué par elle. Le silence gardé par le Code ne permet pas d'élever cette injuste prétention.

Mais aussi on n'en peut conclure que le mari peut exercer seul l'action pétitoire, pour reven-



diquer les héritages propres de sa femme, dont les fruits et revenus lui appartiennent. Voyons si nous pourrions trouver quelques lumières dans nos anciennes coutumes, d'où est tirée, presque mot pour mot, la disposition de l'art. 1428, relatif aux actions mobilières et possessoires.

386. Elles n'étaient point d'accord entre elles (1). Les unes, et c'était le plus grand nombre, se bornaient, comme la Coutume de Paris, art. 233, à dire que le mari était le seigneur des actions mobilières et possessoires de la femme, et qu'il peut les exercer seul sans sa femme; elles gardaient, comme le Code, le silence sur les actions pétitoires.

D'autres ajoutaient qu'il ne pouvait exercer les actions pétitoires sans que la femme fût en cause, *si ce n'est pour l'intérêt du mari seulement.*

D'autres disaient, au contraire, que le mari pouvait seul, et sans son consentement, poursuivre et défendre les droits, noms et actions de sa femme, soit en actions personnelles, hypothécaires, ou autres pétitoires. Du nombre de celles-ci était la Coutume du Poitou, art. 228.

Dans les coutumes qui ne parlaient que des actions mobilières et possessoires, les auteurs refusaient assez généralement au mari le pouvoir d'exercer les actions pétitoires de la femme sans son consentement ou sa procuration.

387. Cependant, sous la Coutume de Paris,

---

(1) Voy. Duparc-Poullain, sur l'art. 424 de la Coutume de Bretagne, dans la conférence n<sup>o</sup>. 2, tom. III, pag. 17.



dont nous avons *suprà* rapporté le texte, ce grand magistrat, M. Camus, dans ses observations (1) sur l'art. 233, après avoir dit en général que, dans les actions pétitoires, il fallait que la femme fût en cause, parce qu'elle a un plus grand intérêt que son mari pour se conserver le fonds d'un héritage qu'on veut lui ôter, ou d'avoir celui dont elle est dépossédée, ajoutait que, « comme le mari » en peut prétendre les fruits et la femme la propriété, le mari peut, si sa femme ne le voulait pas, agir seul, tant pour sa jouissance que pour soutenir les intérêts de sa femme, et rendre sa condition meilleure. » Et plusieurs des coutumes qui refusaient au mari l'exercice des actions pétitoires de la femme ajoutaient, par exception, si ce n'est pour l'intérêt du mari seulement (2).

Dans les coutumes où les auteurs refusaient au mari le droit d'exercer les actions pétitoires de la femme, ils se fondaient sur la loi 7, § 2, *ff de jure deliberandi*, 28. 8, qui dit qu'il est absurde de permettre l'exercice des actions à celui qui n'a pas le pouvoir d'aliéner : *Absurdum est enim, ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere.*

Les autres répondaient par la loi 21, au Code de procuratoribus, 2. 13, qui porte : *Maritus citrà mandatum in rebus uxoris intercedendi habeat facultatem.* En effet, dans plusieurs coutumes le mari était considéré comme le mandataire légal de sa

---

(1) Imprimées dans la compilation de Ferrière.

(2) Voy. Duparc-Poullain, cité *suprà*, conférence sur l'art. 424 n<sup>o</sup>, 2.

femme, et il prenait en agissant la qualité de mari et procureur de droit de son épouse. Dans notre Bretagne sur-tout, on rejetait l'opinion des auteurs qui prétendaient que, si le mari agit seul au pétitoire, sa procédure est nulle, et qu'il est seulement le maître des actions mobilières et possessoires de sa femme, parce qu'elles tombent dans la communauté.

388. « Mais, en Bretagne, dit Duparc-Poulain (1), le mari étant le procureur de droit de sa femme et l'administrateur de ses biens, il est indubitable que son droit est général pour tout ce qui n'est que d'administration, et les actions réelles sont sans doute de ce nombre, puisque le tuteur a droit et est obligé de les poursuivre pour son mineur. Le mari est même obligé de veiller à la conservation des droits de sa femme. Ainsi, cette poursuite est en même tems *un droit* et *un devoir* dont il ne peut se dispenser. »

389. Maintenant quelle opinion suivre sous l'empire du Code, qui n'a point tranché la question par une disposition précise? Nous ne balançons pas à dire que c'est la dernière, parce qu'elle nous paraît conforme aux principes du droit et aux dispositions du Code, dont elle est une conséquence nécessaire. Et d'abord, on ne peut refuser au mari le pouvoir d'agir seul pour ses intérêts sans le concours de sa femme; l'intérêt est la mesure des actions. Or, le mari a l'administration et la jouis-

---

(1) Dans ses Principes du droit, tom. V, pag. 96, n°. 121.

sance de tous les immeubles propres de son épouse; il en fait siens, sans en devoir compte à personne, tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient (1401). Il est donc évident qu'il peut agir seul au pétitoire et pour son intérêt, contre les détenteurs ou usurpateurs des propres de son épouse; autrement la femme, par son refus de concourir à l'action, pourrait le priver de ces fruits et revenus. C'est par ces motifs que l'art. 818 (1) du Code dit que « le mari peut, » sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets meubles et immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté. A l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. »

Rien de plus juste que cette disposition; car si l'on refusait au mari le droit d'agir, il en résulterait que la femme pourrait, en refusant son concours, le priver des revenus des immeubles qui lui appartiennent, soit par caprice, soit par le motif secret d'avantager les détenteurs de ses biens.

Il n'est donc pas douteux que le mari peut agir seul et pour ses intérêts particuliers, même au pétitoire, contre les détenteurs ou usurpateurs des biens personnels de sa femme.

---

(1) Voyez, sur cet article, Chabot, *Traité des successions*.

Appliquons ces principes à une espèce analogue. Le mari ne peut, en règle générale, accepter seul une succession échue à la femme sans son concours (art. 776) (1). Cependant, si la femme refuse, le mari est admis à l'accepter, parce que la femme ne peut nuire aux intérêts de son mari par un refus qui le priverait du mobilier de la succession, et des revenus des immeubles qui la composent. C'est par un semblable motif que, suivant l'art. 788, les créanciers de celui qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits, peuvent être autorisés à l'accepter du chef de leur débiteur et en son lieu et place.

Ces principes sont applicables à tous les cas où le mari revendique des immeubles sur lesquels sa femme a des droits de propriété. Il y est très-intéressé, puisque les revenus à venir de ces immeubles tomberont dans la communauté dont il est le maître, ainsi que les revenus arriérés, si le détenteur n'était pas de bonne foi. C'est aussi par ce motif qu'il peut exercer l'action possessoire.

Un autre motif péremptoire pour donner au mari l'action pétitoire, c'est que le Code, comme l'ancienne jurisprudence, le rend responsable de tout dépérissement des biens personnels propres de son épouse, causé par défaut d'actes conservatoires : il répond par conséquent des prescriptions; or, comment pourrait-il en répondre, s'il lui était défendu d'agir au pétitoire contre des

---

(1) Voyez encore Chabot, sur cet article et les auteurs qu'il cite.



usurpateurs, avec lesquels la femme aurait peut-être pris secrètement des arrangements collusoires?

390. Enfin, en raisonnant par analogie, nous trouvons, dans l'art. 1549, une disposition qui tranche la question en faveur du droit qu'a le mari d'exercer les actions pétitoires concernant les immeubles propres de sa femme, seul et sans son concours. Cet article porte que « le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. » Il ajoute : « Il a seul le droit de pour- » suivre les débiteurs et *détenteurs* ; d'en percevoir » les fruits et les intérêts, et de recevoir le rem- » boursement des capitaux. »

Or, quand on poursuit un *détenteur*, c'est pour le forcer de rendre ce qu'il détenait et qu'il n'a pas le droit de retenir; et remarquez que ce n'est pas seulement le *détenteur* annal que le mari a le droit de poursuivre, suivant l'art. 1549; ce sont généralement tous les *détenteurs* sans exception, soit qu'ils ne le soient que depuis un an, soit qu'ils le soient depuis plusieurs années : il peut donc former contre eux l'action pétitoire; car l'action contre un détenteur plus qu'annal est nécessairement pétitoire.

Il est vrai que notre savant collègue et ami, M. Carré, dont les écrits continuent d'agrandir la science, dit (1) que l'exercice du droit que donne

---

(1) Pag. 245 du tom. II de son excellent ouvrage sur les Lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles. Ce second volume est sous presse, et paraîtra incessamment.



l'art. 1549 au mari, lui *semble* borné aux actions purement conservatoires, comme les actions possessoires, et non pas aux actions relatives au fond du droit de propriété, et dont le résultat pourrait être de le modifier, de le restreindre ou de l'anéantir.

Mais la rédaction de l'article résiste évidemment à cette interprétation restrictive, et l'action pétitoire du mari ne peut jamais avoir le résultat de modifier, restreindre ou anéantir les droits de la femme sur ses biens dotaux, puisqu'en supposant même que l'action du mari fût rejetée, le jugement qui la rejeterait ne pourrait obtenir contre elle la force de la chose jugée.

Nous prenons donc pour constant que l'art. 1549 autorise le mari à exercer l'action pétitoire, concernant les biens dotaux de sa femme, et de là nous concluons, par analogie, qu'il a le même droit à l'égard des biens personnels de la femme mariée sous le régime de la communauté; car on ne saurait concevoir pourquoi il aurait plus de droits sur les biens dotaux que sur les biens personnels de la femme mariée en communauté.

L'analogie nous paraît parfaite; car la dot, dit l'art. 1540, sous le régime dotal ou sous celui de la communauté, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.

391. Disons donc avec Duparc-Poullain (1),

---

(1) Sur l'art. 429 de la Coutume de Bretagne, tom. III, pag. 91, note D.

notre savant maître , dont nous invoquerons encore une fois l'autorité, que l'opinion des auteurs français qui refusent au mari le pouvoir d'agir seul au pétitoire pour les propres de sa femme, est, sous l'empire du Code, comme sous l'empire des coutumes , « inconciliable avec l'obligation du mari de veiller à leur conservation ; » car supposons, dit-il, que la femme ne veuille pas agir, le mari en serait-il moins obligé de veiller à la conservation de son propre ?

» D'ailleurs, le droit de recueillir tous les revenus, donne au mari un intérêt sensible, et » conséquemment une qualité pour réclamer les » héritages et les autres droits réels qui ont été » usurpés sur sa femme. Aussi Coquille adopte » les dispositions des coutumes qui donnent au » mari, pour son intérêt, le droit de poursuivre » les actions réelles de sa femme. »

392. Ces raisons nous paraissent péremptoires et sans réplique ; mais la femme n'ayant point été partie dans l'instance , ne serait point liée par le jugement qui serait rendu contre son mari seul. Ce jugement ne pourrait obtenir contre elle l'autorité de la chose jugée : elle pourrait toujours s'y rendre opposante. Le défendeur doit donc, pour sa sûreté, mettre la femme en cause. C'est le seul parti que la prudence lui commande de prendre ; il ne pourrait faire rejeter l'action du mari par une fin de non-recevoir fondée sur le défaut de qualité.

393. Car c'est un principe élémentaire dicté par la raison , que l'intérêt est la mesure des ac-

tions. « Celui qui est sans intérêt, n'est pas recevable à agir, » dit fort bien la Cour de cassation, art. 3 de ses observations sur le Code de procédure; mais au contraire, celui qui a un droit actuellement acquis, a la faculté de le revendiquer, ou de le poursuivre en justice.

Or, la loi donne au mari tous les fruits et revenus des propres de son épouse. Supposons donc qu'un mari demande au détenteur des biens de sa femme, la restitution des fruits depuis les dix dernières années; il a certainement droit et qualité pour former cette action, qui l'intéresse seul. Le défendeur lui répond qu'il est en possession, et que le bien dont il réclame les fruits n'appartient point à son épouse; le mari lui réplique que le bien dépend de la succession du père de sa femme, seule héritière, et il le prouve par titres authentiques : il en conclut qu'il a droit d'en réclamer les fruits et la jouissance. Voilà donc l'action pétitoire engagée, et le défendeur ne pourra pas écarter, par une fin de non-recevoir, la preuve donnée par le mari, car on est toujours recevable à prouver non seulement son propre droit, mais encore le droit de la personne dont on tire le sien.

D'un autre côté, comme le mari est responsable de la prescription des biens personnels de sa femme, il a intérêt, et il peut, par conséquent, dans tous les cas, joindre à la demande des fruits pour son intérêt personnel, celle du droit de propriété pour l'intérêt de sa femme, et la réparation des atteintes qui y auraient été portées par

le défendeur, sauf à ce dernier à mettre la femme en cause. Par exemple, s'il avait indûment fait une coupe de bois de futaie, le mari en pourrait réclamer le prix, ainsi que des dommages et intérêts.

On voit ici deux intérêts biens distincts : l'intérêt personnel du mari, qui consiste principalement dans la restitution des fruits, et celui de la femme, qui consiste dans la conservation de son droit de propriété. Il est vrai que la restitution des fruits dépend de la question de propriété, et c'est une des raisons qui donnent au mari le droit de soutenir et de prouver que sa femme est propriétaire ; mais ces deux intérêts ne sont pas indivisibles de leur nature, comme on le voit dans le cas de l'usufruitier, dont le droit peut être bien fondé, quoique le droit de celui qui se dit le propriétaire ne le soit pas. Or, le droit du mari sur les biens de la femme a la plus grande analogie avec celui de l'usufruitier : aussi les art. 1553 et 1562 disent que le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier.

394. Or, puisque les droits du mari ne sont pas indivisibles de leur nature du droit de sa femme, il peut renoncer conventionnellement à ses droits et en faire remise, sans porter atteinte au droit de propriété de sa femme.

Ainsi, il peut renoncer à son droit de jouissance, c'est-à-dire au droit de percevoir les revenus des biens de sa femme durant le mariage, l'aliéner même, et cette convention serait valide,



car il ne compromet que son droit et son intérêt personnel.

395. Mais s'il renonçait au droit de propriété de son épouse, ou s'il l'aliénait sans son consentement, cette renonciation, cette aliénation, ne pourraient nuire aux droits de propriété de sa femme.

L'art. 1428 porte qu'il « ne peut aliéner les » immeubles personnels de sa femme sans son » consentement. »

Si le même acte contenait l'aliénation des fruits et revenus durant le mariage, et la renonciation à la propriété du fonds, il serait valide en ce qui concerne l'aliénation des fruits ou sa renonciation à les percevoir durant le mariage; mais il serait nul, en ce qui concerne le droit de propriété, qui n'appartient qu'à la femme.

396. Si, au lieu d'une convention par laquelle il renonce aux fruits et revenus, et même au droit de propriété de son épouse, le mari s'était porté seul à agir pour réclamer les fruits et revenus, ainsi que la jouissance et la propriété d'un propre de son épouse, le jugement qui déclarerait sa demande mal fondée, et la rejeterait comme telle, n'aurait la force de la chose jugée que contre lui seul, et la femme aurait la voie de la tierce opposition pour le faire rétracter en ce qui concerne le droit de propriété; car personne ne peut compromettre et déduire en jugement que ses propres intérêts.

397. C'est suivant les principes que nous venons de développer, que fut rendu un arrêt de la Cour



de Riom, le 8 juin 1809 (1), qui répand beaucoup de jour sur la matière. Les sieurs Laverie et Dodin avaient, par un compromis passé le 3 octobre 1807, nommé des arbitres auxquels ils donnaient pouvoir de décider en dernier ressort, si un sentier placé entre deux vignes, dont l'une appartenait à la dame Laverie, devait être fourni en commun, ou pris seulement sur l'une de ces vignes. Les deux arbitres se trouvant divisés, donnèrent séparément leur avis, et nommèrent, suivant le pouvoir qu'ils en avaient, un tiers arbitre, qui déclara adopter l'avis de celui qui avait opiné en faveur de Dodin.

Les époux Laverie demandèrent la nullité de la décision arbitrale, sur le fondement que le mari n'avait pu compromettre sur un bien dotal (2). Ils disaient que, d'après l'art. 1004 du Code de procédure, on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, disaient-ils, une contestation relative à un bien dotal est sujette à cette communication; et d'ailleurs compromettre, c'est aliéner; et il n'est permis ni au mari, ni à la femme, séparément ou conjointement, d'aliéner la moindre partie d'un immeuble dotal. (Code civil, art. 1554.)

---

(1) Rapporté par M. Dalloz, dans son excellent recueil intitulé *Jurisprudence générale du royaume*, v<sup>o</sup>. *Arbitrage*, sect. 1, § 2, pag. 627.

(2) Ils faisaient encore valoir un autre motif entièrement étranger à notre question.

Dodin répondait que, d'après l'art. 83 du Code de procédure, les causes des femmes mariées devaient être communiquées au ministère public; mais qu'il ne fallait entendre par cause d'une femme mariée, que celle où la femme était elle-même partie; que la contestation sur laquelle le compromis avait été passé, ne s'était élevée qu'entre les sieurs Laverie et Dodin, qui seuls aussi avaient compromis; que le jugement arbitral étant étranger à la femme, ne pouvait lui nuire, et que, par conséquent, le jugement ne produisait pas l'aliénation d'un bien dotal, mais seulement la privation, pendant le mariage, des droits que pouvait avoir le mari; droits à raison desquels il lui était permis de compromettre.

Le tribunal de Clermont déclara Laverie et femme non recevables, *quant à présent*, dans leur demande, « attendu..... que le mari a l'administration et l'usufruit des biens dotaux de sa femme, et qu'à raison de ce, il peut compromettre avec des tiers sans nuire aux intérêts de cette dernière, qui, à la dissolution de son mariage, pourra exercer toutes les actions qu'elle jugera à propos, contre les actes qu'aura faits son mari à son préjudice. »

Laverie et femme se portèrent appelans, et la Cour de Riom, sur les conclusions de M. Grenier, procureur général (1), « adoptant les motifs des

---

(1) Auteur de deux savans traités, l'un sur les donations, l'autre sur les hypothèques.

» premiers juges , dit qu'il a été bien jugé, en or-  
» donnant cependant que tous les dépens des cau-  
» ses principale et d'appel seront supportés par le  
» mari seul. »

398. Cet arrêt nous paraît bien rendu, et conforme aux principes dans toutes ses dispositions. Car, dès lors que les droits du mari et ceux de la femme sur les biens personnels de cette dernière sont distincts pendant le mariage; que le mari en a l'administration, et la jouissance des fruits et revenus, tant sous le régime de la communauté que sous le régime dotal, et que la femme n'en a que la propriété, il s'ensuit que le mari peut agir seul pour ses intérêts; qu'il peut passer avec des tiers tels actes que bon lui semble, pourvu qu'ils ne concernent que ses intérêts.

Et comme il ne peut nuire aux droits et aux intérêts de sa femme sans son consentement, il est toujours, quand il fait quelque acte relatif aux propres de sa femme, et sans l'y faire intervenir, censé n'agir que pour ses intérêts personnels et non pour ceux de cette dernière; comme aussi son adversaire, quand il admet le mari pour seul contradicteur, sans mettre l'épouse en cause, est censé consentir que ce qu'il fait, que les actes qu'il passe, que les jugemens qu'il obtient, n'aient de force que contre le mari seulement, et non contre la femme.

La Cour de Riom a donc bien jugé en décidant, comme les premiers juges, que le compromis fait entre Laverie et Dodin ne pouvait concerner que le point de savoir si le mari Laverie laisserait, du-

rant son mariage, passer le sentier dont il s'agissait sur la vigne de sa femme, sauf le droit de cette dernière après la dissolution du mariage.

Dès lors l'affaire n'intéressait que le mari Laverie et non la femme; ce qui écartait l'application de l'art. 83 du Code de procédure, relatif à la communication au ministère public *des causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot*; car ce n'était point la cause de la femme Laverie, mais uniquement celle de son mari.

Il est vrai que notre savant ami, M. Carré (1), dit « qu'encore bien que le mari soit *seul partie* dans la cause, ce n'est pas moins *la cause personnelle de sa femme, et non sa propre cause, que le mari soutient.* »

Mais il nous semble que M. Carré est dans l'erreur. Pour l'en convaincre, supposons qu'au lieu de la jouissance d'un sentier, il s'agisse des fruits et revenus d'un bien dotal que réclame le mari seul : pourrait-on dire que ce n'est pas *sa propre cause*, mais *la cause personnelle de sa femme*, qu'il soutient? Non, sans doute, puisque, ni durant le mariage, ni après sa dissolution, la femme n'a et n'aura jamais aucun droit à ces revenus. Le mari qui agit seul pour ses intérêts, ne soutient donc que sa propre cause, qu'il n'a pas besoin de communiquer au ministère public. L'arrêt de Riom a donc bien jugé; en n'appliquant point à l'affaire

---

(1) Dans l'ouvrage déjà cité, tom. II, pag. 248.



de Laverie et Dodin l'art. 83 du Code de procédure.

399. Quant à la disposition qui déclare la femme Laverie non recevable, *quant à présent*, à attaquer le compromis passé par son mari avec Dodin, et qui la renvoie exercer ses actions à la dissolution du mariage, elle paraît encore bien rendue, mais dans l'espèce seulement; car il s'agissait d'un bien dotal, et par conséquent les art. 1561, 2255 et 2256 du Code civil le mettaient à l'abri de la prescription durant le mariage. Dès lors elle n'avait pas un intérêt actuel pour agir; elle pouvait retarder son action.

Il en aurait été autrement sous le régime de la communauté; car, sous ce régime, la prescription court contre la femme mariée à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre lui (2254). La femme aurait donc un intérêt actuel à attaquer, même durant le mariage, les jugemens rendus contre son mari au préjudice de ses droits.

Mais nous avons dit que ces jugemens avaient contre le mari, en ce qui concerne ses intérêts, la force de la chose jugée. Le jugement qui, sur la tierce opposition de la femme, rétracterait celui qui avait été rendu sans elle contre le mari, pourrait donc la déclarer propriétaire; mais il ne devrait pas, par respect pour l'autorité de la chose jugée, condamner le défendeur évincé à la restitution des fruits qu'il aurait perçus, non plus qu'à ceux qu'il percevra jusqu'à la dissolution de la communauté; car ces fruits n'appartiennent qu'au



mari, qui sera obligé de laisser jouir son adversaire, conformément au jugement obtenu contre lui par ce dernier, dans lequel la femme n'était point partie.

400. Avant le Code civil, et sous nos coutumes, on pensait, comme la Cour de Riom, que les actes faits par le mari seul au préjudice du droit de propriété de la femme, la vente de ses propres, par exemple, ne pouvaient être attaqués pendant la durée du mariage. Un auteur, aussi savant que judicieux, dont l'ouvrage, rédigé avec beaucoup de soin, avait été revu dans des conférences suivies et régulières tenues pendant près de quatre ans entre les plus doctes avocats de la Rochelle, Valin dit (1) : « Quoique la vente que fait le mari » des propres de sa femme soit nulle, tant à l'égard » de la femme que de ses héritiers, elle ne peut » néanmoins l'attaquer pendant le mariage, ou » tant que la communauté dure ; mais après le » décès du mari, ou en cas de séparation, elle est » en droit d'agir en désistement contre l'acqué- » reur, et de rentrer dans son bien, et si elle dé- » cède la première, ses héritiers ont le même » droit. »

Valin néglige de dire pourquoi la femme ne peut agir pendant le mariage ; c'est parce qu'elle est sans intérêt, attendu que tous les fruits et revenus de l'héritage durant le mariage appartiennent au mari, et que d'ailleurs, autrefois, comme sous

---

(1) Sur l'art. 22 de la Coutume de la Rochelle, § 1, n°. 45.

l'empire du Code, art. 2256, la prescription ne courant point contre la femme dans tous les cas où son action réfléchirait contre le mari, elle se trouve sans intérêt pour former une réclamation prématurée, qui pourrait troubler la paix du ménage, sans être d'aucune utilité pour la femme.

C'est ce qu'observe fort bien Ferrière, sur l'article 226 de la Coutume de Paris, n°. 4, où il se demande si la femme peut agir du vivant de son mari; il dit que Le Brun pensait qu'elle le pouvait. « J'estime, au contraire, dit-il, qu'elle ne le » peut qu'après la mort de son mari, ou en cas » de séparation; elle ferait une demande préma- » turée qui retomberait sur son mari, tant à raison » du prix payé par l'acquéreur, que pour ses dom- » mages et intérêts, auxquels il serait condamné » envers lui. Ainsi, je crois que le mari serait bien » fondé de s'opposer à ce qu'elle fût autorisée par » justice à cet effet, d'autant qu'elle ne risque rien » pour attendre, pouvant, sans craindre la pres- » cription, faire casser la vente qui en aurait été » faite. »

La femme, en formant son action contre l'acquéreur, n'est tenue envers lui à aucuns dommages et intérêts, si elle renonce à la communauté; mais si elle l'accepte, nous avons vu *suprà*, n°. 226, qu'elle y est obligée pour une moitié, parce que c'est une dette de la communauté.

401. Quelque distinct que soit du droit de propriété de la femme le droit de jouissance de ses biens, qui appartient au mari pendant la durée du mariage, et quoiqu'il puisse en disposer comme

bon lui semble, ses créanciers ne pourraient le faire saisir pour en jouir en sa place pendant la durée du mariage, parce que, dit Le Brun, ce droit appartient à leur débiteur *jure mariti*. La femme pourrait s'opposer à cette saisie; car ce droit de jouissance est donné au mari pour soutenir les charges du mariage, dont elle est elle-même partie.

402. De plus, cette jouissance est limitée à la durée du mariage, et finit par la mort de la femme ou par la séparation; ce qui fait, dit encore fort bien Le Brun (1); qu'elle ne peut pas s'appeler un usufruit (2). Ils ne peuvent donc saisir que les fruits pendans sur le propre de la femme, et non le droit de jouissance, qui est dû au mari durant le mariage.

403. Le droit de jouissance du mari emporte nécessairement celui d'affermier seul ou de bailler à ferme les biens de sa femme; car on ne pourrait exiger qu'il en jouît par ses mains; le plus souvent même cela est impossible. D'un autre côté, on ne pourrait encore exiger le concours de sa femme et son consentement aux baux à faire. Ce serait gêner l'administration du mari; et enfin, dans une société composée de deux personnes, il faut bien donner à l'une d'elles la prépondérance.

(1) Traité de la communauté; liv. 2, chap. 2, sect. 4, n°. 37, pag. 339.

(2) C'est ce que nous avons soutenu contre M. Delvincourt, *suprà*, n°. 125.

C'est un principe de raison auquel il faut bien revenir, sur-tout dans la société conjugale.

404. Mais le droit du mari finit à la dissolution de la communauté. Les baux qu'il a faits doivent-ils finir avec son droit, suivant la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, que le droit romain et notre ancien droit français appliquaient aux baux passés par les usufruitiers, dont le droit a tant d'analogie avec le droit de jouissance du mari? Ç'aurait été causer évidemment un préjudice notable à ce dernier; car il n'aurait pas trouvé facilement un fermier ou un locataire qui voulût prendre à ferme ou à loyer les biens de la femme, pour un tems incertain, au risque de se voir renvoyé, avant d'être assuré d'une nouvelle habitation, ou d'avoir eu le tems de retirer le fruit des améliorations nécessaires pour bien cultiver la terre.

Il était donc juste d'obliger la femme ou ses héritiers d'entretenir les baux faits par le mari seul.

405. Mais aussi il fallait limiter le tems de la durée des baux que le mari pourrait faire, dans la crainte qu'il n'abusât de son droit au préjudice de la femme ou de ses héritiers. On suivait assez généralement la Coutume de Paris, dont l'art. 227 permettait au mari d'affermir pour six ans les maisons de la ville, et pour neuf les biens de la campagne. Le Code a suivi cette dernière disposition, tant pour les biens de campagne que pour ceux de ville, entre lesquels il ne fait plus de différence, en ce qui concerne la durée des baux



que peut faire le mari seul ; mais il en fait une qui est de droit nouveau , à l'égard de leur renouvellement. L'art. 1429 porte :

« Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un tems qui excède neuf ans , ne sont , en cas de dissolution de la communauté , obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers , que pour le tems qui reste à courir , soit de la première période de neuf ans , si les parties s'y trouvent encore , soit de la seconde , et ainsi de suite , de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. »

Supposons qu'un mari ait affermé le bien de sa femme pour dix-huit ans , et que la communauté soit dissoute six ans après la date du bail : le fermier n'aura plus le droit de jouir que trois années pour achever la première période de neuf ans , à l'expiration de laquelle il sera obligé de sortir de la ferme , sans pouvoir exiger de dommages et intérêts , parce qu'un fermier ne doit pas ignorer que le pouvoir du mari est limité , et qu'il ne doit compter sur l'exécution de son bail fait pour un tems excédant ces limites , qu'autant que le droit du mari continuera jusqu'à l'expiration de la première période : c'est donc un risque qu'il veut bien courir , un événement qu'il prend sur son compte.

406. Mais si le mari , en passant le bail , avait tu sa qualité de mari , ce serait une grande imprudence de sa part , ainsi que de tout autre administrateur ou usufruitier , qui ne doit jamais



contracter que dans sa qualité; autrement, il est censé ne contracter que dans son nom personnel. C'est un principe ancien et conforme à la raison : *Quoties quisquam in rebus agit, vendit, permutat, contrahit, sine adjectione externæ qualitatis, semper nomine suo contraxisse videtur*, dit fort bien d'Argentré (1), d'après Balde. Il doit donc, sans contredit, des dommages-intérêts au fermier expulsé qu'il a trompé par son silence, à moins toutefois qu'il ne prouvât que sa qualité était connue du fermier, lors de la passation de l'acte.

Et si la femme acceptait la communauté, elle devrait, sans contredit, supporter la moitié des dommages et intérêts, de même qu'elle supporte la moitié des dommages dus à celui qui a acquis son bien vendu sans son consentement, ainsi que nous l'avons dit ci-devant.

407. Sa renonciation à la communauté la dégagerait de l'obligation de payer sa part des dommages et intérêts dus au fermier, en ce cas, mais non pas de l'obligation d'entretenir les baux faits par son mari, lorsqu'ils n'excèdent pas neuf ans. Cette obligation est indépendante de son acceptation ou de sa renonciation. La raison en est, dit fort bien Ferrière (2), que ces baux ont été faits par le mari, comme légitime administrateur des biens de sa femme, tant pour lui et en son nom que pour elle.

---

(1) *In art. 419, Consuet. Armoricæ*, glos. 1, n°. 4, col. 1666.

(2) Sur l'art. 227 de la Coutume de Paris, n°. 4.

408. La femme ne serait pas tenue d'entretenir le bail fait par le mari, s'il était fait en fraude de ses droits. L'art. 227 de la Coutume de Paris le disait expressément. Si le Code n'en parle point, c'est que les cas de fraude sont toujours exceptés. Mais quand y a-t-il fraude? Tous les auteurs (1) enseignent qu'il y a fraude si, au lieu d'affermir le bien toute sa valeur, le mari exige du fermier un pot-de-vin, au moyen duquel le prix des fermages ou des loyers est moins élevé. Mais le bail ne serait pas jugé frauduleux par cela seul que le mari a reçu un pot-de-vin, même considérable, s'il ne l'a pas reçu sous main, sans en donner connaissance à sa femme.

Si la femme faisait juger en ce cas le bail frauduleux, et expulsait le fermier, il ne lui serait pas dû de dommages et intérêts, car il a manifestement participé à la fraude, à moins que son mari n'eût affermé dans son nom seul, et que le fermier n'ignorât que le bien appartenait à la femme.

Dans tous les cas, le mari serait tenu de rendre le pot-de-vin qu'il a reçu, pour les années du bail qui resteraient encore à courir, et si la femme acceptait la communauté, elle serait tenue envers le fermier de la moitié de cette dette. Mais le mari ou ses héritiers devraient alors une indemnité à la femme, comme dans le cas où il aurait perçu les fermages et revenus des biens de la femme par

---

(1) Ferrière, *ibid.*, n°. 18; Valin, sur l'art. 22 de la Coutume de la Rochelle, § 1, n°. 5.

anticipation ; car son droit à ces fruits expirait à la dissolution de la communauté, et s'il les avait perçus d'avance avant cette dissolution, il aurait enrichi la communauté aux dépens de sa femme.

409. On pensait encore qu'il y avait fraude dans les baux consentis par le mari, s'ils étaient consentis ou renouvelés dans le tems où la femme était atteinte d'une maladie mortelle. Un pareil moyen de fraude devrait nécessairement beaucoup dépendre des circonstances ; nous croyons qu'on devrait appliquer à ce cas, par analogie, l'art. 1975 du Code civil, qui annule le contrat de rente viagère, lorsqu'elle a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. C'est une fraude fréquente surtout de la part des usufruitiers, qui se sentant malades et pressés de jouir, renouvellent les baux des métairies grevées d'usufruit à bas prix, moyennant un pot-de-vin qui n'est point porté dans le bail, et sur lequel le fermier est intéressé à garder le silence. Nous devons signaler cet abus, auquel nous avons vu se prêter sans scrupule des hommes d'ailleurs, en apparence, au-dessus du soupçon. En voici un exemple qui est à notre parfaite connaissance :

Un homme, qu'une place dans la magistrature et sa régularité à remplir scrupuleusement tous les devoirs et toutes les pratiques de la religion romaine, semblaient mettre au-dessus du soupçon, avait une sœur usufruitière d'une très-belle métairie, et atteinte depuis long-tems d'une maladie incurable et désespérée par les gens de l'art,

Il s'agissait de renouveler le bail de la métairie dont elle avait l'usufruit. Son frère se rendit dans sa chambre avec le notaire et le fermier, duquel on exigea un pot-de-vin, au moyen de quoi le bail fut renouvelé pour neuf ans; mais comme le fermier n'avait point assez d'argent pour payer le pot-de-vin, il paya ce qu'il put, et on lui fit consentir pour le restant un billet dont se saisit le frère, héritier présomptif de sa sœur, de laquelle les papiers étaient exposés à être inventoriés après sa mort, qui arriva trois mois après. Alors, le propriétaire d'une portion de la métairie alla demander au frère si le bail avait été renouvelé; il répondit qu'il ne le savait pas, que sa sœur ne le consultait point sur ses affaires. Du reste, profond silence sur le pot-de-vin, et sur le billet du fermier, qu'il devait avoir en sa possession; mais le fermier, devenu intéressé à faire connaître le pot-de-vin et le billet qu'il avait donnés, parce qu'il avait acheté la nue propriété d'une grande portion de la métairie, et qu'en cette qualité, il devait participer à la restitution de ce qu'il avait payé, révéla tout. Le frère n'osa nier; il avoua et fit la restitution de la partie du pot-de-vin qui avait été payée, mais il ne rendit point au fermier le billet dont il s'était saisi à l'époque du renouvellement du bail, et assura qu'il n'en avait jamais eu connaissance.

410. La femme n'est point tenue d'entretenir les baux que le mari a faits par anticipation. Mais que faut-il entendre par là? Qu'il doive attendre que les baux courans soient expirés pour en passer



d'autres? Non, sans doute; car du principe qui autorise le mari, que sa situation ou ses affaires empêchent de jouir par ses mains des biens de sa femme, à les affermer, pour en retirer tout le revenu qu'ils doivent naturellement produire, afin de soutenir les charge du mariage, il s'ensuit, par la même raison, qu'il n'est pas tenu d'attendre l'expiration des baux courans, pour les renouveler ou en passer de nouveaux; autrement, il courrait le risque d'être privé du choix de fermiers convenables, et d'être contraint à prendre les premiers qui se présenteraient, et qui pourraient même lui faire la loi sur le prix du bail, faute de concurrence : le mari peut donc affermer avant l'expiration des baux courans.

Mais il fallait prévenir les abus de cette faculté, et empêcher que le mari ne pût affermer plus long-tems avant l'expiration des baux, qu'il n'est nécessaire pour choisir un bon fermier, et que ne le font ordinairement les bons pères de famille. Car les baux renouvelés long-tems d'avance, surtout par ceux qui administrent les biens d'autrui, sont suspects de fraude et ne se font ordinairement que par des personnes pressées d'argent, qui ne consentent à se lier pour un aussi long tems d'avance, que moyennant des pots-de-vin plus ou moins considérables, sur lesquels le bail garde le silence. On n'avait point autrefois, sur ce point, de loi uniforme; on suivait l'usage des lieux, qui variait, et qui n'était attesté que par les auteurs ou par les jugemens. Le Code, par une disposition uniforme, obligatoire pour tout



le royaume, a invariablement fixé le tems dans lequel le mari peut renouveler les baux des biens de sa femme.

411. Mais il a fait à cet égard une distinction qu'il n'a point faite pour la durée des baux, entre les biens ruraux et les maisons. L'art. 1430 porte :

« Les baux de neuf ans ou au-dessous, que le  
» mari seul a passés ou renouvelés des biens de  
» sa femme, plus de trois ans avant l'expiration  
» du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et  
» plus de deux ans avant la même époque, s'il  
» s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que  
» leur exécution n'ait commencé avant la dissolution  
» de la communauté. »

412. Les derniers mots de cet article tranchent une difficulté qui aurait pu naître dans le cas où le mari, ayant renouvelé ou passé seul de nouveaux baux cinq ans avant l'expiration des anciens, et par conséquent deux ans avant que la loi le lui permit, continue de vivre pendant quatre ans, en sorte que le nouveau bail ou renouvellement de bail commencera une année seulement après sa mort. La femme est-elle obligée de l'entretenir ? Il semble qu'elle n'a point à se plaindre, puisque le nouveau bail ne commencera qu'un an après la mort de son mari, qui pouvait le faire trois ans entiers avant l'expiration de l'ancien.

Néanmoins, il faut dire que le nouveau bail sera sans effet à l'égard de la femme, et qu'elle n'est pas obligée de l'entretenir ; car, dans le principe, ce bail a été fait en contravention de la

loi, et le tems qu'a vécu le mari depuis cette contravention, ne saurait la couvrir ni valider le bail au préjudice de la femme, en faveur de laquelle la loi a fixé à trois ans le tems de l'anticipation qu'elle permet au mari. Notre art. 1430 ne valide l'anticipation qui excède trois ans, que dans le seul cas où l'exécution des baux anticipés *a commencé avant la dissolution de la communauté*. Autrement, il faut appliquer la règle de droit *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Loi 29, de R. J.

La disposition finale de l'art. 1430 vient sans doute de la défaveur qu'élève le soupçon de fraude inspiré par une longue anticipation. Le tems de trois années, accordé au mari par le Code, est plus que suffisant pour s'assurer d'un bon fermier.

415. Après avoir donné au mari l'administration des biens personnels de sa femme, il était juste de l'obliger de veiller à leur conservation, comme un tuteur est obligé de veiller à la conservation des biens de son pupille, qu'il administre; de sorte que les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, répondent de tous les événemens de sa mauvaise administration. C'est pourquoi la disposition finale de l'art. 1428 porte que « il est responsable de tout » *dépérissement* des biens personnels de sa femme, » *causé par défaut d'actes conservatoires*. »

Ce n'est donc pas seulement de la perte des biens que le mari répond, mais encore de tout dépérissement, de toute détérioration, diminu-

tion de valeur, occasionnés par sa faute ou par sa négligence; en un mot, par défaut *d'actes conservatoires*, c'est-à-dire, des actes nécessaires à leur conservation, des actes par lesquels ils auraient pu être conservés.

Ainsi, le mari est obligé d'entretenir les biens de sa femme en bon état de réparations, afin qu'ils ne dépérissent pas; d'empêcher les usurpations, de faire rentrer les crédits, de discuter les débiteurs, d'arrêter le cours des prescriptions. Nous avons même sur ce dernier objet une disposition précise dans l'art. 2254, qui porte :

414. « La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari à l'administration, *sauf son recours contre le mari.* »

Ainsi, la règle générale est que le mari répond de toutes les prescriptions, de quelque espèce qu'elles soient, car le Code ne distingue point, qu'il laisse acquérir contre sa femme.

Mais ne doit-on point, pour juger de la responsabilité du mari, distinguer entre les prescriptions commencées avant ou après le mariage? Le Code ne fait point cette distinction; et nous devons d'autant moins l'admettre, qu'elle était inconnue dans le droit romain, qui la proscrivait même formellement, comme on le voit par la loi 16, *ff de fundo dotali*, 23. 5 : *Si fundum quem Titius possidebat bonâ fide, et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito*

*suo dedit in dotem, cumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit.*

Qu'importe, en effet, que la prescription ait commencé avant le mariage, qui fait naître la puissance du mari, si, depuis le mariage, il a manqué d'agir pour en arrêter le cours? Il doit donner les soins nécessaires pour conserver les biens de sa femme, dont il a l'administration, et répond de ses fautes d'omission, de sa négligence, comme de son dol.

415. Mais si le commencement de la prescription, antérieurement au mariage, ne dispense pas le mari d'en arrêter le cours, sous peine d'en être responsable, il peut tirer de ce fait, comme de quelques autres, suivant les circonstances, une excuse à son défaut d'action, qui le dégage de la responsabilité. La loi déjà citée le dit positivement dans sa disposition finale : *Planè, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito.*

En effet, si la prescription n'a commencé que depuis le mariage, le mari est sans excuse. Il doit être responsable de la prescription qui s'est accomplie pendant le cours du mariage, de même que s'il avait aliéné ou dissipé le bien, qui se trouve perdu par prescription; car il est à remarquer que la femme, qui ne retrouve pas son bien à la dissolution du mariage, n'est pas obligée d'indiquer comment il a été dissipé, par quel acte il a été aliéné; il lui suffit de prouver qu'elle en était propriétaire lors du mariage, pour en



rendre le mari ou ses héritiers responsables, et les obliger à le lui remettre. Vainement alléguerait-il qu'il n'en a point eu connaissance : il est présumé l'avoir connu ; car il devait s'instruire des affaires de sa femme, puisque la loi le chargeait d'administrer ses biens.

Au contraire, si la prescription a commencé avant le mariage, le mari ne peut en répondre qu'autant qu'il a été en état d'en prévenir l'accomplissement. Il faut donc qu'il ait eu un tems suffisant pour agir auparavant ; il faut encore qu'il ait pu connaître que tels et tels biens, que telles créances, désormais perdus par prescription, appartenaient à la femme.

416. Mais enfin quel délai peut être regardé comme suffisant, tant pour agir que pour connaître les affaires de la femme avant le terme fatal de la prescription ? C'est ce qu'il est impossible de dire d'une manière absolue, parce que la réponse dépend des circonstances. C'est, par conséquent, ce que la loi ne pouvait expliquer, et qu'elle a, par cette raison, sagement abandonné à la prudence et à l'arbitrage du juge, qui doit peser et apprécier les circonstances d'après lesquelles il doit se décider.

Dans la loi 16, *ff de fundo dotali*, déjà citée, tout était clair. Il s'agissait d'un fonds possédé de bonne foi par un tiers, et que la femme avait donné en dot à son mari, *ut suum*. Le mari ne pouvait donc ignorer ni le droit de propriété prétendue par sa femme, ni la nécessité d'agir contre le tiers.



Cependant il négligea d'agir ; la loi le déclare donc responsable : *rem periculi sui fecit* ; et avec raison, car il paraissait sans excuse.

417. Cependant, dans ce cas même, où le mari ne pouvait ignorer les droits de sa femme sur le fonds, puisqu'elle le lui avait donné en dot, comme lui appartenant, *ut suum*, la loi se montre disposée à écouter les excuses du mari ; elle ne prononce la responsabilité contre lui que dans le cas où il pouvait agir : *cum id facere posset*. Donc, s'il avait une valable excuse de n'avoir point agi, il ne serait pas responsable.

La loi le dégage même de toute responsabilité, s'il ne restait, au moment du mariage, que très-peu de jours pour accomplir la prescription : *Si paucissimi dies superfuerunt*. Les premiers jours du mariage sont consacrés aux plaisirs, et la loi n'a pas voulu punir le mari, pour n'avoir pas interrompu les fêtes nuptiales, et s'occuper d'affaires dont l'oubli était si pardonnable pendant les premiers jours ; mais cet oubli doit être très-court.

La loi ne tolère l'excuse que très-peu de jours, après lesquels le mari, qui n'a point agi, ne peut se dégager de la responsabilité que moyennant des excuses dont la légitimité est abandonnée à l'arbitrage du juge.

418. La loi, d'accord avec la raison, indique comme moyen général d'excuse, en faveur du mari, l'impuissance d'agir. Par exemple, dans la loi citée, si, en apportant en dot comme sien,

*ut suum*, un immeuble possédé par un tiers, la femme n'a pas remis à son mari les titres de propriété nécessaires pour évincer le tiers, il est évident qu'il n'est pas responsable de la prescription. Il n'a pas pu agir.

Il ne pourrait y avoir de difficulté que dans le cas où les parties se trouveraient contraires en faits, le mari soutenant, d'un côté, que jamais les titres nécessaires pour agir ne lui ont été remis; la femme, au contraire, ou ses héritiers, soutenant qu'ils l'ont été. A qui incomberait le fardeau de la preuve? Nous pensons, sans hésiter, que c'est à la femme ou à ses héritiers, qui fondent leur prétention sur une affirmative facile à prouver, et non au mari, qui se défend par une négative indéfinie, qu'il est impossible, par la nature des choses, de prouver directement ni indirectement.

419. L'ignorance des droits de la femme peut aussi mettre à l'abri la responsabilité du mari. Cette excuse retombe dans celle de l'impuissance; car on ne peut agir pour conserver ce qu'on ne connaît pas.

Cette ignorance, au reste, ne peut excuser le mari que dans le cas où les titres et papiers de la femme ne lui auraient pas été remis. Car alors il peut s'excuser de n'avoir pas connu tel crédit, qui se trouve perdu par la prescription ou par l'insolvabilité des débiteurs, devenus insolvables depuis le mariage.

Mais si les titres et papiers lui ont été remis,

même en général et sans inventaire, sans spécifier en quoi ils consistaient, c'était à lui de les examiner ou faire examiner, pour rechercher s'ils ne contenaient pas les titres de quelques crédits pour la conservation desquels il était urgent d'agir. La nécessité de cet examen pourrait seulement excuser le défaut d'avoir agi dans le délai fatal de la prescription ; car il faut du tems pour la visite, examen et arrangement des papiers. Il peut même souvent être nécessaire, pour cela, d'avoir recours à un homme d'affaires pour le triage, et pour donner des lumières au mari.

420. L'insolvabilité des débiteurs, dans le tems du mariage, met certainement à couvert la responsabilité du mari. Mais il ne lui suffirait pas d'alléguer cette insolvabilité, il doit la prouver. Il était tenu d'agir ; il doit se justifier de son inaction. Et il ne peut le faire qu'en faisant voir qu'il a agi, mais que son action a été inutile, par l'insolvabilité des débiteurs qu'il a fait condamner.

421. Le mari est dégagé de toute responsabilité, si les créances de sa femme ne sont point prescrites lors de la dissolution du mariage, à moins que les débiteurs contre lesquels il a négligé d'agir, comme il y était tenu, ne soient devenus insolvables.

422. Au reste, chacun des conjoints, la femme comme le mari, est réciproquement responsable du dommage qu'il pourrait causer à l'autre sur ses biens, par son fait ou par sa faute. Ils restent

à cet égard dans le droit commun. « Tout fait  
 » quelconque de l'homme, qui cause à autrui un  
 » dommage, oblige celui par la faute duquel il  
 » est arrivé à le réparer. » ( Art. 1382 ).

Le droit romain prononce contre la femme la responsabilité du dommage qu'elle a causé sur les biens du mari : *Mulier, si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis aquiliæ convenitur. Leg. pen., ff ad legem aquiliam, 9. 2.*

La même responsabilité est prononcée contre le mari d'une manière plus étendue par notre art. 1427, qui lui donne l'administration de tous les biens de la femme.

Mais cette responsabilité a des effets bien différents à l'égard de la femme et à l'égard du mari : la femme ne pouvant par son fait obliger les biens de la communauté, les dommages qu'elle cause par sa faute sur les biens de son mari, ne sont point à la charge de la communauté, et doivent être réparés sur ses biens personnels. Par exemple, si la femme, par un incendie arrivé par sa faute, avait causé aux maisons propres de son mari un dommage de 20,000<sup>f</sup>, cette somme n'étant point dette de communauté, devrait être prise sur ses biens personnels, et si elle avait été payée sur les biens de la communauté, la femme lui devrait une indemnité de pareille somme, soit qu'elle l'acceptât, soit qu'elle y renonçât.

Au contraire, le mari étant maître absolu des biens de la communauté, et pouvant en disposer à son gré, même la dissiper, la perdre, sans en de-



voir compte à personne, toutes les dettes qu'il contracte personnellement pendant le mariage sont à la charge de la communauté. Si donc il avait causé aux maisons propres de sa femme un dommage de 20,000<sup>f</sup>, cette somme serait une dette de la communauté, et s'il l'avait payée des biens qui en dépendent, il ne serait dû nulle indemnité à la femme.

FIN DU DOUZIÈME VOLUME.



TABLE  
DES CHAPITRES ET SECTIONS.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE V.

*Du Contrat de mariage et des Droits  
respectifs des époux.*

Notions préliminaires.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

CHAPITRE II.

Du régime en communauté.

PREMIÈRE PARTIE.

De la communauté légale.

SECTION PREMIÈRE.

De ce qui compose la communauté légale, activement  
et passivement.

§ I<sup>er</sup>. De l'actif de la communauté.

§ II. Du passif de la communauté, et des actions qui  
en résultent contre la communauté.

pages  
1

18

114

146

150

*ibid.*

322



**SECTION II.**

**De l'administration de la communauté, et de l'effet  
des actes de l'un ou de l'autre des époux, relative-  
ment à la société conjugale.** 434

**PREMIÈRE PARTIE.**

**De l'administration de la communauté, et de l'effet  
des actes de l'un ou de l'autre des époux, relative-  
ment à la société conjugale.** 435

**SECONDE PARTIE.**

**De la puissance du mari sur les biens personnels de la  
femme.** 543

**FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES ET SECTIONS DU DOUZIÈME VOLUME.**



***SOUS PRESSE, pour paraître incessamment :***

**TRAITÉ DU VOISINAGE, par Fournel, 4<sup>e</sup>. édition, revue, corrigée et  
augmentée de plus d'un tiers, par M. Tardif, avocat. 2 forts vol.  
in-8°.**

**TRAITÉ DES ASSURANCES ET DES CONTRATS A LA GROSSE, par Émérigon,  
nouvelle édition, publiée par M. BERNARD, avocat à la Cour royale  
de Rennes.**

**Cette édition formera 4 vol. in-8°. Voy. le prospectus; il se trouve  
après le titre de ce volume.**

## **OUVRAGES nouvellement publiés, ou en nombre.**

**EXAMENS SUR LE CODE CIVIL**, contenant les livres du Code, par demandes et par réponses, avec des définitions, notes et explications tirées des meilleurs auteurs et commentateurs; par un avocat. 3 vol. in-8°, brochés, 12 fr.

Chaque examen se vend séparément, savoir :

Premier Examen, art. 1 à 710 (3<sup>e</sup> édition)..... 3 fr. 50 c.

Deuxième Examen, art. 711 à 1386..... 4    »

Troisième Examen, art. 1387 à la fin..... 4    50

**EXAMEN SUR LE CODE DE COMMERCE**, présenté par demandes et réponses, avec des définitions, notes et explications tirées des meilleurs auteurs et commentateurs. In-8°, broché, 4 fr. 50 c.

**CODE DES ÉMIGRÉS, DÉPORTÉS ET CONDAMNÉS RÉVOLUTIONNAIREMENT**, ou Collection des lois, proclamations, arrêtés, décrets, sénatus-consultes, ordonnances et avis du Conseil d'état qui intéressent ceux auxquels s'applique la loi sur l'indemnité; suivi de la Jurisprudence des arrêts du Conseil d'état et de la Cour de cassation, rendus sur cette matière, par M<sup>e</sup>. Teste-Lebeau, avocat aux Conseils du roi et à la Cour de cassation. 2<sup>e</sup> édition. 1 vol. in-8°. de près de 900 pages, prix 8 fr. 50 c., et franc de port, 11 fr.

Ce qui distingue ce recueil de tous les autres, c'est un rapprochement des lois qui le composent et qui abrogent ou modifient leurs dispositions respectives.

**ESSAI D'UN TRAITÉ SUR LA JUSTICE UNIVERSELLE**, ou les Sources du droit, suivi de plusieurs opuscules; par François Bacon. Traduction nouvelle, avec le texte en regard, précédée de la Vie de Bacon et d'un Discours préliminaire, accompagné et suivi de notes; par J. B. de Vauzelles, ancien magistrat. 1824. 1 vol. in-8°, avec portraits, 5 fr., et franc de port, 6 fr.

**RÉFLEXIONS SUR LES LOIS PÉNALES DE FRANCE ET D'ANGLETERRE**; par A. H. Taillandier, avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de cassation. 1824. 1 vol. in-8°, 5 fr., et franc de port, 6 fr.

**RÉGIME HYPOTHÉCAIRE**, ou Commentaire sur le 18<sup>e</sup>. titre du livre 5<sup>e</sup>. du Code civil, relatif aux Privilèges et Hypothèques, par J. C. Persil, avocat à la Cour royale de Paris, et docteur en droit. 3<sup>e</sup>. édition, revue, colligée et augmentée. Paris, 1820, 2 vol. in-8°, brochés, 12 fr., et 15 fr. francs de port.

**TRAITÉ DES HYPOTHÈQUES**; par M. Grenier. 2<sup>e</sup>. édition, conforme à la première. Clermont-Ferrand, 1824, 2 vol. in-4°, brochés, 26 fr.

**COURS DE DROIT COMMERCIAL MARITIME**, d'après les principes et suivant le Code de commerce; par P. S. Boulay-Paty (de la Loire-Inférieure), ancien député au Corps législatif, et conseiller à la Cour royale de Rennes. Rennes, 1821—1823, 4 vol. in-8°, prix brochés, 25 fr.

**L'ESPRIT DU CODE DE COMMERCE**; par M. Locré. 10 vol. in-8°, brochés au lieu de 60 fr., 35 fr.

**CODE DE SIMPLE POLICE**, à l'usage des juges de paix, commissaires de police, maires et adjoints; par M. Boucher-d'Argis, procureur du roi à Dreux. Paris, 1822, in-8°, broché, 4 fr. 25 c., et franc de port, 5 fr. 25 c.

**INTRODUCTION A LA PROCÉDURE CIVILE**; par M. Pigeau, avocat et professeur de la faculté de droit de Paris. 4<sup>e</sup>. édition, revue, corrigée et augmentée d'après les notes manuscrites de l'auteur, par M. Poncellet, professeur à la faculté de droit de Paris. On y a ajouté une Notice sur la vie et les écrits de M. Pigeau. Paris, 1822, 1 vol. in-8°, prix broché, 5 fr., et 6 fr. franc de port.