

Droit romain : De la
restitution de la dot.

Droit français : Des
reprises sous le régime
de la communauté
légale... [...]

Barrabino, Louis. Droit romain : De la restitution de la dot. Droit français : Des reprises sous le régime de la communauté légale... Thèse pour le doctorat présentée à la Faculté de Droit de Nancy, par Louis Barrabino,..... 1880.

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.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
RESTITUTION DE LA DOT
EN DROIT ROMAIN

DES REPRISES
SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET EN DROIT FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

LOUIS BARRABINO

Avocat à la Cour

NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 1, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1880

UNIVERSITÉ DE FRANCE ACADEMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN
DE LA
RESTITUTION DE LA DOT

DROIT FRANÇAIS
DES REPRISES
SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE
(En Droit civil et en Droit fiscal.)



THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR
Louis BARRABINO
Ancien notaire

L'Acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Samedi 14 Février 1880, à 4 heures du soir.

	<i>Président :</i> M. DUBOIS,	<i>Professeur.</i>
	MM. LEDERLIN,	<i>Professeur-doyen</i>
<i>Suffragants :</i>	BLONDEL,	} <i>Professeurs.</i>
	BINET,	
	MAY,	} <i>Agrégés.</i>
	GARDEIL,	

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 1, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1880

80
1904



FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM. LEDERLIN, I O,	Doyen, Professeur de Droit romain (2 ^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
JALABERT, ✱, I O,	Doyen honoraire.
HEIMBURGER, ✱, I O,	Ancien Professeur de la Faculté de Droit de Strasbourg, Professeur honoraire.
LOMBARD (A.), I O.	Professeur de Droit commercial et Chargé du cours de Droit des gens.
LIÉGEOIS, I O.	Professeur de Droit administratif.
DUBOIS, I O.	Professeur de Droit romain (1 ^{re} chaire), et Chargé du cours d'histoire du Droit romain et du Droit français.
BLONDEL, A O.	Professeur de Code civil (2 ^e chaire), et Chargé du cours de Droit constitutionnel.
BINET, A O.	Professeur de Code civil (3 ^e chaire), et chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
LOMBARD (Paul),	Agrégé, Chargé du cours de Code civil (1 ^{re} chaire).
GARNIER.	Agrégé, Chargé du cours d'Économie politique.
MAY,	Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain (2 ^e chaire).
CHAVEGRIN,	Agrégé, Chargé du cours de Procédure civile.
GARDEIL,	Agrégé, Chargé du cours de Droit criminel.
M. LACHASSE, A O,	Docteur en Droit, Secrétaire, Agent comptable.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat. Le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public (Statut du 9 avril 1825, art. 81).

DROIT ROMAIN

DE LA

RESTITUTION DE LA DOT

INTRODUCTION

La constitution de dot paraît remonter aux premiers siècles de Rome ; on connaissait cependant le mariage *sine dote*, mais ordinairement il y avait un *instrumentum dotale*. La dot, dit Ulpien (Reg., tit. VI, § 1), *aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Dans le premier cas, il y avait transport de choses corporelles au mari par les voies ordinaires ; dans le second, la dot devait être *dicta* par la femme, par un ascendant paternel ou par un débiteur que la femme déléguait au mari ; quant à la promesse, elle pouvait émaner de toute personne.

Le mari acquérait les biens de la femme non seulement par la constitution de dot, mais encore par la *manus* ; il

L. B.

est même probable que c'est pour parer au désavantage qui résultait pour le mari des mariages libres que fut établie la *dotis dictio*.

Le mari était *dominus dotis*, et de quelque manière que le mariage vînt à se dissoudre, il n'avait pas à la restituer. C'était là une lacune dont l'effet ne se fit pas sentir tout d'abord. A part quelques rares cas de divorce, les mariages ne se dissolvaient que par la mort de l'un des époux ; si la femme mourait la première, rien de plus juste que le mari gardât la dot pour élever les enfants, et, qu'à défaut d'enfants, il en profitât et exclût les collatéraux ; quand c'était le mari qui précédait, il léguait généralement la dot à sa femme ; dans ce cas, s'il y avait *conventio in manum mariti*, la femme, qui était vis-à-vis de son mari *loco filiae*, partageait la succession de ce dernier avec ses propres enfants.

En cas de divorce, on réunissait les proches de la femme et on en formait un tribunal de famille présidé par le mari qui, dans un *judicium domesticum*, appréciait les fautes de la femme et condamnait, quand il y avait lieu, le mari à restituer.

Cet état de choses dura jusqu'au milieu du sixième siècle ; à cette époque, les mœurs se relâchèrent, les divorces devinrent plus fréquents ; le *judicium domesticum* n'offrait plus aucune garantie, on dissolvait les mariages pour les motifs les plus futiles. Spurius Carvilius Ruga put répudier sa femme qui était innocente et qui se trouva sans ressources. Il fallut alors trouver un remède efficace ; c'est l'origine de l'action *rei uxoriae* : « *Servius Sulpicius in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei*

uxorie necessarias esse visus scripsit, quum Spurius Carvilius divorcium fecit » (1).

Passer de la caution *rei uxoriæ* à l'action *rei uxoriæ* était chose naturelle ; c'est ce que fit probablement le préteur dans la seconde moitié du sixième siècle. Des textes nombreux ne laissent aucun doute sur l'existence à cette époque d'une pareille garantie (2). Plusieurs auteurs pensent cependant qu'il a dû y avoir sur ce sujet un acte législatif qui ne nous est point parvenu : et Denys d'Halicarnasse (3) y fait allusion, lorsqu'il compare son époque à celle de Romulus, et dit qu'on n'avait pas alors réglé législativement, comme on le fit plus tard, la restitution des valeurs dotales. Un professeur allemand, M. Voigt (4), croit avoir trouvé cette loi : il prétend qu'en l'an 568 de Rome, une loi a posé les principes de notre matière. A l'appui de sa thèse, il invoque l'une des satyres Ménippées qui fait mention d'une *lex Mœnia* à laquelle correspondent, d'après lui, une *oratio de dote* prononcée par Caton et rapportée par Aulu-Gelle (5), et une *suasio legis Mæviæ* dont parle Priscianus (6). L'*oratio de dote* et la *suasio legis Mæviæ* ne font, à son avis, qu'une seule et même chose, par la raison que beaucoup de discours de Caton portent deux titres. Pour passer de *Mævia* à *Mœnia*, il ne faut qu'une légère correction que fait le jurisconsulte allemand.

(1) Aulu-Gelle. *Nuits attiques*, IV, 3.

(2) Valère-Maxime, VIII, 2, 3. — Pline, *Hist. nat.*, XIV, 13, 30. — Polybe, XVIII, 18, 6.

(3) Denys d'Hal. *Antiq. rom.*, II, 25.

(4) Voigt. *Die lex Mœnia de dote*. Veimar, 1846.

(5) Aulu-Gelle. *Nuits attiques*, X, 23.

(6) Inst. XII, 17.

en expliquant qu'il y eut un consul du nom de *Mænius* en 568 pendant la vie de Caton, que ce n'est donc que par corruption que Priscianus écrit *Mævia* au lieu de *Mænia*, et qu'il y a lieu de faire la correction. Ce système, tout ingénieux qu'il soit, est inadmissible ; il n'est basé que sur des conjectures. Le fragment en question des satyres Ménippées a trait aux rapports de famille et ne concerne pas nécessairement la dot ; la loi *Mævia* rapportée par Priscianus, concernerait plutôt la soumission des Syriens, et l'*oratio de dote* paraît être relative à la loi *Voconia*. Nous persistons donc à croire que la restitution de dot a été réglée par le droit prétorien, puisqu'aucune loi n'en fait mention. Quant au passage de Denys d'Halicarnasse, il peut s'appliquer tout aussi bien à l'état de la législation qu'à une loi proprement dite.

DES ACTIONS EN RESTITUTION DE LA DOT

Lorsque fut introduite l'action *rei uxoriæ*, ce ne fut pas la seule action dont on put se servir pour arriver à la restitution de la dot ; on continua à employer, dans bien des cas, l'action *ex stipulata*, à cause des avantages incontestables qu'elle offrait, et on fit aussi usage de la *condictio ex testamento* en cas de legs par le mari à sa femme des biens dotaux. Nous allons étudier successivement chacun de ces moyens.

ACTION REI UXORIÆ. — On admit longtemps, et quelques auteurs admettent encore aujourd'hui que l'action *rei uxoriæ* n'a fait que donner à la femme un moyen de poursuite et n'a rien innové quant au fond. L'obligation de restituer incombait au mari, dit-on, antérieurement à l'introduction de cette action, puisque la dot, ne lui étant donnée que pour soutenir les charges du ménage, devenait forcément restituable lorsque ces charges cessaient, c'est-à-dire lorsque le mariage était dissous. L'obligation se formerait ainsi *re* pour le mari qui pourrait être contraint à restituer, non seulement par l'action *rei uxoriæ*, mais encore par la *condictio sine causa* (1). Il est impossible de concilier cette théorie avec le caractère perpétuel de la dot

(1) Doneau, liv. XIV, 4, n° 1. — Savigny, t. V, opp. XIV, n° 5. — Puchta *curs der inst.*, t. III, § 292, note 6.

tel qu'il résulte des textes : « *Dotis causa perpetua est*, dit Paul, *cum toto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* » (1). On ne peut donc trouver le fondement de l'action *rei uxoriæ* dans la *dotis dictio* ; c'est une exception de faveur admise dans un simple but d'équité (2).

L'action *rei uxoriæ* était *in bonum et æquum concepta* (3). Les actions de cette espèce ont deux caractères distinctifs : 1^o Elles sont exclusivement attachées à la personne et ne se perdent pas par la *capitis deminutio* ; 2^o le juge jouit d'une liberté absolue d'appréciation, de sorte que, comme le fait observer M. de Savigny (4), deux juges également honnêtes et intelligents peuvent arriver dans la même affaire à deux solutions différentes ; tandis que dans les actions de bonne foi, où le juge doit se baser sur la coutume et sur les usages du commerce, ils fussent parvenus à des résultats semblables. L'action *rei uxoriæ* est donc personnelle à la femme, nous en verrons plus loin les conséquences ; ainsi, par exemple, quand la femme est fille de famille, son père ne peut intenter l'action que *adjecta filiae persona*. Ici les règles rigoureuses de la puissance paternelle cèdent le pas à la personnalité de l'action. Mais l'action devient transmissible après la *litis contestatio*, et le père seul en a le bénéfice en sa qualité de *paterfamilias*. Il en serait de même de toute autre novation de l'action.

Les actions *in bonum et æquum conceptæ* sont au nombre de quatre ; ce sont, avec l'action *rei uxoriæ*, les actions de

(1) L. 1, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3.

(2) M. Gide. *De la dot.* (*Rev. de légist.*, 1872).

(3) L. VIII, D. *de cap. min.*, IV, 5.

(4) De Savigny. *Syst.* III, p. 92.

injuriis, sepulchri violati et de effusis. Le caractère commun de ces quatre actions est, d'après M. Gide (*op. cit.*), qu'elles sont pécuniaires dans leur résultat, quoiqu'elles ne le soient pas dans la cause d'où elles dérivent. Cela est parfaitement vrai pour les trois dernières actions qui ont pour cause, comme on le voit, une atteinte portée à la considération du demandeur, mais, pour l'action *rei uxoriæ*, il semble, au premier abord, qu'elle vient du préjudice pécuniaire qui résulterait pour la femme de la non restitution de la dot. Mais, aux yeux des juriconsultes romains, ce n'est pas là le vrai motif; la femme reprend sa dot non pas pour subvenir à ses besoins et à cause du prêt qu'elle en avait fait au mari qui avait charge de l'entretenir, mais parce qu'elle en a besoin pour se remarier. « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* » C'est donc dans le droit qu'elle a de se remarier, c'est-à-dire dans un droit exclusivement personnel et qui n'a rien de pécuniaire, que la femme puise l'intérêt de son action. Cette considération montre aussi pourquoi l'action est intransmissible.

L'action *rei uxoriæ* est aussi une action de bonne foi. Ce point est contesté par M. Gide (1), qui dénie ce caractère aux actions *in bonum et æquum conceptæ*. Il fonde son opinion sur deux passages de Cicéron (2) et de Gaius (3) qui, dans une énumération des actions de bonne foi, ne mentionnent pas l'action *rei uxoriæ*. Nous ne croyons pas qu'on ait voulu, dans ces deux passages, donner une énu-

(1) Gide, *Op. cit.*, p. 27.

(2) Cicéron, *De officiis*, III, 17.

(3) Gaius, *Inst.* IV, § 62.

mération complète des actions *bonæ fidei*. Cette doctrine est, du reste, en opposition formelle avec les Institutes de Justinien (1) et avec Cicéron lui-même, qui dit que l'action *rei uxoriæ* est un *arbitrium in quo additur ex bona fide*.

On a élevé la question de savoir si l'action *rei uxoriæ* était une action arbitraire. Cette question se rattache à une autre plus générale, celle de savoir si une action de bonne foi peut être arbitraire. Puchta (2) a soutenu la négative, en alléguant que dans les actions de bonne foi, le juge ayant des pouvoirs très étendus, il était complètement inutile de mettre dans la formule le complément qui figure dans les actions arbitraires. Mais cette opinion est en opposition avec le texte de Gaius (3), qui nous donne la formule de l'acte de dépôt et la fait suivre de N R, ce qui signifie certainement *nisi restituat*.

Nous savons donc qu'une action de bonne foi peut être arbitraire ; cette double qualité existe-t-elle pour l'action *rei uxoriæ* ? Les Institutes de Justinien (4) ne mentionnent pas cette action dans l'énumération qu'elles donnent des actions arbitraires ; mais cela n'a rien d'étonnant, puisque cette énumération n'est pas limitative, elle n'est donnée qu'à titre d'exemple, cela résulte du mot *veluti* qui précède l'énumération. En second lieu, Justinien, dans la fusion qu'il fait entre l'action *ex stipulatu* et l'action *rei uxoriæ*, ne mentionne pas le caractère arbitraire de cette dernière action et ne le supprime pas. Cela tient à ce que

(1) Inst. IV, 6, § 29.

(2) Puchta, II, § 166, *in fine*.

(3) Inst., IV, § 47.

(4) Inst., IV, 6, § 31.

la procédure formulaire ayant disparu, ce point avait perdu son importance. Ainsi, nous avons déjà démontré que les deux arguments qu'on tirait des textes en faveur du système contraire, n'ont aucune valeur; nous allons voir que notre opinion, indépendamment de cette réfutation, se justifie elle-même par des textes. La loi 7, § 1, D., *De fund. dot.*, XXIII, 5, contient un *jussus judicis* pour faire rendre le fonds dotal; et la loi 25, § 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3, parle d'un *jusjurandum in litem*; or, ce serment était surtout employé dans les actions arbitraires. Si, à ces deux textes, nous joignons cette considération qu'il serait étonnant que le droit romain, plein de sollicitude pour les intérêts de la femme, lui eût refusé le moyen de recouvrer sa dot en nature, après lui avoir donné la garantie de l'inaliénabilité du fonds dotal; nous arriverons à la conviction que l'action *rei uxoriæ* est arbitraire.

Il faut joindre à ces caractères de l'action *rei uxoriæ*, celui de personnelle, puisqu'elle avait son fondement dans une obligation, et de *in jus*, puisqu'elle soumettait au juge une question de droit; et on aura ainsi une nomenclature complète de ses qualités.

ACTION EX STIPULATU. — Nous avons parlé, dans l'introduction, de la *cautio rei uxoriæ* en cas de divorce. L'utilité de cette garantie fit qu'on la généralisa et qu'on employa la stipulation pour arriver à la restitution de la dot en cas de dissolution du mariage, soit par le divorce, soit par la mort de l'un des époux; la femme exerçait ainsi l'action *ex stipulatu* contre le mari ou ses héritiers. Après l'introduction de l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu* ne tomba pas en désuétude, elle subsista à cause de ses

avantages ; il y a, en effet, entre les deux actions, de nombreuses différences : l'action *ex stipulatu* était transmissible aux héritiers, tandis que l'action *rei uxoriæ* ne devenait transmissible que par la *litis contestatio*, ou par la mise en demeure du mari ; la première était *stricti juris*, tandis que la seconde était de bonne foi ; le mari ne jouissait pas, lorsque la dot lui était demandée par l'action *ex stipulatu*, des délais qu'on lui accordait quand elle lui était réclamée par l'action *rei uxoriæ* ; il ne pouvait pas, comme défendeur à l'action *ex stipulatu*, invoquer le bénéfice de compétence ; enfin, la stipulation donnait lieu à la *condictio* et aux avantages qui en résultaient.

Il faut aussi remarquer que la stipulation pouvait être faite non seulement par la femme, mais encore par un tiers qui stipulait le droit de retour et exerçait l'action *ex stipulatu* dans son intérêt personnel.

La stipulation ne pouvait avoir lieu au profit d'une femme *in manu*, car le bénéfice en fût immédiatement passé au mari, qui eût été, par le fait, créancier et débiteur de la même chose.

CONDICTIO EX TESTAMENTO. — Nous avons vu *supra* que le legs de la dot était un moyen d'arriver à la restitution avant l'introduction de l'action *rei uxoriæ*. Le *prelegatum dotis* que le mari faisait à la femme n'était réputé comprendre que ce qu'elle aurait pu obtenir par l'action *rei uxoriæ* : « *Cum dos relegatur, rerum est, id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat* (1). » D'où il suit que s'il n'y a pas eu de dot ou si elle a été restituée pendant le

(1) L. 1, pr., D., *De dote præleg.*, XXXIII, 4.

mariage, le legs est caduc (1), et que la valeur du legs augmente ou diminue, suivant que la dot subit les mêmes transformations.

La femme n'obtenant ainsi que ce qu'elle eût obtenu par l'action *rei uxoriæ*, on se demande quelle était, après qu'on eût établi cette nouvelle action, l'utilité du legs. Il avait cependant encore plusieurs avantages : d'abord, la femme pouvait ainsi obtenir le paiement immédiat, sans attendre les délais ; en second lieu, aussitôt acquis, le droit au legs était transmissible, tandis que l'action *rei uxoriæ* ne l'était pas ; et enfin, il pouvait y avoir des différences relativement aux rétentions. Comme le *prælegatum dotis* ne comprenait qu'une universalité, un ensemble de biens, et non pas des objets individuellement déterminés, il ne pouvait être fait que *per damnationem* ou *sinendi modo* (2).

Le legs de la dot peut revêtir une autre forme : le mari au lieu de faire à la femme le *prælegatum dotis* peut lui léguer des objets individuellement déterminés jusqu'à concurrence de la valeur de sa dot ; c'est ce qu'on appelle le *legatum pro dote*. Ce legs peut être fait de toute manière, même *per vindicationem*. C'est une différence avec le *prælegatum dotis* ; il y en a d'autres : comme la *legatum pro dote* porte sur des objets déterminés, il s'ensuit que s'il n'y a pas eu de dot, ou si elle a été remboursée pendant le mariage, le legs, quoique contenant une *falsa demonstratio*, ne cesse pas pour cela d'être valable (3) ! Le *paterfamilias*

(1) L. 15, § 3, D., *De dote præst.*, XXXVII, 5, et L. 4, § 5, D., *De dote præleg.*, XXXIII, 4.

(2) LL. 3 et 17, D., *De dote præleg.*, XXXIII, 4.

(3) Inst. II, 20, § 15.

du mari peut faire à la femme un *legatum pro dote* et ne pourrait lui faire un *prælegatum dotis*, parce que, dans ce dernier cas, il aurait légué le *jus actionis de dote* qui ne peut s'ouvrir qu'à la dissolution du mariage (1). Ces deux espèces de legs ont un point de ressemblance, c'est qu'ils n'entrent en ligne de compte ni l'un ni l'autre pour le calcul de la *Falcidie*, du moins pour ce qui n'excède pas la valeur de la dot (2).

La femme à laquelle on a légué sa dot peut répudier le legs pour s'en tenir à l'action *rei uxoriæ*. En cas de *prælegatum dotis*, la femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, reprend toujours ses biens dotaux, mais dans le cas de *legatum pro dote*, elle prend, si elle accepte, les biens légués, et si elle renonce, elle se trouve dans l'obligation d'abandonner ces objets pour s'en tenir aux biens de sa dot.

Si, dans le cas de *legatum pro dote*, le bien légué est inférieur à la dot, la femme n'a pas l'action *rei uxoriæ* pour se faire payer le surplus. On ne saurait induire le contraire de la loi 10 *D.*, *De dot. præleg.*, XXXIII, 4, qui vise non l'action *rei uxoriæ*, mais une *condictio* accordée par faveur à la femme. En pareil cas, cette dernière n'aura qu'un moyen d'obtenir la restitution intégrale, c'est de renoncer au legs pour s'en tenir à l'action *rei uxoriæ*.

Il peut se faire que le mari lègue quelque chose à sa femme sans mentionner que c'est *pro dote*. Un pareil legs peut-il se cumuler avec le bénéfice de l'action *rei uxoriæ* ?

(1) L. 1, § 9, *D.*, *De dot. præleg.*, XXXIII, 4.

(2) L. 1, § 12 et 13, *cod. tit.*

Le préteur interprétant la volonté du testateur décida par l'édit *de alterutro* qu'il n'y aurait pas cumul à moins que le testateur n'eût exprimé le contraire. L'édit s'appliquait tout aussi bien à l'institution d'héritier qu'au legs, mais il ne concernait que l'action *rei uxoriæ* ; lorsque la femme avait l'action *ex stipulatu*, elle pouvait, après l'avoir exercée, agir contre son mari par la *condictio ex testamento*. Justinien supprima l'édit *de alterutro* (1).

(1) L. 1, § 3, C. de rei ux. act. V, 13.



II

QUAND LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE ?

C'est, en principe, à la dissolution du mariage que la dot doit être restituée (1). On considérait, à Rome, la dot comme étant la part contributoire de la femme dans les charges et les dépenses du ménage, elle devait donc être rendue lorsque ces dépenses avaient cessé. Le mariage se dissolvait par le divorce, la mort de l'un des époux, la *maxima capitis deminutio*, et la *media capitis deminutio* lorsque l'époux qui avait gardé le droit de cité refusait de continuer la vie commune (2). Dans le droit classique, lorsque le mariage se dissolvait par la mort de la femme, le mari ne rendait pas la dot, sauf les cas de stipulation et de dot réceptice dont nous parlerons plus loin.

En général, la dot ne peut être restituée pendant le mariage ; cela résulte des textes qui, par exception, en permettent la restitution (3). Si le mari avait restitué la dot en dehors d'un des cas exceptionnels, il serait obligé de la rendre une seconde fois lors de la dissolution du mariage, en précomptant ce dont la femme a profité (4).

(1) L. 2, pr. D., *Sol. matr.*, XXIV, 3.

(2) L. 5, § 1, D. *de bon. damn.*, XLVIII, 20.

(3) L. 72, § 1, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3 — L. 20, D. *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 27, § 1, D. *de relig.*, XI, 7. — L. 1, § 3, D. *de dot. præleg.*, XXXIII, 4.

(4) L. 21, D. *Sol. matr.*, XXIV, 3.

Quel est le fondement de cette prohibition de restituer la dot pendant le mariage ? Sur ce point il s'est présenté plusieurs systèmes : Hasse (1) pense que la dot ne peut être restituée pendant le mariage parce que cette restitution constituerait une donation entre époux des revenus de la dot. Il s'appuie, sur la loi 1, C. *si dos const. matr.*, V. 19, qui donne effectivement cette raison ; et il en conclut que, la nullité étant relative, le mari peut seul l'invoquer, ce qui lui permettra de tenir pour bon le paiement. Une autre opinion, qui nous semble mieux fondée, est défendue par M. Francke (2) qui croit notre règle basée sur ce que la dot est fournie au mari pour soutenir les charges du ménage, qu'elle doit en conséquence rester entre ses mains tant qu'il supporte ces charges. A l'appui de sa doctrine, M. Francke cite la loi 27, § 1, D. *de relig.*, XI, 7 qui dit que le mari qui a rendu la dot pendant le mariage n'est pas tenu de l'action funéraire quand la restitution est licite, d'où il suit qu'il est tenu de cette action quand il n'est pas dans un des cas d'exception ; ce texte anéantit la conclusion du premier système. Il invoque aussi la loi 1, § 5, D. *de dot. præleg.*, XXXIII, 4. qui décide que le legs vaut malgré le remboursement anticipé, si on ne se trouve pas dans une exception permise.

La dot pouvait exceptionnellement être rendue pendant le mariage dans diverses hypothèses énumérées par la loi 73, § 1, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3, et la loi 20, D. *sol. matr.* XXIV, 3. Voici ces cas d'exception :

1^o La dot peut être restituée à la femme pour son entre-

(1) Hasse, *Zeitschrift für gesch. Rechts wiss.* V, 1825, p. 312-337.

(2) Francke, *Arch. für die civ. Praxis*, 1830-1835, t. XVII, p. 458-472.

tier et celui de ses esclaves : « *ut se suosque alat* ». Par le mot *suos*, la loi désigne les gens de services et non les enfants pour lesquels il n'était pas besoin de disposition spéciale. Cette exception a son utilité lorsque le mari absent pour de longues années ne peut gérer lui-même les biens dotaux.

2° En second lieu, la dot peut être restituée à la femme pour payer ses dettes : « *ut æs alienum solvat* ». Il faut de plus que la femme n'ait pas d'autres biens que sa dot pour désintéresser ses créanciers (1). Cette condition est de rigueur, car la loi 28, D. *de pact. dot.*, XXIII, 4, décide qu'on ne peut convenir pendant le mariage que les fruits de la dot serviront à payer un créancier de la femme; or s'il en est ainsi des fruits, il doit en être de même à *fortiori* du capital.

3° La restitution peut être faite pour acheter un fonds avantageux, « *ut fundum idoneum emat* ». Qu'entend la loi par l'expression *fundum idoneum*, et quelle est au juste la valeur de ce qualificatif? Hasse (*loc. cit.*), pense que la femme a besoin d'un fonds pour l'hypothéquer ou pour trouver plus facilement un fidéjusseur. Glück (*Pand.*, XXVII, p. 256), et Francke (*loc. cit.*) croient, au contraire, et nous partageons leur manière de voir, qu'un fonds est *idoneus* pour la femme, soit parce qu'il lui offre plus de garantie au point de vue de la conservation des biens, soit qu'il lui donne plus de revenus et tend ainsi à subvenir aux charges du ménage. Cette explication est conforme à un passage des Basiliques (2), qui attribue à cette expression le sens de champ plus productif. Nous pensons, contrairement à

(1) l. 45, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3.

(2) XXVIII, 8, 20. l. III.

Glück, que le fonds en question est paraphernal ; s'il était dotal, il appartiendrait au mari et il n'y aurait pas restitution de la dot.

4° Enfin, les lois précitées autorisent la restitution anticipée de la dot, afin de soutenir les proches de la femme, les racheter de captivité et leur fournir des aliments, « *ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem, sororemque sustineat* ». Qu'entend-on par l'*egens vir* ? Hasse prétend que c'est un premier mari divorcé et tombé dans la misère. Francke suppose que le mari est sous puissance d'un père de famille détenteur de la dot que la femme réclame. M. de Vangerof, dont nous adoptons l'interprétation, croit qu'il s'agit d'une dot dont les revenus ne suffisent pas pour soutenir les charges du ménage ; le mari la rend alors à la femme qui la convertit en valeurs plus productives ou qui la consomme. Le mari serait ainsi déchargé de toute responsabilité.

La restitution de la dot pendant le mariage, dans les cas ci-dessus spécifiés, entraînait la décharge du mari ; mais était-il nécessaire, pour que ce résultat fût produit, qu'on eût effectivement fait l'emploi ? Nous croyons que non. Les termes suivants, de la loi 73 précitée, « *non perdituræ uxori* », qui, aux yeux de certains auteurs, auraient cette portée, ne signifient qu'une chose : c'est que le mari commettrait une faute, s'il rendait la dot à sa femme en la croyant capable de la mal employer. Le mari n'engage donc point sa responsabilité, si le caractère et les habitudes d'ordre de la femme donnaient lieu de croire qu'elle ferait de la dot l'usage indiqué.

Indépendamment des exceptions dont l'énumération précède, il en existe encore deux autres : La femme peut réclamer sa dot lorsque le mari, mauvais administrateur, a commencé à dilapider les biens qui en faisaient partie ; on donne alors à la femme une action *rei uxorie utilis*, en assimilant ce cas au divorce (*quasi ficto dicortio*) (1). Et une constitution d'Alexandre Sévère (2) autorisa la femme, qui a maintenu son mariage avec son mari déporté, à retirer sa dot afin qu'elle ne soit pas confisquée.

Lorsque le mari, défendeur à l'action *rei uxorie*, devait restituer la dot après la dissolution du mariage, il jouissait, pour acquitter son obligation, de certains délais relativement à certains biens. Dans le droit classique, si le mari était débiteur de corps certains, il devait les restituer immédiatement. Quand il devait des choses *quæ pondere, numero, mensurave constant*, il était réputé ne pas les avoir en sa possession au moment de l'ouverture du droit de la femme, et il n'était tenu de les rembourser que par tiers, d'année en année (3). Les parties pouvaient restreindre ce délai, mais elles ne pouvaient pas retarder l'époque d'exigibilité (4). Cependant, en cas de divorce, il était permis de proroger le délai quand la prorogation avait une juste cause, par exemple si elle avait été accordée pour permettre au mari de faire de meilleures affaires (5).

(1) L. 24, pr. D. *solut.* XXIV, 3. — L. 30, *in fine* C. *de jur. dot.*, V, 12.

(2) L. 1, C. *de rep.*, V, 17.

(3) *Fragm. Ulp.*, VI, § 8.

(4) LL. 13 et 16, D., *de pact. dot.*, XXIII, 4.

(5) L. 18, *cod. tit.*

III

A QUI LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE?

Il y a lieu de distinguer entre les différents cas de dissolution du mariage ; les règles sont différentes, suivant que le mariage s'est dissous par la mort de la femme, ou bien par celle du mari ou par le divorce.

1° *Le mariage s'est dissous par le décès de la femme.* — La dot est ou profectice ou adventice. La dot profectice est celle qui est constituée par le père de la femme ou par un ascendant paternel (1). Dans ce cas, la dot fait retour à l'ascendant donateur (2). La raison qu'en donnent les textes, c'est que le père *ne filiae amissæ et pecunie damnum sentiret* ; mais le véritable motif, c'est que le père a voulu doter sa fille et non gratifier le mari.

Les jurisconsultes romains discutaient sur le point de savoir si la dot, constituée par l'aïeul de la femme mort avant cette dernière, pouvait être réclamée par le père devenu chef de famille. Servius et Labéon décidaient que, dans ce cas, la dot devait rester au mari (3). Celse était de l'avis contraire (4). M. Pellat (textes sur la dot, sur la loi 79), a concilié ces deux textes d'une manière assez

(1) *Fragm. Ulp.*, VI, § 3. — L. 5, § 6, 7, 9, 11, 12 et 14. *D., de jur. dot.*, XXIII, 3.

(2) *Fragm. Ulp.*, VI, § 4. — L. 6. pr. *D., de jur. dot.*, XXIII, 3.

(3) L. 79, pr. *D., de jur. dot.*, XXIII, 3.

(4) L. 6, *D., de coll. bon.*, XXXVII, 6.

ingénieuse : il pense que la dot sera ou non restituable, suivant que l'aïeul aura constitué la dot à sa petite-fille *in contemplatione patris*, ou uniquement par affection personnelle pour elle. Nous trouvons cette explication très plausible.

Le droit de l'ascendant qui a constitué la dot profectice, est essentiellement personnel et n'est pas transmissible à ses héritiers ; si donc il meurt avant sa fille, ou même après elle, mais sans avoir poursuivi le mari ou l'avoir mis en demeure, la dot reste à ce dernier (1).

Quand la dot est adventice, le mari n'est pas tenu de la restituer (2). Cependant, les héritiers de la femme peuvent exercer l'action, quand elle a été tuée par son mari (3).

2° *Le mariage s'est dissous par le décès du mari ou par le divorce.* — Dans ce cas, le mari doit toujours restituer la dot ; mais pour savoir à qui la restitution doit être faite, il faut considérer la condition de la femme.

Quand la femme est *sui juris*, c'est à elle qu'appartient l'action *rei uxoriæ* ; elle peut réclamer tout aussi bien la dot qui lui a été constituée par un tiers que celle qu'elle s'est constituée elle-même. On a contesté ce point, en se fondant sur la loi 3 du Code théodosien, III, 13, ainsi conçu : « *Si constante matrimonio maritus fuerit fatali sorte consumptus ; dos, quæ data dicitur, vel promissa, ex ejus uxoris facultatibus, ad eandem revertatur* », d'où il semblerait résulter que la femme n'a pas le droit de reprendre les choses qui ne sont pas sorties de son patrimoine. On

(1) L. 8. § 4, D., *de bon. damn.*, XLVIII, 20.

(2) *Fragm. Ulp.*, VI, § 5.

(3) L. 10, § 1, D., *sol. matr.*, XXIV, 3.

serait ainsi amené à décider que la dot profectice ne doit pas être restituée, ce qui est inadmissible. Aucune raison ne peut être donnée pour traiter moins bien la femme dans ce cas qu'en cas de divorce. Du reste, ce qui prouve que ce texte ne doit pas être pris à la lettre, c'est qu'il est reproduit par Justinien (1), quoiqu'à son époque la dot dût toujours être restituée.

Nous avons dit que l'action de la femme est personnelle ; elle n'est transmise à ses héritiers que quand le mari a été mis en demeure par une *interpellatio* faite du vivant de la femme.

Prenons la femme *alieni juris*. Il semble qu'alors toutes les actions doivent être exercées par le *paterfamilias* de la femme. Cependant il n'en est rien. C'est bien le père qui agit, qui réclame la dot ; mais il ne doit le faire que *adjecta filie persona*, même pour la dot profectice (2). Il n'est même pas nécessaire que la femme consente à la demande en restitution, il suffit que présente elle n'y contredise pas. Si elle est absente ou en état de démence, le père peut agir seul en donnant la caution *de rato* (3). Si, de son côté, le père est *furiosus* et qu'il n'ait pas de curateur, ou s'il est en captivité, la femme agit seule, mais elle doit aussi donner la caution *de rato* (4).

C'est au moment du paiement fait au père, ou de la novation ou délégation que le consentement de la femme doit être donné ; si le mari est actionné en restitution, c'est au

(1) L. 11, C., *sol. matr.*, V, 18.

(2) *Fragm. Ulp.*, VI, § 6.

(3) L. 2, § 2, D. *sol. matr.* XXIV, 3.

(4) L. 22, § 10 et 11, *cod. tit.*

moment de la *litis contestatio* (1). Lorsque le père a reçu la dot, ou qu'elle a été novée, il en a la libre disposition. On a contesté ce point en se fondant sur la loi 31, § 2, D. *sol. matr.*, qui, après la *litis contestatio*, donne l'action *judicati* à la fille et non aux héritiers du père décédé. Mais cette solution tient à la circonstance que, dans l'espèce, l'action a été intentée par un *procurator*, et on sait qu'en pareil cas la *litis contestatio* ne consomme pas le droit du *dominus litis*. C'est donc là un cas particulier qui n'est nullement en contradiction avec la règle générale.

Si la restitution a été faite au père sans le concours de sa fille, cette dernière pourra de nouveau intenter l'action quand elle sera devenue *sui juris*. Aussi le mari qui aura imprudemment payé au père seul pourra-t-il répéter ce qu'il a versé par la *condictio causa data causa non secuta*, puisque le paiement qu'il a fait n'est pas libératoire, à moins que la femme ne l'ait ratifié (2). Si cependant le père avait constitué une dot de même valeur ou supérieure à un nouveau mari, la femme n'aurait rien à réclamer, car alors elle serait repoussée par l'exception de dol (3). Il en serait de même si la femme avait reçu de son père à titre d'héritière ou de légataire autant ou plus que sa dot (4).

Réciproquement, la restitution faite à la fille seule ne peut nuire aux droits du père. Ce dernier pourra donc exercer son action, seulement il devra agir seul ; car s'il

(1) L. 3, D. *sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 10, § 1, D. *de bon. damn.* XLVIII, 20.

(2) L. 34, § 6, D. *de sol.*, XLVI, 3.

(3) L. 4, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

(4) L. 22, § 3, *cod. tit.*

agissait avec le concours de sa fille, cet acte aurait pour effet de conférer une pleine efficacité à la restitution antérieurement faite à la fille (1). Il est un cas où la fille de famille pourra réclamer seule sa dot, c'est lorsqu'elle consiste dans tout ou partie de son pécule (2).

3° *Le mariage est dissous par la servitude de l'un des époux.* — La servitude est assimilée à la mort ; on devra donc appliquer ici les règles développées plus haut en cas de mort des époux.

Le cas le plus fréquent d'esclavage était l'état de prisonnier chez l'ennemi. Si les deux époux étaient prisonniers en même temps, ou bien ils revenaient tous deux et par la fiction du *postliminium* ils étaient censés n'avoir jamais été privés de la liberté, leur mariage n'avait pas été dissous aux yeux de la loi ; ou bien ils mouraient tous deux chez l'ennemi, ils étaient alors réputés morts le jour de leur captivité, et comme on ne pouvait dire que la femme avait survécu au mari, il n'y avait pas lieu à la restitution de la dot adventice. Si la femme était seule en captivité, son père ne pouvait réclamer la dot prolectice parce qu'il pouvait arriver qu'elle revint (3) ; il ne pouvait donc réclamer la dot que lorsque sa fille était réellement morte. Quand c'était le mari seul qui se trouvait en captivité ; la femme pouvait réclamer sa dot, car le mariage était dissous ; et si le mari reparaisait, on pouvait voir là une sorte de

(1) L. 7, D. *de pact. dot.*, XXIII, 4. — *Contra*, L. 2, § 1, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

(2) L. 24, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3.

(3) L. 10, D. *sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 5, C. *sol. matr.*, V, 18.

divorce (1). Justinien modifia ces règles et décida que la captivité devait durer cinq ans pour opérer la dissolution du mariage.

(1) L. 6, D. *de divor.*, XXIV, 2.

IV

PAR QUI LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE ?

En règle générale, la dot doit être restituée par celui qui l'a reçue ; cependant comme il peut, au moment de la restitution, avoir changé d'état ou ne plus exister, il y a lieu d'examiner en pareille circonstance à qui la dot peut être réclamée.

Si la dot a été constituée à un mari *sui juris*, c'est à lui, et, s'il est mort, à ses héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires, qu'on réclamera la dot.

Supposons un mari fils de famille et une dot constituée à son *paterfamilias*. Il faut alors faire une distinction :

1° Le *paterfamilias* vient à mourir pendant le mariage. Si le mari est héritier pour le tout, l'action *rei uxorie* devra, à la dissolution du mariage, être exercée contre lui (1). Si le mari est héritier pour partie, il a le droit, dans le partage, de prélever la dot de sa femme et de se la faire attribuer, par préciput, il jouit pour cela de l'action *familie erciscundæ* (2). Lorsque le mari a été exhéredé ; ou bien le père de famille lui a légué la dot et il pourra agir contre les héritiers qui la lui paieront à charge par lui de lui fournir caution à raison de l'obligation qui incombait

(1) L. 22, § 12, D. *sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 85, D. *ad leg. (Falc.)*, XXXV, 2.

(2) L. 20, § 2 et L. 51, pr. D. *fam. ercisc.*, X, 2. — L. 65, § 16 et L. 66, D. *pro socio*, XVII, 2. — L. 2, C. *fam. ercisc.*, III, 36.

à leur auteur, et qui est passée sur leurs têtes par suite du décès de ce dernier, de restituer la dot au jour de la dissolution du mariage (1), le mari est alors tenu *in solidum* de la restitution : ou le mari exhérédé n'est pas légataire de la dot, et on lui donne pour la recouvrer une action *familiae erciscundae utilis* (2), à charge de donner caution comme dans le cas qui précède.

M. Voigt (*op. cit.*, p. 62 et 64) prétend que dans le cas qui nous occupe, le droit est exercé non par le mari mais par la femme qui se sert de son action *rei uxoriae* et fait passer à son mari la propriété des choses reprises. Cette théorie est inadmissible, elle est en opposition avec cette règle nettement établie par plusieurs textes du Digeste, à savoir que l'action *rei uxoriae* ne peut être exercée pendant le mariage (3).

2° Le mariage est dissous par la mort du mari fils de famille, et le père de famille survit. La femme peut se faire restituer la dot par ce dernier au moyen de l'action *rei uxoriae*. Cela ressort pour nous de deux textes : D'abord de la loi 10, C. *sol. matr.* V, 18 qui décide que si la dot a été constituée par le père de la femme, il pourra en pareille circonstance demander la dot au père du mari ; il en serait naturellement de même si la dot avait été constituée par la femme. Ensuite de la loi 10, D. *de pact., dot.*, XXIII, 4, qui parle du grand-père du mari stipulant que la dot ne serait demandée ni à lui-même ni à son fils ; pour qu'une

(1) L. 1, § 10, D. *de dot. præleg.* XXXIII, 4.

(2) L. 1, § 9, D. *cod. tit.*

(3) L. 1, § 9 et 13, D. *de dot. præleg.*, XXXIII, 4. — L. 10, § 1, D. *de leg. præst.*, XXXVII, 5.

pareille stipulation fût nécessaire, il fallait donc que de droit la dot dût être restituée.

Nous avons raisonné dans l'hypothèse d'une dot constituée au *paterfamilias*. Si la dot avait été constituée au mari *filiusfamilias*, la femme aurait contre lui l'action *rei uxoriæ* et contre le père de famille l'action *de peculio* ou *de in rem verso* (1).

Du bénéfice de compétence

Lorsque deux personnes sont unies par des liens de parenté, de société, de reconnaissance ou d'affection ; comme l'ascendant et le descendant, les associés entre eux, le patron et l'affranchi, le donateur et le donataire ; les poursuites ne doivent pas être aussi rigoureuses et le défendeur a l'avantage de n'être condamné que *quatenus facere potest* ; c'est ce que les commentateurs appellent le bénéfice de compétence. On a accordé un pareil avantage au mari poursuivi en restitution de la dot, à raison de l'affection qu'on présume avoir survécu à la dissolution du mariage. Cette exception doit figurer dans la *condemnatio* de la formule et non dans l'*intentio*, elle est d'ordre public, le mari ne peut y renoncer d'avance (2) ; si, par erreur, le juge avait omis de l'accorder au mari, ce dernier pourrait opposer aux poursuites une exception de dol (3).

Le bénéfice de compétence ne saurait s'appliquer à l'ac-

(1) L. 22, § 12 et L. 58, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

(2) L. 14, § 1, D. *cod. tit.*

(3) L. 17, § 2, *cod. tit.*

tion *ex stipulatu* où tout est de rigueur; il ne peut être opposé par le mari que lorsqu'il est poursuivi par l'action *rei uxorie*. Il peut être invoqué par le mari et par son père de famille (1), mais il n'est pas accordé aux héritiers, à l'exception des enfants nés du mariage (2). On peut l'apposer à tout demandeur, que ce soit la femme, son père, leurs héritiers, le second mari auquel les objets à restituer ont été constitués en dot, et même le fisc (3).

Suivant le droit classique, pour estimer ce que le mari *facere potest*, on évaluait l'actif brut, et la condamnation était limitée à cet actif, sans qu'on en ait déduit le passif (4). On comprend ce qu'avait de désavantageux ce mode de procéder, lorsque le mari avait d'autres créanciers. Pour remédier à cette injustice, Justinien, dans la loi 173, D. *de div. reg. l.* 17, voulut accorder au mari les avantages dont jouissait le donateur d'après la loi 19, D. *de re jud.*, XLII, 1; c'est-à-dire de voir d'abord déduire, pour apprécier ses facultés, les dettes de l'actif brut et de lui réserver sur le reste une somme nécessaire à ses besoins, *ne egeat*; mais il oublia le premier de ces avantages et n'accorda que le second, de sorte que le mari voyait les biens qu'on lui laissait *ne egeat* passer à ses créanciers.

Le bénéfice de compétence n'avait pas pour effet de libérer le mari du surplus de son obligation; s'il revenait à meilleure fortune, il pouvait être de nouveau poursuivi par la femme. Mais comment concilier cela avec le principe

(1) L. 15, § 2 et L. 16. *cod. tit.*

(2) L. 18 *pr. cod. tit.*

(3) LL. 32 et 36, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

(4) L. 54, *cod. tit.*

de l'extinction de l'action par la *litis contestatio*? Le débiteur devait fournir caution de payer dès qu'il le pourrait (1). L'usage de cette caution existait encore sous Justinien, quoiqu'à cette époque la *litis contestatio* n'eût plus son effet extinctif (2).

(1) L. 63, § 4, D. *pro socio*, XVII, 2.

(2) L. 1, § 7, C. *de rei ux. act.*, V, 13.

V

DE L'OBJET DE LA RESTITUTION

Il faut distinguer entre les corps certains et les choses fongibles. Lorsque le mari est débiteur de corps certains, il doit rendre la chose elle-même et se trouve complètement libéré si elle périt sans sa faute. Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de choses fongibles ; le mari qui a reçu des choses *quæ pondere, numero, mensurave constant*, comme de l'huile, du vin, du blé, doit, à la dissolution du mariage, rendre des objets de consommation de même nature, en pareille quantité et de même qualité, sauf le cas d'estimation dont il sera parlé ci-après. Lorsque la dot comprend une somme d'argent ; comme l'argent monnayé n'a qu'une valeur nominale et conventionnelle ; le mari devra restituer une somme nominale de même valeur que celle qui lui avait été remise, et non la même quantité de pièces d'or ou d'argent.

Souvent le caractère des choses qui forment la dot dépend non de leur nature, mais de l'intention des parties ; des corps certains peuvent ainsi devenir choses fongibles dans l'esprit des contractants, et réciproquement, des choses fongibles seront devenues corps certains et devront être rendues *in specie*. Mais l'intention des parties à cet égard peut ne pas être formellement exprimée et ne résulter que de présomptions ; c'est ce qui a lieu en cas d'estimation. L'estimation d'un corps certain constitué en dot fait présu-

mer chez le constituant l'intention de les transférer au mari pour ne lui demander le cas échéant que le montant de l'estimation (1). Ce n'est là, du reste, qu'une présomption qui cesserait de produire son effet si le contraire résultait de l'intention des parties ; par exemple, l'estimation pourrait avoir pour but de fixer à l'avance le montant des dommages-intérêts que devrait payer le mari en cas de perte ou de détérioration (2) ; ou bien de donner à l'obligation du mari le caractère de dette alternative, et dans ce dernier cas le choix appartient au mari comme débiteur (3).

En général, ainsi que nous venons de le dire, l'estimation vaut vente au mari qui profite ainsi de tous les accroissements des objets qui ont été constitués en dot, comme, par contre, il en supporte les détériorations et les amoindrissements. Si cependant le mari venait à être évincé de la chose constituée en dot, il aurait contre le constituant un recours en garantie par l'action *ex empto* ou par l'action *ex stipulatu*, et lors de la dissolution du mariage, il devrait rendre tout ce qu'il a obtenu par ce moyen, quand même la somme reçue dépasserait l'estimation, mais il ne devrait rendre que cela ; c'est une conséquence de ce que l'action *rei uxoriæ* est *in bonum et aequum concepta* (4). Le mari responsable de la dot doit naturellement exercer cette action en garantie, mais on ne saurait lui faire de reproches de n'avoir point actionné un proche de la femme, par exemple son père, et

(1) L. 10, § 6, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3.

(2) L. 69, § 7, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3,

(3) L. 10, § 6, *cod. tit.*

(4) L. 16, *cod. tit.*

il pourrait dans ce cas repousser la demande en restitution par l'exception de dol (1).

Le *quid equius melius* de l'action *rei uxorie* conduit à une autre règle, c'est qu'il faut tenir compte de la lésion résultant pour l'un ou pour l'autre des époux de l'estimation. Si donc la femme a donné aux objets qui composent sa dot une estimation trop basse, le mari devra lui rendre la juste estimation ou la chose elle-même. Supposons qu'il s'agisse d'un esclave, le mari pourra restituer à son choix l'esclave lui-même ou son juste prix. Si l'esclave est mort, c'est le prix de l'estimation, si faible qu'il soit, que doit rendre le mari. Cette solution est très avantageuse pour la femme, car si elle n'avait pas fait estimer son esclave, elle n'aurait rien à prétendre. Cependant, quoique l'esclave soit mort pendant le mariage, la femme pourrait en demander le juste prix si elle était mineure lors de la constitution de dot (2).

L'erreur peut porter non plus sur le montant de l'estimation, mais sur le fait même d'avoir estimé la chose. La femme aura alors le droit de se faire restituer la chose elle-même, et le mari ne pourra pas, comme tout à l'heure, lui en offrir le juste prix.

La dot ne peut être une source de gain pour le mari, de sorte que si la chose constituée en dot par la femme ne lui appartenait pas et que le mari l'eût usucapée *pro dote*, il devra la restituer à la dissolution du mariage (3). Par le

(1) L. 49, § 1, D. *sol. matr*, XXIV, 3.

(2) L. 12, D., *de jur. Dot.*, XXIII, 3.

(3) L. 1, D. *pro dote*, XL, 9.

même principe, si des servitudes réelles existant sur le fonds dotal s'étaient éteintes par le non usage, le mari devrait rendre le fonds libre.

Nous venons de voir que le mari pouvait ne rendre que le prix d'estimation des objets formant la dot, lorsqu'ils avaient été estimés ; il pouvait se faire qu'au lieu d'une somme d'argent, le mari fût tenu de rendre un autre objet par suite d'une convention conclue entre la femme et lui. Un pareil pacte était parfaitement licite, à la condition de ne pas nuire à la femme ; il y avait alors *permutatio dotis*, et l'objet reçu en échange était dotal (1).

La *permutatio dotis*, consentie par la femme, est opposable à son père de famille. Il semblerait qu'il ne dût pas en être ainsi, puisque c'est au père, *adjecta filiae persona*, qu'appartient l'action ; mais on a considéré que c'est bien plus dans l'intérêt de la fille que dans celui du père que la *permutatio* avait lieu. Il en est ainsi non seulement pour la dot *adventice*, mais même pour la dot *profectice*, puisque la loi 26, *De jur. dot.*, ne distingue pas (2).

Ce n'est pas toujours du consentement de la femme qu'a lieu la *permutatio dotis*. Ainsi quand le corps certain constitué en dot vient à périr sans la faute du mari, l'action en réparation du préjudice est dotale. Il en est de même de l'action *furti*, si un meuble a été volé (3).

Le mari, qui a le droit d'aliéner les objets mobiliers qui composent la dot, en emploie le prix à acheter des meubles ou des immeubles ; ces biens seront-ils dotaux ? Il y a sur

(1) LL. 26 et 27, D. *de jure dot.*

(2) L. 7, D. *de pact. dot.*, XXIII, 4.

(3) L. 18, § 2, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

ce point deux textes donnant des solutions complètement différentes. La loi 12, C. *de jur. dot.*, V, 12, dit formellement qu'en pareille circonstance le mari n'a rien acquis pour la femme, qui conserve simplement son action pour demander la restitution du prix ; et la loi 54, D., *De jure dot.*, XXIII, 3, est ainsi conçue : « *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotalis esse videntur.* » Malgré l'opposition formelle de ces deux textes, on a tenté de les concilier. Plusieurs auteurs donnent à la femme un droit d'option, de sorte qu'elle reprendrait tantôt le prix d'aliénation, conformément à la loi 12, tantôt les objets acquis en emploi, conformément à la loi 54. Cette interprétation est arbitraire ; aussi, nous la repoussons. D'autres pensent que la loi 54 n'est que la suite de la loi 53 ; dans celle-ci, il est question d'un débiteur insolvable délégué par la femme au mari à titre de dot, et la loi 54 déclarerait dotalis les choses acquises par ce débiteur avec l'argent qu'il doit, pour permettre à la femme de les revendiquer. C'est faire dire à la loi 54 ce qu'elle n'a pas voulu exprimer ; on n'a jamais appelé *dotalis pecunia* les sommes dues par un débiteur, et rien n'indique que les compilateurs ont intentionnellement rapproché les deux textes. Une opinion plus radicale ne tient aucun compte de la loi 54. Enfin quelques auteurs donnent à cette loi un sens spécial et particulier : Elle aurait trait à l'hypothèse d'un mari que la femme croyait libre et qui serait esclave ; la loi 22, § 13, D. *sol. matr.*, XXIV, 3, donne alors à la femme un privilège sur les choses achetées par le maître de l'esclave avec l'argent dotal, alors par analogie la solution serait la même si, dans le cas de mariage d'un fils de famille, on poursuivait

le père par l'action *de peculio*. On a même généralisé ce principe et on l'a appliqué à tous les cas d'insolvabilité du mari. Nous croyons que la loi 54 est incomplète ; elle devait s'appliquer à des cas particuliers comme ceux que nous avons indiqués plus haut, ou bien elle n'était relative qu'à l'emploi fait avec le consentement de la femme.

Le mari doit restituer, avec les biens dotaux, tous leurs accessoires ; ainsi, il doit comprendre dans la restitution les alluvions et atterrissements qui sont venus s'adjoindre au fonds, l'île qui s'est formée dans le fleuve qui le limite, et la portion du trésor attribuée au propriétaire *jure soli*. C'est une application du principe que le mari ne doit retirer de la dot aucun profit au préjudice de la femme. En conséquence du même principe, il semble que, si un legs a été fait à l'esclave dotal pendant le mariage, les objets compris dans ce legs doivent faire partie de la restitution. C'est ce que décide la loi 45 pr. et § 1, D., *De adq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. Mais la loi 47, D., *De jur. dot.*, XXIII, 3, n'oblige le mari à restituer que les legs faits à l'esclave avant le mariage, d'où il faudrait conclure que ceux faits après ne sont pas soumis à la restitution ; et la loi 31, § 4, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3, décide que le mari doit restituer les legs advenus à l'esclave après le divorce, ce qui implique qu'il doit garder ceux faits pendant le mariage. Il y a donc, entre ces textes émanant tous du jurisconsulte Julien, une contradiction. Nous pensons, avec Cujas, que cette contradiction n'est qu'apparente, et que pour voir si le mari doit ou non restituer le legs, il faut considérer si ce legs a été fait *in contemplatione mulieris* ou *in contemplatione mariti*.

Parmi les accessoires de la dot, il faut ranger les fruits

et intérêts ; leur restitution est soumise à des règles spéciales. En principe, le mari a droit aux fruits que produit la dot, pendant la durée du mariage ; il doit donc rendre, avec le principal, les fruits antérieurs et les fruits postérieurs. Le fondement du droit du mari sur les fruits est un motif d'équité ; comme il supporte les charges du ménage, il semble juste de lui donner les fruits (1).

Comment devront se partager les fruits ? Le partage sera très facile lorsqu'il s'agira de fruits civils qui s'acquièrent jour par jour, comme les loyers des maisons ; le mari prendra la part correspondante à la durée du mariage, par exemple si la maison est louée à partir du 1^{er} juillet et que le mariage se dissolve le 1^{er} octobre, le mari aura droit à un quart du loyer annuel. Il en sera de même pour le fermage des terres arables, quoique la récolte ne soit pas faite pendant le mariage, car il ne s'agit pas, dans l'espèce, de l'application du principe que le fermage est la représentation de la récolte ; la raison de notre règle est toute d'équité.

Quant aux fruits naturels, le mari ne les gagne pas, comme l'usufruitier, par la perception ; qu'il les ait perçus ou non, il doit en prendre une part proportionnelle à la durée du mariage. On est d'accord sur ce point que le mari aura une part proportionnelle, quelque distantes que soient les perceptions ; par exemple, si une forêt a été aménagée de cinq ans en cinq ans, comme les bois taillis, et que le mariage ait eu lieu immédiatement après une coupe et se soit dissous quatre ans après, le mari, qui n'a fait aucune

(1) L. 7, pr., D., *De jur. dot.*, XXIII, 3.

coupe pendant le mariage, aura droit aux quatre cinquièmes d'une coupe; il a dû, en effet, légitimement compter sur ces fruits pour supporter les charges du mariage (1). De même quand le fonds produit plusieurs récoltes par an, on fait le total annuel, et le mari prend dans ce total sa part proportionnelle (2).

Mais il y a controverse sur le point de savoir à quelle perception de fruits correspond le droit du mari pendant le dernier temps du mariage. Une opinion, partant de cette idée que les fruits perçus pendant une année doivent subvenir aux dépenses du ménage pendant cette même année, prend la part du mari sur les fruits de l'année courante, quand bien même la dissolution du mariage serait antérieure à la perception; ainsi, si le mariage s'est dissous le 1^{er} juillet et que la perception annuelle des fruits ne dût se faire que le 1^{er} août, le mari aura droit à la moitié des fruits perçus à cette dernière époque. Un second système, pour partager les fruits de la dernière année entre le mari et la femme, fait courir cette dernière année du jour anniversaire du mariage, ou de la tradition, si elle a eu lieu postérieurement au mariage. Ce système a pour lui le texte de la loi 6, D., *Sol. matr.* Une dernière opinion, adoptée surtout en Allemagne et à laquelle nous nous rallions, se fondant sur ce que les fruits perçus servent à la subsistance jusqu'à la prochaine perception, en conclut qu'à quelque époque que se dissolve le mariage, le mari a droit à une partie des fruits perçus, mais ne doit prendre

(1) L. 7, § 7, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3.

(2) § 6, *Ej. leg.*

aucune part dans ceux à percevoir ; ainsi, dans l'hypothèse précédente d'un mariage se dissolvant le 1^{er} juillet après plusieurs années d'existence, et d'une perception se faisant annuellement le 1^{er} août, le mari aura droit à onze douzièmes des fruits de la précédente perception, et devra en restituer un douzième à la femme. De quelque façon qu'on opère, comme on doit suivre, pour le partage des fruits lors de la célébration du mariage, le même mode de procéder que lors de la dissolution, le mari n'aura jamais qu'une partie des fruits correspondant à la durée du mariage ; et la seule différence qu'il y ait entre ces divers systèmes, c'est que la quantité et la qualité des fruits pouvant varier d'une année à l'autre, les droits du mari varieront aussi, suivant qu'on les fera porter sur une année ou sur la précédente.

Quelque soit l'opinion qu'on ait adoptée sur la question qui précède, il est un texte fort embarrassant, c'est la loi 7, § 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3. Voici l'espèce dont parle Ulpien, rapportant l'opinion de Papinien : Une vigne est constituée en dot le 1^{er} octobre, au temps de la vendange, le mari loue la vigne le 1^{er} novembre, et le mariage est dissous par le divorce à la fin de janvier. Papinien décide qu'on ajoute aux fruits de la vendange le quart du prix du loyer, et qu'on prend le tiers du tout pour l'attribuer au mari. Paul de Castres (1) trouve bonne cette solution, à cause de la diligence du mari à louer la vigne. La raison est mauvaise, puisqu'il peut être tout aussi bien de l'intérêt du mari et de la femme de continuer à exploiter la vigne

(1) Paul de Castres, *Comm. ad. tit. sol. matr.*

que de la louer; et la solution est injuste en ce qu'elle attribue au mari plus que la part correspondante à la durée du mariage. La vendange représente, en effet, douze mois, en y joignant le quart du loyer ou trois mois, on arrive ainsi à quinze mois, dont le tiers est cinq mois de revenus pour quatre mois de mariage. Alciat (1) donne au mari, pour les quatre mois qu'a duré le mariage, le quart du prix du bail, c'est-à-dire trois mois de loyer, plus un douzième de ce même prix comme équivalent de sa part dans la vendange. Ce système a le grand inconvénient de ne tenir aucun compte de la vendange, et d'en remplacer le douzième par un douzième du prix du bail, ce qui peut donner une différence si la vendange a été abondante et le prix du bail peu élevé. Nous croyons, pour notre part, que la loi 7 contient une erreur arithmétique, et que le mari a droit, dans l'espèce, à un douzième de la vendange et à trois mois de loyer. On arrive ainsi à une solution équitable, conforme aux principes généraux; elle est adoptée par Duaren et Doneau (2).

Quand le mari a reçu en dot des choses fongibles ou des objets estimés, comme alors il supporte les risques, il fait siens les fruits de ces objets, et les intérêts des sommes qu'il aurait placées, même ceux perçus et échus après la dissolution du mariage. On ne peut, dans ce cas, faire payer des intérêts au mari qu'en le mettant en demeure, et encore, ne doit-il en pareille circonstance que l'intérêt légal, et non les intérêts qu'il a perçus (3).

(1) Alciat, *Paradozorum*, III, 1.

(2) Duaren sur la loi 7, *Huj. tit.* — Doneau, t. 3, l. XIV, ch. VII, XVII.

(3) L. 18, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 66, § 3, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

Ulpien (1) se demande si, lorsqu'un usufruit a été constitué en dot, le mari doit rendre les fruits. La raison d'adopter l'affirmative, c'est que l'usufruit consiste précisément dans la perception des fruits et se détruit au fur et à mesure que cette perception a lieu, tandis que le droit de propriété est perpétuel. Mais Ulpien cite l'opinion de Celse qui pense que c'est le droit d'usufruit lui-même qui fait partie de la dot et non les fruits.

On peut constituer en dot l'usufruit de choses dont le mari, ou un tiers, ou bien la femme elle-même a la nue propriété ; la restitution se fait alors suivant des règles particulières qu'il convient d'examiner.

Le mari a reçu en dot l'usufruit qu'avait la femme d'un bien dont il avait déjà lui-même la nue propriété. Il gagne alors l'usufruit non comme servitude distincte mais comme un élément de sa propriété qui devient ainsi pleine et entière. Si le mariage est dissous par la mort de la femme, le mari gagne la dot ; mais si le mariage est dissous par le divorce ou par la mort du mari, ce dernier ou ses héritiers ne peuvent pas restituer l'usufruit puisqu'il a pris fin par sa réunion à la nue propriété ; on recourt alors à un expédient : on constitue à la femme un nouvel usufruit par l'*in jure cessio* (2). Si l'usufruit était établi sur la tête d'un ascendant paternel de la femme et qu'il l'eût constitué en dot au mari nu propriétaire, ce dernier ou ses héritiers seraient tenus d'en faire l'*in jure cessio* de quelque manière que se fît dissous le mariage (3).

(1) L. 7, § 2, D. de jur. dot., XXIII, 3.

(2) L. 78, pr. D. de jur. dot., XXIII, 3.

(3) § 1, *ejusd. leg.*

La femme propriétaire d'un fonds s'en constitue l'usufruit en dot. Le mari acquiert alors un véritable droit d'usufruit. S'il l'a perdu par le non usage, il faut faire la distinction suivante : ou la femme avait encore la nue propriété du fonds, et l'usufruit est venu s'y réunir ; elle n'a alors rien à réclamer au mari. Ou bien elle l'avait aliénée antérieurement à la perte par le non usage ; l'acquéreur de la nue propriété aura ainsi seul profité de cette perte, et la femme pourra demander qu'on lui donne une indemnité représentant le bénéfice qu'elle eût pu retirer en cédant l'usufruit à l'acquéreur au jour du divorce. Si le mari a conservé l'usufruit jusqu'à la dissolution du mariage, quand le mariage est dissous par la mort du mari, l'usufruit est éteint ; s'il prend fin par la mort de la femme, le mari le conserve jusqu'à son propre décès ; s'il s'est dissous par le divorce, le mari doit le restituer. Il restituera au moyen d'une *cessio in jure* qu'il fera à la femme, si elle est encore propriétaire du fonds, ou à l'acquéreur, si la femme a aliéné la nue propriété. Et dans ce dernier cas, la femme peut avoir un intérêt réel et très légitime à la restitution ; par exemple, pour gratifier l'acquéreur, ou parce qu'elle compte sur une juste augmentation du prix de vente (1). Quand l'acquéreur est le mari lui-même et que le mariage se dissout par le divorce, si le prix est de la pleine propriété, la femme n'a rien à réclamer ; si le prix est de la valeur de la nue propriété, la femme demandera la valeur de l'usufruit. Pour cela, il ne faudrait pas cependant que le mari fût mort avant la *litis contestatio* ;

(1) § 2, *ejusd. leg.*

cet événement ayant réuni l'usufruit à la nue propriété, la femme n'aurait rien à réclamer (1).

La femme est usufruitière d'un fonds qui appartient à un autre qu'au mari, et elle se constitue cet usufruit en dot. Ne pouvant transmettre l'usufruit au mari par la *cessio in jure*, elle recourt à un expédient, elle lui en vend l'exercice ou le lui loue pour un prix insignifiant, *uno nummo*, ou bien encore lui en garantit la jouissance par une caution. A la dissolution du mariage, le mari est tenu par l'action *rei uxoriæ* de lui rendre l'usufruit dont il avait seulement l'exercice.

Un tiers constitue un usufruit *dotis causa* sur son propre fonds au mari. Nous supposons que ce tiers n'est pas un ascendant de la femme et que par conséquent la dot est adventice. Que deviendra l'usufruit à la dissolution du mariage? Nous savons qu'en cas de mort de la femme le mari garde la dot. Au décès du mari l'usufruit s'éteint. Nous raisonnons donc dans l'hypothèse d'un mariage dissous par le divorce. Le mari usufruitier ne peut faire à la femme la *cessio in jure* de son droit d'usufruit, car cette cession profiterait au tiers nu propriétaire qui verrait l'usufruit se joindre à sa nue propriété. Il recourra alors à un des moyens suivants : il vendra ou louera *uno nummo* l'exercice de son droit à la femme, ou lui donnera caution de la laisser jouir du droit, elle et ses héritiers, ou encore il le cèdera au nu propriétaire à charge par ce dernier de donner l'équivalent à la femme (2).

(1) § 3, *ejusd. leg.*

(2) L. 66, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 57, D. *sol. matr.*, XXIV, 3.

Si une servitude réelle existe au profit d'un fonds dotal sur un fonds du mari, elle s'éteint par confusion lors de la célébration du mariage ; mais à sa dissolution le mari sera tenu par l'action *rei uxorie* de créer une servitude semblable. Si, à ce moment, il n'est plus propriétaire du fonds servant et qu'il n'ait pas réservé l'exercice de la servitude dans l'aliénation, il est tenu d'indemniser la femme de sa valeur (1). Lorsque, au contraire, c'est le fonds dotal qui est grevé d'une servitude au profit du fonds du mari, ce dernier restituera le fonds en réservant la servitude. Si la dot consistait en une servitude constituée par la femme elle-même ou par un tiers, on appliquerait les mêmes règles, et le mari restituerait la servitude, ou si cela était devenu impossible pour une cause quelconque, il en paierait la valeur.

Quand la femme s'est constitué en dot un fonds qu'elle possédait en commun avec un tiers, si ce dernier intente l'action *communi dividundo*, il arrivera : ou que le mari sera adjudicataire d'une partie correspondante à ses droits indivis dans le fonds commun, et il se libérera en restituant cette partie à la dissolution du mariage : ou que le fonds aura été adjugé en entier au tiers copropriétaire ou à un étranger, le mari restituera dans ce cas le prix qu'il a reçu ; ou enfin que le mari se sera rendu adjudicataire de la totalité du fonds, il sera alors tenu de restituer à la femme, non seulement sa part primitive du fonds, mais encore la partie acquise par licitation à charge par la femme de lui rembourser le prix de l'acquisition (2).

(1) L. 7, *pr. de fund. dot.*, XXIII, 5.

(2) L. 78, § 4, *D. de jur. dot.*, XXIII, 3.

Lorsque la dot consiste en créances que la femme a apportées en dot ou qu'un tiers lui a constituées, si le mari les a touchées pendant le mariage, il devra en restituer le montant à sa dissolution ; s'il n'a rien touché, et que par suite de sa négligence à poursuivre, le constituant soit devenu insolvable, d'après les principes qui seront développés ci-après, il devra payer le montant des créances, s'il est en faute ; à moins cependant que le débiteur ne soit le père de la femme, ou la femme elle-même, ou une personne qui ait constitué la dot dans un but de libéralité, car alors on ne pourrait reprocher au mari de les avoir ménagés (1). Le mari serait toujours responsable s'il avait pris expressément ou tacitement les risques à sa charge, par exemple en faisant novation ou acceptilation avec le débiteur, ou en touchant les intérêts (2). Si le mari a fait infructueusement pendant le mariage toutes les diligences nécessaires pour se faire payer la dot, il ne doit rien restituer et sera simplement tenu de transmettre l'action .

La femme a délégué son débiteur au mari à titre de dot ; le débiteur devient insolvable ; qui, du mari ou de la femme, devra supporter cette insolvabilité ? En règle générale, la délégation est aux risques du délégataire, à moins qu'il n'en soit autrement convenu. Plusieurs interprètes pensent que le mari délégataire doit être rangé dans le droit commun, ils s'appuient sur la loi 6, D. *de pact. dot.*, XXIII, 4, qui permet au mari délégataire de se décharger des risques par une convention, d'où, à défaut de cette convention, on

(1) L. XXXIII, D. *cod. tit.*

(2) LL. 35, 40 et 71, *cod. tit.*

doit conclure qu'il les supporte. Ce système comporterait deux exceptions résultant des lois 56 pr. et 41, § 3, *D. de jur. dot.*, XXIII, 3 : la première lorsque la dette, objet de la délégation, est d'un objet déterminé, la seconde lorsque le débiteur délégué n'étant tenu que sous condition devient insolvable avant l'événement de la condition. Une autre opinion, que nous adoptons pour notre compte personnel, consiste à dire que le mari ne doit pas être assimilé à un délégataire ordinaire, qu'il y a entre eux cette différence que le délégataire ordinaire reçoit une nouvelle obligation à la place de l'ancienne, tandis que le mari ne fait qu'accepter une dot, il ne doit donc pas la restituer s'il ne l'a pas reçue, et que la loi 56 précitée contient pour le mari la règle et non l'exception, que sa disposition n'est donc qu'énonciative, attendu qu'il n'y a aucune raison de distinguer entre les dettes de corps certains et celles de choses fongibles. La loi 6, pour les partisans du second système, vise uniquement les cas où le mari a pris expressément ou tacitement les risques à sa charge, comme lorsqu'il a fait crédit en acceptant des intérêts, ou qu'il a fait novation ou acceptilation avec le débiteur délégué.

La femme créancière de son mari lors de la célébration du mariage, lui fait remise à titre de dot de sa créance qui se trouve ainsi éteinte. Qu'arrivera-t-il à la dissolution du mariage ? Ou bien la dette sera exigible et la femme pourra s'en faire payer le montant ; ou la créance étant à terme, l'échéance n'est pas encore arrivée ; la femme demandera alors que les choses soient replacées dans l'état où elles étaient avant l'acceptilation ou le pacte *de non petendo*, la dette revivra avec toutes ses garanties, et si les anciennes

garanties (cautions et autres) ne peuvent plus exister, le mari en donnera de nouvelles.

Des fautes.

Comme toute personne qui gère les intérêts d'un tiers, le mari répond de son dol et de sa *culpa lata*. Il répond en outre de sa faute légère (1) comme tous ceux qui retirent un avantage du rapport juridique qui les oblige ; or il n'est pas douteux que c'est dans son propre intérêt aussi bien que dans celui de la femme que le mari gère les biens dotaux. Mais répond-il de sa faute légère *in concreto* ou *in abstracto* ; c'est-à-dire doit-il apporter dans la gestion des biens de la dot les mêmes soins qu'il apporte dans l'administration de ses propres affaires, ou doit-il les gérer comme un père de famille diligent. Les textes nous donnent les deux solutions : la loi 17, pr. D. *de jur. dot.* XXIII, 3, contient la première ; et la loi 23, D. *de div. reg. L.* 50, par les expressions *culpam et diligentium* adopte la seconde. Il est possible qu'il y ait eu sur ce point désaccord entre les jurisconsultes romains. Quoiqu'il en soit, nous pensons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi 17. D'abord parce qu'elle est placée au siège de la matière dans le titre *de jure dotium*, tandis que la loi 23 est au milieu de règles éparses. Ensuite, comme le mari a la gestion de son patrimoine personnel et de celui que la femme s'est constitué en dot, il est juste qu'il ait le même soin pour l'un que pour l'autre. Enfin, comme le dit Hasse (2), il

(1) *Fragm. Ulp.* 101.

(2) Hasse, *Die culpa app.*, III.

est à remarquer que toutes les personnes qui sont tenues de leur faute légère *in concreto*, comme le communiste et l'associé, ont ce caractère distinctif et particulier qu'elles sont liées par une certaine communauté d'intérêts ; or il en est bien ainsi pour le mari et la femme, puisque la dot de cette dernière doit, avec les revenus personnels du mari, subvenir aux charges du ménage.

Hasse qui admet comme nous que le mari n'est tenu que de sa faute légère *in concreto*, prétend (1) qu'il y a exception à cette règle en ce qui concerne le recouvrement des créances. Dans ce cas, le mari serait, à son avis, tenu de sa faute légère *in abstracto*. A l'appui de son système Hasse invoque les lois 33 et 49, D. *de jur. dot.* qui, parlant de la faute du mari en matière de créances, ne la limite pas comme la loi 17 aux soins qu'il donne à ses propres affaires. Cet argument n'est pas décisif, car si telle était la conséquence du défaut de limitation, il faudrait en faire l'application au cas prévu par le paragraphe 101 des *fragmenta Vaticana* concernant la faute pour les *res estimate*, ce que ne fait pas l'auteur. Hasse donne aussi la raison que le mari, en exerçant l'action que la femme eût pu exercer elle-même, fait ainsi acte de gestion d'affaires et doit être tenu comme le gérant d'affaires de sa faute *in abstracto*. Cette assimilation est inexacte, car le gérant d'affaires agit dans l'intérêt du maître et à son insu, tandis que le mari agit dans son propre intérêt en même temps que dans celui de la femme et du consentement exprès ou tacite de cette dernière.

(1) Hasse, *op. cit.*, p. 431.

Le mari doit donc apporter aux créances dotales les mêmes soins qu'aux siennes propres ; de sorte que s'il fait payer exactement ses débiteurs personnels et qu'il ne poursuive pas en temps opportun les débiteurs de créances dotales, que par suite de cette négligence, les débiteurs deviennent insolubles, il sera responsable de la perte des créances. Cependant, si le débiteur était le père de la femme, ou la femme elle-même, ou une personne qui se fût librement engagée pour faire une libéralité à la femme, on ne pourrait reprocher au mari d'avoir usé de ménagement à l'égard de ces personnes, et il devrait obtenir sa libération (1).

Quand le mari a reçu la dot avec une estimation faite *taxationis causa*, il répond non seulement de sa faute légère *in concreto*, mais encore de sa *custodia*, ce qui veut dire que certains événements qui sont presque des cas fortuits, comme le vol, restent à sa charge. La loi 52, § 3, D. *pro socio*, XVII, 2, donne cette solution pour l'associé, or on sait que la responsabilité du mari est la même. L'*estimatio taxationis causa* fait présumer chez la personne qui remet l'objet l'intention de compter d'une façon plus spéciale sur les soins de celui qui la reçoit.

Des rétentions

La dot ne dut pas toujours être intégralement rendue par le mari ; il lui fut permis d'en retenir une portion soit pour punir la femme de sa mauvaise conduite, soit pour indem-

(1) L. 33, D. *de jur. dot.*, XXIII, 3.

niser le mari de certaines dépenses ou du préjudice pécuniaire que lui causait la restitution. Ces rétentions sont au nombre de cinq : *aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas* (1). Examinons les successivement :

1° *Rétention propter liberos*. — Cette rétention a lieu en cas de divorce imputable à la femme ou à son *paterfamilias*. Peu importe que le *nuntius divortii* ait été envoyé par la femme ou par le mari, il faut voir si la rupture tient à la faute de la femme ou à celle de son mari (2).

Cette rétention a un double but : de punir la femme coupable, et de donner au mari une indemnité pour élever les enfants ; c'est même ce dernier résultat qui est le but principal de la rétention, puisque la mère coupable reprend sa dot quand elle a été mariée *sine connubio*, car alors l'entretien des enfants reste à sa charge. C'est ce que nous dit Cicéron dans ses *topiques* (IV, 20), et c'est bien d'un mariage *sine connubio* qu'il est question, car s'il s'agissait d'un mariage nul, il n'y aurait alors pas plus de dot que de mariage.

La rétention est d'un sixième par enfant sans pouvoir dépasser trois sixièmes ou moitié de la dot (3). Mais on peut, soit en augmenter la quotité, soit l'étendre à tous les cas de divorce quel que soit celui des époux qui y ait donné lieu (4). Le mari n'a point d'action pour réclamer les som-

(1) *Fragm. Ulp.*, VI, § 9.

(2) *Fragm. Vat.*, 121.

(3) *Fragm. Ulp.*, V., § 10.

(4) L. 2, D. *paet. dot.*, XXIII, 4.

mes auxquelles il a droit, il ne peut que les retenir par voie d'exception (1).

Il y a un autre cas de rétention *propter liberos*, c'est lorsque l'ascendant, qui a fourni la dot profectice, vient la reprendre ; le mari en retient autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, et cela *in infinitum* ; de sorte qu'il retiendra la totalité de la dot s'il y a cinq enfants ou un plus grand nombre (2).

2^o *Rétention propter mores*. — Lorsque la femme a commis une faute contre les mœurs, le mari, en rendant la dot, a le droit de retenir un sixième si la faute est grave, c'est-à-dire si la culpabilité va jusqu'à l'adultère, et un huitième si la faute est légère (3). Le mari ne peut exercer cette retenue s'il a favorisé les désordres de sa femme, ou s'il a les mêmes torts (4).

Le mari jouit, pour cette retenue, d'une exception qu'il oppose à l'action *rei uxoriæ* ; s'il a restitué la dot sans se prévaloir de cette exception, il a une action appelée *judicium de moribus*, qui est une action pénale privée et qui a ce caractère particulier de ne pouvoir se cumuler avec l'action publique, de sorte qu'après avoir intenté la seconde, on ne peut l'abandonner pour intenter la première (5). Cette action, quoique privée, est d'ordre public ; le mari ne peut y renoncer d'avance (6) ; cependant, il est libre de

(1) *Fragm. Ulp.*, VI, § 12.

(2) *Fragm. Ulp.*, VI, § 4.

(3) *Fragm. Ulp.*, VI, § 12.

(4) LL. 47 et 39, D., *sol. matr.*, XXIV, 3.

(5) L. 11, § 3, D., *ad leg. Jul.*, XLVIII, 5.

(6) L. 5, pr. D., *de pact. dot.*, XXIII, 4.

ne pas l'intenter. Une autre conséquence de ce caractère de l'action, c'est qu'elle ne passe pas aux héritiers.

On s'est demandé si la rétention *propter liberos* se cumulait avec la rétention *propter mores*. Il est d'abord un point certain, c'est que si le mari a rendu intégralement la dot sans opposer d'exception, il ne pourra plus réclamer que la seconde, puisque la rétention *propter liberos* ne peut s'exercer au moyen d'une action équivalente. Mais si le mari a encore la dot en sa possession, qu'arrivera-t-il ? Plusieurs auteurs pensent qu'il pourra cumuler les deux rétentions, et ils en donnent pour raison que la femme ayant des enfants qui, par son inconduite, amène le divorce, est plus coupable que celle qui n'a pas d'enfants. Ils invoquent aussi une prétendue assimilation entre la femme et le mari qui, de son côté, peut encourir deux peines : la privation des délais de restitution et la perte de la rétention. Cette assimilation est inexacte, car il peut se faire que le mari n'exerce pas la rétention sans qu'il y ait une peine pour lui ; et de plus, nous avons vu que la *retentio propter liberos* n'a pas pour but principal de punir la femme ; si le mari garde une partie de la dot, c'est pour élever les enfants. Nous pensons donc que les deux rétentions ne se cumulent pas : on explique ainsi facilement le § 11, tit. VI, des fragments d'Ulpian, ainsi conçu : « *Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit* ». *Functa* signifie, pour nous : qui a déjà subi la retenue. Cette interprétation est d'autant plus naturelle, que ce texte se trouve placé entre deux autres textes qui traitent des rétentions *propter liberos* et *propter mores*.

Il y a aussi des peines pécuniaires pour les mauvaises

mœurs du mari. On sait qu'il jouit, pour les choses fongibles, du bénéfice de ne les restituer que par tiers, d'année en année, à partir de la dissolution du mariage, soit un tiers un an après, un autre tiers deux ans après, et le dernier tiers trois ans après. Si on reproche au mari de graves désordres (*propter majores mores*), il perd complètement les délais; si sa culpabilité est moins grande (*propter minores*), il perd seulement la moitié des délais, de sorte qu'il sera tenu de restituer un tiers dans six mois, un autre tiers dans un an, et le dernier tiers dans dix-huit mois (1).

3° *Rétention propter impensas*. — Le mari peut exercer la retenue à raison des dépenses qu'il a faites sur les biens dotaux. Il importe, à cet égard, de distinguer la nature des dépenses. Il y en a de trois sortes : les dépenses nécessaires sont celles sans lesquelles la dot ou l'objet dotal aurait péri en tout ou en partie; les dépenses utiles sont celles qui augmentent la valeur de la dot; enfin, les dépenses voluptuaires sont de pur agrément et ne donnent aucune augmentation de valeur (2).

A. Le mari, comme administrateur responsable de ses fautes, est tenu de faire les dépenses nécessaires; il peut les répéter par voie de rétention, ou, si la dot a été restituée sans déduction de ces impenses, par une *condictio indebiti* (3). La loi 56, § 3, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3, nous dit : « *Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* ». Cela ne signifie pas que les corps certains faisant partie de la dot cessent d'être dotaux jusqu'à concurrence des im-

(1) *Fragm. Ulp.*, VI, § 13.

(2) *Fragm. Ulp.*, VI, § 14 à 17.

(3) L. 5, § 2, D., *de imp. in res dot.*, XXV. 1.

penses, mais que le montant des dépenses nécessaires doit être retenu par le mari sur la dot prise dans son ensemble.

Quand les dépenses égalaient ou excédaient la valeur du fonds, Scévola décidait que le fonds n'était plus dotal. Il fallait pour cela que les dépenses eussent été faites successivement (*per partes*), car le mari qui, en une seule fois, eût dépensé autant que la valeur du fonds, eût fait acte de mauvaise administration ; ce n'eût plus été une dépense nécessaire dans toute l'acception du mot. Paul, dans la loi 56 précitée, fait dire à Scévola que, dans ce cas, la femme peut reprendre le fonds en payant le mari dans l'année. Il y a certainement là une interpolation de Tribonien et de ses collègues, car les jurisconsultes classiques ne fixaient pas de délais de rigueur. Si la femme a remboursé le prix des dépenses, le fonds redeviendra-t-il dotal, ou bien y aura-t-il une dot nouvelle ? La question offre de l'intérêt en cas d'aliénation par le mari ; si, en effet, l'ancienne dot est reconstituée par le remboursement des impenses, l'aliénation sera nulle comme portant sur le fonds dotal. Il y a encore, sur ce point, interpolation dans le texte qui nous donne cette solution peu juridique : Le fonds a cessé d'être dotal, mais il restera inaliénable. Ce qui prouve l'interpolation, c'est le mot *ager* au lieu du mot *fundus* qu'employaient toujours les jurisconsultes classiques.

B. Pour les dépenses utiles, le mari ne peut procéder que par rétention ; il n'a pas d'action. Au surplus, il ne peut les retenir que dans le cas où la femme a consenti à la dépense ; si elle n'y a pas consenti, il ne peut les répéter que si le remboursement n'en est pas trop onéreux pour

elle (1). Il serait injuste que le mari pût, par un acte accompli à l'insu de la femme, la contraindre à vendre ses biens pour le payer.

C. Les dépenses voluptuaires ne donnent lieu à aucune retenue ; mais le mari peut enlever les embellissements qu'il a faits, à la seule condition de ne pas détériorer le fonds dotal (2).

4° *Rétention propter res donatas*. — Les donations entre époux étant prohibées, le mari qui, au mépris de cette prohibition, avait disposé en faveur de la femme, avait trois moyens pour rentrer en possession des choses données : la revendication, la *condictio sine causa* ou *ex injusta causa*, et la rétention par laquelle il refusait de restituer la dot tant qu'on ne lui aurait pas retransféré l'objet de la donation (3).

5° *Rétention propter res amotas*. — Lorsque la femme, en prévision du divorce, a détourné certains objets au préjudice de son mari, ce dernier a le droit d'en retenir le montant sur la dot (4). Si le mari avait restitué sans faire cette retenue, il aurait une action spéciale *rerum amotarum* (5).

(1) L. 8, D., *de imp. in res dot.*, XXV, 1.

(2) L. 9, D., *huj. tit.*

(3) *Fragm. Ulp.*, VI, § 9. — L. 66, § 1, D., *de don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1.

(4) *Fragm. Ulp.*, *loc. cit.*

(5) *Fragm. Ulp.*, VII, 2.

VI

DES GARANTIES QUI ASSURENT LA RESTITUTION DE LA DOT

La restitution de la dot peut être assurée par deux sortes de garanties : les unes sont conventionnelles et les autres légales.

1° *Garanties conventionnelles.* — Les garanties conventionnelles sont le gage et l'hypothèque. On pouvait aussi fournir des cautions, mais une constitution impériale en défendit l'usage (1). Justinien en donne comme raison que la femme ne peut aller demander la garantie d'un étranger contre celui auquel elle confie sa personne et sa dot. Mais après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose à ce que la femme accepte une satisfaction de son mari (2) ; elle aura même le droit de lui en demander une, si la dot n'est pas exigible au moment de la dissolution du mariage, ou si le mari est hors d'état de lui payer la dot à cette époque (3). La prohibition n'est pas applicable au tiers qui stipule le retour de la dot, ni au père de la femme qui constitue une dot profectice, elle ne s'adresse qu'à la femme.

2° *Garanties légales.* — Dans le droit classique, la femme demandant la restitution de sa dot par l'action *rei uxorie*, avait un privilège que les textes qualifient de *privile-*

(1) LL. 1 et 2, C., *Ne fid. et mand.*, V, 20.

(2) L. 7, pr., D., *de excep.*, XLIV, 1.

(3) L. 24, § 2, et L. 25, § 3, D., *sol. matr.*, XXIV, 3.

gium inter personales actiones (1), et qui la faisait préférer à tous les créanciers chirographaires de son mari. Le fondement de ce privilège était un motif d'ordre public : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvo habere propter quas nubere possint* », ce qui explique pourquoi la femme ne pouvait y renoncer. Pour le même motif, le privilège était personnel à la femme et ne s'étendait pas à ses héritiers. Et comme l'intérêt public est en jeu aussi bien quand la femme agit par l'action *ex stipulatu* que par l'action *rei uxorie*, il faut admettre que le privilège était également attaché à la première de ces actions.

Le privilège de la femme ne la place pas au premier rang ; sa créance vient après les frais funéraires (2), mais elle prime le fisc pour le recouvrement de ses condamnations (3).

Lorsque la femme, ayant épousé un fils de famille, agissait *de peculio* contre le père de ce dernier, le père de famille avait le droit de déduire du pécule, par préférence aux autres créanciers, tout ce que lui devait son fils ; mais il n'avait pas ce droit sur les biens dotaux ni sur ceux achetés avec l'argent de la dot. C'est ce que décide la loi 22, § 13, D., *sol. matr.*, XXIV, 3, par ces expressions : « *nisi in his tantum rebus, quæ vel in dote datæ sunt, vel ex dote comparatæ* ». Cette disposition a donné lieu à une controverse : on a prétendu que la femme avait un droit réel et qu'elle pouvait prélever sa dot sur les objets subrogés aux biens dotaux. La loi 22 ainsi entendue, aurait le grand

(1) L. 74, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3.

(2) L. 45, D., *de relig.*, XI, 7.

(3) L. 37, D., *de jur. soc.*, XLIX, 14.

inconvenient d'être en opposition formelle avec la loi 74, *de jur. dot.*, précitée, qui range le privilège de la femme *inter personales actiones*. Au surplus, il serait bien étonnant qu'on eût attribué un pareil droit à la femme, à la différence des autres personnes munies de privilèges, telles que le pupille et la personne en curatelle, sans qu'aucun texte ne nous en révèle l'existence. Nous croyons donc que la loi 22 a eu pour but unique de soustraire au père de famille, pour les soumettre au privilège de la femme, les biens dotaux et les objets acquis au moyen de la dot.

Nous avons dit que le privilège de la femme était d'ordre public et qu'elle ne pouvait y renoncer ; mais la renonciation peut avoir lieu après la dissolution du mariage, car alors la femme peut disposer de son privilège comme de tous les accessoires de son action (1). Quant aux garanties conventionnelles, la femme peut toujours y renoncer ; sa renonciation peut même n'être que tacite, comme lorsqu'elle concourt à la vente que le mari fait de ses biens, ou à la donation *propter nuptias* qu'il fait à sa fille (2), ou encore à l'hypothèque qu'il confère à un tiers. Dans ce dernier cas, on peut se demander si la renonciation est absolue ou relative, c'est-à-dire si elle profite à tous les créanciers ou seulement au créancier auquel on a conféré l'hypothèque. Les lois 12, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6, et 12, § 4, D., *qui pot. in pign.*, XX, 4, donnent les deux solutions. Nous préférons la seconde comme plus juridique.

(1) L. 29, D., *de nov.*, XLVI, 2.

(2) L. 11, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6.

VII

RÉFORMES DE JUSTINIEN

Justinien fondit ensemble les deux actions *rei uxorie et ex stipulatu*, il prit différents attributs de l'une et de l'autre et en fit une seule action qu'il appela *ex stipulatu de dote* (1). Cette nouvelle action est de bonne foi, le juge y jouit du même pouvoir d'appréciation que dans l'action *rei uxorie*; le père de famille ne peut l'exercer que *adjecta filie persona*; comme l'action *ex stipulatu*, elle est pécuniaire et par suite transmissible, même lorsque le mari ou ses héritiers n'ont pas été mis en demeure; en cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, ses héritiers peuvent l'intenter; et la femme l'exerce, qu'il y ait stipulation ou non. L'ancienne action *rei uxorie* fut complètement supprimée, mais l'action *ex stipulatu* fut encore utile dans certaines circonstances, par exemple pour la dot profectice ou pour obtenir la restitution, dans un cas où la nouvelle constitution ne l'accordait pas.

Les délais pour la restitution de la dot sont modifiés: on ne s'attache plus, pour savoir si le mari doit jouir d'un délai, à la distinction entre corps certains et choses fongibles, on considère le caractère mobilier ou immobilier de la dot; si elle est immobilière, la restitution doit avoir lieu immédiatement; si elle est mobilière, le mari jouit du

(1) L. 4, C., *De rei ux. act.*, V, 13.

délai d'une année, mais il doit restituer les fruits de cette année si la chose est frugifère.

La nouvelle action est accordée à la femme ou à ses héritiers contre les mêmes personnes qu'à l'époque classique. Sur ce point, il n'y a pas d'innovation. Justinien conserve le bénéfice de compétence, mais le mari doit fournir caution de payer la différence, s'il revient à meilleure fortune.

En ce qui concerne les preuves : dans le droit classique, la preuve de la numération était à la charge de la femme, qui l'établissait par des quittances ou d'autres actes équivalents, par exemple au moyen de la mention contenue dans l'*instrumentum dotale*, que la dot avait été payée. Justinien, considérant que la mention de la réception de la dot était devenue une clause de style, permit de combattre les énonciations de l'*instrumentum dotale* par l'exception *non numeratæ dotis*. Par la Nouvelle 100, il donna au mari un délai d'une année pour se prévaloir de cette exception, quand le mariage avait duré moins de deux ans, et un délai de trois mois si le mariage avait duré plus de deux ans et moins de dix. Au delà de dix ans, l'exception ne peut être opposée que pendant le mariage ; on suppose que le mari qui est resté dix ans sans réclamer a entendu se désister de son action ou faire donation à sa femme.

La dot doit être restituée avec ses accessoires, d'après les règles du droit classique. En principe, les rétentions sont supprimées (1) ; cependant, on conserve la rétention *propter necessarias impensas* (2). Le mari actionné en res-

(1) L. 1, § 5, C., *De rei ux.*, V, 13.

(2) Inst. IV, 6, § 37.

titution de la dot peut opposer la compensation relativement aux *res amote*, aux *res donate* et aux impenses utiles (1). Justinien accorde en outre au mari, pour les impenses utiles, l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria*, selon que les dépenses auront été faites ou non du consentement de la femme.

Justinien, par la constitution 30, C., *De jur. dot.*, V, 12, donne à la femme, après la dissolution du mariage, le droit de revendiquer les biens qui faisaient partie de sa dot, « *mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prerogativam jubemus* » ; ces biens sont réputés être restés sa propriété, « *quum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio.* » Cette interprétation de la loi 30 n'a pas été admise par tout le monde. Plusieurs auteurs ont cru y voir une action en revendication utile donnée à la femme non propriétaire, mais qu'on voulait traiter comme telle pour augmenter sa garantie ; cela résulte, pour eux, du passage suivant : « *volumus rebus quasi propriis habere.* » D'autres n'y voient qu'un développement du privilège de la femme, dont il est question dans la même loi. Ces opinions sont inadmissibles, elles ont, selon nous, le tort de faire trop bon marché des termes du texte que nous avons cités. Pour connaître les effets de ce droit de revendication de la femme, il faut distinguer si le mari a reçu les objets avec ou sans estimation. Si les choses dotales ont été estimées et que cette estimation ait été faite *venditionis causa* et non *taxationis causa* ; l'action réelle

(1) L. 1, C., *Rer. amot.*, V, 21. — L. 7, § 3; L. 15, §§ 1 et L. 66, § 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3.

de la femme sera repoussée au moyen de l'offre faite par le mari ou ses héritiers de payer le montant de l'estimation, et la femme n'aura pas le droit de revendiquer les objets entre les mains des tiers, puisqu'elle n'est créancière que de leur valeur. Si, au contraire, il n'y a pas eu d'estimation, la femme reprend en nature les biens mobiliers qui existent entre les mains du mari, mais elle ne peut revendiquer ceux qui ont été aliénés, même sans son consentement. Quant aux immeubles, elle peut les revendiquer contre le mari ou ses héritiers et contre les tiers acquéreurs, lorsqu'elle n'aura pas consenti à l'aliénation.

Nous avons vu que dans le droit classique la femme n'avait qu'un *privilegium inter personales actiones* qui lui donnait un droit de préférence sur les créanciers chirographaires du mari. Justinien trouve cette garantie insuffisante et la complète par trois constitutions.

1° La constitution de l'an 529 (1), qui crée en même temps le droit de revendication dont nous avons parlé, décide que la femme aura une hypothèque privilégiée sur tous les biens dotaux, meubles ou immeubles, estimés ou non. Si le mari aliène ces objets, la femme a sur eux un droit de suite, à moins qu'elle n'ait consenti à l'aliénation. Cette hypothèque la fait préférer aux créanciers chirographaires et à ceux auxquels le mari aurait conféré hypothèque sur la dot.

2° Par une autre constitution de l'an 530 (2), Justinien, trouvant insuffisante la garantie qui précède, car il peut

(1) L. 30, C. De jur. dot., V, 12.

(2) L. 2, C., De rei ux. act., V, 13.

arriver que les biens dotaux soient dégradés ou aient péri, donna à la femme une hypothèque générale sur tous les biens du mari. Cette hypothèque remonte au jour de la célébration du mariage, et prime en conséquence les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs. La femme a un droit de suite contre les tiers acquéreurs, pourvu qu'elle n'ait pas consenti à la vente. Par la même constitution, Justinien trouvant qu'une semblable hypothèque ne garantissait pas suffisamment les intérêts de la femme quand le mari n'avait pas de biens personnels, défendit l'aliénation du fonds dotal, même avec le consentement de la femme.

3° Enfin une constitution de l'an 531, désignée sous le nom de loi *assiduis* (1), transforme l'hypothèque de la femme en hypothèque privilégiée, de sorte qu'elle prime tous les créanciers hypothécaires du mari, même ceux antérieurs au mariage. Cette loi a été justement qualifiée d'inique et contraire aux principes, puisqu'elle peut rendre illusoire les garanties et les précautions prises par les créanciers en vue de l'insolvabilité de leur débiteur. Justinien cherche vainement à se justifier en disant que puisque, dans l'ancien droit, la femme créancière chirographaire primait les autres créanciers chirographaires, il était juste que créancière hypothécaire, elle primât les autres créanciers hypothécaires. Cette hypothèque n'était accordée qu'à la femme et à ses descendants, elle ne s'étendait pas aux héritiers.

(1) L. 12, C., *qui pot. in pign.*, VIII, 18.

DROIT FRANÇAIS

DES REPRISES

SOUS LE

RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

DROIT CIVIL

Une des conceptions les plus équitables de notre Droit national, est certainement la théorie des reprises et indemnités. C'est le correctif obligé du régime de la communauté légale. Par le moyen de récompenses dues à la communauté ou par elle, on est arrivé à laisser les époux disposer de leurs biens propres, les aliéner ou les améliorer sans qu'il en résulte ni enrichissement ni appauvrissement de la communauté. Le mari, seigneur et maître, use de ses pouvoirs si étendus sans porter préjudice à la femme, et cette dernière peut consentir à l'aliénation de ses propres sans diminuer pour cela son patrimoine personnel. Les époux peuvent faire ainsi, sans préjudice pour aucun d'eux, des aliénations avantageuses et des améliorations

utiles ; avec ce palliatif, ils sont communs en biens tout en respectant le principe de la conservation des biens dans les familles ; et nous n'hésitons pas à dire que ces considérations sont les principales qui font si souvent adopter par les époux le régime éminemment national de la communauté.

Nous nous proposons, dans ce travail, de traiter seulement des indemnités dues par la communauté aux époux. Formulons-en la règle :

Toutes les fois que la communauté a été avantagée aux dépens des biens propres de l'un des époux, il est dû récompense (art. 1433, C. civ.).

Cette règle n'est pas établie dans des termes aussi généraux pour les reprises et indemnités dues par la communauté aux époux ; l'art. 1433 ne mentionne, en effet, que deux cas de reprises : celui qui résulte de la vente d'un immeuble, et le cas de rachat de services fonciers. Mais le législateur n'a fait ces deux hypothèses qu'à titre d'exemple, et la confrontation de notre art. 1433 avec l'art. 1437 démontre assez qu'on doit, par réciprocité, compléter le premier par le second.

Nous avons adopté l'expression de *reprises* comme s'appliquant plus spécialement aux créances des époux contre la communauté ; les mots *récompenses* et *indemnités* ont une acception plus générale et désignent tout aussi bien les créances de la communauté contre les époux que celles des époux contre la communauté ; ils peuvent même s'employer pour désigner les créances des époux l'un contre l'autre (v. art. 1403, 1406, 1436, 1437, 1438, 1473). Le mot *reprises* est, du reste, l'expression dont se servait la cou-

tume de Paris (art. 232), en disant que le prix est *repris* sur les biens de la communauté. Le législateur moderne l'a lui-même employée dans l'article 1472, qui est ainsi conçu : « La femme et ses héritiers exercent leurs *reprises* sur les biens personnels du mari. »

Nous ne traiterons que des reprises en deniers ; les reprises, en un équivalent affecté dès avant la dissolution de la communauté au paiement des propres, sont plus spécialement désignées sous le nom de remplois.

Sous l'empire de l'ancienne coutume de Paris, la reprise ne pouvait être exercée que dans le cas où elle avait été stipulée dans le contrat de mariage des époux ou dans l'acte d'aliénation du propre. Comme il était alors défendu de s'avantager entre époux, et que l'aliénation d'un propre était un moyen d'éluder la loi, les rédacteurs des nouvelles coutumes de Paris et d'Orléans y établirent, en 1580 et 1583, le principe du droit de reprise tel qu'il existe aujourd'hui (Cout. de Paris, article 232, et cout. d'Orléans, article 192). Cet article 232 de la coutume de Paris, qui est le premier texte en la matière, est ainsi conçu : « Si, durant le mariage, est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eut été convenu de remploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. »

Ce principe fut bientôt adopté dans toutes les coutumes muettes, et Loysel put dire que « dette de propres de la

femme aliénés est de communauté. » (Liv. 1. tit. 2, § 18. n° 120).

Nous diviserons cette matière en cinq parties :

Dans la première partie, nous traiterons de la nature du droit de reprise ;

Dans la seconde partie, nous examinerons les causes qui y donnent lieu ;

Dans la troisième partie, nous en examinerons le montant ;

Dans la quatrième partie, nous traiterons du mode d'exercice des reprises ;

Et dans la cinquième partie, nous traiterons des preuves et des intérêts.



I

NATURE DU DROIT DE REPRISE

C'est une importante question que celle de la nature du droit de reprise : elle a longtemps divisé les auteurs et la jurisprudence, et la contestation dure encore aujourd'hui. Hâtons-nous de dire que nous croyons que les époux exercent leurs reprises, du moins à l'égard des créanciers de la communauté, à titre de créanciers et non à titre de propriétaires des biens qu'ils prélèvent en vertu de l'art. 1471 du Code civil.

Avant d'aborder la discussion sur ce sujet, il convient de l'examiner dans l'ancien droit et de voir s'il en a été question dans les travaux préparatoires du Code.

ANCIEN DROIT. — La question s'était déjà posée dans l'ancien droit, et tous les auteurs la résolvaient dans le sens du droit de créance.

Charondas, après avoir dit dans sa réponse 60, page 365, que l'action pour reprendre les rentes immobilières rachetées constant le mariage est *mobilière*, conclut ailleurs de la manière suivante : « Par cet article, appert que le remploi non stipulé par contrat de mariage est réputé meuble, comme a été jugé, par arrêt du 23 décembre, aux arrêts de Noël 1592. » (Sur l'art. 232 de la cout. de Paris, p. 267).

Brodeau (sur Louet, let. R, n° 30, p. 298), nous dit, en parlant de l'action de reprise : « C'est une action qui ne

va qu'à la répétition, reprise et distraction du prix de la vente sur les biens de la communauté en laquelle il est entré, laquelle ne tend point à la revendication de la chose vendue.... et conséquemment, elle est de la nature mobilière ». D'où il conclut que « si le mari portait les biens de sa première communauté dans une seconde... cette seconde est chargée du remploi des propres de la première femme comme dette mobilière. »

Bacquet, dans son traité des droits de justice (chap. 21, n° 307, p. 236), pense que cette action « ne contient, à faute de remploi, qu'une simple reprise de deniers sur les biens de la communauté, qui n'est qu'une action pure mobilière. »

Ricard (sur Forten, art. 232 de la Cout. de Paris) est du même avis : « Cette action, pour le remploi des propres aliénés, dit-il, mesme au cas qu'il échet de la prendre sur des immeubles, est néanmoins censée mobilière, et en cette qualité appartient aux héritiers des meubles. »

Ferrière, dans sa préface sur l'article 232 de la Coutume de Paris, rapporte le même passage.

Duplessis dit de même (liv. 2, sect. 2, p. 450) : « Quoiqu'il en soit, la dette est toujours mobilière » ; et il en conclut plus loin que « la seconde communauté est chargée du remploi des propres de la première femme, c'en est une dette passive. »

Les auteurs suivants parlent également de dette, ce qui implique créance.

« Si la femme, dit Denisart (rép. v° remploi), renonce à la communauté, son remploi est une dette personnelle du mari... Mais quand la femme accepte la communauté, le remploi ne doit tomber que sur les héritiers qui succèdent

aux biens de la communauté, et sur ces mêmes biens, parce que, comme je l'ai déjà dit, ce remploi est une dette de la communauté, qui en a profité. »

Et Ferrière, dans son nouveau commentaire de la Coutume de Paris : « Puisque le remploi des propres est une *dette* de la communauté, il s'ensuit que c'est aux héritiers des meubles et acquêts à y contribuer. »

Renusson (ch. 4, sect. 6, n° 3, p. 291) résume ainsi la question : « Il est plus équitable de dire que l'action en remploi est mobilière purement et simplement... La raison est que les conjoints par mariage ayant vendu pendant la communauté leurs propres, la communauté n'est débitrice que du prix dont elle a profité et non pas de l'héritage, »

Lebrun (liv. 3, ch. 2, sect. 1, dist. 2, n° 97, p. 374) traite la question à l'égard de la femme et du mari : « Non seulement, dit-il, l'action en remploi est réputée mobilière à l'égard de la femme et de ses héritiers, parce qu'elle ne s'intente que pour le prix de la vente du propre et que les actions se déterminent par l'objet qu'elles poursuivent, mais elle est aussi mobilière à l'égard du mari et de ses héritiers qui doivent le remploi. »

Ainsi depuis la rédaction de la nouvelle Coutume de Paris, c'est à dire depuis l'enfance de la question jusqu'au Code civil, tous les auteurs ont été d'avis que l'action qui résulterait du droit de reprise était mobilière, et ils ont appelé dettes de communauté les reprises des époux. C'est donc bien à titre de créancier de la communauté que les époux exerçaient leurs reprises. Cela n'empêchait pas que le remploi et la reprise se fissent par *délibation* et *détraction*, comme le disent Lebrun (succ., liv. 4, ch. 2, sect. 3, n° 22,

et d'Argou (Inst. de dr. franç., t. 2, liv. 3, ch. 4). C'était là un mode de paiement des reprises, une sorte de *datio in solutum*, comme celle qui a lieu aujourd'hui en vertu de l'article 1471 du Code civil.

La jurisprudence était unanime comme les auteurs. Parmi les décisions judiciaires, nous citons un arrêt solennel du Chatelet de Paris, à la date du 14 août 1591, rapporté par Bacquet (*loc. cit.*), et deux arrêts de la même juridiction du 20 janvier 1711 et du 4 mars 1745, rapportés par Denisart (*v° doi.*, n° 49).

Nous arrivons au guide ordinaire des rédacteurs du Code, à Pothier. Il ne parle pas de la question dans son traité de la communauté, mais il l'examine dans son traité posthume des successions (ch. V, art. 2, § 1). Il suppose la communauté dissoute par la mort du mari qui laisse un héritier aux propres et un héritier aux acquêts. Qui devra supporter les reprises de la femme ? Pothier, se fondant sur ce que les reprises constituent une dette de la succession, décide qu'elles seront payées par les deux héritiers. Citons, au surplus, le texte dans lequel il résout la question.

« Les reprises, dit Pothier, que le survivant a le droit d'exercer sur la communauté, déduction faite de ce qu'il peut devoir à cette même communauté, sont-elles, pour la moitié dont le prédécédé qui n'en a pas de pareilles à exercer en est tenu, une dette de succession, à laquelle son héritier aux propres, qui n'a rien à prétendre dans les biens de la communauté, doit contribuer. Il semble que, suivant notre principe, il y doit contribuer, car cette dette des reprises du survivant est une *vraie dette* du prédécédé, qui en est tenu *actione pro socio*, pour la part qu'il a en la

communauté ; c'est pourquoi, selon notre principe, les héritiers qui sont *juris successores*, qui succèdent à toutes ses obligations, y doivent tous contribuer. Cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté par Brodeau, lettre P, n° 13. et c'est l'avis de Lebrun et de Renusson. Néanmoins, plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres ne doit pas être tenu ; ces reprises, que le survivant a le droit d'exercer, leur paraissent devoir être regardées moins comme une créance que comme donnant à celui qui les a un *droit plus fort* dans la communauté, qu'à son conjoint, qui a des reprises à exercer, lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint, qui n'en a pas de pareilles à exercer, et qu'en conséquence la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses dans les biens de la communauté que de celles qui lui sont échues en son lot, après les prélèvements faits au profit du survivant ; le surplus des biens de la communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant qui avait des reprises à exercer ; que c'est une suite de l'effet déclaratif et rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages.

» Quand même cette *opinion moderne* serait suivie... »

Ces expressions d'*opinion moderne* ont été comme prises au vol par les adversaires du système reprises-créances : ils ont prétendu qu'ils ne faisaient que continuer un système qui avait déjà pris racine dans l'ancien droit, et qui eût bien fini par prévaloir. Nous voudrions bien, pour notre part, qu'on nous indiquât les promoteurs et les défenseurs de cette opinion que Pothier qualifie de moderne :

aucun auteur n'en cite les noms ; ce sont probablement quelques praticiens inconnus et sans autorité, qui ne se doutaient pas que, près d'un siècle plus tard, leur système serait énergiquement défendu par un grand nombre d'auteurs et adopté par la Cour suprême.

Notons, au surplus, que Pothier n'attribue pas à l'opinion moderne l'idée d'un droit de propriété, quoique ce soit la conséquence de cette théorie ; il se contente de lui donner le nom de *droit plus fort*. De cette différence d'expressions, il peut parfaitement résulter que les partisans du nouveau système n'en poussaient peut-être pas si loin les conséquences que les commentateurs modernes.

Nous croyons avoir suffisamment montré que nous avons pour nous, dans l'ancien droit, les auteurs et la jurisprudence. Est-il, dans les travaux préparatoires du Code, quelque indice qui nous montre chez le législateur l'intention d'innover ? Nous n'y voyons rien qui puisse servir de base aux partisans du système des reprises à titre de propriété.

Les projets de Cambacérès ne jettent aucune lueur sur la question.

L'article 86 du projet Jacqueminot établit le prélèvement des reprises de la même manière que le Code civil actuel.

Et dans son rapport au Tribunat du 19 pluviôse an XII, M. Duveyrier dit : « Si le prix d'un immeuble personnel à l'un des époux, vendu pendant le mariage, n'a pas été employé à le remplacer par un autre immeuble de même valeur (car ce terme remploi ne signifie pas autre chose), il est tout simple que l'époux propriétaire, soit le mari, soit la femme, prélève sur la communauté, qui en a profité, le

prix de son immeuble vendu (1). » Rien ne dénote, dans ce langage, l'intention d'innover; et nos adversaires doivent puiser ailleurs des éléments de controverse.

CODE CIVIL. — Le premier argument de nos adversaires se puise dans les articles 1470 et 1471 du Code civil. D'après ces articles, nous disent-ils, les époux prélèvent; or, prélever, c'est prendre à titre de propriétaire. Nous pourrions tout d'abord répondre que ces articles étant placés sous la rubrique du partage de l'actif, n'ont trait qu'aux rapports des époux entre eux. Mais, admettons que ces deux textes s'appliquent à la question. Que nous dit l'article 1470? « Sur la masse des biens, nous dit-il, chaque époux prélève..... 2° le prix de ses immeubles aliénés. » Prélever un prix, c'est en être créancier; on n'est pas propriétaire d'une chose *in genere*. Et si l'article suivant détermine le mode de prélèvement en le faisant porter d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier et subsidiairement sur les immeubles de la communauté, ce n'est là qu'un mode de libération. Ce qui est dû, c'est le prix, c'est-à-dire une somme d'argent représentant la valeur de l'immeuble aliéné. Les biens de la communauté que les époux prennent pour se payer de leurs reprises, ne sont pas *in obligatione*, mais *in facultate solutionis*.

Un des caractères du droit de créance, nous dit-on, est la poursuite par voie d'exécution; or, procéder par mode de prélèvement, c'est agir en propriétaire — non en créancier. Mais n'est-il pas loisible au législateur de déterminer un paiement par *datio in solutum*; c'est ce qu'il a fait dans

(1) Loqué, t. 13, p. 354.

l'article 1471. Ce mode de paiement n'est, d'ailleurs, que facultatif, comme nous le verrons plus loin.

On nous fait une objection tirée de la nature de la communauté. Vous admettez, nous dit-on, que la communauté n'est pas un être moral, comment alors voulez-vous qu'elle soit débitrice des époux pour l'exercice de leurs reprises ; elle ne peut pas devoir, puisqu'elle n'existe pas. La réponse est facile. Nous ne croyons pas, en effet, que la communauté soit un être moral distinct ; c'est, à notre avis, une espèce de société civile ayant des règles exorbitantes du droit commun, et que la loi a organisée d'une façon toute spéciale. S'ensuit-il qu'elle ne puisse être considérée comme créancière ou débitrice ? Nullement. Est-ce que les sociétés civiles et toutes les masses indivises ne sont pas créancières et débitrices. Considérer la communauté comme débitrice n'est, si l'on veut, qu'une hypothèse, une fiction ; mais, peu importe qu'on l'envisage de telle ou telle manière ; l'essentiel est qu'on se conforme à la loi pour le résultat final, la liquidation.

Le mari, dit-on encore, est un simple dépositaire qui doit rendre ce qu'il a reçu : cela résulte de l'article 1492, qui emploie l'expression « reprendre. » Reprendre, c'est appréhender ce qui nous appartenait déjà, ce qui implique propriété de la chose qu'on reprend ; d'où l'on conclut à une subrogation des biens faisant l'objet de la reprise aux biens aliénés. Nous objectons que rien ne ressemble moins à un dépositaire que le mari. Comment peut-on assimiler à un simple dépositaire le mari administrateur, qui peut aliéner et même détruire les biens qu'il administre, lui qui a des pouvoirs si étendus, que Pothier a pu dire qu'il est sei-

gneur et maître de la communauté. En second lieu, les mots « reprise » et « reprendre » existaient dans l'ancien droit (art. 232 de la Cout. de Paris), sans que personne ait songé alors à en tirer un pareil argument. Au surplus, s'il était vrai qu'on ne reprend que ce dont on est propriétaire, comment expliquer l'article 1495, qui nous dit que la femme peut exercer ses reprises sur les biens personnels du mari. Reprendra-t-elle les biens du mari à titre de propriétaire ? Personne n'ira jusque là.

Transportons-nous maintenant dans le domaine de la pratique. Il arrivera, dans le système contraire au nôtre, qu'après le décès du mari, lorsque les créanciers se présenteront pour être payés sur une importante communauté mobilière, ils se verront précédés par la femme qui, en vertu de son prétendu droit de propriété, absorbera le tout. Ces créanciers, qui avaient tout lieu de croire que la masse mobilière était leur gage commun, et que la femme commune était en quelque sorte l'associée de son mari, verront cette dernière prendre ce qu'ils pensaient devoir légitimement leur revenir. Un pareil système blesse profondément la morale et l'équité, et fait de la femme l'adversaire du mari, quand elle ne doit être qu'un pouvoir pondérateur.

Et, ce qui est pis encore, la femme, armée de ce droit de propriété, primera non seulement les créanciers chirographaires, mais encore la servante pour ses gages, le médecin qui a donné ses soins, le pharmacien qui a fourni les remèdes, les fournisseurs d'aliments, en un mot tous ceux dont la créance a été privilégiée par la loi dans un but d'humanité. Un pareil résultat est inique. On ne fera jamais comprendre à la servante, au boulanger et au boucher que

la femme qu'ils ont servie et nourrie doit, pour le plus grand respect de la loi, prendre tout ce qui se trouvait dans la maison qu'elle habitait. Ils traiteront la loi de mauvaise et d'injuste, et ils auront raison.

Ainsi donc, au point de vue pratique, le système contraire conduit à des résultats déplorable, et rien ne justifie l'avantage qu'on veut accorder à la femme. On aura beau dire que le législateur a toujours eu de la sollicitude pour les intérêts de la femme, que l'hypothèque légale qu'il lui a donnée en est la preuve ; le droit de propriété en question laisse bien loin derrière lui, quant aux résultats, l'hypothèque légale, tout avantageuse qu'elle soit (1).

La femme à laquelle nous refusons un droit de propriété pour l'exercice de ses reprises, a-t-elle au moins, comme a cherché à l'établir M. Troplong (2), un privilège qui la fasse préférer aux autres créanciers de la masse commune. Nous pensons qu'elle n'a pas plus de privilège que de droit de propriété.

D'abord, les privilèges ne résultent que d'une disposition formelle de la loi, et il n'est pas permis d'en créer pour le service d'une cause, si bonne qu'elle soit.

(1) Voyez, dans le sens de droit de propriété : Troplong, t. 1, nos 374 à 400. — Demolombe, t. IX, nos 362 et suiv. — Vavasseur, *Rev. prat.*, t. 2, p. 160, 206 et 298. — Séligman, *Rev. prat.*, t. 4, p. 5. — Brésillon, *Rev. crit.*, t. 8, p. 421 à 434. — Esmein, *Rev. crit.*, t. 43, p. 83 et suiv.

Dans le sens de droit de créance : Toullier, t. XII, n° 111. — Rodière et Pont, t. 2, nos 1086 et suiv. — Aubry et Rau, § 511, texte et note 13. — Laurent, t. XXII, nos 524 et suiv. — Colmet de Santerre, t. VI, sur les nos 131 et 132. — Bazot, *Rev. prat.*, t. 3, p. 249 à 278. — Valette, journal *Le Droit* du 25 avril 1855 et *Rev. prat.*, t. 4, p. 529. — Serrigny, *Rev. crit.*, t. 5, p. 162. — Ancelet, *Rev. crit.*, t. 5, p. 260. — Levé, *Rev. crit.*, t. 37, p. 257. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1, nos 339, 340 et 344.

(2) T. 3, nos 1635 et 1639.

On invoque, en faveur du privilège, l'art. 1483 en vertu duquel la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument et on prétend que nous réduisons à néant l'avantage résultant de cet article en contraignant la femme à venir au marc le franc avec les autres créanciers. La femme, nous dit-on, contribue au delà de son émolument, puisqu'elle abandonne ainsi une partie de ses reprises à la masse. Une simple comparaison démontrera l'inexactitude de ce raisonnement : l'héritier bénéficiaire, qu'on peut assimiler dans l'espèce à la femme acceptante, n'a aucun privilège pour recouvrer ses créances contre la succession ; et personne n'a jamais soutenu qu'il y avait là une atteinte au droit résultant du bénéfice d'inventaire de n'être tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de l'actif. Comme dans l'héritier bénéficiaire, il y a chez la femme deux qualités ; celle de débitrice qui lui donne l'avantage exceptionnel de n'être tenue qu'*intra vires*, et celle de créancière pour l'exercice de laquelle elle est assimilée aux autres créanciers, sans pour cela qu'il soit porté atteinte à l'avantage précité.

Au surplus, l'art. 1483 a pour but unique de donner la mesure des obligations de la femme, il est tellement étranger à la question des reprises qu'il peut recevoir son application, même dans le cas où la femme n'en a pas à exercer. Loin de créer un droit pour la femme au regard des créanciers de la communauté, l'art. 1483 restreint les droits des créanciers contre la femme.

On nous accuse de laisser la femme sans défense en lui refusant tout moyen d'arriver à la restitution intégrale

de son patrimoine. Nous pensons que la femme est suffisamment protégée par son hypothèque légale et par le droit qu'elle a de demander à tout moment la séparation de biens. Que la femme s'impute à elle-même de n'avoir pas fait la demande en temps utile, sa position d'épouse la plaçait en première ligne pour juger de l'opportunité d'une pareille mesure.

On ne peut non plus soutenir que le législateur ait fait là une omission involontaire. La réglementation de l'hypothèque légale de la femme au titre des privilèges et hypothèques amenait tout naturellement le législateur à traiter du privilège qu'on prétend accorder à la femme, s'il avait eu véritablement l'intention de lui en accorder un. L'art. 1476 nous renvoie au contraire aux règles ordinaires, ce qui nous conduit au principe général que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers (art. 2093).

RENONCIATION A COMMUNAUTÉ — Dans tout ce qui précède, lorsque nous parlions des reprises de la femme, nous avons supposé qu'elle avait accepté la communauté ; nous avons conclu qu'elle les exerçait à titre de créancière. Toutes les raisons que nous avons développées à l'appui de notre opinion s'appliquent avec plus de force au cas de renonciation à la communauté. De plus, certaines raisons qu'on invoquait tout à l'heure tombent d'elles-mêmes dans cette hypothèse ; par exemple, on prétendait que la femme a un droit de propriété ; or il n'y a plus de propriété ni de prélèvement en cas de renonciation, puisque, par le fait seul de cette renonciation, tout ce qui dépendait de la communauté est devenu la propriété exclusive du mari : ce sont les termes formels de l'art. 1492 : « La fem-

me qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. »

On invoque encore contre nous l'art. 1493, aux termes duquel la femme qui renonce a le droit de *reprendre* : 1° les immeubles à elle appartenant lorsqu'ils existent en nature ou l'immeuble qui a été acquis en remploi ; 2° Le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait. De ce que la femme reprend à titre de propriétaire les immeubles qui existent en nature, on prétend en induire qu'elle reprendra au même titre le prix de ceux qui ont été aliénés, que cela résulte de la rédaction de l'article qui met les deux reprises sur la même ligne. Mais pour reprendre une chose, il faut qu'elle existe encore, et l'expression, juste dans la première partie de l'article, est inexacte lorsqu'on l'applique à la seconde partie, elle ne peut alors signifier que demander le prix. Cette incorrection dans les expressions s'explique très bien chez les rédacteurs du Code qui n'ont jamais été bien rigoureux dans le choix des mots.

JURISPRUDENCE. — La question de la nature des reprises n'est pas purement doctrinale. c'est une question pratique de la plus grande importance, et la Cour de cassation et les Cours d'appel ont fait souvent l'application des principes de la matière dans les rapports de la femme avec les créanciers de la communauté.

Avant 1853, la pratique, suivant la tradition de l'ancien droit, adoptait le système du droit de créance. Pendant cinq années, de 1853 à 1858, la Cour de cassation, malgré la résistance des cours d'appel et des auteurs, fit prévaloir en jurisprudence la théorie du droit de propriété. Ce ne fut

que par un arrêt solennel du 16 janvier 1858 qu'elle changea sa doctrine. Depuis elle n'a plus varié. Cet arrêt du 16 janvier 1858 a une autorité quasi-réglementaire en la matière, de sorte qu'aujourd'hui on peut considérer la question comme à peu près fixée dans le sens du droit de créance (1).

M. Vavasseur qui défend, dans la *Revue pratique* (t. 2, p. 298), le système du droit de propriété, prétend que la pratique des affaires a fortement pesé pour l'adoption du système des reprises-créances, et qu'elle n'a jamais pu, dans ses liquidations, se débarrasser d'une méthode vicieuse qui consistait à comprendre dans la masse passive de communauté, les reprises des deux époux, les confondant ainsi avec les autres dettes. Notre expérience en pareille matière nous autorise à justifier la pratique de cette imputation. Les praticiens ont toujours procédé à la liquidation des

(1) Voyez, dans le sens du droit de propriété :

Civ., Cass., 1^{er} août 1848 ; Dall., 48, 2, 189. — Civ., Cass. 28 mars 1849 ; Dall., 49, 2, 97. — Civ., Cass., 8 avril 1850 ; Dall., 50, 1, 135. — Civ., Cass., 15 février 1853 ; Dall., 53, 1, 75. — Civ., Cass., 23 février 1853 ; Dall., 53, 1, 44. — Civ., Cass., 30 mai 1853 ; Dall., 54, 1, 249. — Civ., Cass., 11 avril 1854 ; Dall., 54, 1, 152. — Civ., Cass., 2 janvier 1855 ; Dall., 55, 1, 33. — Civ., Cass., 8 mai 1855 ; Dall., 55, 1, 167. — Metz, 18 avril 1862 ; Sir., 62, 2, 200.

Dans le sens de droit de créance :

Cass., chamb. réun., 16 janvier 1858. — Civ., Cass., 1^{er} décembre 1858 ; Dall., 59, 1, 11. — Civ., Cass., 23 août 1859 ; Dall., 59, 1, 350. — Civ., Cass., 6 juillet 1870 ; Dall., 71, 1, 116. — Civ., Cass., 19 mai 1872 ; Sir. ; 72, 1, 313. — Req., Cass., 7 juillet 1874 ; Sir., 74, 1, 478. — Nancy, 16 février 1852 ; Dall., 52, 2, 273. — Angers, 25 avril 1860 ; Dall., 60, 2, 162.

Quoique la plupart de ces arrêts concernent des affaires complexes, nous avons cru devoir les ranger en deux catégories seulement. Un classement plus détaillé eût plutôt apporté de l'obscurité dans le sujet que d'en faciliter la compréhension ; d'autant plus qu'un grand nombre de décisions ne font qu'énoncer le principe juridique et en tirent immédiatement les conséquences pratiques en différentes matières, par exemple, en droit fiscal ou pour les legs et les donations.

reprises avant d'établir la liquidation de la communauté : ils opèrent encore de la sorte aujourd'hui que la jurisprudence est fixée dans le sens du droit de créance, et si parfois on liquide les reprises et les dettes dans une même masse, c'est que, par suite d'une situation particulière, le résultat final n'en est pas changé. Si les praticiens ~~ont été~~, en général, partisans du système de reprises-créances, c'est que l'habitude des affaires les avait convaincus que ce système est juste et équitable.

FAILLITE. — La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 janvier 1854, reculant devant les conséquences de son système de droit de propriété, refusa d'en faire l'application en matière de faillite. La Cour se fonda sur ce « que le droit de la femme du failli est soumis à des conditions rigoureuses, qui ne sont point imposées aux femmes des individus non commerçants. »

Il va sans dire que nous, qui avons défendu le système des reprises-créances quand il ne s'agissait pas de commerçants, nous sommes, sur ce point, de l'avis de la cour suprême ; puisqu'en cas de faillite les créanciers ont plus qu'ailleurs besoin d'être protégés contre la femme. Mais fussions-nous partisan du droit de propriété, que nous eussions, comme la Cour de cassation, abandonné notre système dans l'espèce. Nous trouvons, pour appuyer notre opinion, un argument irréfutable dans l'article 560 du Code de commerce, qui décide que la femme pourra reprendre ceux de ses propres qui existeront encore en nature, et que les autres propres dont l'*identité* ne sera pas prouvée, *seront acquis aux créanciers*. Ces termes sont trop formels pour qu'il soit permis de n'en pas tenir compte, et nous ne

comprenons pas comment M. Devilleneuve a pu, sous l'arrêt précité, dire que le législateur de 1838 n'a pas entendu résoudre la question (1).

CONSÉQUENCES PRATIQUES. — De tout ce qui précède et de l'opinion que nous avons adoptée, on tire les conséquences suivantes :

Le caractère d'une action s'appréciant d'après la nature de l'objet auquel elle s'applique, l'action des époux contre la communauté, pour l'exercice de leurs reprises, sera toujours mobilière, même lorsqu'à défaut de mobilier elle s'exercera sur les immeubles.

Par suite, la femme, exerçant ses reprises, vient en concurrence avec les autres créanciers de la communauté, et n'a sur eux d'autre droit de préférence que celui que lui donne son hypothèque légale. Dans l'ancien droit, la masse brute se partageait en deux parties égales, par voie de mi-denier, et la femme était créancière de son mari personnellement pour la moitié de ses reprises, l'autre moitié s'éteignait en sa personne par confusion. On pourrait encore procéder de même aujourd'hui, lorsque la communauté est lucrative, sans changer le résultat final. Mais, lorsque l'actif de communauté est insuffisant pour payer les dettes et les reprises, cette manière d'opérer offrirait à

(1) Voyez, dans ce sens :

Req., Cass., 24 janvier 1854; Dall., 54, 1, 81. — Dev., 54, 1, 166. — Rennes, 17 juin 1853; Dall., 54, 2, 3. — Paris, 8 avril 1854; Dall., 55, 2, 25. — Paris, 23 décembre 1854; Dall., 55, 5, 218. — Colmar, 13 juillet 1854; Dall., 56, 5, 209. — Metz, 12 juin 1855; Dall., 55, 2, 283. — *Contra*, Rodière et Pont, t. 2, n° 1089.

M. Serrigny (*Rev. crit.*, t. 5, p. 176), commentant l'arrêt de cassation précité, déclare savoir gré à la Cour de cette sage inconséquence.

l'époux créancier l'avantage (illégal, selon nous) d'être payé avant les autres créanciers.

Les partisans du système qui considère les époux comme exerçant leurs reprises à titre de propriétaires ou qui donnent à la femme un privilège, en concluent logiquement que la femme vient avant les créanciers de la communauté pour se faire payer sur l'actif mobilier. Cependant, M. de Folleville (*Revue générale*, 1878, p. 279 à 303), partant de l'idée que la femme acceptante a droit à un lot plus considérable, à raison de l'augmentation qu'elle a procurée à la communauté par suite de la vente de ses propres, qu'elle se parfait son lot en nature, et qu'en réalité elle n'est, même pour l'exercice de ses reprises, qu'une copartageante, en conclut qu'elle ne peut exercer ses reprises qu'après le paiement des créances, en vertu du principe : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Dans le système de reprise à titre de créance que nous avons adopté, de même que rien n'autorise, comme nous croyons l'avoir démontré, à faire payer la femme par préférence aux autres créanciers, on ne peut non plus donner aucune raison pour ne la faire payer qu'après. Elle est créancière au même titre que les autres créanciers et doit venir concurremment avec eux ; il faudrait, pour décider autrement, un texte formel qui n'existe pas dans la matière. Acceptons donc un instant le système qui considère les reprises comme s'exerçant à titre de propriété ou qui envisage, ainsi que dit l'auteur, la femme comme copartageante à raison de ses reprises. Ici encore, nous aboutirons à un autre résultat ; la femme exerçant ses prélèvements est censée avoir toujours été propriétaire des biens qu'elle

prend pour se payer ; le mari n'a donc jamais pu les grever, les faire servir de gage aux créanciers de la communauté ; et la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto ere alieno* ne saurait leur être appliquée, puisque les biens en question ne sont pas des biens du débiteur.

Il n'y aura alors, objecte M. de Folleville, aucune différence entre la femme acceptante et la femme renonçante, et le législateur a fait une chose inutile en établissant le droit de renonciation. Il y aura quand même, répondons-nous, de grandes différences, et l'auteur prend soin lui-même de nous en montrer une dans sa note ; de plus, en admettant, ce qui n'est pas, qu'un pareil résultat soit produit, il n'y aurait pas là une raison suffisante pour adopter le système proposé.

Quant à l'argument que l'auteur tire du passage de Pothier, cité plus haut, où il est question d'un *droit plus fort*, cette expression, que M. de Folleville invoque à l'appui de son système, se retourne aisément contre lui : ce droit est plus fort que quel autre droit, que celui des autres créanciers, évidemment ; et on en arriverait ainsi à préférer la femme à ces derniers, ce qui est tout le contraire de ce que prétend l'auteur.

Les effets ci-dessus ne sont produits qu'à l'égard des créanciers de la communauté ou des personnes qui ont acquis des droits sur elle antérieurement à sa dissolution. La nature du droit change à l'égard des époux entre eux et des créanciers postérieurs, et les conséquences sont différentes, ainsi qu'il sera dit plus loin.

Les prélèvements qu'exercent sur la communauté le mari ou la femme acceptante, sont dispensés de la trans-

cription. Ce point n'a, à notre connaissance, été contesté que par M. Troplong (*Op. cit.*, n° 62), qui se fonde, pour soutenir que la transcription est nécessaire, sur ce fait vrai en lui-même que les immeubles prélevés par l'époux créancier lui sont abandonnés à titre de *datio in solutum*, c'est-à-dire par acte entre vifs translatif de propriété. Il est vrai que l'opération est une *datio in solutum*, mais l'époux qui exerce ses reprises a deux qualités, il est à la fois créancier et commun en biens; pour partager, il doit au préalable prélever ce qui lui est dû; les prélèvements deviennent ainsi une opération du partage, un acte ayant pour but de faire cesser l'indivision, et, comme tel, dispensé de transcription (1).

Il n'en serait plus de même pour la femme, en cas de renonciation à la communauté. Les biens de la communauté deviennent alors biens du mari et se confondent avec les propres de ce dernier; lorsqu'on les fait alors passer dans le patrimoine de la femme pour la payer de ses reprises, il ne peut plus être question de partage ni d'acte faisant cesser l'indivision, il y a une véritable mutation de propriété entre vifs soumise à transcription. Mais, en revanche, la femme peut exercer son hypothèque légale sur les immeubles de communauté avec la même efficacité que sur les immeubles propres du mari.

CARACTÈRE DES REPRISES A L'ÉGARD DES ÉPOUX ENTRE EUX. — Jusqu'ici, nous avons traité des droits des époux à l'égard des créanciers de la communauté, nous allons maintenant placer les époux créanciers de reprises l'un

(2) Mourlon, *Transc.*, I, 47; Flandin, I, 292 et suiv. — Cass., 9 juin 1869; *Dall.*, 69, I, 497.

vis-à-vis de l'autre, et voir quels sont leurs droits dans cette position relative.

Tant que les époux étaient communs en biens, la communauté ne constituant pas un être moral distinct des époux, ou plus exactement distinct du mari, les créanciers de la communauté étaient créanciers du mari et quelquefois de la femme ; ce n'était pas la communauté qui avait contracté avec eux, c'était le mari commun en biens. Il y avait bien trois patrimoines : celui du mari, celui de la femme et celui de communauté ; mais ce dernier n'existait que fictivement et dans un but de liquidation ultérieure ; le mari en était seigneur et maître, il avait le droit d'en disposer ; en un mot, il n'y avait dans la communauté rien de ce qui constitue l'être moral indépendant. Qu'arrive-t-il à la dissolution de la communauté ? Il arrive alors que cet être fictif, que nous appelons communauté, devient une véritable masse indivise ; elle, qui n'avait tout à l'heure qu'une valeur problématique dépendant du résultat final, est maintenant fixe et invariable ; chacun des époux a sur cette masse des droits de copropriété non pas égaux entre eux, mais proportionnels à ce qu'il y a apporté de ses biens personnels, ajouté à la moitié du surplus.

Ainsi, nous le répétons, à partir de la dissolution de la communauté, les biens qui en faisaient partie changent de nature, ils deviennent biens indivis ; le mari perd sur eux ses droits de seigneur et maître, et la femme, dont Dumoulin et Pothier disaient *non est socia sed speratur fore*, voit ses droits devenir égaux à ceux du mari. De là, les conséquences suivantes :

Chacun des époux peut demander le partage de la masse

commune, et, par suite de l'effet rétroactif du partage, il est censé avoir succédé seul aux biens compris dans son lot. Ces biens sont réputés avoir personnellement appartenu aux époux depuis la dissolution de la communauté, dans la mesure de la liquidation à intervenir, soit qu'ils servent à payer les reprises, ou qu'ils fassent partie du surplus ; les uns et les autres sont, en effet, des biens de la communauté.

L'époux qui se remarie sans avoir liquidé ses reprises dans une précédente communauté, les verra, par application de l'art. 883 du Code civil, tomber ou non dans une nouvelle communauté, suivant qu'elles s'exerceront sur les meubles ou sur les immeubles.

En cas de décès de l'époux créancier, les reprises appartiendront au légataire des meubles ou au légataire des immeubles, selon la nature des biens qui seront soumis à leur exercice, et cela, que la communauté soit dissoute par la mort de l'époux créancier ou par toute autre cause. Il faut, en effet, pour juger la question, se reporter au jour de l'ouverture du droit du légataire, c'est-à-dire au jour du décès du testateur, et, en supposant que la communauté soit dissoute par ce décès, la transformation dont il est parlé plus haut venait précisément de se faire, le droit qu'avait sur les biens communs l'époux créancier venait à l'instant de se transformer en un droit de copropriété sur la masse indivise ; c'est donc comme copropriétaires que les légataires exercent les reprises de leur auteur (1).

(1) Metz, 10 avril 1862. Sir., 62, 2, 200. — Agen, 17 janvier 1868. Sir., 68, 2, 4. — Paris, 24 juillet 1869. Sir., 70, 2, 45. — *Contra*. Req., Cass., 1^{er} juin 1862. Sir., 62, 1, 829. — Req. Cass., 15 juin 1867. Sir., 68, 1, 13. — Civ. Cass., 6 juillet 1870. Sir., 70, 1, 348.

Pas plus que dans une indivision provenant d'autre cause, aucun des époux n'est tenu de subir le concours des créanciers personnels de l'autre, ou de tenir compte, dans le partage, des droits que son conjoint a pu conférer depuis la dissolution de la communauté.

A premier abord, on pourrait s'étonner que, transformant la communauté en masse indivise, nous comprenions dans cette masse indivise les reprises des époux, et que nous les considérions, non pas comme une dette de la masse envers les époux, en les assimilant aux autres dettes de la ci-devant masse commune, mais comme une part plus forte de copropriété. Rien cependant n'est plus naturel. Après la dissolution de la communauté, les époux ont à partager les biens communs, et ils en sont copropriétaires, non seulement en leur qualité d'époux communs, mais encore comme ayant des reprises à exercer et des prélèvements à faire. Les prélèvements ne forment-ils pas une opération préliminaire dans tout partage de masse commune, qu'elle provienne de société, succession ou communauté ; et pour arriver à un partage équitable, chaque communiste ne doit-il pas prélever, en sa qualité de copartageant, c'est-à-dire au même titre que celui en vertu duquel il prend sa part dans le surplus, tout ce dont il a personnellement enrichi la masse commune, par exemple en versant un supplément d'apport ou en faisant seul des dépenses nécessaires. On ne peut donc, sans blesser les règles de la justice la plus élémentaire, refuser à l'époux, pour recouvrer l'excédent qu'il a apporté dans la masse, les mêmes droits qu'on accorde aux autres communistes pour se faire attribuer leur part.

Nos adversaires nous diront encore que nous avons le tort de ne pas pousser notre théorie jusqu'au bout, et que, quand on a décidé, comme nous l'avons fait, que les époux exercent leurs reprises à titre de créanciers, ils ont cette qualité avant comme après la dissolution de la communauté. Or, personne que nous sachions n'a osé admettre les conséquences de ce système de créanciers à outrance, et la Cour de cassation elle-même a su parfaitement décider en matière d'enregistrement, comme nous le verrons plus loin, que les époux exercent leurs reprises à titre de copropriétaires, et que les attributions qui leur sont faites à ce titre échappent au droit de mutation.

Passons aux conséquences pratiques. La liquidation d'une communauté est toujours un peu distante de sa dissolution. Une opération de ce genre est souvent fort difficile et nécessite dans tous les cas un travail que rendent très long les renseignements à obtenir et les comptes à établir. Il est rare que cela ne dure pas au moins quelques mois. On ne peut certainement pas, pendant ce temps, laisser un époux à la discrétion de l'autre ou de ses héritiers, permettre à ces derniers de diminuer à leur guise, en conférant des droits sur l'actif commun, le dividende que doit toucher l'époux créancier de la communauté. La fraude eût été trop facile.

Un argument pratique de cette valeur suffirait presque seul à démontrer la transformation des droits des époux de la manière indiquée plus haut, si les raisons d'une valeur purement doctrinale que nous avons développées ne la prouvaient déjà surabondamment.

C'est donc comme copropriétaires que les époux exer-

cent leurs reprises, après la dissolution de la communauté, l'un vis-à-vis de l'autre. MM. Aubry et Rau (§ 511, texte et note 27), prenant l'expression de Pothier dans le passage cité plus haut, appellent le droit des époux dans l'espèce, un *droit plus fort*. Nous ne voyons pour notre part aucun inconvénient à se servir de cette dénomination de *droit plus fort*, qui donne exactement à chaque époux pour l'exercice de ses prélèvements, vis-à-vis de son conjoint, les mêmes avantages que le droit de propriété. Nous pensons cependant qu'il eût mieux valu appeler ce droit par son véritable nom de droit de copropriété, au risque d'être taxé de contradiction apparente avec soi-même quand on a soutenu, comme nous l'avons fait, que les époux exercent leurs reprises à titre de créanciers au regard des autres créanciers de la communauté. Au fond, les deux appellations aboutissent au même résultat.

Nous avons dit que l'époux qui a des reprises à exercer ne peut être contraint de subir le concours des créanciers personnels de l'autre ; il ne faut pas pousser plus loin ce principe et en conclure par extension que les créanciers de la communauté jouissent d'un droit de préférence à l'égard des créanciers personnels des époux. Rien ne saurait en effet justifier un pareil avantage, et les raisons qui militaient tout-à-l'heure en faveur des époux eux-mêmes ne pourraient évidemment être invoquées par les créanciers de la communauté. Aucun texte n'autorise à établir un pareil avantage ; et nous savons qu'en fait de privilège, on ne peut procéder par extension. L'une et l'autre espèce de créanciers viendront donc concurremment entre eux sur la part afférente à l'époux débiteur dans les biens de la com-

munauté; cette part est leur gage commun. Décider autrement serait faire de la communauté un véritable être moral (1).

Tout ce que nous venons de dire est inapplicable au cas de renonciation à la communauté. Dans ce cas, les biens de la communauté sont devenus biens du mari et la femme renonçante ne saurait en être copropriétaire ni avoir sur eux aucun droit plus fort, elle conserve le seul bénéfice de son hypothèque légale.

(1) Voyez dans ce sens les auteurs suivants qui ont décidé que la communauté n'est pas une personne morale : Toullier, t. 12, n° 82. — Battur, t. 1, n° 130. — Championnière et Rigaud, *Enreg.*, t. 4, n° 2885. — Duvergier, *Sec.*, n° 383. — Odier, *Cout. de mar.*, t. 1, n° 210. — Rodière et Pont, t. 1, n° 334. — Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 1. — Massé et Verge, sur *Zach.*, t. 3, § 648, p. 59, not. 2. — Aubry et Rau, § 505, texte et note 2.

En sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, t. 1, n° 279. — Duranton, t. 14, n° 96. — Troplong, *Cout. de mar.*, t. 1, n° 306 et suiv.

II

DES CAUSES DU DROIT DE REPRISE

Le droit de reprise a d'abord lieu dans les deux cas spécifiés par l'art. 1433, c'est-à-dire :

1° Lorsqu'il a été aliéné des biens appartenant en propre à un époux et que le prix d'aliénation en a été versé dans la communauté.

2° Lorsque le propriétaire d'un héritage soumis à une servitude au profit d'un fonds propre à l'un des époux, se rédime de cette servitude moyennant un prix encaissé par la communauté.

A ces deux hypothèses, il faut ajouter par extension celles qui suivent :

3° Lorsque des biens propres à l'un des époux ont été employés à titre de *datio in solutum* à l'acquittement d'une dette de communauté.

4° Lorsque des mines et carrières ont été ouvertes pendant la durée de la communauté sur des biens propres des époux. Ce cas est expressément réglé par l'art. 1403-3° du Code civil.

5° Lorsque la communauté a fait prématurément sur les biens propres de l'un des époux une perception de fruits qui eût profité à cet époux si elle eût été faite à l'époque ordinaire.

6° Quand l'un des époux a pendant la communauté payé de ses biens propres une dette commune ; et quand la

femme est après la dissolution en danger de payer une dette de communauté pour laquelle elle s'est obligée solidairement avec le mari.

7° Et, en général, quand la communauté a tiré un profit quelconque des biens propres des époux et à leur détriment ; par exemple lorsqu'il a été fait des coupes extraordinaires dans la forêt de l'un d'eux, ou si, par une renonciation à un droit qui eût augmenté son patrimoine personnel, un époux a avantageé la communauté.

Nous ne prétendons pas donner ici une nomenclature complète des causes du droit de reprise : elles sont si nombreuses qu'on en omettrait forcément, et tous les jours l'imagination d'un jurisconsulte peut en découvrir de nouvelles. Nous nous sommes borné à indiquer les principaux cas de reprises, et nous allons les développer dans quelques-unes de leurs applications spéciales.

L'aliénation d'un droit perpétuel moyennant une somme d'argent encaissée par la communauté n'offre aucune difficulté en ce qui concerne le principe du droit à récompense ; mais la question a paru plus douteuse dans deux hypothèses particulières : celle d'échange d'un droit perpétuel contre un droit viager et celle de cession d'un droit viager pour une somme capitale. Examinons-les successivement.

Un droit perpétuel propre à un époux a été converti pendant la communauté en un droit viager (usufruit ou rente viagère) ; l'époux au nom duquel l'opération a été faite s'est évidemment appauvri en enrichissant la communauté, puisque le droit viager qu'il a acquis en échange du droit perpétuel aliéné n'a plus, à la dissolution de la communauté, la même valeur qu'au jour de l'aliénation et

n'est plus à cette époque la représentation exacte du droit perpétuel ; il y a d'un côté pour l'époux perte de la différence de valeur, et pour la communauté, gain de la différence des revenus et arrérages ; et nous y voyons matière à récompense. Cela est contesté.

La communauté, dit Marcadé (sur l'art. 1426, n° 2), est usufruitière de tout bien appartenant à l'époux sans considérer quelle est la nature (perpétuelle ou temporaire) de ce bien. Le célèbre auteur ne semble pas remarquer qu'il accorde ainsi à la communauté non plus un droit auquel elle peut prétendre en sa qualité d'usufruitière, mais un véritable attribut du droit de propriété, l'*abusus*. Une rente viagère se détruit en effet par la perception des arrérages, puisque c'est dans cela seul qu'elle consiste, et un usufruit est amoindri tous les ans quant à sa valeur totale par l'exercice normal du droit. C'est précisément le droit de percevoir tous les arrérages sans récompense que nous refusons à la communauté usufruitière, parce qu'en même temps il détruit et absorbe peu à peu le droit temporaire lui-même.

On nous objectera en vain, qu'aux termes de l'art. 1401, la communauté est propriétaire des arrérages des biens que possédaient les époux lors de la célébration du mariage et de ceux qui leur sont échus depuis à *quelque titre que ce soit*. Le droit viager acquis en échange n'est pas un bien échu, et ces expressions ne peuvent désigner que les biens advenus aux époux à titre gratuit. L'art. 1401 n'a du reste jamais eu pour but de régler une question de récompense.

De ce que l'usufruit et la rente viagère s'amoindrissent

et se détruisent comme valeur au fur et à mesure du temps écoulé, il s'ensuit que leurs arrérages constituent pour une partie la valeur du fonds ou du capital donné en échange, et pour l'autre partie les revenus de ce fonds ou les intérêts du capital. Or si la communauté retenait la totalité de ces arrérages, elle absorberait sans retour une partie des biens des époux, et s'enrichirait à leurs dépens contrairement aux dispositions de la loi. Chaque époux aurait là un moyen facile d'avantager la communauté au préjudice de ses héritiers, et Marcadé lui-même est si bien frappé de l'iniquité d'un pareil résultat, qu'il demande qu'on applique en pareille circonstance la règle : *Fraus omnia corrumpit*. La fraude est fort difficile à prouver, et un semblable remède serait bien souvent inefficace (1).

Dans le cas où un usufruit ou une rente viagère sont aliénés pendant la communauté, il est dû une récompense dont le montant sera fixé dans le chapitre suivant. Plusieurs auteurs font la distinction entre le cas où la communauté est dissoute par la mort de l'époux sur la tête duquel était constitué le droit viager et le cas où elle prend fin d'une autre manière, c'est-à-dire par la mort de l'autre époux ou par la séparation de biens ; ils ne donnent la reprise que dans le premier cas et décident, dans le second, qu'il n'y a pas lieu à récompense, parce que l'époux aliénateur n'a rien perdu, puisque sa succession ne comprendrait pas l'usufruit ou la rente viagère, s'ils n'eussent pas été aliénés.

(1) Pothier, VII, 394. — Troplong, II, n° 1096, — Aubry et Rau, § 511, texte et note 4. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 78 bis, XI.

Contra. — Bugnet sur Pothier, VII, p. 312, note 2. — Marcadé sur l'art. 1436, n° 2. — Rodière et Pont, II, 945.

Nous ne saurions adopter ce système, et faire une pareille distinction. En aliénant son droit viager moyennant une somme fixe, l'époux a fait une opération aléatoire dont il doit personnellement retirer le bénéfice ou supporter la perte ; or, en décidant qu'il n'est pas dû de récompense, on met l'aléa à la charge de la communauté, ce qui est contraire au principe qu'elle doit récompense de ce dont elle a profité (art. 1433 combiné avec l'art. 1437). Le premier de ces articles ne fait pas du reste la distinction qu'on propose, et on doit en conclure que le principe de la récompense existe, quelque soit l'événement ultérieur qui donne lieu à son exercice (1).

Ainsi que nous l'avons dit au n° 6, il est dû récompense quand le mari ou la femme a payé de ses biens personnels une dette commune ; cela résulte des principes généraux développés au commencement de ce travail, puisqu'il y a eu enrichissement de la communauté aux dépens des époux. Sur ce point, pas de difficulté. Mais la question mérite examen en cas d'obligation solidaire par le mari et la femme pour une dette commune, quand la communauté s'est dissoute sans que la dette soit payée. On sait qu'aux termes de l'art. 1431, la femme n'est censée, dans ce cas, s'être obligée que comme caution, et qu'elle doit être in-

(1) Merlin, Rep. v. emploi, § 2, n° 2. — Toullier, XII, 347 et 348. — Odier, I, 309 et 310. — Proudhon, de l'usufr. V, 2672. — Marcadé sur l'art. 1436, n° 2.

Contra. — Duranton, XIV, 340. — Aubry et Rau, § 511, texte et note 5. — Colmet de Santerre, VI, n° 78 bis, VI. — Laurent XXII, n° 468 et 469.

Pothier qui dans son *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. X, n° 106, s'était prononcé pour la distinction, a abandonné cette opinion dans son *Traité de la communauté* (n° 592).

indemnifiée de son obligation. Peut-elle exercer la reprise du montant de l'obligation dans la prévision qu'on pourra lui en demander le paiement ? Le principe de la récompense ne saurait, à notre avis, être sérieusement contesté, il résulte des termes suivants de l'art. 1431 *in fine* : « elle (la femme) doit être indemnifiée de l'obligation qu'elle a contractée. » Indemnifiée de l'obligation, dit l'article, et non pas seulement du paiement que la femme a pu faire : c'est donc d'un paiement à venir résultant de l'obligation que la femme peut se faire indemniser (1).

La question se réduit ainsi au point de savoir si la femme doit être indemnifiée de son obligation dans tous les cas sans exception, ou bien si elle ne peut exercer la reprise que dans les cas où une caution peut agir contre le débiteur aux termes de l'art. 2032, c'est-à-dire : 1° Lorsque le mari est poursuivi en justice pour le paiement ; 2° lorsqu'il est en faillite ou en déconfiture ; 3° lorsqu'il s'est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain délai ; 4° lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme ; 5° au bout de dix ans lorsque l'obligation n'a point de terme fixe d'échéance. La plupart des auteurs et la jurisprudence (2) prennent ce dernier parti par la raison que la femme étant réputée caution, ne peut avoir plus de droits que les autres cautions. Nous ne sommes pas de cet avis, et nous pensons que la femme obligée solidairement avec le mari pour les affaires de la communauté

(1) Voyez cependant Cass., 16 juillet 1832. Sir., 33, I, 833 et comparez Cass., 25 mars 1834. Sir. 34, I, 272.

(2) Troplong, Priv. et hyp., 610 et Cout., 415. — Rodière et Pont, 812. — Cass., 24 mai 1869. Sir., 69, I, 347.

peut se faire porter créancière dans tous les cas. L'art. 1431 ne dit pas que la femme est réputée caution et doit *en conséquence* être indemnisée de son obligation, c'est-à-dire dans les cas prévus par l'art. 2032 ; l'art. 1431 a, au contraire, deux dispositions bien distinctes : dans l'une, il répute la femme caution, et dans l'autre, il lui donne droit à indemnité sans limitation et sans se reporter à la première partie de l'article ni aux droits des cautions. Ces deux idées y sont parfaitement séparées. Et puis, peut-on croire que le législateur, dont nous voyons à chaque pas dans cette matière la sollicitude pour les intérêts de la femme, l'ait abandonnée dans l'espèce par le motif futile que le mari n'est pas poursuivi en justice, ou qu'il ne s'est pas obligé à rapporter décharge ; une pareille distinction n'était certainement pas dans son esprit. Lorsque la dette n'est pas encore échue, la femme a tout autant besoin de garanties pour l'avenir que si elle était échue ; et l'art. 2135 fait une juste application de cette similitude en donnant à la femme une hypothèque légale qui prend date au jour de l'obligation sans distinction du jour de l'échéance.

Ce qui vient d'être dit ne s'applique qu'à la femme obligée solidairement avec son mari ; si elle n'était obligée que conjointement avec lui, elle ne serait, aux termes de l'art. 1487, tenue que de moitié de la dette, et comme elle ne payerait ainsi, par suite de son engagement, que sa part contributoire, il n'y aurait pas lieu à récompense. Cependant, si un pareil paiement avait pour effet de faire contribuer la femme au delà de son émolument, ou si elle renonçait à la communauté et devenait ainsi étrangère aux dettes communes, nous verrions là matière à reprise ;

l'art. 1431 n'a fait que poser une règle générale sans s'occuper des cas particuliers : il a conclu dans le *plerumque fit*, laissant aux commentateurs le soin de faire les applications du principe dans les hypothèses spéciales.

On peut élever la question de savoir si la communauté doit récompense de l'indemnité qu'elle a reçue d'une compagnie d'assurances, par suite de l'incendie d'un bâtiment appartenant en propre à un époux. On serait tenté de la résoudre négativement, par la raison que l'indemnité représente non l'immeuble incendié, mais le bénéfice résultant pour la communauté du contrat aléatoire d'assurances qu'elle a passé. Mais, dans cette matière, il faut moins s'attacher au point de savoir ce que représente l'indemnité, qu'à cette raison toute d'équité, que la communauté ne doit pas s'enrichir au détriment des époux. Et, en regardant plus au fond des choses, on voit que la communauté, en assurant les bâtiments propres, n'a fait qu'un acte de simple administration dont le but était de procurer à l'époux propriétaire, en cas de sinistre, une somme équivalente au bien qu'il perd. Le mari, en faisant un semblable contrat, n'a nullement appauvri la communauté, puisqu'il n'a fait que prendre sur les revenus la faible partie que tout administrateur prévoyant doit distraire pour s'assurer la conservation du capital. En recevant l'indemnité, la communauté tire donc profit à raison des biens propres d'un époux, ce qui donne lieu à récompense d'après le principe général énoncé au numéro 7 ci-dessus (1).

Il suffit, pour qu'il y ait lieu à reprise, que le prix de

(1) Bordeaux, 49 mars 1857. *Sir.*, 37, 2, 534.

vente soit *parvenu* à la communauté, il n'est pas nécessaire que la communauté en ait tiré profit.

Ainsi, le mari serait fondé à reprendre le prix d'aliénation d'un de ses propres, bien qu'il en eût fait immédiatement don à un tiers. Le prix devient en effet bien de communauté dès qu'il est touché par le mari qui peut alors en disposer de la même manière et au même titre que de tout autre bien de communauté, sans pour cela porter atteinte à son droit de reprise (1).

A plus forte raison, il y aurait encore lieu à reprise, si le mari avait employé le prix de vente de son propre en folles dépenses ou en débauches.

(1) Laurent, XXII, n° 456; Angers, 7 mars 1845; Dall., 45, 2, 59; *Contra*, Troplong, n° 1093; Cpr, Rodière et Pont, II, n° 937.



III

DU MONTANT DES REPRISES

Les reprises des époux sont de la somme dont la communauté a profité. Tel est le principe. Nous allons en faire l'application aux différents cas qui ont été exposés dans le chapitre précédent.

L'époux dont le propre a été vendu a le droit de reprendre le prix *réritable* de la vente. Il ne pourrait alléguer que le bien faisant l'objet de l'aliénation a été cédé au-dessous de sa valeur, et qu'ainsi il n'a pas reçu l'équivalent de ce dont il s'est appauvri, car on pourrait lui répondre que l'article 1433 ne lui accorde que la reprise *du prix* de la vente. On doit appliquer cette règle, quand bien même la réclamation serait faite par la femme, alléguant que l'autorité qu'avait sur elle son mari est cause qu'elle a consenti à la vente d'un bien propre au-dessous de sa valeur, et, qu'en conséquence, il serait juste qu'on lui permit de reprendre l'équivalent de valeur et non le prix de vente; une semblable prétention serait rejetée par la raison que la loi, dans cette matière comme dans les autres, ne reconnaît pas la contrainte du mari sur la femme, et que cette dernière avait un excellent moyen d'empêcher la perte dont elle se plaint, c'était de ne pas consentir à l'aliénation.

Nous avons dit que la reprise était du prix *réritable* de la vente; nous entendons par là que si, dans un but quel-

conque, par exemple pour éviter à l'acheteur de payer des droits de mutation élevés, il a été déclaré dans l'acte un prix inférieur au prix réel, c'est à ce dernier prix que s'élève la reprise comme étant la somme dont s'est enrichie la communauté. Les époux seront admis à établir l'exactitude du prix par tous les moyens de preuve.

On est généralement d'accord pour accorder la reprise, en pareille circonstance, à la femme, mais la question semble plus douteuse en ce qui concerne le mari. La situation, a-t-on dit, n'est pas la même dans les deux cas : lorsque le propre aliéné appartient à la femme, c'est le mari qui traite généralement des clauses et du prix de la vente ; on ne peut alors faire pâtir la femme de l'imprévoyance peut-être consciente du mari. Tandis que quand le mari traite de la vente de son propre, il n'a qu'à s'imputer à lui-même de n'avoir pas porté la totalité du prix dans l'acte de vente. Nous croyons qu'on ne peut raisonner ainsi ; ce serait faire supporter au mari une faute qui, la plupart du temps, ne lui est pas imputable ; c'est presque toujours à la demande de l'acquéreur qu'on dissimule une partie du prix en fraude du fisc, puisque c'est l'acquéreur qui supporte les frais d'acquisition. Pourquoi punir le mari d'une simple complaisance dont il est loin de soupçonner les conséquences. Refuser au mari la reprise de la totalité du prix de la vente, serait ne tenir aucun compte d'un principe qui a dominé jusqu'à ce jour dans nos lois d'enregistrement, malgré les efforts de l'administration pour y porter atteinte, à savoir : que toute fraude et dissimulation en matière fiscale n'entraîne aucune déchéance civile.

D'après l'article 1341, il n'est reçu aucune preuve contre

et outre le contenu aux actes. On peut, à la rigueur, nous dit-on, apporter une exception à cet article en ce qui concerne la femme, parce qu'à son égard le mari, en dissimulant partie du prix, s'est rendu coupable d'un quasi-délit qui peut être prouvé de toute espèce de manière : mais, à l'égard du mari, rien n'autorise à enfreindre les dispositions de l'article. Nous répondons que l'article 1341 cede ici le pas au principe général en matière de récompense. La récompense, dit l'article 1436, a lieu sur le pied de la vente; n'est-ce pas là autoriser les époux à établir le véritable prix par tous les moyens. Ce qui prouve, du reste, que l'article 1341 n'est pas applicable à notre question, c'est qu'il ne s'agit pas ici de régler les effets d'une convention, mais de fixer le montant d'une récompense.

Au surplus, refuser au mari le droit de prouver par tous les moyens quel est le prix réel de la vente de son propre, et d'en exercer la reprise, c'est l'autoriser à avantager indirectement la communauté et par conséquent la femme, au préjudice de ses héritiers, et cela peut conduire à entamer la réserve (1).

Si le bien propre d'un époux a été employé à payer une dette de communauté, la reprise est du montant de la dette éteinte et de ses accessoires.

Quand la communauté a perçu le produit de mines et carrières ouvertes pendant le mariage, l'indemnité est de la valeur de ce produit, déduction faite des frais d'extrac-

(1) Voyez et comparez : Marcadé, sur l'art. 1436, n° 1. — Troplong, t. 2, n° 1162. — Rodière et Pont, t. 2, n° 942. — Aubry et Rau, § 511, texte et note 9. — Laurent, t. XXII, nos 460 à 462. — Civ., Cass., 14 février 1843 : Sir., 43, 1, 93. — Civ., Cass., 20 décembre 1847 ; Sir., 58, 1, 276.

tion. Ce n'est pas ainsi que Delvincourt interprète l'article 1403; il pense que la communauté doit récompense de la valeur que le fonds a perdue par suite de l'exploitation. C'est, à notre avis, faire trop bon marché des termes du § 3 de l'article 1403, qui nous dit expressément que *les produits* des mines et carrières ouvertes pendant le mariage ne tombent dans la communauté que sauf récompense. Il s'agit donc bien, dans l'espèce, des produits eux-mêmes et non d'une différence de valeur (1).

Relevons, en passant, une erreur de rédaction de l'article 1403. Les expressions suivantes, « sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due, » sont inexactes; c'est à l'époux propriétaire qu'il fallait dire; l'indemnité n'est jamais due à l'époux non propriétaire du fonds. Il pourrait cependant arriver que l'ouverture d'une mine ou d'une carrière pendant le mariage donnât lieu à une indemnité qui serait due par l'époux propriétaire, non pas à l'autre époux, mais à la communauté; c'est lorsque les dépenses utiles faites pour arriver à l'exploitation excèdent les produits perçus jusqu'à la dissolution de la communauté; il y aurait alors indemnité de la différence, en supposant, bien entendu, que le fonds eût pris une plus grande valeur par suite de la mise en activité de l'exploitation.

Quand le mari a fait par anticipation, sur un de ses propres ou sur un propre de la femme, une coupe de bois ou

(1) Bellot, t. 1, p. 146. — Battur, n° 200. — Toullier, XII, n° 128. — Zachariae, t. V, p. 114. — Taulier, t. 5, p. 50. Rodière et Pont, t. 1, n° 400. — Odier, t. 1, n° 98. — Troplong, nos 560 à 563; Colmet de Sauterres, t. VI, n° 28, et com. — *Contra*. Delvincourt, t. 2, p. 97, texte et note 1.

une récolte qui, normalement, eût dû être faite après la dissolution de la communauté, la reprise est de la valeur de la récolte. Si, cependant, la récolte avait été faite avant complète maturité sur un propre de la femme, et que, par suite, elle eût été de moindre valeur, nous verrions là un délit du mari qui l'obligerait civilement sur ses biens personnels à tenir compte à la femme de la différence de valeur (*Fraus omnia corrumpit*).

Lorsque l'aliénation d'un propre a lieu moyennant une rente viagère, il est dû récompense de l'excédent des arrérages de la rente sur les revenus du propre aliéné, sans préjudice du droit qu'a l'époux propriétaire, de reprendre en nature la rente viagère constituée en échange. Il en est de même si l'époux a échangé son propre contre un droit d'usufruit, il reprendra, s'il y a lieu, en nature, son usufruit, et en deniers sur la communauté la différence de revenus. On fait ainsi une juste application de la loi, puisque la communauté rend tout ce dont elle s'est enrichie aux dépens de l'époux aliénateur, et ne rend que cela : l'indemnité est la représentation approximative comme tout ce qui concerne les droits viagers) de la différence entre la rente viagère, prise à l'époque de l'aliénation du propre, et la valeur de la même rente, prise au moment de la dissolution de la communauté.

Telle était, dans l'ancien droit, l'opinion de Bourjon et de Pothier (1) : et les rédacteurs du Code ont certainement voulu suivre sur ce point leur guide ordinaire. Lebrun (2)

(1) Bourjon, vol. I, tit. X, part. II, chap. II, sect. VI, dist. II, n° 37, et part. VI, chap. II, sect. III, dist. III, n° 38. Pothier, *Traité de la com.*, n° 394.

(2) Lebrun, liv. I, chap. II, dist. II, nomb. 17, p. 126.

voulait que la communauté remboursât à l'époux aliénateur le montant de toutes les annuités du droit viager perçues pendant sa durée, et ne gardât que l'intérêt de ces annuités. Ce système était fondé sur la raison inexacte, que les intérêts des arrérages du droit viager représentent l'*usage* du prix du propre aliéné ; or, il est certain que cet usage est représenté par les arrérages eux-mêmes, sinon en totalité, du moins pour partie ; aussi l'opinion de Lebrun est-elle abandonnée de nos jours. Enfin, une opinion moderne défendue par les auteurs cités dans le chapitre précédent, n'accorde à l'époux aliénateur que le droit de reprendre en nature le droit viager acquis en échange, et considère les arrérages de ce droit viager comme l'équivalent des revenus du droit perpétuel qu'il remplace.

Pour combattre notre manière de voir, les partisans de ce système nous disent qu'avec notre mode de procéder, l'indemnité pourra, dans certains cas, dépasser la valeur du bien cédé moyennant un droit viager, et que ce résultat injuste ne peut être dans l'esprit de la loi, puisqu'on donne à l'époux plus qu'il n'a perdu. Nous ne voyons, pour notre part, rien d'injuste à ce que l'époux gagne à l'opération ; il aurait pu y perdre, rien de plus juste qu'il profite du bénéfice qui en résulte. On ne peut voir là qu'une conséquence du caractère aléatoire de la cession. Et puis, nous le répétons, la communauté n'y perd rien, puisqu'elle ne rend que le supplément de revenus.

Quand le propre aliéné est un droit d'usufruit ou une rente viagère, la récompense est du prix de la cession, déduction faite du supplément de revenus dont la communauté a été privée, c'est-à-dire de la différence entre les

arrérages de la rente viagère ou de l'usufruit et les intérêts du prix de cession.

Ce mode de calcul est très rationnel. Que demande, en effet, la communauté? C'est de ne souffrir aucun préjudice de l'aliénation: sur ce point, elle obtient satisfaction complète. Prenons un exemple: Un époux a un usufruit ou une rente viagère qui rapporte 1,200 francs par an: il l'aliène moyennant une somme de 10,000 francs qui tombe dans la communauté, à charge de récompense. Ces 10,000 francs ne rapportent que 500 francs par an. La communauté perdra annuellement, pendant tout le temps qu'elle durera, à partir du jour de l'aliénation, 700 francs de revenu annuel. Il faudra donc déduire des 10,000 francs de reprises, autant de fois 700 francs qu'il se sera écoulé d'années depuis l'aliénation jusqu'au jour de la dissolution de la communauté; si nous avons, par exemple, 5 années, ce sera 3,500 francs qu'il faudra déduire, ce qui réduira la reprise à 6,500 francs. Et ce qui montre bien que cette manière de procéder est juste et équitable, c'est qu'il est fort probable que l'usufruit qui, au moment de l'aliénation, valait le prix moyennant lequel il avait été cédé, ne vaut plus, à la dissolution de la communauté, que la somme dont nous accordons la reprise; nous donnons donc à l'époux la valeur approximative de l'usufruit, s'il existait encore à la dissolution de la communauté.

Ainsi, le résultat obtenu est, d'un côté, paiement équitable à l'époux de ce qui lui est dû, en tenant compte du temps écoulé, et, d'un autre côté, versement par mode de retranchement à la communauté des revenus auxquels elle avait droit et dont elle a été privée.

Marcadé et MM. Rodière et Pont soutiennent (*loc. cit.*) que, dans ce cas, il est dû récompense de la totalité du prix de cession sans aucune réduction, et ils en donnent comme raison que la communauté ayant le droit de percevoir toute espèce d'arrérages et de fruits d'où qu'ils proviennent, doit prendre purement et simplement les fruits et intérêts du bien ou de la somme capitale reçue aux lieu et place des arrérages de rente viagère ou des revenus de l'usufruit. Il y a là une confusion : La communauté a effectivement droit, comme le prétendent les auteurs précités, à tous les arrérages, et n'a droit qu'à cela ; nous sommes d'accord sur ce point. Mais, en convertissant un usufruit ou une rente viagère en un capital mobilier ou en un droit perpétuel quelconque, on capitalise une partie des arrérages du droit viager au grand préjudice de la communauté, et il y a là le germe d'une récompense dont il s'agit de fixer le montant.

On objecte qu'il pourra arriver que la somme à déduire excède le prix d'aliénation, et qu'au lieu d'exercer la reprise d'une certaine somme, l'époux vendeur doive au contraire rapporter quelque chose, que notre système conduit ainsi à l'absurde, ce qui le rend inadmissible. Il pourra effectivement arriver que la somme à déduire égale ou excède le prix de cession, il n'y aura alors aucune reprise à exercer, mais il ne saurait y avoir lieu à rapport, puisque l'époux n'ayant tiré aucun profit des biens de la communauté, on ne peut appliquer l'art. 1437. En procédant de la sorte, l'époux aliénateur pourra quelquefois être en perte, cela tient au caractère de toute cession de droit viager ; or, nous savons que l'aléa est à la charge person-

nelle de l'époux. puisque c'est pour son compte que l'opération a été faite.

Au lieu d'un usufruit, supposons qu'une nue propriété propre à un époux ait été aliénée pendant la communauté. Il y aura évidemment lieu à reprise du prix de l'aliénation, si ce prix a été encaissé par la communauté, mais l'époux aliénateur reprendra-t-il aussi les intérêts du prix d'aliénation ou les revenus du bien acquis en échange, échus ou perçus pendant la durée de la communauté. Nous pensons qu'il aura ce droit. Cette reprise aura pour objet de l'indemniser de la différence entre la valeur qu'aurait la nue propriété vendue si elle existait encore au jour de la dissolution de la communauté, et la valeur du bien ou du prix acquis en échange. Un usufruit existe, par exemple, sur une tête de 40 ans ; l'époux, qui a dans son patrimoine la nue propriété de l'immeuble grevé de cet usufruit, lequel immeuble nous supposons valoir 40,000 francs, ne vendra certainement pas cette nue propriété plus de 20,000 francs. C'est donc les 20,000 francs de différence que perd l'époux aliénateur et qu'il fait entrer dans la communauté, en supposant qu'elle dure 20 ans. N'est-il pas juste que l'époux vendeur reprenne ces 20,000 francs ? La communauté ne perdra rien à l'opération, puisqu'elle ne donnera que les intérêts qu'elle n'eût point perçus si l'époux eût conservé sa nue propriété ; et on aura fait une application de la règle générale formulée plus haut, à savoir : que la communauté tirant profit aux dépens d'un bien propre d'un époux, en doit la récompense.

On pourrait nous dire que, somme toute, nous n'avons fait que changer une chose frugifère contre une autre qui

ne l'était pas, et que cela est absolument semblable à l'opération que ferait un époux, en échangeant une propriété d'agrément contre une ferme ou une maison de rapport, opération qui ne donnerait pas lieu à récompense. Nous répondrons que les deux espèces sont, au contraire, très dissemblables, que lorsqu'on échange une propriété d'agrément contre un immeuble de rapport, les biens échangés sont généralement de même valeur, tandis que dans le cas qui nous occupe, la somme ou le bien reçu en échange peut n'être qu'une minime partie de la valeur du bien dont la nue propriété a été aliénée, et que l'époux n'a pas, comme dans l'autre espèce, la ressource de la rescision pour cause de lésion. Si l'on veut être équitable, il faut procéder de la manière que nous indiquons (1).

Quand l'usufruit du bien dont l'époux avait la nue propriété s'éteint avant la dissolution de la communauté, ce sont seulement les intérêts courus jusqu'au jour de cette extinction qu'il faut ajouter au prix d'aliénation.

Si, à l'occasion d'un partage ou d'une licitation dont le résultat a été de donner à un époux une reprise contre la communauté, il est dû certains frais d'acte ou d'expertise ; il faut en déduire le montant sur le prix de la reprise, car la communauté ne doit supporter ces frais à aucun titre.

Il nous faut examiner deux questions que résout Pothier dans son traité de la communauté, au n° 590. « Lorsque l'héritage, dit-il, a été vendu pour un seul prix avec les fruits pendans, si la communauté a duré au delà de la récolte de ces fruits, on doit déduire sur ce prix celui des

(1) *Contra*, Orléans, 27 décembre 1855 ; Sir., 56, 2, 78.

fruits pendants, car la communauté ne profite pas du prix desdits fruits, lesquels lui auraient appartenu s'ils n'eussent pas été vendus, elle ne profite que du surplus, elle ne doit donc la reprise que du surplus. »

Nous ne sommes pas, sur ce point, de l'avis de Pothier, et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de déduire du montant de la reprise le prix des fruits : Tant que les fruits ne sont pas détachés, ils font partie du fonds et ne sont qu'une seule et même chose avec lui ; il faut donc dire, avec le savant annotateur de Pothier, que ce ne sont pas là deux ventes, une du fonds et une des fruits, ce n'est qu'une seule vente de l'immeuble tel qu'il se trouve, *Fructus pendentes pars fundi sunt*. La communauté n'a pas un droit acquis à des fruits non détachés, elle ne les acquiert qu'en sa qualité d'usufruitière, c'est à dire par la perception. Elle a pu tirer, aux dépens d'un époux, un bénéfice analogue lors de la célébration du mariage, si à ce moment il existait des fruits pendants sur des immeubles propres ; donc, par compensation, elle peut bien perdre les fruits pendants lors de l'aliénation (1).

La seconde question qu'examine Pothier dans le même numéro, est la suivante : « Par la même raison, ajoute-t-il, lorsque l'un des conjoints a vendu, durant la communauté, son héritage propre pour un certain prix, que l'acheteur qui entrerait en jouissance du jour du contrat ne paierait néanmoins qu'au bout de trois ans sans intérêts : si la communauté a duré jusques et au delà des trois ans, le conjoint ne peut prétendre la reprise de ce prix que sous la

(1) Bug. sur Poth., VII, p. 310, note 1.

déduction des trois années de jouissance qui auraient appartenu à la communauté et qui est entré dans ce prix ». Ici, nous sommes de l'avis de Pothier. Le prix stipulé comprend bien deux parties, qu'elles soient ou non indiquées dans l'acte ; l'une de ces parties représente la valeur du bien propre au jour de la vente, et n'entre par conséquent dans la communauté qu'à charge de récompense ; et l'autre partie représente les revenus du bien depuis le jour de la vente et appartient en conséquence à la communauté, si elle a duré jusqu'au jour du paiement du prix. Un exemple montrera mieux l'injustice qu'il y aurait à procéder autrement :

Le mari possède un immeuble propre d'une valeur de 20,000 francs, cet immeuble est d'un rapport annuel de 1,000 francs ; il désire s'en défaire ; au lieu de le vendre moyennant la somme de 20,000 francs payable comptant ou payable à terme et productive d'intérêts, il dira à l'acquéreur : Ne me payez que dans dix ans, sans intérêts jusque là ; mais alors, comme vous aurez bénéficié de dix années d'intérêts à 1,000 francs l'une, ce sera 30,000 francs que vous me devrez au lieu de 20,000 francs ; j'aurai ainsi 30,000 francs de reprises à exercer contre la communauté. Notez que ce sera même plus de 30,000 francs de prix qu'on pourra stipuler dans l'espèce. car on tiendra certainement compte des intérêts composés. Supposez qu'au lieu de dix ans de crédit, on en donne vingt ou trente : on arrivera à quadrupler la valeur de l'immeuble. Un pareil résultat est-il admissible ? Nos adversaires eux-mêmes ne l'admettraient pas ; ils invoqueraient certainement la règle : *fraus omnia corrumpit*. Être constamment forcé

d'employer un semblable moyen, c'est la condamnation de leur système (1).

Prévenons une objection : Les expressions suivantes de Pothier : « Par la même raison » pourraient nous faire taxer d'inconséquence d'abandonner ainsi Pothier sur le premier point et de le soutenir sur le second, lorsque, de l'avis de cet auteur, les raisons sont les mêmes dans les deux cas. Nous croyons au contraire que les deux questions sont très différentes et n'ont qu'une apparente similitude. La maxime *fructus pendentes pars fundi sunt* que nous avons appliquée à la première, est inapplicable à la seconde, et il est à remarquer qu'il ne s'agit jamais dans le premier cas que de fruits d'une faible importance relativement au fonds qui les produit, puisqu'ils ne sont généralement que les revenus d'une année, tandis que dans le second cas il peut être question, comme nous l'avons montré, de sommes relativement considérables.

Quant au point de savoir s'il est dû récompense lorsque, dans un partage, on attribue à l'époux copartageant une part relativement plus forte dans la masse mobilière que dans la masse immobilière, ou quand, dans un partage immobilier, on le rend créancier d'une soulte qui a été touchée durant le mariage ; comme aussi en cas de délaissement par lui sur une action en réméré ou en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes ; et encore dans l'hypothèse de paiement par l'époux acquéreur du supplément du juste prix, afin d'échapper à la rescision pour cause de lésion qu'invoquait son vendeur : ces questions rentrent dans la com-

(1) Duranton, XIV, n° 340. — *Contra* : Bug. sur Poth., p. 310, note 2. — Marcadé, sur l'art. 1436, n° 2.

position de l'actif de la communauté et ne sauraient être traitées ici sans sortir du cadre restreint de notre travail. Si l'on décide l'affirmative, la récompense sera de ce qui manque à l'époux copartageant dans la masse immobilière, du montant de la soulte, du prix rendu par suite de l'exercice de l'action en réméré ou en rescision, ou du supplément du juste prix payé par l'époux. Une fois le principe de l'indemnité admis, il ne peut s'élever de difficultés sur son *quantum*.

Il faut déduire des reprises d'un époux les indemnités qu'il doit à la communauté, et il ne peut se porter créancier que de la différence. Les reprises et indemnités sont en effet des dettes de sommes d'argent, et elles sont liquides et exigibles à partir de la dissolution de la communauté, puisque aucun événement ultérieur n'en peut modifier le montant. Ce principe a cependant été contesté par la raison que, d'une part, l'art. 1468 dit que « les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité », et que, d'autre part, l'art. 1470 donne à chaque époux le droit de prélever sur la masse des biens les indemnités qui lui sont dues par la communauté, sans qu'il soit question, dans aucun de ces deux articles, de déduction ou de compensation. Mais on n'a pas remarqué que la compensation ayant lieu de plein droit, il faudrait, pour en empêcher l'effet, une disposition expresse de la loi; or les art. 1468 et 1470 n'apportent aucune dérogation à la règle générale. Si, de ce que ces articles obligent à rapporter et donnent droit de prélever, on devait en tirer comme conséquence implicite un empêchement à

la compensation ; la compensation serait impossible dans tous les cas, puisque toutes les créances ont leur fondement dans une disposition de la loi.

Si maintenant nous constatons les résultats d'un pareil système, nous arrivons à des conséquences déplorables pour la femme. Avant d'exercer ses reprises, elle devra d'abord rapporter à la caisse commune le montant intégral des indemnités qu'elle doit, et ces indemnités serviront à payer les créanciers. C'est bien ainsi que cela se passera, car l'art. 857, qui ne fait pas profiter les créanciers du rapport, est inapplicable au rapport qu'on fait à une communauté ; cela ressort de l'art. 1476 qui ne renvoie aux règles ordinaires du partage des successions qu'en ce qui concerne les formes du partage, la licitation, les effets du partage, la garantie et les soultes, sans parler des rapports. De sorte que nous verrons la femme, qui, compensation faite, resterait créancière, rapporter à la communauté le montant des indemnités qu'elle doit, pour être distribué aux créanciers, et ne recevoir ensuite, comme créancière de ses reprises, que de faibles dividendes. Créancière de 200 et débitrice de 100, elle sera tenue de rapporter les 100 qu'elle doit, pour ne toucher peut-être que 25 ou 50 sur les 200 qui lui sont dus. L'opération qui, si la compensation avait eu lieu, aurait eu pour résultat de faire toucher quelque chose à la femme, aboutira à lui faire subir une perte. On accusait tout à l'heure les partisans du système de reprises-créances de laisser la femme sans protection en ne lui accordant qu'un droit qui la faisait souvent payer en monnaie de dividende ; que dire alors du système qui consiste à faire rapporter à une femme qui, balance faite,

est créancière, de l'argent pour payer les autres créanciers. Des conséquences aussi iniques sont par elles-mêmes la condamnation de ce système (1).

(1) Dalloz, *Cout. de Mar.*, n° 2334. — Pothier, *De la com.*, n° 692^{bis}. — Civ. Cass., 15 mai 1872. *Dall.*, 72, 1, 197. — *Contra*, Rouen, 10 avril 1869, au R. P. de Garnier, n° 3581.

IV

DU MODE D'EXERCICE DES REPRISES

A la dissolution de la communauté, chacun des époux exerce ses reprises à titre de prélèvement (art. 1470), et dans l'ordre établi par l'article 1471, soit : d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles.

Cet ordre doit être suivi, à moins que, d'un consentement mutuel, les époux ne conviennent de le modifier. Il pourra quelquefois en résulter un désavantage pour la femme qui, exerçant ses reprises avant le mari, n'aura souvent que des meubles improductifs ; tandis que le mari, venant en second ordre, sera payé en immeubles ; mais ce désavantage, si c'en est un, est compensé par un grand avantage, celui d'être payé avant le mari. Ce mode de prélèvement n'est pas du reste d'ordre public, et rien n'empêche les époux d'y déroger par contrat de mariage.

L'article 1471 accorde à la femme, pour l'exercice de ses reprises, le choix des immeubles. Nous lui donnerons, à *fortiori*, le choix des meubles. Il ne faudrait pas cependant que ce choix portât sur des biens d'une valeur de beaucoup supérieure au montant des reprises.

Pothier (*Traité de la com.* N° 702) étend au mari le bénéfice de notre article 1471. Rien ne nous autorise à croire que les rédacteurs du Code aient voulu se séparer de lui sur ce point ; les mêmes raisons militent en effet en faveur

de l'un et de l'autre des époux ; tous deux sont créanciers de la communauté au même titre. Le but de la loi, en autorisant à procéder par prélèvement, a été d'empêcher une vente des biens de la communauté ; il faut donc bien, pour arriver à ce résultat, accorder au mari les mêmes droits qu'à la femme (1).

M. Laurent (t. XXII, nos 520 et 521) fait une distinction : il donne bien au mari le droit d'exercer les reprises dans l'ordre établi par l'article 1471, mais il lui refuse le droit de choisir, comme peut le faire la femme, entre les biens soumis à ses prélèvements. M. Laurent explique la première partie de sa proposition par la portée du pronom *ils* qui, dans l'article 1471, s'applique, selon lui, au mot *prélèvements*, et non à l'expression *prélèvements de la femme*, et désigne ainsi tout aussi bien les prélèvements du mari que ceux de la femme. Pour en justifier la deuxième partie, il dit que le choix accordé à la femme est un privilège qui, comme toutes les exceptions, n'est pas susceptible d'extension. Nous pensons que si on applique au mari l'article 1471, il faut le lui appliquer dans son entier, la seule différence que l'article établisse entre les époux, c'est que la femme exerce ses reprises avant le mari.

De ce que l'article 1471 nous dit que les prélèvements s'exercent *pour les biens qui n'existent plus en nature* de la manière que nous avons indiquée, on serait tenté de conclure que ce mode de prélèvement n'existe que pour la re-

(1) Rodière et Pont, t. 2, n° 1076. — Marcadé, sur les art. 1470 à 1472, nos 1 et 2. — Troplong, t. 3, n° 1630. — Aubry et Rau, § 511, texte et note 22. — *Contra*, Colmet de Santerre, VI, n° 132 bis, I.

prise résultant de l'aliénation de propres, et n'est pas applicable aux autres causes de reprises. Cependant il n'en est rien. L'article 1471 a eu pour but, par les expressions précitées, de faire la distinction entre les biens propres qui existent encore et qui font l'objet d'une reprise en nature, et les biens propres qui n'existent plus et pour lesquels il a fait un ordre de prélèvement, englobant dans cette dernière expression toutes les créances des époux contre la communauté. Toutes ces créances sont en effet *lato sensu* relatives à des biens qui n'existent plus en nature, puisqu'elles tendent au paiement d'une somme d'argent représentant l'objet qui a donné lieu à la reprise. Pourquoi, du reste, traiter plus favorablement la créance qui résulte de l'aliénation d'un propre que celle qui dérive de toute autre cause (1).

La valeur des biens soumis au prélèvement doit être fixée d'accord entre les parties ; et si elles ne s'entendent pas, l'estimation en est faite par experts.

Le mode de prélèvement de l'article 1471 n'empêche pas l'époux créancier de demander en deniers, s'il le juge à propos, le paiement de ses reprises. Ce droit découle pour lui de la nature même de son action en reprise qui tend au paiement d'une somme d'argent. Comme nous l'avons déjà dit, les biens prélevés ne sont pas *in obligatione* mais *in facultate solutionis*. Imposer à la femme des prélèvements dans l'ordre établi par l'article 1471, serait accorder au mari le droit de faire pour elle un emploi sans son acceptation, ce qui est contraire aux principes et à l'article 1243

(1) Rodière et Pont, t. 2, n° 1093. — Marcadé, sur l'art. 1472, n° 2. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 131 bis, 2. — Laurent, t. XXII, n° 307.

du Code civil. On ne peut entreindre les dispositions de ce dernier article sans un texte bien formel ; or ce texte n'existe pas.

L'époux créancier de reprises pourra donc toujours demander qu'il soit vendu des biens de communauté en quantité suffisante pour le désintéresser (1).

Réciproquement, l'autre époux ou ses héritiers auront toujours le droit d'empêcher la vente en payant de leurs deniers personnels la moitié des reprises de l'époux créancier, qui verra l'autre moitié s'éteindre par confusion dans sa personne. De quoi, en effet, ce dernier pourrait-il se plaindre ; il a reçu ce qui lui était dû, c'est-à-dire une somme d'argent, c'est du reste ce à quoi il tendait par la demande en licitation des biens communs. Mais, à défaut par l'époux créancier de demander la vente, son conjoint ne pourrait le contraindre à recevoir un paiement en deniers, car l'époux créancier a, comme on l'a vu plus haut, vis-à-vis de l'autre époux, sur les biens de la communauté, un droit de propriété pour l'exercice de ses reprises.

Nous avons dit qu'après la dissolution de la communauté, la position des époux changeait et qu'ils devenaient copropriétaires des biens qui en faisaient partie dans la mesure de leurs droits, c'est-à-dire même pour la part qui doit leur revenir à raison de leurs reprises. Il semblerait qu'on dût conclure de là que les époux sont complètement

(1) Pothier, *Traité de la com.*, n. 700. — Troplong, n° 393 à 396 et 1628. — Aubry et Rau, § 311, texte et note 25. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 131 bis, 1. — Req., Cass., 1^{er} juin 1862 ; Sir., 62, 1, 829. — Civ., Cass., 13 décembre 1864 ; Sir., 65, 1, 89. — Civ., Cass., 21 juin 1870 ; Sir., 70, 1, 348. — *Contra*, Rodière et Pont, t. 2, n° 1074. — Marcadé, sur l'art. 1470, n° 1. — Paris, 24 juillet 1869 ; Sir., 70, 2, 45.

assimilés à des communistes ordinaires, et qu'ils n'ont comme ces derniers le droit de demander la vente des biens communs que lorsque ces biens sont impartageables en nature. Cependant les deux situations ne sont pas identiques. Le communiste ordinaire, en mettant un supplément dans la masse indivise, sait ce qu'il fait, il n'ignore pas qu'il lui en sera tenu compte en nature lors du partage ; tandis que l'époux, en passant l'acte qui donne lieu à reprise, n'en envisage que les conséquences immédiates et ne songe pas en ce moment au partage de la communauté ; souvent même, pour la femme, la cause de ses reprises est indépendante de sa volonté, c'est le mari qui y donne lieu en qualité d'administrateur de ses biens. De plus, le droit de l'époux est indéterminé quant à sa nature tant que la femme n'a pas pris parti ; si la femme accepte la communauté, le mari et la femme seront copropriétaires ; si la femme renonce, le mari sera propriétaire exclusif, et la femme sera simple créancière. Jusqu'à l'époque de la dissolution de la communauté, tout est donc incertain. On comprend que, dans une pareille situation, on ne puisse établir une sorte de remploi forcé : ce serait aller contre l'intention des époux.

Aux auteurs qui disent que la nécessité de prendre les biens en nature n'a rien de dédommageable pour les époux puisqu'on les leur attribue sur le pied de leur valeur vénale actuelle, et qu'ils peuvent, s'ils veulent de l'argent, les vendre immédiatement ; nous répondrons qu'une estimation, si juste qu'elle soit, ne donne jamais qu'un résultat approximatif, et que le meilleur moyen de juger de la valeur vénale d'un bien, c'est de le vendre.

L'ordre établi par l'article 1471 peut encore se trouver modifié par le défaut d'inventaire ; l'inventaire est en effet le seul moyen légal pour le mari survivant de constater l'importance du mobilier ; l'article 1415 lui interdit la preuve par témoins et par commune renommée. Les héritiers de la femme sont donc admis, en pareil cas, à exercer les reprises de cette dernière sur les immeubles de communauté, malgré l'allégation du mari qu'il existe des meubles (1).

Le défaut d'inventaire dans les délais n'empêche du reste aucun des époux d'exercer ses reprises, n'importe auquel des deux incombait l'obligation de le faire dresser. Pour appliquer une pareille déchéance, il faudrait qu'elle fût inscrite dans la loi (2).

Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (art. 1471, al. 1^{er}). C'est un avantage que le législateur a cru devoir donner à la femme, en compensation des pouvoirs exorbitants qu'il a conférés au mari sur les biens de la communauté.

De plus, l'art. 1472 donne à la femme le droit d'exercer ses reprises sur les biens personnels du mari en cas d'insuffisance des biens de la communauté ; tandis que le mari ne peut exercer ses reprises que sur cette dernière espèce de biens.

Lorsque la femme a renoncé à la communauté, les biens qui en faisaient partie sont devenus biens du mari ; dès

(1) Cass. 1^{er} décembre 1832, Sir., 52, 1, 1166.

(2) Angers, 20 mai 1863. — Sir. 64, 2, 110. — Agen, 14 décembre 1866, Sir. 67, 2, 217. — Cass. 18 février 1817, Sir. 67, 1, 220.

lors il ne saurait plus être question de prélèvements et de l'application de l'article 1471 ; la femme ne peut plus alors se faire payer que par voie d'exécution sur les biens du mari.

V

PREUVE DES REPRISES ET INTÉRÊTS

L'époux qui prétend avoir le droit d'exercer une reprise doit prouver sa prétention. C'est le droit commun, et le titre du contrat de mariage en contient une application en décidant, dans l'art. 1402, que tout immeuble est réputé acquêt sauf la preuve contraire. L'époux doit donc établir que la somme dont il réclame le prélèvement a été versée dans la communauté.

Cela ne fait de doute pour personne en ce qui concerne le mari, mais plusieurs auteurs (1) soutiennent que le mari, en sa qualité d'administrateur des biens propres de la femme, est présumé avoir reçu leur prix d'aliénation lorsque ce prix est exigible, et ils dispensent en conséquence la femme d'en faire la preuve. Nous ne voyons, pour notre part, aucune raison sérieuse de faire exception à la règle formelle de l'art. 1351 en matière de preuve, en ce qui concerne la femme. Il faudrait, pour nous autoriser à faire une distinction entre les époux, autre chose qu'une raison tirée contre le mari de sa qualité de gérant des biens de la femme. Le mandataire et le *negotiorum gestor* ne sont pas réputés, par le seul fait de l'échéance, avoir reçu les sommes qu'ils étaient chargés de recevoir. Où est la différence entre eux et le mari sur ce point? Il n'y en a aucune. Il est

(1) Marcadé, sur l'art. 1433, n° 2. — Rodière et Pont, n° 939. — Tropolong, n° 1096. — Aubry et Rau, § 511, texte et note 20.

à remarquer que nous ne laissons pas pour cela la femme à la discrétion du mari. Si ce dernier prétend n'avoir pas reçu le prix, la femme actionnera l'acquéreur qui représentera, s'il la possède, la quittance que lui aura donnée le mari, et elle aura ainsi contre ce dernier le meilleur moyen de preuve (1).

Il y a cependant une différence sur ce point entre le mari et la femme. Si le mari a vendu un de ses propres et que, par sa négligence à poursuivre à temps l'acquéreur, il n'ait pu toucher que partie du prix d'aliénation, la communauté ne lui doit récompense que de ce qu'elle a reçu ; il doit s'imputer à lui-même de n'avoir pas été diligent. Si, au contraire, le propre aliéné appartenait à la femme, cette dernière devrait être indemnisée, sur les biens de la communauté, du préjudice que lui ont causé les lenteurs et la négligence qu'a mises le mari à se faire payer le prix d'aliénation. C'est là une conséquence de cette double règle : que le mari est un administrateur responsable (art. 1328, *in fine*), et que le préjudice résultant de ses fautes doit en général être supporté par la communauté.

Les récompenses dues par la communauté aux époux portent de plein droit intérêt à partir du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473). Les intérêts ne sauraient courir avant cette époque, puisque la communauté, ayant la jouissance des propres des époux, est censée s'être payée à elle-même les intérêts des reprises.

En cas de renonciation à la communauté, la femme n'a qu'une créance personnelle contre son mari à raison de ses

(1) Laurent, t. XXII, p. 469.

reprises ; il faudrait en conclure, conformément à l'art. 1479, que les intérêts ne courent alors que du jour de la demande. Nous croyons néanmoins qu'il faut repousser cette conclusion, et que la loi, en faisant courir de plein droit les intérêts des créances des époux contre la communauté, n'a accordé un pareil avantage à ces créances qu'à raison de leur origine, sans songer aux événements ultérieurs qui peuvent en changer le mode d'exercice.

Dans le cas de renonciation comme dans celui d'acceptation, il faut dresser une liquidation pour fixer les droits et les reprises des époux. Avant qu'un semblable travail soit terminé, aucune des parties ne se rend en général un compte exact du montant de ses droits ; pour cela, il faudrait être un jurisconsulte ou un praticien consommé. Comment alors astreindre un époux à faire une demande en justice pour faire courir les intérêts, quand ses droits ne sont pas encore liquidés et qu'il ne sait souvent pas lui-même qu'il lui est dû quelque chose. Ces raisons, qui militent également dans les deux cas d'acceptation et de renonciation, sont certainement celles qui ont amené les législateurs de 1804, hommes essentiellement pratiques, à faire courir les intérêts de plein droit. S'il n'en est pas de même pour les créances d'un époux contre l'autre, c'est qu'en général ces créances sont liquides, et qu'il est si facile de s'en rendre compte, qu'on ne peut admettre qu'un époux en ignore l'existence (1).

(1) Troplong, III, n° 1708 ; Delvincourt, t. II, p. 75 ; Odier, t. I, n° 582 ; Zachariae, § 511, note 23 ; Rodière et Pont, t. II, n. 1191 ; Aubry et Rau, § 511, texte et note 14 ; Req. Cass., 3 fév. 1835 ; Sir., 35, 1, 283 ; Civ. Cass., 9 février 1870 ; Sir., 70, 1, 299 ; — *Contre* : Duranton, t. XV, n° 173 ; Marcadé, sur l'art. 1493 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 154 bis, IV ; Nancy, 29 mai 1828 : Dall., 29, 2, 111.

DROIT FISCAL

Les reprises, en droit fiscal, doivent être examinées au point de vue des droits auxquels peut donner lieu leur exercice. La première question qui se présente alors à l'esprit, est celle de l'application du droit de mutation entre vifs, puisqu'elle se rattache à la fameuse controverse sur la nature du droit de reprise. Cependant, ce droit n'est pas le seul dont on puisse discuter l'application dans la matière ; l'exercice et la liquidation de reprises amènent aussi à l'examen de l'application des différents droits de transcription, mutation par décès, cession-transport, obligation, quittance et condamnation, dont nous nous proposons de parler.

Il nous faudra aussi tirer les conséquences de quelques présomptions et traiter succinctement de la justification des reprises à l'égard de l'administration de l'enregistrement.

I

DROIT DE MUTATION ENTRE VIFS

Les époux, avons-nous dit dans la partie de ce travail relative au droit civil, exercent leurs reprises à titre de

créanciers ; ils n'ont contre la communauté qu'un simple droit de créance, qui tend à l'obtention d'une somme d'argent représentant ce qu'ils ont versé dans la communauté. Si l'art. 1471 leur donne un droit de prélèvement des biens de la communauté, ce n'est qu'à titre d'indication et pour éviter que les biens communs soient vendus, sans que cette disposition légale porte aucune atteinte au droit qu'a l'époux créancier de demander, s'il le préfère, qu'il lui soit versé ce qui lui est dû, c'est-à-dire une somme d'argent. Si donc, on le paie en biens de communauté, il semble qu'il y a là *datio in solutum* donnant lieu au droit de mutation. Cependant, il n'en est rien, pour plusieurs raisons :

La première, qui, à elle seule, paraît concluante, c'est que la communauté, ne constituant pas une personne morale distincte de la personne des époux, il ne saurait y avoir mutation quant aux biens prélevés.

En second lieu, il ne saurait y avoir de partage sans préciput ou prélèvement, lorsqu'il existe des actes qui y donnent lieu ; le prélèvement participe ainsi au partage, en devient une opération indispensable et ne peut être soumis qu'au droit gradué qui frappe ce dernier acte.

Pour justifier la perception du droit de mutation, on a tenté d'assimiler le prélèvement à la soulte. Or, rien n'est si dissemblable. Le prélèvement a, comme tout préciput, pour but de faire du partage une opération réglant la part de chacun suivant ses droits ; tandis que la soulte est le résultat d'un partage qui a été inégal et non conforme aux droits de chacun. C'est en ne prélevant pas, qu'on arriverait précisément à établir quelque chose comme une

soulte pour indemniser l'époux créancier. Le prélèvement empêche la soulte.

Il peut cependant arriver que, dans un partage, il soit dû un droit de soulte à raison des reprises ; c'est lorsque les reprises ne sont pas suffisamment justifiées à l'égard de l'administration. On comprend, en effet, que si l'on admettait les prélèvements pour reprises sans justifications, il y aurait là un moyen facile pour les époux, en simulant des reprises, d'attribuer à l'un d'eux, sans payer le droit proportionnel, la totalité des biens de la communauté ou une plus forte part que celle à laquelle il a droit.

Lorsque la Cour de cassation adoptait le système qui considère les époux comme exerçant leurs reprises à titre de propriétaires, même à l'égard des créanciers de la communauté, elle en concluait, comme conséquence naturelle, qu'il n'était pas dû de droit de mutation, puisque le prélèvement n'était que l'attribution de biens de communauté en vertu d'un droit de copropriété préexistant. La question ne put donc réellement se poser devant la Cour suprême que lorsque, par son arrêt solennel du 16 janvier 1858, elle revint sur sa jurisprudence antérieure et décida que les époux exercent leurs reprises à titre de créanciers ; elle fit l'application de sa nouvelle doctrine en matière d'enregistrement, et décida que les reprises échappaient au droit de mutation par sept arrêts des 3 et 24 août 1858 (1).

Pour nous, qui avons décidé qu'à la dissolution de la communauté il y avait transformation du droit des époux, qui devenaient alors, pour l'exercice de leurs reprises,

(1) Sir., 58, 1, 711 à 719.

copropriétaires des biens de la communauté, la question ne pouvait faire de doute ; le droit de mutation ne saurait être dû, puisqu'au moment du partage, c'est-à-dire après la dissolution de la communauté, les époux, par le prélèvement, ne font que prendre des biens qui leur appartenaient déjà par indivis. Mais, pour la Cour de cassation, qui décide que les époux sont créanciers à raison de l'exercice de leurs reprises, même dans leurs rapports entre eux, il nous semble que, logiquement, elle eût dû assimiler les époux à tout autre créancier, et soumettre au droit de mutation tout paiement en immeuble. Il est vrai que la Cour envisage le prélèvement à deux points de vue : il est, pour elle, la réalisation d'une créance et une opération préliminaire du partage ; mais, en supposant que la seconde de ces conséquences soit exacte, la première semblerait suffire pour légitimer la perception du droit de mutation, surtout à l'égard de la femme. L'administration de l'enregistrement, après avoir vu inaugurer la doctrine nouvelle en droit civil, a dû difficilement se résoudre à admettre une semblable conséquence. Quoiqu'il en soit, si les solutions de la Cour de cassation ne sont pas conformes à sa jurisprudence civile, elles ont, selon nous, l'avantage d'être conformes aux vrais principes.

Les parties peuvent encore, sans encourir le droit proportionnel, déroger à l'ordre de prélèvement de l'article 1471, et attribuer par exemple à la femme des immeubles de communauté pour la payer de ses reprises, lorsqu'il existe des valeurs mobilières en quantité suffisante pour la désintéresser. La femme est, en effet, copropriétaire des immeubles tout aussi bien que des meubles, et

rien n'empêche les époux d'attribuer à l'un d'eux tels biens que bon leur semble, comme on pourrait le faire dans un partage ordinaire.

Il n'y a aucune différence au point de vue de l'exercice des reprises entre le mari et la femme acceptante, en supposant que la communauté soit lucrative et qu'il n'y ait pas lieu d'appliquer l'article 1483 du Code civil. Si la jurisprudence, et en particulier l'arrêt de cassation du 3 août 1858, traitent généralement des reprises de la femme, c'est que la question se présente bien plus souvent pour cette dernière, qu'on envisage successivement sous les deux qualités qu'elle peut prendre d'acceptante et de renonçante (1).

Les époux créanciers de reprises ayant le droit d'abandonner l'ordre de prélèvement établi par l'article 1471 et de demander qu'on les paye en argent, il s'ensuit qu'il n'est pas dû de droit de mutation à raison de cette option. L'époux créancier n'a, en effet, abandonné à l'autre époux aucun droit de propriété, puisque l'existence de ce droit dépendait d'un parti ultérieur à prendre. La Cour de cassation a, par un arrêt du 13 décembre 1864 (*Sir.*, 65, 1, 89), fait une juste application de cette règle, en cas d'abandon des biens de la communauté par la femme au mari, à charge par ce dernier de lui payer ses reprises et d'acquitter les dettes. Le droit fixe de partage a été jugé seul applicable.

Cet arrêt est critiqué par les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement*, dans leur dictionnaire (v° *Communauté*, n° 732). Ils prétendent que la Cour suprême a fait l'appli-

(1) *Contra*, Garnier, n° 12303.

cation de deux principes contraires en exemptant, d'une part, dans plusieurs arrêts, du droit proportionnel les attributions en paiement de reprises, par la raison que les époux sont copropriétaires et copartageants; et en les considérant, d'autre part, dans l'arrêt précité, comme créanciers, lorsqu'ils demandent le paiement en deniers. Il est vrai que les époux, prélevant leurs reprises, sont réputés agir en vertu d'un droit de propriété qu'ils ont depuis la dissolution de la communauté; mais ils ne sont copropriétaires que sous cette condition résolutoire, à savoir: qu'ils ne demanderont pas qu'on leur paye la chose qui leur est véritablement due, c'est-à-dire une somme d'argent. Si donc l'époux créancier prend ce dernier parti, il ne fait qu'user de son droit, et nous ne voyons pas qu'il y ait là mutation de biens de communauté donnant lieu à la perception d'un droit proportionnel.

Quand la femme a renoncé à la communauté, les biens qui en faisaient partie sont devenus biens du mari, et s'il en est attribué à la femme pour lui payer ses reprises, il y a alors lieu à perception du droit de mutation d'immeubles (1).

Il n'en était pas de même quand la Cour de cassation décidait que la femme exerçait ses reprises en qualité de propriétaire, même en cas de renonciation; la conséquence nécessaire de cette doctrine était l'exemption du droit proportionnel. Il y a plusieurs arrêts décidant ce point (2).

(1) Cass., 8 février 1858; Sir., 58, 1, 268. — Cass., 24 août 1858; Sir., 58, 1, 211. — Cass., 24 décembre 1860; Sir., 61, 1, 189. — Cass., 30 novembre 1869; Sir., 70, 1, 136.

(2) Cass., 2 janvier et 8 mai 1853; Sir., 53, 1, 10 et 530. — Cass., 10 juillet 1865; Journ. not., n° 15389.

Nous venons de décider que le droit de mutation est dû lorsque les biens de communauté sont employés à payer les reprises de la femme renonçante; nous donnons *à fortiori* la même décision, lorsque la femme exerce ses reprises sur les biens propres du mari à défaut de biens communs. Cela avait lieu même lorsque la Cour de cassation considérait les reprises comme s'exerçant à titre de propriété. Personne, en effet, n'a jamais soutenu que la femme était, pour l'exercice de ses reprises, propriétaire des biens du mari. Il y a donc mutation de propriété et le droit proportionnel est dû.

On a essayé d'échapper au droit de mutation dans ce cas, en disant qu'il y a pour le mari obligation légale de parfaire sur ses biens les reprises de la femme, en vertu de l'article 1472 du Code civil; que le mari qui paie de ses biens ne fait que satisfaire à cette obligation, et que l'acte qui constate une semblable opération n'est passible que du droit fixe de décharge. Nous convenons que l'opération emporte décharge pour le mari de payer les reprises de la femme, mais cela n'empêche pas qu'il n'y ait une véritable mutation. Les biens du mari sont passés dans le patrimoine de la femme, d'où une *datio in solutum* soumise au droit proportionnel (1).

(1) Cass., 1^{er} août 1869; *Rev. not.*, n° 2499. — Cass., 30 novembre 1869; *Sir.*, 70, 1, 136. — *Contra.*, Nogent-le-Rotrou, 12 janvier 1867, au R. P. de Garnier, n° 2557



II

DROIT DE TRANSCRIPTION

Après avoir décidé que le droit de mutation entre vifs n'est pas applicable au cas d'attribution de biens de communauté en paiement des reprises, il faut examiner s'il en est de même du droit de transcription. Les deux droits sont, en effet, souvent indépendants l'un de l'autre. La question se réduit à rechercher si l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 peut être appliquée à plusieurs cas de reprises. Cet article est ainsi conçu : « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté de 1 fr. 50 pour cent, et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. »

Nous laissons d'abord de côté le cas d'attribution à la femme des biens immobiliers personnels du mari à défaut de biens communs, et le cas de prélèvements faits sur la communauté par la femme renonçante ; dans ces deux cas, il y a transmission des biens du mari à la femme, et le droit de transcription de 1 1/2 pour cent a dû être perçu avec le droit de mutation immobilière de 4 pour cent, lors de l'enregistrement de l'acte qui constate l'attribution, conformément à l'article 52 de la loi précitée. Il ne saurait y avoir de doute à ce sujet.

Prenons donc le mari ou la femme acceptante exerçant leurs reprises sur les immeubles de communauté, l'acte

d'attribution ne fait que fixer sur certains biens communs un droit préexistant de copropriété, il est donc purement déclaratif de propriété et n'a rien de translatif; c'est un simple partage qui n'est pas de nature à être transcrit et qui échappe, par conséquent, au droit proportionnel de transcription (1).

Cependant, si un pareil acte était remis, pour le transcrire, au conservateur des hypothèques; comme ce dernier n'est pas juge de l'utilité de la transcription et qu'il ne lui appartient pas de décider si un acte est translatif ou déclaratif de propriété, il serait fondé à réclamer le droit proportionnel de 1 1/2 pour cent. C'est ce qui a été décidé à bon droit en matière de partage (2).

Nous avons raisonné jusqu'alors dans l'hypothèse de prélèvements faits après la dissolution de la communauté, c'est-à-dire lorsque les époux sont copropriétaires des biens qui en faisaient partie. Il arrive quelquefois, en pratique, qu'on emploie des immeubles de communauté à l'acquit des reprises de la femme, pendant l'existence même de la communauté. Nous n'avons pas alors de copropriété, car la communauté existe encore; et l'acte d'attribution est soumis à transcription, puisque l'immeuble faisant l'objet de l'attribution est passé du patrimoine de la communauté dans celui de la femme; et le mari qui, précédemment, avait le droit d'en disposer et de le grever d'hypothèques, n'a plus sur lui qu'un droit d'administration. Cet acte rentre

(1) Cass., 20 juillet 1869; Sir., 70, 1, 127.

(2) Cass., 6 mai 1840, au *Journ. not.*, 10667. — Cass., 9 août 1860; Sir., 61, 1, 548; 2 juin 1863; Sir., 63, 1, 308; 10 juillet 1863; Sir., 65, 1, 423; 24 mars 1868; Sir., 68, 1, 311.

certainement dans ceux que prévoit la disposition générale de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, et le receveur devra percevoir le droit de 1 1/2 pour cent lors de l'enregistrement (1).

Quant au point de savoir si le droit de mutation est applicable à un pareil acte, la question peut paraître douteuse, puisqu'il est impossible de savoir, pendant la durée de la communauté, de quelle façon elle se dissoudra, par la séparation de corps ou de biens, ou par le décès d'un des époux ; et, par suite, s'il faut se baser sur une présomption d'acceptation ou de renonciation. L'administration a résolu cette question dans le sens le plus libéral ; elle assimile l'acte à un partage anticipé, et ne perçoit pas le droit de mutation. Il faut lui savoir gré d'avoir pris ce parti dans une question douteuse (2).

III

DROIT DE MUTATION PAR DÉCÈS

Ce qui est dû pour reprises, avons-nous dit, c'est une somme d'argent ; et les biens à prélever dans l'ordre établi par l'article 1471 sont pour l'époux créancier *in facultate solutionis*. La Cour de cassation a fait l'application de ce

(1) Cass., 3 juillet 1850 ; Sir., 50, 1, 678. — Cass., 18 avril et 7 juin 1853 ; Sir., 53, 1, 335 et 505.

(2) Inst. gén. du 31 juillet 1835.

principe dans l'arrêt du 13 décembre 1864, mentionné plus haut. On devrait en conclure, entre autres applications : 1° Que si l'époux créancier cède ses reprises avant le partage, c'est un droit proportionnel de transport de créances qui est dû ; 2° que, dans la déclaration de succession, on doit comprendre la moitié de l'actif de communauté sans en déduire les reprises, puisqu'il est de principe, en droit fiscal, que pour la perception du droit on ne déduit pas les charges ; 3° que spécialement, dans la déclaration de succession de l'époux créancier, on doit comprendre le montant de ses reprises dans l'actif mobilier, quelle que soit la nature des biens de communauté. Cela était important lorsque les droits de mutation par décès n'étaient pas les mêmes pour l'actif mobilier que pour l'actif immobilier. Nous eussions certainement tiré toutes ces conséquences si nous eussions cru, comme la Cour de cassation et comme un grand nombre d'auteurs, que les époux sont encore créanciers de la communauté, à raison de leurs reprises, après la dissolution, l'un à l'égard de l'autre. L'administration de l'enregistrement n'en a pas jugé ainsi (1). Elle a décidé que pour la déclaration de succession, il fallait au préalable déduire de l'actif de communauté le montant des reprises, pour les faire ensuite figurer dans l'avoir de l'époux qui devait les exercer. L'administration faisait ainsi *de plano* l'application de l'article 1471, avant que les époux eussent procédé eux-mêmes au partage, et sans savoir s'ils vaudraient un paiement en nature. Quant à la question du droit à percevoir sur la cession, l'administration ne l'a pas

(1) Solutions du 20 septembre 1830 et du 9 septembre 1868.

encore résolue ; c'est, du moins, ce que déclare M. Garnier. Nous l'examinerons tout à l'heure.

Nous avons peine à comprendre pourquoi l'administration, qui avait, pour guider sa perception, plusieurs arrêts de la Cour de cassation décidant, en droit civil, que les époux exercent leurs reprises à titre de créanciers *en tout temps et à l'égard de tous*, n'en ait pas tiré les conséquences que nous donnons plus haut. M. Garnier (n° 12508 de son dict.) veut nous l'expliquer. Il dit d'abord que l'obligation est *alternative*, c'est *facultative* qu'il fallait dire, quand on est partisan du système des reprises-créances. En logique, à son avis, l'administration a tort, mais le résultat que nous venons de proposer lui semble absolument contraire à la pratique des affaires. Nous avons vu plus haut que M. Vavasseur accusait la pratique d'avoir pesé pour l'adoption du système des reprises-créances ; voici maintenant qu'on l'invoque en faveur du système contraire. En matière d'enregistrement, la pratique des affaires n'a qu'un but, c'est de payer le moins possible, et peu lui importe le système qui conduit à ce résultat. C'est une habitude constante, continue M. Garnier, de considérer les époux comme copropriétaires des acquêts jusqu'à concurrence du montant de leur reprise et de leur part dans la communauté. D'abord, répondons-nous, la maxime *consuetudo facit jus* est aussi fautive en droit fiscal qu'en droit civil ; et une habitude ne peut s'établir contre une jurisprudence constante de la Cour suprême, il n'y a plus là *consuetudo*.

Nous nous résumons : Nous croyons que l'administration est dans le vrai en décidant qu'il faut procéder à la liquidation des reprises et les imputer sur l'actif commun pour

arriver à la déclaration de succession ; mais nous pensons que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile eût conduit au résultat opposé. Pour nous, qui avons soutenu qu'après la dissolution de la communauté, les époux devenaient copropriétaires des biens qui en faisaient partie dans la mesure de leurs droits en y comprenant les reprises, nous sommes logiquement amené à la solution de l'administration.

Il ne faudrait cependant pas croire que, dans une déclaration de succession, il soit loisible aux époux de faire porter leurs reprises sur telle sorte de biens que bon leur semble ; le déclarant est tenu de prendre l'ordre établi par l'article 1471 auquel il ne peut être dérogé, ainsi qu'il est dit plus haut, que dans le partage et d'accord entre les parties. Décider autrement serait permettre de frustrer l'administration. Il y a du reste un moyen bien simple de n'être pas tenu de suivre l'ordre de l'article, c'est de procéder à la liquidation et au partage avant de faire la déclaration de succession.

En cas de renonciation par la femme à la communauté, elle n'a plus contre le mari qu'une créance personnelle pour l'exercice de ses reprises ; il s'ensuit que, dans la déclaration de succession du mari, on ne peut pas plus distraire de l'actif les reprises de la femme que toute autre charge ou dette de la succession.

IV

DROIT DE CESSION-TRANSPORT

Lorsque l'un des époux cède ses reprises avant partage, nous croyons qu'un pareil acte n'est pas assujéti au droit de transport de créances, mais qu'il est passible du droit proportionnel de mutation sur les biens de communauté, dans l'ordre établi par l'article 1471. Cette perception serait justement basée sur la qualité de copropriétaire qu'a l'époux créancier pour l'exercice de ses reprises. Il est vrai que le cessionnaire de l'époux peut toujours, comme étant aux lieu et place de ce dernier, demander que les reprises lui soient réglées en deniers ; mais l'administration est justement fondée à croire que les époux se conformeront à l'ordre de prélèvement établi par la loi. Le moyen d'échapper au droit de mutation, pour payer simplement le droit de cession de créances, serait d'insérer dans l'acte de cession la clause expresse que le paiement des reprises aura lieu en deniers.

Si l'on décidait la question dans un autre sens que celui que nous indiquons, on enleverait à l'État un droit de mutation auquel il a légitimement droit. Supposons, en effet, une communauté exclusivement immobilière ; l'acte de cession contiendra mutation d'immeubles du cédant au cessionnaire ; et si l'on perçoit sur l'acte de cession un droit de transport de 1 0/0 au lieu du droit de vente de 5 1/2 0/0, l'État sera évidemment frustré de la différence.

Par contre, nous pensons que, si celui des époux qui n'a pas de reprises à exercer, cédait à une tierce personne ses droits dans la communauté, il faudrait percevoir les droits proportionnels sur la moitié des biens de communauté, après avoir déduit de la masse les reprises de l'autre époux dans l'ordre établi par l'art. 1471.

V

DROIT D'OBLIGATION

En général, l'acte qui ne fait que liquider et constater les reprises des époux, et qui fixe les droits de chacun d'eux à cet égard, ne peut être soumis au droit d'obligation de 1 0/0, parce que ce n'est pas là une obligation, ce n'est que l'examen et la constatation d'une situation créée par la loi ; c'est un simple règlement relatif à des biens qui ont cessé d'être soumis à l'administration du mari. Rien ne saurait, à notre avis, légitimer la perception d'un droit d'obligation dans un acte de cette nature.

Ce principe n'est pas accepté dans sa généralité par l'administration. Elle pense, en se fondant sur plusieurs arrêts (1), que les reprises n'échappent au droit d'obligation qu'autant qu'elles ont été constatées dans des actes anté-

(1) Instruction, 1587, — Cass., 27 juin 1809, J. E. 9649. — Cass., 6 juin 1811, J. E. 3935. — Cass., 16 mai 1832, *Journ. not.*, 7739. — Cass., 11 décembre 1838, *Journ. not.*, 12220.

rieurs, tels que contrats de mariage, inventaires, que le droit ait été perçu ou non lors de l'enregistrement de ces actes. Cette distinction est inadmissible, car, de deux choses l'une : ou les époux ne peuvent justifier de leurs reprises, et rien ne s'oppose à ce que l'administration perçoive les droits qu'un pareil état de choses rend exigibles ; ou bien, l'acte contient la justification indépendamment de toute énonciation dans des actes antérieurs, et un droit d'obligation ne saurait être perçu sans enfreindre l'art. 69, § 3, n° 3, de la loi du 22 frimaire an VII, qui n'assujettit à ce droit que les contrats, promesses de payer..... contenant obligation de sommes, et non pas l'énonciation d'une situation qu'a créée la loi et d'où dérive une obligation. Si on fait l'application du droit d'obligation au cas qui nous occupe, il faut l'appliquer également dans tous les cas semblables, tels que les comptes rendus par un mandataire ou un gérant, au mandant ou au maître, et mentionnant un reliquat. Or, personne n'a jamais été jusque là ; et cependant les cas sont identiques.

MM. les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* (Dict. nos 824 et 825) ont fait une autre distinction que nous croyons également mal fondée. Supposons la communauté partagée par égales portions entre les deux époux, sans qu'ils se soient tenu compte en nature de leurs reprises, mais à charge par l'un d'eux de payer les reprises de l'autre. Les rédacteurs décident que le droit d'obligation n'est dû que si c'est la femme qui est débitrice, et ils en exemptent le mari, quand c'est lui qui est débiteur, par la raison que l'obligation n'est, de sa part, que l'exécution d'un mandat légal résultant de sa qualité

de mari. On peut, il nous semble, dire tout aussi bien de la femme que l'obligation résulte pour elle de sa qualité de femme commune, et que le mari qui demande que la femme lui paye la moitié de ses reprises, ne fait qu'exiger ce qui est *in obligatione*, c'est-à-dire une somme d'argent. Les obligations de l'un et de l'autre des époux dérivent de même source.

Il n'en serait pas de même en cas de novation de la créance, le droit d'obligation serait alors légitimement perçu ; mais il ne faudrait pas considérer comme une novation une simple prorogation de délai ou une affectation hypothécaire.

VI

DROIT DE QUITTANCE

Lorsque les époux se font raison en deniers de leurs reprises, on s'est demandé si l'acte qui en constate le paiement est soumis au droit de quittance de 50 centimes par 100 francs. Le mari est, sous le régime de la communauté, l'administrateur des biens propres de la femme ; s'il a été vendu des biens de cette dernière, ou, en général, si elle a des reprises à exercer pour quelque cause que ce soit, c'est le mari, en sa qualité d'administrateur, qui est détenteur des sommes qui ont été versées dans la communauté à charge de récompense ; de sorte que si, à la dissolution de

la communauté, la femme, au lieu de procéder par voie de prélèvement, comme l'art. 1471 l'autorise à le faire, demande au mari le paiement en argent de ses reprises, l'acte qui constate la remise de la somme est une simple décharge soumise au droit fixe. Et cela a lieu pour la femme renonçante comme pour la femme acceptante, puisque, dans un cas comme dans l'autre, le mari a été l'administrateur des biens de la femme, et que c'est en cette qualité qu'il rend compte.

Cette solution n'a pas été adoptée par la Cour suprême (1) qui se basant sur cette idée que « c'est une dette que le mari acquitte, » en a conclu que « la décharge qui lui est donnée est assujettie, comme tous les autres actes portant libération de sommes, au droit proportionnel de quittance. » S'il fallait, comme le dit la Cour de cassation dans l'arrêt mis en note, percevoir le droit de quittance pour toute libération, l'art. 78, § 1, n° 48 de la loi du 22 frimaire an VII, qui assujettit la décharge au droit fixe, deviendrait sans application, puisque toute décharge emporte toujours libération, sinon de somme, du moins d'une responsabilité qui se serait traduite en une indemnité pécuniaire, si on n'eût donné décharge. Ce qui distingue la décharge de la quittance, c'est que la décharge n'est que l'énonciation de l'exécution d'une obligation sans transmission aucune, tandis que la quittance implique transmission d'une personne à une autre de la somme dont on donne quittance. Faisant application de cette idée à la question qui nous occupe, nous disons que le mari étant administrateur des

(1) Req. Cass., 4 août 1841. — Sir., 41, 1, 646.

biens de la femme doit, comme tout *negotiorum gestor* et comme tout mandataire, rendre compte de sa gestiou, et qu'en versant à la femme le montant de ses reprises, il ne fait que remplir un mandat légal, il lui verse ce qui lui appartenait déjà. La somme que le mari verse à la femme était détenue par lui pour le compte de cette dernière, il n'y a donc pas transmission, mais simple exécution de mandat. La Cour de cassation est du reste revenue depuis sur sa jurisprudence (1).

Passons maintenant à la femme, et supposons que les époux aient partagé entre eux les biens de communauté par égales portions, et que l'acte de partage et liquidation constate le paiement fait par la femme au mari de la moitié des reprises de ce dernier. Nous ne pouvons plus ici, pour échapper au droit proportionnel de quittance, invoquer ni mandat légal ni exécution de l'obligation d'un administrateur ; nous croyons cependant qu'on ne doit pas plus le droit proportionnel de mutation qu'en cas de paiement par le mari. Les raisons ne sont plus les mêmes, elles sont générales et applicables aux deux hypothèses : La situation créée à la femme, dans le cas présent, n'est que le résultat d'une obligation légale dérivant de sa qualité de commune en biens ; elle doit laisser le mari prélever, soit en argent, soit en biens de communauté, le montant de ses reprises ; et le paiement qu'elle fait n'est qu'une opération de liquidation échappant à la perception d'un droit proportionnel quelconque.

Il n'y a pas lieu de distinguer si le paiement a été cons-

(1) Civ., Cass., 10 février 1833 ; Sir., 33, 1, 292, et 30 janvier 1866 ; Sir., 66, 1, 224.

taté par l'acte de liquidation, ou par un acte subséquent ; les raisons données plus haut militent également dans les deux cas. C'est à tort, selon nous, qu'on a voulu établir une distinction sur ce point (1).

VII

DROIT DE CONDAMNATION

Il est encore un droit proportionnel dont on peut faire l'application au cas de reprises, c'est le droit de condamnation ou liquidation de sommes résultant d'une décision judiciaire. Ce droit est porté à 50 centimes par 100 francs par l'art. 59, § 2, n° 9 de la loi du 22 frimaire an VII. Supposons donc que les parties n'aient pu s'entendre entre elles sur l'existence ou la fixation du montant de reprises, une contestation s'engage entre le mari et la femme ou leurs héritiers sur ce point, et le tribunal saisi du litige rend un jugement fixant les reprises à une somme déterminée. Le droit de liquidation est alors dû ; cela nous semble incontestable, puisque, comme le dit M. Gabriel Demante (n°23), il est la rémunération du *service judiciaire* ; mais le droit ne doit porter que sur la partie des reprises qui fait l'objet du litige, il ne saurait être appliqué à la partie qui n'a pas été contestée. Il sera facile de distinguer dans un jugement fixant des reprises à une somme totale,

(1) *Contrs.* — *Dict. des Réd.*, v° com., n° 839.

la partie contestée de celle qui ne l'est pas ; c'est au receveur qu'il appartient de demander des renseignements et des justifications, et aux parties de les lui fournir (1).

Si la décision est un jugement d'homologation d'une liquidation notariée et que toutes les reprises soient justifiées par des titres en bonne et due forme, une semblable décision ne contient ni condamnation ni liquidation, et il n'y a pas lieu de percevoir le droit proportionnel (2).

VIII

PRÉSUMPTIONS D'ACCEPTATION ET DE RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ

Jusqu'alors nous avons raisonné, lorsque nous parlions de la femme renonçante, dans l'hypothèse d'une renonciation précédant l'attribution ; qu'arrivera-t-il quand, au contraire, la renonciation sera postérieure au prélèvement ? Ainsi, nous supposons qu'il ait été attribué à la femme des biens communs jusqu'à concurrence du montant de ses reprises, et que, conformément à ce qu'il a été dit ci-dessus, on n'ait pas perçu le droit proportionnel à raison de cette attribution. Postérieurement à l'acte de liquidation et d'attribution, la femme renonce. On sait qu'en pareil cas la femme est réputée étrangère aux biens de communauté et

(1) Trib. Seine, 22 décembre 1860, R. P. de Garnier, n° 1227. — Trib. Montpellier, 24 août 1864, R. P. de Garnier, n° 1960.

(2) Cass., 2 mars 1836, J. E. 11816.

que la renonciation a un effet rétroactif. L'acte d'attribution a donc été considéré à tort comme étant, à l'égard de la femme, une fixation de ses droits sur certains biens dont elle était copropriétaire; c'était une véritable vente des biens du mari à la femme. Le droit de mutation est donc devenu exigible, et l'administration est parfaitement fondée à en réclamer le montant (1).

Par la même raison, si, lors de la déclaration de succession du mari, il a été distrait de la masse les reprises de la veuve, et que plus tard cette dernière renonce à la communauté, les héritiers devront alors faire une déclaration complémentaire à raison des reprises de la femme. Ces reprises sont, en effet, par le fait de la renonciation, devenues une dette de la succession au même titre que toute autre dette; et ce n'était que sous la foi d'une acceptation de la communauté par la femme qu'on avait pu les déduire (2).

Pour retarder jusqu'à la renonciation la perception d'un droit proportionnel de mutation, nous venons de nous fonder sur une présomption d'acceptation de la communauté; de sorte que, par *a contrario*, si, au lieu d'être présumée acceptante, la femme était réputée renonçante, il faudrait percevoir le droit proportionnel sur l'acte d'attribution en paiement de reprises. C'est le cas de l'article 1463. La

(1) Arbois, 12 avril 1848. — Seine, 7 décembre 1848. — Baugé, 16 avril 1851. — Les Andelys, 14 juillet 1852. — Bar-le-Duc, 19 août 1852. — Auxerre, 7 janvier 1854. — Seine, 8 avril 1859, au dict. de Garnier, n° 12526. — Cass., 26 février 1868. — Sir., 68, I, 431. — *Dict. des Réd.*, v° com., n° 724.

(2) Seine, 7 décembre 1848, J. E. 14680. — Avranches, 17 février 1854. — Seine, 30 mai 1868, au R. P. de Garnier, n° 2727.

femme divorcée ou séparée de corps, dit cet article, qui n'a point dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcée, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé. Sur ce point tout le monde est d'accord, mais il n'en est pas de même quand il s'agit de savoir à partir de quel moment la femme est présumée renonçante. Les uns soutiennent que c'est seulement après l'expiration des trois mois et quarante jours, et que si, avant cette époque, la femme prélève les biens de communauté pour se couvrir de ses reprises, c'est le droit fixe qui seul est dû. L'administration se prononce dans ce sens (1). D'autres, et nous sommes de ce nombre, sont d'avis que le délai de trois mois et quarante jours ne fait que fixer la qualité de renonçante que la femme était réputée avoir dès avant l'expiration de ce délai, et que, par suite, le droit de mutation doit être perçu au cas d'attribution à la femme avant l'expiration du délai qui lui est accordé. C'est en effet la cause qui donne lieu à la dissolution de la communauté (divorce ou séparation de corps et de biens, qui engendre la présomption de renonciation ; or cette cause existe avant comme après l'expiration du délai ; et si nous admettons, pour la perception des droits sur les attributions, que la femme est réputée acceptante à partir de la dissolution de la communauté, lorsqu'elle est dissoute par la mort de l'un des époux ; nous devons aussi admettre que la femme est réputée renonçante à partir du divorce ou

(1) Garnier, Dict., n° 12528. — Seine, 8 avril 1859. — Mirecourt, 25 janvier 1867, au R. P. de Garnier, n° 2901. Solutions de l'administrat. des 20 septembre 1853, 5 février 1856, 9 mai 1856, 30 août 1860 ; 13 décembre 1864.

de la séparation de corps ou de biens, lorsque la communauté est dissoute par un de ces événements (1).

IX

JUSTIFICATION DES REPRISES

Il ne suffit évidemment pas de déclarer, dans un acte de partage de communauté, que l'un des époux a des reprises à exercer jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, pour pouvoir attribuer en paiement à cet époux des biens de communauté, sans payer le droit proportionnel de mutation. C'eût été ouvrir la porte toute large à la fraude vis à vis du fisc, et permettre aux époux d'attribuer à l'un deux une part plus forte dans la communauté que celle à laquelle il a droit, et même la totalité des biens de communauté, sans payer de droit de soulte. On ne pouvait donc laisser l'État à la discrétion des époux, aussi, faut-il fournir des justifications, non seulement pour échapper au droit proportionnel de mutation dans le partage, mais encore pour les différents actes qui peuvent suivre la dissolution de la communauté, tels que déclaration de succession, cession des droits d'un époux dans la communauté. Quelles sont ces justifications ?

On ne saurait, sur ce point, établir de règle générale ;

(1) Marcadé, sur l'art. 1463, n° 1. — Troplong, *Cout. de mar.*, n° 1581. — Montmédy, 26 août 1852, J. E., 15384, 3.

l'administration jouit de la plus grande latitude. C'est à elle de décider si elle trouve les justifications suffisantes, sauf aux parties à se pourvoir devant le tribunal. Il est cependant quelques règles particulières qu'il sera bon d'examiner. Passons en revue les différents cas de reprises.

Lorsqu'il a été vendu un bien propre à l'un des époux, ou lorsqu'on s'est rédimé de services fonciers existant à son profit, on devra prouver non seulement l'aliénation, ce qui sera facile par l'énonciation et la production de l'acte de vente, mais encore la réception du prix par la communauté. Cette preuve sera faite vis à vis de l'administration non seulement par la production de quittances régulières qui pourraient être égarées ou qu'on aurait négligé de remettre, mais encore par la seule échéance du terme. Il y a, en effet, tout lieu de présumer que le paiement a été fait le jour de l'exigibilité, et l'administration qui fait l'application de cette présomption en matière de déclaration de succession, ne saurait la rejeter lorsqu'elle lui est défavorable. Nous ne laissons pas pour cela l'administration à la discrétion des parties ; la présomption en question n'est pas *juris et de jure*, la régie pourra induire d'énonciations contenues en l'inventaire ou au partage que la présomption est fautive et mal fondée ; et il appartiendra aux tribunaux de décider si ces énonciations sont suffisantes pour rendre inapplicable la présomption résultant de l'échéance du terme.

Si, dans l'acte de vente d'un propre, une partie du prix était dissimulée, nous pensons que l'administration ne pourrait se refuser à admettre la reprise de la totalité du prix, s'il lui est justifié par écrit de l'existence d'un supplément ; sauf par elle à percevoir l'amende, si l'on est

encore dans les délais. Mais on ne saurait considérer comme une preuve suffisante la simple déclaration de la dissimulation dans l'acte de liquidation (1).

Quand la femme s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de communauté, elle n'est réputée s'être engagée que comme caution (art. 1431), et une opinion exposée plus haut ne lui accorde la reprise que lorsque la dette a été payée par elle, ou bien lorsque, sans avoir payé, elle se trouve dans une des situations prévues par l'art. 2032. Elle devra donc, pour les partisans de ce système, faire preuve du paiement qu'elle prétend avoir fait ou justifier qu'elle est dans un des cas de l'article précité. Pour nous, qui croyons que la femme peut toujours exercer ses reprises, quand bien même elle n'est pas dans un des cas prévus par l'art. 2032, la femme n'aura qu'à faire preuve de l'existence de l'obligation (2).

Pour les autres cas de reprises, par exemple lorsque des carrières et mines ont été ouvertes pendant le mariage, ou lorsqu'il a été fait prématurément des récoltes sur les biens propres des époux, le mode de preuve est plus incertain. On devra, à notre avis, prendre pour base les énonciations de l'inventaire, lorsqu'il en aura été dressé un, et lorsque les déclarations y contenues ne sont pas contestées par celle des parties qui aurait intérêt d'y contredire. Le mode de preuve deviendra irréfragable, si, outre l'énonciation ou la déclaration de la reprise, l'inventaire contient dans son analyse des papiers la mention des pièces et docu-

(1) Gien, 10 août 1847, J. E. 14332.

(2) Guingamp, 31 juillet 1868, R. P. de Garnier, 3103.

ments qui en constatent le montant. Il peut paraître bizarre de voir ainsi les époux se créer des titres à eux-mêmes vis-à-vis de l'administration, mais on est bien forcé de se contenter de semblables documents, puisque la plupart du temps il n'en existe pas d'autres. Du reste, ce droit accordé à un époux de se créer un titre à lui-même est suffisamment tempéré par l'intérêt qu'a l'autre époux de contester les allégations de son conjoint, si elles sont mensongères ou inexactes. En matière fiscale, il faut être, sous le rapport des preuves, bien moins exigeant qu'en droit civil, parce que les droits à percevoir ne sont pas le but immédiat de la convention ; les parties, en contractant, n'ont généralement en vue que les effets et les conséquences civiles de l'acte.

Si l'inventaire était dressé longtemps après la dissolution de la communauté, et qu'il précédât de quelques jours seulement le partage ou la déclaration de succession, nous verrions là une intention frauduleuse qui lui enlèverait son caractère probant.

A défaut d'inventaire, on pourrait encore faire preuve des reprises par différents titres et pièces dont il aurait été fait emploi pour l'obtention d'un jugement ou qui seraient relatés dans des actes ayant date certaine. La force de pareils documents est laissée à l'appréciation des tribunaux qui peuvent aussi prendre en considération les notes contenues en des registres et papiers domestiques. Mais la preuve testimoniale ne saurait être admise. L'administration pourrait cependant faire procéder à une expertise pour arriver à l'évaluation du montant de la reprise, si le chiffre fixé par les parties lui semblait inexact.

Nous avons développé, en Droit civil, ce principe qu'il faut faire compensation entre les reprises des époux et les indemnités qu'ils doivent à la communauté, et qu'ils ne peuvent se porter créanciers et copropriétaires que de la différence faisant l'excédant des reprises sur les indemnités. Il en résulte, pour cette matière, que les indemnités doivent être justifiées tout aussi bien que les reprises, et que, par exemple, dans une déclaration de succession, on ne pourrait déduire, sur les reprises justifiées du *de cujus*, le montant d'indemnités qui seraient simplement mentionnées dans la déclaration; il faudrait, dans ce cas, retrancher de la masse commune la totalité du montant des reprises sans aucune déduction, ce qui augmenterait la masse soumise au prélèvement des droits de mutation par décès.

Si on ne pouvait justifier ni les reprises ni les indemnités, l'administration ne pourrait scinder la déclaration, et admettre les unes en rejetant les autres, elle doit accepter la déclaration dans son ensemble ou la rejeter tout entière.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'action *rei uxoriæ* a innové, quant au fond, et le fondement de l'obligation de restituer la dot n'est pas dans la *dotis dictio*.

II. — L'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi.

III. — Elle est arbitraire.

IV. — La loi 12, C., *De jur. dot.*, V, 12, contient la règle générale, et la loi 54, D., *De jur. dot.*, XXIII, 3, ne peut être relative qu'à des cas particuliers.

V. — L'insolvabilité du débiteur ne doit pas être supportée par le mari délégataire à titre de dot.

VI. — Les rétentions *propter liberos* et *propter mores* ne se cumulent pas.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

I. — Le régime matrimonial des Gaulois n'est pas l'origine de la communauté.

II. — La pragmatique de Saint-Louis est authentique.

DROIT CIVIL

I. — Les époux exercent leurs reprises à titre de créanciers à l'égard des autres créanciers de la communauté et des tiers qui ont acquis des droits pendant son existence. Ils les exercent à titre de copropriétaires dans leurs rapports entre eux et à l'égard des tiers qui ont acquis des droits depuis la dissolution de la communauté.

II. — Le mari et la femme exercent la reprise du prix véritable d'aliénation de leurs propres, et ils sont, l'un comme l'autre, admis à établir la dissimulation de partie du prix par tous les moyens de preuve.

III. — Lorsqu'un droit perpétuel propre à un époux a été aliéné moyennant un droit viager, il est dû récompense à l'époux de la différence entre les revenus du droit perpétuel et les arrérages du droit viager courus jusqu'au jour de la dissolution de la communauté ou de l'extinction du droit viager, si elle est antérieure.

IV. — Lorsqu'un droit viager propre à un époux a été aliéné, la reprise est du prix de l'aliénation, déduction faite du supplément de revenus dont la communauté a été privée par suite de l'aliénation. Il n'y a pas lieu de distinguer si la communauté s'est dissoute par la mort de l'époux sur la tête duquel reposait le droit viager, ou par une autre cause.

V. — Lorsqu'une nue propriété appartenant en propre à un époux a été aliénée pendant le mariage, cet époux a la reprise du prix d'aliénation et des intérêts de ce prix, jusqu'au jour de la dissolution de la communauté ou de l'extinction de l'usufruit, si elle a lieu auparavant.

VI. — Lorsqu'il est vendu un bien propre à un époux avec les fruits pendants pour un seul et même prix, la reprise est de la totalité du prix, sans qu'il y ait lieu d'en déduire une partie correspondant à la valeur des fruits.

VII. — Lorsqu'il a été convenu que l'acquéreur d'un bien propre d'un époux entrerait en jouissance de suite et ne paierait le prix qu'à terme, sans intérêts, la reprise est du prix d'aliénation, déduction faite des revenus courus du jour de la vente au jour du paiement.

VIII. — Dans la liquidation d'une communauté, on ne doit pas rapporter les indemnités pour prélever ensuite les reprises dans leur intégralité ; la compensation s'opère entre reprises et indemnités, et l'époux créancier ne prélève que la différence.

IX. — Les reprises de la femme portent intérêt du jour de la dissolution de la communauté, même en cas de renonciation.

DROIT FISCAL

I. — Les attributions de biens de communauté au mari et à la femme acceptante, en paiement de leurs reprises, ne sont pas soumises au droit de mutations entre vifs.

II. — Elles ne sont pas non plus soumises au droit de transcription.

III. — La cession que fait un époux de ses reprises est soumise au droit de mutation sur les biens de communauté, dans l'ordre établi par l'article 1471 du Code civil.

IV. — L'acte qui liquide les reprises ou en constate le montant sans novation dans la créance, n'est pas soumis au droit d'obligation.

V. — Le paiement des reprises des époux n'est soumis qu'au droit fixe de décharge.

VI. — La femme divorcée ou séparée de corps et de biens qui, avant l'expiration des trois mois et quarante jours qui lui sont donnés pour faire inventaire et déli-

bérer, prélève des biens de communauté en paiement de ses reprises, est présumée renonçante ; et l'acte d'attribution est, en conséquence, soumis au droit de mutation entre vifs.

PROCÉDURE CIVILE

Dans les jugements par défaut, le tribunal n'a pas le droit d'ordonner une enquête pour adjuger au demandeur ses conclusions.

DROIT CRIMINEL

Le condamné par contumace à une peine afflictive et infamante n'est pas en état d'interdiction légale.

DROIT COMMERCIAL

L'hypothèque légale de la femme d'un failli ne grève la totalité de l'immeuble indivis attribué dans un partage à son mari, qu'autant qu'il s'est trouvé dans la masse partageable d'autres immeubles ou des meubles d'une valeur suffisante pour faire la part des autres copartageants.

DROIT ADMINISTRATIF

Le lit des rivières qui ne sont ni navigables, ni flottables, n'appartient pas aux riverains.

DROIT INTERNATIONAL

Le droit de blocus repose sur les nécessités de la guerre et non sur la souveraineté qu'exerce la partie belligérante sur les eaux qu'occupent ses vaisseaux.

Vu par le président de la Thèse,

ERNEST DUBOIS.

Nancy, le 14 janvier 1880.

Vu :

Le Doyen,

E. LEDERLIN.

Nancy, le 16 janvier 1880.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 16 janvier 1880,

Le Recteur,

M. MOURIN.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

	PAGES
INTRODUCTION.....	1
I. — DES ACTIONS EN RESTITUTION DE LA DOT.....	3
Action <i>rei uxoriae</i>	3
Action <i>ex stipulatu</i>	9
<i>Condictio ex testamento</i>	10
II. — QUAND LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE?.....	14
III. — A QUI LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE?.....	19
IV. — PAR QUI LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE?.....	23
Du bénéfice de compétence.....	27
V. — DE L'OBJET DE LA RESTITUTION.....	30
Des fautes.....	46
Des rétentions.....	48
VI. — DES GARANTIES QUI ASSURENT LA RESTITUTION DE LA DOT.....	55
VII. — RÉFORMES DE JUSTINIEN.....	58

DROIT FRANÇAIS

DES REPRISES SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

	PAGES
DROIT CIVIL.....	63
I. — NATURE DU DROIT DE REPRISE.....	67
Ancien droit.....	67
Code civil.....	73
Renonciation à communauté.....	78
Jurisprudence.....	79
Faillite.....	81
Conséquences pratiques.....	82
Caractère des reprises à l'égard des époux entre eux ..	85
II. — DES CAUSES DU DROIT DE REPRISE.....	92
III. — DU MONTANT DES REPRISES.....	101
IV. — DU MODE D'EXERCICE DES REPRISES.....	117
V. — PREUVE DES REPRISES ET INTÉRÊTS.....	124
DROIT FISCAL.....	127
I. — DROIT DE MUTATION ENTRE VIFS.....	127
II. — DROIT DE TRANSCRIPTION.....	134
III. — DROIT DE MUTATION PAR DÉCÈS.....	136
IV. — DROIT DE CESSIION-TRANSPORT.....	140
V. — DROIT D'OBLIGATION.....	141
VI. — DROIT DE QUITTANCE.....	143
VII. — DROIT DE CONDAMNATION.....	146
VIII. — PRÉSUMPTIONS D'ACCEPTATION ET DE RENONCIATION A LA COMMUNAUTE	147
IX. — JUSTIFICATION DES REPRISES.....	150
POSITIONS.....	153

DROIT ROMAIN DE LA RESTITUTION DE LA DOT

INTRODUCTION

I. - DES ACTIONS EN RESTITUTION DE LA DOT

Action rei uxoria

Action ex stipulatu

Condictio ex testamento

II. - QUAND LA DOT DOIT-ELLE ETRE RESTITUEE?

III. - A QUI LA DOT DOIT-ELLE ETRE RESTITUEE?

IV. - PAR QUI LA DOT DOIT-ELLE ETRE RESTITUEE?

Du bénéfice de compétence

V. - DE L'OBJET DE LA RESTITUTION

Des fautes

Des rétentions

VI. - DES GARANTIES QUI ASSURENT LA RESTITUTION DE LA DOT

VII. - REFORMES DE JUSTINIEN

DROIT FRANCAIS DES REPRISES SOUS LE REGIME DE LA COMMUNAUTE LEGALE

DROIT CIVIL

I. - NATURE DU DROIT DE REPRISE

Ancien droit

Code civil

Renonciation à communauté

Jurisprudence

Faillite

Conséquences pratiques

Caractère des reprises à l'égard des époux entre eux

II. - DES CAUSES DU DROIT DE REPRISE

III. - DU MONTANT DES REPRISES

IV. - DU MODE D'EXERCICE DES REPRISES

V. - PREUVE DES REPRISES ET INTERETS

DROIT FISCAL

I. - DROIT DE MUTATION ENTRE VIFS

II. - DROIT DE TRANSCRIPTION

III. - DROIT DE MUTATION PAR DECES

IV. - DROIT DE CESSIION-TRANSPORT

V. - DROIT D'OBLIGATION

VI. - DROIT DE QUITTANCE

VII. - DROIT DE CONDAMNATION

VIII. - PRESOMPTIONS D'ACCEPTATION ET DE RENONCIATION A LA COMMUNAUTE

IX. - JUSTIFICATION DES REPRISES

POSITIONS