

Le droit civil français. vol.13 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.- M. Toullier,...

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie (1752-1835). Le droit civil français. vol.13 / , suivant l'ordre du Code... par Mr C.-B.-M. Toullier,.... 1824-1828.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

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

RENNES, DE L'IMPRIMERIE DE A. MARTEVILLE.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

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

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

BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS DE BENNES.

.....
TOME TREIZIÈME.
.....



A PARIS,

CHEZ WARÉE, FILS AÎNÉ, LIBRAIRE DE LA COUR ROYALE,
COUR DE LA SAINTE-CHAPELLE, N^o. 13.

.....
M. DCCC. XXVIII.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE V.

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

CHAPITRE II.

Du Régime en communauté.

PREMIÈRE PARTIE.

De la Communauté légale.

SECTION III.

*De la Dissolution de la Communauté, et de quelques
unes de ses suites.*

SOMMAIRE.

1. *Ce qu'on doit entendre par dissolution de la communauté,
et de combien de manières elle se dissout.*
2. *Effet de la dissolution de la communauté éventuelle.*
5. *Suppression de la continuation de communauté.
Comment on prouve la consistance des biens qui la com-
posent.*

TOME XIII.

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

4. *Si la preuve testimoniale et la preuve par commune renommée sont deux genres de preuves différens.*
5. *Si les enfans sont tous majeurs à la dissolution de la communauté, le survivant n'est pas tenu de faire inventaire. Secus, s'il y a des mineurs.*
6. *Dans ce dernier cas, il est déchu, faute d'inventaire, de l'usufruit légal des biens de ses enfans. Conséquences de cette déchéance.*
7. *La déchéance s'étend à l'usufruit de tous les biens possédés alors par les enfans.*
8. *Quid des biens survenus depuis? Le survivant n'en perd pas l'usufruit, s'il en a fait inventaire.*
9. *Secus, s'il n'en a point fait.*
10. *Le survivant des conjoints, sous le régime dotal, perd-il, faute d'inventaire, l'usufruit des biens de ses enfans mineurs?*
11. *La déchéance de l'usufruit légal, faute d'inventaire, ne s'applique point aux usufruits constitués à un autre titre.*
12. *Subrogé tuteur solidairement tenu des condamnations prononcées contre le survivant, pour défaut d'inventaire.*
13. *Pour empêcher la déchéance, l'inventaire doit être régulier, et fait en présence du subrogé tuteur, ou de son mandataire spécial.*
14. *L'inventaire doit être fait en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins.*
15. *De l'inventaire qui contiendrait des omissions ou des infidélités, et des excuses.*
16. *Délai dans lequel doit être fait l'inventaire.*
17. *Le survivant qui a perdu l'usufruit, faute d'inventaire fait dans les délais, ne peut le recouvrer pour l'avenir, par un inventaire tardif.*
18. *De la dissolution de la communauté éventuelle par la mort civile. Renvoi.*
19. *Par la séparation de corps. Renvoi.*
20. *De la séparation de biens. Pourquoi introduite. Division de ce qu'on va dire sur la séparation de biens.*
21. *Pour quelles causes on peut la demander.*

Chap. II. Du Régime en communauté. 3

22. *Deux causes de séparation de biens : 1°. Quand la dot de la femme est en péril ; 2°. Quand les affaires du mari sont en désordre.*
23. *Qu'est-ce que la dot ? Ce sont tous les biens meubles, réalisés ou non, et les revenus des immeubles que la femme apporte au mari, pour soutenir les charges du ménage. Détails.*
24. *Quand le mari a tout dissipé, la femme peut obtenir la séparation de biens, quoiqu'elle n'ait apporté qu'une dot dont le capital n'est pas restituable, et que le mari ne soit pas entièrement ruiné.*
25. *C'était aussi l'esprit des Coutumes, dont quelques-unes regardaient la séparation de biens comme une renonciation à la communauté, qu'il n'était pas besoin de faire juger ; ce qui rentre dans les principes du droit commun.*
26. *Et dans ceux de l'art. 1443.*
27. *Arrêt de la Cour d'Angers, du 16 mars 1808, qui le juge ainsi.*
28. *La femme qui n'avait ni biens meubles ni immeubles, peut néanmoins demander la séparation de biens. Elle peut avoir une industrie qui lui en tienne lieu.*
29. *Seconde cause. La séparation peut être obtenue, quand les affaires du mari sont en désordre.*
30. *La femme qui n'apporte à son mari que des immeubles d'un revenu considérable, ne peut demander la séparation, tant qu'il fournit convenablement aux dépenses du ménage.*
31. *Le seul défaut d'emploi de la dot, quand il a été stipulé, est une cause de séparation.*
32. *Dans le cas où la dot aurait été simplement réalisée, le défaut d'emploi ne serait pas un moyen de séparation, si la dot n'était pas en péril.*
33. *Le mari ne peut se défendre sur ce qu'il ne pouvait prévoir ni prévenir les événemens qui ont entraîné sa ruine.*
34. *Quid de la femme qui a perdu ses sûretés par faiblesse pour son mari ?*
35. *Après avoir échoué dans une première demande, la femme*

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

*peut en former une seconde, si elle a de nouveaux moyens.
Modification d'un passage de l'auteur, tom. 1, n°. 156.*

36. *Si la saisie immobilière des biens du mari suffit pour autoriser la séparation.*
37. *Le mari n'est jamais recevable à demander la séparation de biens.*
38. *Les créanciers personnels de la femme ne peuvent en son nom demander la séparation, sauf à exercer ses droits, en cas de faillite ou de déconfiture.*
39. *Comment se fait la séparation? Elle doit être faite en justice, en connaissance de cause. Toute séparation volontaire est nulle.*
40. *La femme doit se faire autoriser préalablement, par le président du tribunal, à former la demande.*
41. *Elle doit présenter elle-même sa requête au président, qui peut lui faire des observations.*
42. *Cette demande est dispensée de l'essai de conciliation.*
43. *L'autorisation du juge suffit même à la femme mineure. Elle n'a pas besoin d'un curateur.*
44. *La demande est faite dans les formes ordinaires, mais doit être suivie de plusieurs formalités nouvelles.*
45. *Première formalité. Inscription d'un extrait de la demande sur un tableau dans l'auditoire du tribunal civil.*
46. *Seconde formalité. Pareille inscription dans l'auditoire du tribunal de commerce, et dans les chambres des avoués.*
47. *Troisième formalité. Insertion d'un pareil extrait dans un journal du département.*
48. *Toutes ces formalités doivent être observées sous peine de nullité, et la nullité peut être opposée même par le mari.*
49. *On ne peut obtenir de jugement qu'un mois après l'observation de ces formalités, et pourquoi.*
50. *Le jour où la dernière formalité a été remplie doit-il être compté?*
51. *Des différentes manières de compter les délais fixés par les lois, et de l'embarras qui en résulte.*
52. *Les délais des ajournemens, citations, etc., sont toujours*

Chap. II. Du Régime en communauté. 5

francs ; on ne compte ni le terme à quo, ni le terme ad quem.

53. Dans les autres délais, on distingue le terme à quo du terme ad quem, toujours compris dans le délai.
54. Le jour du terme à quo n'y est jamais compris. Preuves et autorités.
55. Quid si le terme ad quem arrive un jour férié ?
56. Il faut suivre le calendrier grégorien dans les délais fixés par mois, et calculer de quantième à quantième. Exception.
57. Comment on connaît le terme à quo, quand les lois ne l'indiquent pas précisément. Explication de l'art. 2265 du Code.
58. La loi permet à la femme de faire les actes conservatoires avant l'expiration du mois depuis la dernière formalité.
59. Parce que les effets de la séparation remontent au jour de la demande.
60. Justice de cette disposition. Réponse aux objections.
61. La femme, pour ses mesures conservatoires, doit requérir une permission du juge, qui ne doit pas être indistinctement accordée.
62. Distinction entre le droit du mari sur les biens de la communauté, et son droit sur les biens de la femme.
63. Moyens que peut employer le mari, pour faire cesser ce qui le gêne dans les mesures conservatoires prises par la femme.
64. La femme peut saisir les effets mobiliers vendus en fraude de ses droits par son mari, avant la demande en séparation, s'ils n'ont pas été livrés.
65. Mais s'ils ont été livrés, elle ne peut faire annuler la vente qu'en prouvant la complicité de l'acheteur.
66. Le rachat d'une rente propre de la femme, fait au mari pendant la litispendance, serait valide, si elle ne s'y était pas opposée.
67. A l'expiration du délai d'un mois, dont parle l'art. 869, la femme continue de suivre sa demande dans les formes ordinaires.

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

68. *On peut juger la demande en séparation sans appointer à faire preuve par témoins, s'il y a d'ailleurs des preuves suffisantes.*
69. *Les aveux du mari ne font pas preuve.*
70. *Les créanciers, instruits par la publicité donnée aux demandes en séparation, peuvent intervenir pour les contester.*
71. *Ils peuvent, sans intervenir, se faire communiquer la demande et les pièces justificatives.*
72. *Le jugement de séparation doit être rendu public. Formalités prescrites pour cette publication.*
73. *Elles doivent être remplies dans la quinzaine qui suit le jugement.*
74. *Faute de quoi le droit de séparation s'éteint, sans pouvoir revivre que par un nouveau jugement.*
75. *L'objet de cette rigueur est de proscrire un abus de l'ancienne législation.*
76. *Le mari peut-il opposer l'inexécution de la séparation dans la quinzaine?*
77. *Quels actes on peut considérer comme commencement d'exécution, et si la simple signification du jugement suffit.*
78. *Si un compromis est un commencement d'exécution.*
79. *L'art. 1444 prescrit l'exécution de la séparation dans la quinzaine. Ce délai n'a point été prorogé par l'art. 872 du Code de procédure.*
80. *Il faut que les poursuites soient commencées le quinzième jour; le seizième serait trop tard.*
81. *Motifs de la Cour de cassation.*
82. *La femme ne peut se prévaloir de la séparation non exécutée, ni opposer aux créanciers qui agissent après l'année, la fin de non-recevoir établie par l'art. 873 du Code de procédure.*
83. *Ce qu'il faut pour rendre à cet article toute sa force.*
84. *Après l'observation des formalités, et l'exécution de la séparation, les créanciers ont encore le délai peremptoire d'un an.*

Chap. II. Du Régime en communauté. 7

85. *Nécessité de fixer un délai péremptoire pour assurer l'état de la femme.*
86. *Après ce délai, les créanciers ne peuvent attaquer ni la séparation, ni la liquidation des droits de la femme, qui forment un tout indivisible pour elle, et sont prononcés par le même jugement.*
87. *Secus, quand la liquidation a été faite par un jugement séparé, ou par acte authentique postérieur au jugement de séparation.*
88. *Explication des expressions en fraude des créanciers, employées en sens divers dans les art. 1447 et 1167 du Code civil.*
89. *Dans quel sens l'art. 1447 emploie le mot fraude.*
90. *Le droit accordé aux créanciers du mari, d'intervenir dans l'instance en séparation, est un privilège contraire au droit commun des autres sociétés.*
91. *Résumé des droits de la femme et des créanciers du mari.*
92. *Terme d'un an fixé pour l'exercice de ces actions, afin d'assurer l'état de la femme.*
93. *Après l'expiration du délai d'un an, les créanciers peuvent-ils exercer l'action révocatoire, fondée sur le dol personnel des époux? Oui, selon l'opinion de deux interprètes. Non, selon l'opinion de l'auteur. Réponse aux objections.*
94. *La fin de non-recevoir du mari s'applique-t-elle à l'action en nullité pour inobservation des formalités?*
95. *De l'effet des séparations. C'est la demande en séparation qui dissout la communauté, et non le jugement.*
96. *Examen de l'opinion de Pothier, qui prétend que la communauté ne peut être dissoute que par le jugement.*
97. *Il sauve les inconséquences de cette opinion, par la doctrine de la rétroactivité, rejetée par le Code.*
98. *Les effets de la séparation commencent du jour de la demande.*
99. *Tout ce que la femme acquiert depuis ce jour lui appartient en propre.*
100. *Examen de la doctrine de M. Pigeau, qui pense que les*

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

effets du jugement de séparation ne remontent au jour de la demande qu'à l'égard des époux, et non à l'égard des tiers.

101. *Conséquence absurde qu'il en tire, relativement à une succession échue à la femme, dans le tems intermédiaire de la demande et de l'entier accomplissement des formalités requises pour la publicité du jugement. Réponse aux objections.*
102. *Des tiers qui n'étaient pas créanciers du mari avant la demande, et qui le sont devenus depuis, en traitant avec lui.*
103. *Le mari, chef légal de la communauté, en conserve l'administration pendant la litispendance, sauf les mesures provisoires de la femme. Quid des ventes de meubles ou d'immeubles qu'il aurait pu faire?*
104. *Des emprunts qu'il aurait faits pendant la litispendance.*
105. *Les intérêts de la dot et des reprises de la femme courent du jour de la demande en séparation.*
106. *Par la séparation, la femme reprend l'administration de ses biens meubles et immeubles.*
107. *Mais la puissance maritale subsiste. Ses effets.*
108. *Après la séparation, le mari est-il tenu de veiller aux collocations des remboursements volontaires ou forcés faits à la femme? Art. 1450 du Code.*
109. *La femme demeurant sous les liens de la puissance maritale, son incapacité subsiste quant aux actes qui excèdent les bornes de l'administration; et quant à sa personne, elle est tenue d'habiter avec son mari. Comment l'y contraindre?*
110. *La femme a le droit d'obliger son mari de la recevoir chez lui. Mais le moyen de l'y contraindre?*
111. *Autrefois, les séparations volontaires étaient valides, quand les époux avaient long-tems vécu séparément.*
112. *Du principe que la puissance maritale subsiste après la séparation de biens, il suit que le mari continue d'être réputé propriétaire de tous les meubles qui sont dans la maison, sauf la preuve contraire.*

Chap. II. Du Régime en communauté. 9

- 113. *Précautions que doit prendre la femme séparée, en recevant un paiement de son mari.*
- 114. *Suite.*
- 115. *Quid de la femme d'un marchand qui s'est fait adjuger toutes les marchandises, pour continuer le commerce?*
- 116. *La femme séparée doit contribuer aux frais du ménage, à l'éducation des enfans. 1448.*
- 117. *Différence entre la séparation de biens contractuelle et la séparation judiciaire.*
- 118. *Comment la communauté, dissoute par la séparation, peut être rétablie.*
- 119. *La communauté rétablie est censée n'avoir pas été dissoute.*
- 120. *Mais c'est seulement à l'égard des conjoints.*
- 121. *La séparation ne donne pas ouverture aux droits de survie.*
- 122. *La femme peut-elle y renoncer, et perd-elle irrévocablement son droit en y renonçant? Distinction importante.*
- 123. *De la dissolution de la communauté par l'absence. Renvoi.*

1. **N**ous avons vu, dans le précédent volume, que, pendant le mariage, il n'existe point entre les époux de communauté proprement dite, c'est-à-dire de société de biens communs, dont ils soient actuellement copropriétaires par indivis; qu'il n'y a qu'une communauté éventuelle, qui ne consiste, à l'égard de la femme, que dans l'espérance seulement que cette communauté existera à la dissolution du mariage : *Mulier non est propriè socia, sed tantum speratur fore*. Ce qu'on appelle très-improprement la dissolution de la communauté, n'est donc point une dissolution, puisqu'on ne dissout point ce qui n'existe pas, ce

qui n'existe qu'en espérance ; c'est plutôt le moment où se réalise cette espérance, où le droit de la femme, qui n'était auparavant qu'éventuel, devient actuel et s'ouvre de plein droit : *Ipsa jure exit in actum et actualement dominii et possessionis communionem*, dit Dumoulin. Il faut donc, pour rendre juste l'expression de dissolution de la communauté, y ajouter l'épithète d'éventuelle, et dire : *De la dissolution de la communauté (éventuelle), et de quelques-unes de ses suites*. Alors, de fausse et impropre qu'elle était, l'expression devient parfaitement juste et propre ; elle rend convenablement l'idée qu'on attache à ce mot, et l'on dira, avec l'art. 1441 : « La communauté (éventuelle) » se dissout, 1°. par la mort naturelle de l'un des » deux époux ; 2°. par la mort civile ; 3°. par le » divorce (aujourd'hui aboli) ; 4°. par la sépara- » tion de corps ; 5°. par la séparation de biens. » 6°. Elle peut encore se dissoudre par l'absence de l'un des deux époux.

2. La mort naturelle donne ouverture au droit de la femme ou de ses héritiers, qui d'éventuel qu'il était, devient actuel de plein droit. Elle devient dès ce moment, elle ou ses héritiers, auxquels elle transmet son droit, si c'est elle qui prédécède, copropriétaire des biens qui composent la communauté, ainsi que nous l'avons vu dans la première section, et elle les possède par indivis.

3. Sous l'empire des coutumes, s'il existait des enfans mineurs à la mort du prédécédé, l'époux survivant était astreint à faire un inventaire des biens de la communauté, faute de quoi il se for-

mait entre lui et ses enfans mineurs une société légale, qu'on appelait *continuation de communauté*. Cette matière, extrêmement épineuse et compliquée, faisait naître une foule de questions difficiles, et donnait lieu à beaucoup de controverses, dont heureusement la sagesse du Code nous a délivrés pour toujours, en supprimant la continuation de communauté.

L'art. 1442 porte : « Le défaut d'inventaire, » après la mort naturelle ou civile de l'un des » époux, ne donne pas lieu à la continuation de » la communauté, sauf les poursuites des parties » intéressées, relativement à la consistance des » biens et effets communs, dont la preuve pourra » être faite tant par titres que par la commune » renommée. »

4. On a remarqué que l'art. 1415 permet aussi à la femme à qui est échue une succession, en partie mobilière et en partie immobilière, dont le mari n'a pas fait rapporter inventaire, de faire preuve de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié, tant par titres « et papiers domestiques, que par *témoins*, et au besoin par la commune renommée. » On en a conclu que la preuve par témoins et la preuve par la commune renommée sont deux genres de preuve différens, et l'on a demandé si, dans le cas de l'art. 1442, qui ne parle point de la preuve par témoins, comme l'art. 1415, les parties intéressées pouvaient néanmoins prouver par témoins la consistance des biens et effets communs dont il n'a point été fait inventaire à la mort de l'un des deux époux.

Il nous paraît que cette demande annonce quelque confusion dans les idées. La preuve par témoins et la preuve par la commune renommée ont cela de commun qu'elles se font l'une et l'autre par des témoins; mais elles diffèrent en ce que la première se fait par une enquête régulière, dans les formes et dans les cas prescrits par le Code civil et par le Code de procédure. Nous en avons parlé au tom. IX.

La seconde n'est admise que dans les cas où le demandeur, réduit par le dol ou par la faute du défendeur à l'impossibilité de prouver régulièrement la consistance, le nombre et la valeur des choses qui lui sont dues, est forcé, pour toute ressource, à faire entendre des personnes qui n'ont qu'une connaissance imparfaite des choses ou des faits.

Dans les enquêtes régulières, le témoin ne doit déclarer que ce qu'il a vu ou entendu : en déclarant l'opinion qu'il a personnellement conçue, il se rendrait suspect de partialité.

Dans l'enquête par la commune renommée, au contraire, le témoin est appelé pour dire, non seulement ce qu'il a vu ou entendu, mais encore son opinion sur la consistance, le nombre et la valeur estimative des choses, soit qu'il ait formé son opinion sur ce qu'il a vu, soit qu'il ne l'ait formée que sur ce qu'il a entendu dire, sur les bruits publics, *rumor viciniae*; en un mot, sur la *commune renommée*. C'est elle qui peut former l'opinion du juge, lequel, presque toujours, défère en ce cas le serment *in litem*, dont nous

avons parlé, tom. X. On voit combien cette preuve est imparfaite, et l'on ne peut raisonnablement douter que, dans tous les cas où la preuve par commune renommée est admise par la loi, la preuve par témoins ne soit admise à plus forte raison.

Car il y a dans l'enquête par commune renommée quelque chose d'exorbitant du droit ordinaire. Cependant ce moyen ne peut être taxé d'injustice, dans les cas où il est admis, puisqu'il est rendu nécessaire par la faute de celui qui, en omettant volontairement de faire inventaire des biens confiés à sa garde, s'est ménagé la faculté d'abuser de tout. C'est donc une voie extraordinaire que la loi permet d'employer contre tout tuteur qui néglige de constater, par un inventaire régulier, comme la loi le lui ordonne, la consistance et la valeur des biens de son pupille.

5. Il ne faut pas conclure de la première disposition de l'art. 1442, que le survivant des conjoints ne peut jamais se dispenser de faire inventaire, sans être exposé aux poursuites des parties intéressées, c'est-à-dire des héritiers du prédécédé, tendant à faire constater la consistance des biens et effets communs, même par la commune renommée. Cette disposition n'est faite que pour les cas où le défaut d'inventaire donnait autrefois lieu à la continuation de communauté, continuation que le Code a voulu abolir; c'est-à-dire pour les cas où il existe, à l'époque de la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, des enfans mineurs. Il ne faut donc pas appliquer cette disposition au cas

où il n'existe, à cette même époque, que des enfans majeurs, dont, par conséquent, le survivant n'est pas tuteur, et qui sont en état de veiller à leurs droits, et d'agir par eux-mêmes. Il est certain qu'alors le père survivant n'est pas astreint à faire inventaire, si les enfans majeurs ne le requièrent pas. Nous verrons, dans la section suivante, si et comment la mère survivante y est tenue.

Mais s'il existe des enfans mineurs à l'époque de la mort naturelle de l'un des époux, le survivant est rigoureusement astreint à faire inventaire, et s'il y manque, la première des dispositions de l'art. 1442 permet, pour y suppléer, et pour constater, autant que possible, la consistance et la valeur des biens qui composaient la communauté, de recevoir non seulement la preuve testimoniale ordinaire, mais l'enquête par la commune renommée.

6. La seconde disposition ajoute : « S'il y a des » enfans mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre » en outre à l'époux survivant la jouissance de » leurs revenus. »

L'art. 384 accorde au survivant des père et mère la jouissance des biens de leurs enfans, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant cet âge. La seconde disposition de l'art. 1442 met à cette concession une condition expresse : c'est qu'il fera rapporter un inventaire; faute d'avoir rempli cette condition potestative, il est déchu de plein droit de cette faveur. Il n'est pas nécessaire d'obtenir

contre lui un jugement de déchéance : l'art. 1442 dit positivement que le défaut d'inventaire *fait perdre* à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses enfans mineurs ; expressions qui annoncent clairement que la déchéance est encourue de plein droit. La loi ne lui donnait cette jouissance que conditionnellement. Il n'a pas rempli la condition ; la même loi l'en déclare déchu, et lui retire la concession ou la faveur qu'elle lui promettait. Il en résulte qu'à défaut d'inventaire, le survivant des époux n'a jamais eu l'usufruit paternel, et qu'il doit rendre compte de la même manière que tout autre tuteur, en employant, dans le chapitre de la charge, non seulement le capital de tous les revenus, mais encore les intérêts de ces revenus, depuis l'époque de l'échéance de chacun d'eux, faute de les avoir placés. (Articles 455 ; 456). Ce qui fait voir que la peine de déchéance à défaut d'inventaire peut devenir ruineuse pour le survivant des époux, qui se trouve exposé au compte par échelle, dont nous avons parlé, tom. II, n°. 1262, et dans lequel on joint les intérêts de chaque année au capital de la précédente, pour leur faire produire de nouveaux intérêts.

7. L'art. 1442 fait perdre à l'époux survivant, à défaut d'inventaire, s'il y a des enfans mineurs, *la jouissance de leurs revenus* ; il n'en excepte aucuns. Ce n'est donc pas seulement de la jouissance des biens compris dans la portion qui leur revient dans la communauté, que le survivant est privé faute d'inventaire, mais généralement de la jouis-

sance de tous leurs biens, et par conséquent de la jouissance de tous leurs autres biens, tels que ceux qui leur sont échus du chef de leur mère, et qui n'entraient point en communauté; tels encore que les autres biens qu'ils pouvaient posséder du vivant de leurs père et mère; par exemple, des biens qui leur avaient été donnés. Cela est sans difficulté.

8. Mais le défaut d'inventaire des biens de la communauté priverait-il également le survivant de la jouissance des biens qui surviendraient depuis à ses enfans mineurs? Par exemple, le père, après la mort de son épouse, néglige de faire inventaire de sa communauté; il perd sans difficulté la jouissance de tous les biens que possédaient alors ses enfans, de quelque source qu'ils leur soient advenus. Mais, un an après, il échoit une succession à ses enfans mineurs : le père sera-t-il privé de la jouissance des biens qui la composent? Oui, selon M. Proudhon (1). Il ne peut, faute d'avoir rapporté inventaire à la mort de sa femme, ni conserver l'usufruit légal sur les biens acquis à ses enfans au moment de la mort de leur mère, ni l'acquérir sur les biens qui leur sont survenus depuis; parce que l'art. 1442 dit en général, et sans exception, qu'il perd la jouissance *de leurs revenus*, ce qui comprend tout.

Sans doute, cette expression générale comprend les revenus de tous les biens que les enfans pos-

(1) Traité de l'usufruit, tom. I, pag. 221.

sèdent présentement, puisqu'elle n'en excepte aucun ; mais comprend-elle les revenus de leurs biens à venir ? L'article ne le dit pas , et ses expressions repoussent une pareille interprétation. Il parle des biens de la communauté que le survivant a omis d'inventorier ; et à défaut de l'inventaire qu'il devait faire pour en constater la consistance et la valeur, l'article admet, pour y suppléer, la preuve exorbitante de la commune renommée. C'est la première rigueur employée contre le survivant. Il ajoute qu'en outre le survivant *perd* la jouissance des revenus de ses enfans. C'est donc des revenus des biens présents qu'il parle ; car le survivant ne peut perdre les revenus des biens qui n'existent pas encore. Ainsi, malgré la juste déférence que méritent les opinions d'un si savant auteur, nous ne pouvons admettre son interprétation, ni l'étendue qu'il donne aux expressions de l'art. 1442 ; et nous croyons que, quoique le survivant des père et mère n'ait pas fait un inventaire de la communauté, s'il échoit par la suite à ses enfans une succession dont il ait fait inventaire, il doit avoir l'usufruit ou la jouissance des biens qui la composent.

9. *Quid*, s'il n'en a point fait inventaire ? Ce cas est bien différent. Nous avons dit, tom. II, n°. 1063, qu'il semblait qu'on dût étendre à ce cas la déchéance de l'usufruit prononcée par l'art. 1442 ; mais nous avons ajouté en note que, quoiqu'il y eût même raison de le décider ainsi, dans l'un et dans l'autre cas, on en pouvait douter, parce que ce serait étendre une peine d'un cas à un autre.

En réfléchissant de nouveau à cette question, nous persistons dans notre première opinion (1). La déchéance de l'usufruit légal, faute d'inventaire, n'est point une peine proprement dite ; ce n'est que la privation d'une faveur accordée par la loi au survivant, qui s'est d'ailleurs conformé à la loi, et qu'il répugne d'accorder à celui qui a violé ses préceptes, en omettant de faire rapporter un inventaire nécessaire pour constater légalement la consistance et la valeur d'une succession, et dont l'omission, au moins suspecte de fraude, le met à même d'abuser de tout. Nous pensons donc définitivement qu'un jugement qui refuserait en ce cas d'accorder au survivant l'usufruit légal d'une succession échue à ses enfans, dont il aurait omis de faire inventaire, serait vainement déféré à la censure de la Cour suprême. L'équité frappante d'un pareil jugement, l'analogie parfaite entre ce cas et celui de l'art. 1442, l'en mettraient à l'abri.

10. Mais la disposition de l'art. 1442, qui fait perdre au survivant des conjoints, à défaut d'inventaire, l'usufruit des biens de ses enfans mineurs, doit-il être étendu aux conjoints mariés sous le régime dotal ?

M. Proudhon soutient la négative, parce que ce texte n'a pour objet que les biens de la communauté. C'est, suivant lui, une loi pénale et d'ex-

(1) M. Proudhon ne partage pas cette opinion. *Voy. ubi supra*, pag. 211, où il s'était de l'opinion de Chabrol.

ception, qu'on ne doit point appliquer hors le cas pour lequel elle a statué.

Pourquoi, dit-il, la perte de l'usufruit, à défaut d'inventaire, est-elle également prononcée contre les deux époux? C'est que leur condition est la même, quand le mariage est contracté sous le régime de la communauté; « car, quel que soit » alors le survivant des deux, *il peut également » abuser des effets de la communauté qu'il a sous » la main.* Il n'en est pas de même, ajoute-t-il, » sous le régime dotal, dans lequel, si c'est la » mère qui vient à mourir en premier ordre, les » enfans n'ayant rien de son chef dans les effets » mobiliers du ménage, ils ne succèdent qu'à ses » reprises dotales, dont les actions sont le plus » souvent fixées par le contrat de mariage. Il n'y » avait pas la même nécessité de faire inventaire, » *pour mettre obstacle aux soustractions;* et, par » conséquent, on ne doit pas étendre au cas du » régime dotal la disposition pénale, qu'on ne » trouve portée que pour le cas de la commu- » nauté. »

Ainsi M. Proudhon reconnaît que c'est pour mettre obstacle aux soustractions, et pour les prévenir, que le Code ordonne à l'époux survivant, tuteur légal de ses enfans, de faire inventaire, sous peine de perdre l'usufruit de leurs biens, et nous ne croyons pas qu'on en puisse douter. Cette mesure est même plus nécessaire que dans le cas des tutelles ordinaires, pour garantir les intérêts des mineurs, puisqu'à la mort du prédécédé, leurs meubles et effets se trouvent confondus avec ceux

du survivant dans la maison commune. Dans cet état de confusion, rien de plus facile que les soustractions. Il peut même arriver qu'il en soit fait d'involontaires et sans dessein. Dans le cas des tutelles ordinaires, au contraire, les meubles et effets des mineurs se trouvent, à la mort de leur père ou de leur mère, entièrement séparés de ceux du tuteur. Ils ne sont pas dans sa maison ; il ne les a pas sous sa main ; ils ne lui sont remis qu'en faisant un inventaire précédé du scellé. Il lui est donc beaucoup moins facile de commettre des soustractions, et s'il en commet, il encourt la peine d'une destitution infamante et des dommages-intérêts. S'il s'était emparé des meubles sans inventaire, la voie de la preuve par commune renommée est ouverte contre lui, pour en constater la consistance et la valeur.

Mais, dans le cas de tutelle légale des pères et mères, qui ont tant de facilité pour commettre des soustractions, la loi a voulu de plus que le défaut d'inventaire leur fit perdre l'usufruit des biens de leurs enfans, afin de les détourner de la tentation d'abuser des biens *qu'ils ont sous la main*. Tel est le véritable but de la déchéance prononcée contre eux.

Aussi avons-nous vu que la raison pour laquelle M. Proudhon pense que cette déchéance ne doit pas être appliquée au cas où le mariage a été contracté sous le régime dotal, c'est que le survivant n'a point alors une égale facilité d'abuser des biens qu'il a sous la main. Et comment le prouve-t-il ? C'est, dit-il, que si c'est la mère qui précède,

les enfans *n'ayant rien de son chef dans les effets mobiliers du ménage*, et ne succédant qu'à ses reprises dotales, dont les actions *sont le plus souvent entièrement fixées* par le contrat de mariage, il n'y a pas la même nécessité de faire inventaire, pour mettre obstacle aux soustractions.

M. Proudhon n'a pas fait attention que, si la mère prédécède, les enfans, outre ses reprises dotales fixées par le contrat de mariage, succèdent à tous les biens paraphernaux qu'elle a apportés dans la maison de son mari. Ils se trouvent confondus avec les meubles de ce dernier. Il y a donc égale facilité d'en abuser, parce qu'ils sont sous sa main, comme dans le cas de dissolution de la communauté. Si l'auteur n'entend parler que du cas particulier où la femme n'a point de biens paraphernaux, et n'a d'autres biens que ses reprises dotales fixées par son contrat de mariage, ce qui peut arriver, c'est un cas particulier, dont on ne peut argumenter pour établir une règle générale.

D'ailleurs, l'auteur n'a considéré que le cas où c'est la femme qui prédécède. Mais si c'est le mari, il est évident alors que tous les meubles et effets de ce dernier se trouvent sous la main de la femme, dans la maison qu'elle habitait avec son mari, et confondus avec ses biens paraphernaux, si elle en a.

Il faut donc convenir que, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, soit sous le régime dotal, soit sous celui de la communauté, il y a identité de raison pour obliger le survivant des

époux à faire inventaire, et pour le détourner de la tentation d'abuser des biens qu'il a sous la main, par la perspective de la perte de l'usufruit légal des biens de ses enfans.

Mais, dit M. Proudhon, le texte de l'art. 1442 prononce la perte de l'usufruit contre le survivant des époux, à défaut d'inventaire, dans le cas de la dissolution de la communauté : il ne faut donc pas en faire l'application au cas de la dissolution du mariage contracté sous le régime dotal, parce qu'on ne doit pas appliquer une loi pénale et d'exception, hors le cas pour lequel elle a statué.

Il est très-vrai que c'est dans le cas de dissolution d'un mariage contracté sous le régime de la communauté, que l'art. 1442 prononce contre le survivant, à défaut d'inventaire, la déchéance de l'usufruit des biens de ses enfans mineurs ; mais s'ensuit-il, pour cela, que l'on ne doive pas la prononcer contre le survivant marié sous le régime dotal ? Non, certes, puisqu'il y a les mêmes raisons de la prononcer.

Mais, dit-on, c'est une disposition pénale et d'exception, qu'on ne doit pas appliquer hors le cas précis pour lequel elle a statué.

Non, ce n'est point une peine ; c'est une condition potestative, à l'exécution de laquelle le Code a subordonné le droit d'usufruit des biens des enfans du survivant. La loi lui a dit : Si vous faites inventaire, comme c'est votre devoir, vous aurez cet usufruit ; si vous y manquez, vous n'aurez point cet usufruit ; votre sort est entre vos mains.

La perte de l'usufruit n'est donc point une peine; c'est une condition.

Mais c'est une disposition d'exception.

Non encore. Le Code traite, dans le tit. 5 du liv. 3, du contrat de mariage et *des droits respectifs des époux*. Il range et examine ces droits sous deux régimes : le régime de la communauté, qui forme le droit commun, et le régime dotal, qui forme l'exception.

Il y a des dispositions particulières à chacun de ces régimes; mais il y en a aussi qui leur sont communes, et, à défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies au chapitre qui traite de ce régime forment *le droit commun* (art. 1393), et sont, par conséquent, applicables à l'autre régime, sur-tout lorsqu'il s'agit de règles établies sur des points dont il n'a point parlé, et qu'elles n'ont rien de contraire aux règles qui lui sont particulières.

Or, une des règles établies dans le chapitre de la communauté est celle qui subordonne le droit du survivant à l'usufruit légal des biens de ses enfans mineurs, à la condition potestative de faire inventaire, et qui lui fait perdre ce droit, s'il ne l'accomplit pas. Le chapitre du régime dotal ne parle point de cette règle; mais il ne contient pas de disposition spéciale contraire, et les motifs sages qui l'ont fait établir existent sous ce régime, comme sous celui de la communauté. Nous sommes donc autorisé à conclure qu'elle y est également applicable, et qu'elle forme le droit com-

mun. La seule analogie suffisait pour le décider ainsi.

11. Au reste, la déchéance de l'usufruit à défaut d'inventaire, prononcée par l'art. 1442, ne doit s'entendre que de l'usufruit légal, et non de celui qui appartiendrait à un autre titre au survivant; comme si les époux s'étaient donné, réciproquement ou non, par contrat de mariage, s'ils s'étaient légué l'un à l'autre l'usufruit de leurs biens. Cet usufruit n'étant point un bienfait de la loi, elle ne peut le soumettre à des conditions que les donateurs n'ont point imposées aux donataires. Cet usufruit est celui des biens des époux donateurs; l'usufruit légal n'est que celui des biens des enfans.

12. Le Code, avec raison, attache une telle importance à ce que la consistance et la valeur de la communauté, lorsqu'il y a des enfans mineurs, soient constatées par un inventaire en règle, que, comme s'il avait craint que la voie extraordinaire de la commune renommée, qu'il admet pour y suppléer, et la déchéance de l'usufruit légal, ne fussent pas des moyens suffisans pour prévenir l'omission de cette importante formalité, l'article 1442 autorise le subrogé tuteur à stimuler et à contraindre le survivant à la remplir; et s'il manque à cette obligation, l'article veut qu'il soit « *solidairement tenu* avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. »

Le subrogé tuteur n'est donc pas seulement caution du survivant des époux; la loi le déclare soli-

dairement tenu de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs : il ne peut donc pas invoquer le bénéfice de discussion que la loi accorde aux cautions (2021).

Mais l'art. 1213 porte que l'obligation contractée solidairement envers les créanciers, se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour *sa part et portion*. Supposons donc que le subrogé tuteur, obligé à toutes les condamnations prononcées au profit des mineurs, et par conséquent à tous les frais, ait été contraint de payer ces condamnations en entier : quelle sera la part qu'il pourra réclamer vers le survivant des père et mère qui a négligé de faire inventaire ? Ce seront, sans doute, toutes les condamnations principales, dont le fonds a tourné au profit du survivant. Mais quant au frais de procédure et autres qui ont été faits pour parvenir à le faire condamner, on ne voit pas quel serait le titre du subrogé tuteur pour les réclamer du tuteur. Ces frais ont été occasionnés par une faute commune. Si le survivant des père et mère était tenu de faire inventaire, le subrogé tuteur était tenu de l'y contraindre.

13. L'art. 1442 ayant mis pour condition à la conservation du droit de jouissance du survivant, la confection d'un inventaire des biens, on ne peut douter qu'il n'entende parler d'un inventaire régulièrement fait. L'art. 794 du Code civil, auquel nous verrons bientôt qu'il faut recourir, veut qu'il soit fidèle et exact, dans les formes réglées par les lois sur la procédure ; et comme cet in-

ventaire intéresse des mineurs, il faut nécessairement qu'il soit fait avec un légitime contradicteur, c'est-à-dire avec le subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille pour veiller aux intérêts des mineurs, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (420), et spécialement pour assister à l'inventaire, qui doit être fait en sa présence (451).

Ferrière, sur l'art. 240 de la Coutume de Paris (1), dit que sa présence ne serait pas suppléée par celle d'un fondé de procuration spéciale, comme il a été jugé, dit-il, par arrêt rendu en la troisième chambre des enquêtes, contre une dame de Rostaing, veuve Sourdis, femme en secondes noces d'un sieur de Montagnac, au profit du fils aîné du premier lit, par lequel, nonobstant l'inventaire fait en présence d'un procureur fondé de procuration spéciale du subrogé tuteur, la communauté fut déclarée continuée.

Mais il paraît que cet arrêt, rapporté par Auzanet, qui n'en donne pas la date, était un arrêt de circonstances. Il fut rendu, dit Ferrière, « sur » la représentation d'une missive par laquelle la- » dite dame priait celui qu'on voulait mettre pour » subrogé tuteur, de ne pas faire difficulté d'ac- » cepter ; qu'elle l'indemniserait de tout ce qui » pourrait être prétendu contre lui. » Il paraît donc que cette lettre, jointe aux autres circonstances, que nous ne connaissons pas, fit soupçonner l'in-

(1) *Glos.* 2, n°. 14, tom. III, col. 555.

ventaire d'être frauduleux, et que c'est pour cela qu'il fut écarté. On ne jugea pas, en point de droit, que le subrogé tuteur ne peut être représenté par un mandataire fondé de procuration spéciale. D'ailleurs, quel poids peut avoir un arrêt rendu sous l'ancienne législation, et dont on ignore jusqu'à la date? Aussi Pothier, n°. 797, dit que le subrogé tuteur peut assister à l'inventaire par lui-même, ou par un fondé de procuration spéciale. On peut voir aussi le Nouveau Denisart, v°. CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ, pag. 417, n°. 16.

Cependant, M. Proudhon (1) suit l'opinion de Ferrière, et ne pense pas que le subrogé tuteur puisse se faire représenter lui-même à l'inventaire, par un fondé de pouvoirs, soit parce que ses fonctions ne sont pas de nature à être sous-déleguées sans nécessité, soit parce que l'art. 451 paraît exiger sa présence personnelle à cet acte, qui est de la plus haute importance pour les intérêts des mineurs.

Quelque déférence que nous ayons pour les opinions de ce savant auteur, nous ne saurions partager celle-ci, et nous ne pouvons voir pourquoi les fonctions du subrogé tuteur à l'inventaire ne sont pas de nature à être déléguées à un mandataire spécial. Il est peu de fonctions aussi faciles à remplir que celle d'assister à un inventaire. Le devoir du subrogé tuteur se réduit à veiller à ce que

(1) Traité de l'usufruit, tom. I, pag. 214.

tout s'y passe en règle, et à ce qu'il ne s'y commette point d'infidélité. Aussi, rien n'est plus fréquent que les procurations spéciales pour représenter un subrogé tuteur aux inventaires des mineurs, et nous ne voyons pas que cet usage soit regardé comme abusif, ni qu'on s'en soit jamais plaint. Bien plus : le tuteur lui-même peut se faire représenter à l'inventaire de ses mineurs par un mandataire spécial, sous sa responsabilité personnelle.

Ainsi, si l'art. 451 porte que l'inventaire sera fait *en présence du subrogé tuteur*, c'est comme s'il eût dit *de son mandataire spécial*; ce qui est toujours sous-entendu, à moins que la loi n'ait spécialement ordonné de se présenter en personne. On ne pourrait donc pas faire perdre au survivant la jouissance des revenus de ses enfans mineurs, sous le prétexte que l'inventaire n'a été fait qu'en présence d'un mandataire spécial du subrogé tuteur. Mais nulle autre personne qu'un mandataire spécial ne pourrait suppléer la présence du subrogé tuteur à l'inventaire, quand même il serait fait avec les plus proches parens du mineur, avec leur aïeul même du côté du conjoint prédécédé. Il ne serait pas légal, et ne pourrait conserver au survivant la jouissance des revenus de ses enfans mineurs, contre la disposition de l'art. 1442.

Quelque grande que soit la présomption que les liens du sang forment de l'attachement de cet aïeul aux intérêts de ses petits-enfans mineurs, et du soin qu'il a apporté à l'inventaire, il suffit qu'il n'ait pas été nommé subrogé tuteur par le conseil de famille, pour qu'il ne soit pas le légitime con-

tradicteur, en présence duquel l'art. 451 veut que l'inventaire soit fait, et qu'en conséquence l'inventaire fait en sa présence seule ne soit pas valable, et ne puisse conserver au survivant la jouissance des revenus de ses enfans mineurs; car les formalités que les lois prescrivent doivent être observées littéralement, et elles ne peuvent l'être par équipollence (1).

Par la même raison, l'officier chargé du ministère public, le juge de paix, ou tout autre officier public, ne peut suppléer à l'inventaire le subrogé tuteur, en présence duquel le Code veut qu'il soit fait.

14. Quant à la forme de l'inventaire, il doit être fait devant notaires. Il y avait, avant le Code, un règlement pour Paris, du 6 avril 1633 (2), qui ordonnait qu'il serait fait devant notaires, et écrit de la main du notaire ou de son clerc, et non de celle de l'une des parties. Ferrière en cite un second, du 12 février 1682, rapporté dans le Journal du palais, qui jugea qu'un inventaire doit être signé par deux notaires, sous peine de nullité. Si nous n'avons pas de texte spécial pour le cas de l'art. 1442, plusieurs articles du Code civil supposent nécessairement que les inventaires qui intéressent des mineurs doivent être faits devant notaires. L'art. 451, relatif aux inventaires après dé-

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 797, tom. I. Il applique ce principe à la question de savoir si un inventaire illégal peut empêcher la continuation de communauté.

(2) Pothier, *ubi supra*, n°. 794.

cès, que doivent faire les tuteurs, porte qu'ils seront tenus de déclarer, à peine de déchéance, s'il leur est dû quelque chose par les mineurs, et ce, *sur la réquisition que l'officier public sera tenu de leur en faire*, et dont mention sera faite au procès-verbal.

L'art. 1456 porte que, lorsque c'est la femme survivante qui fait inventaire, elle doit l'affirmer sincère et véritable devant *l'officier public qui l'a reçu*. Ce qui ne peut s'entendre que des notaires, dans les attributions desquels nos lois ont placé la confection des inventaires (1).

Il n'est donc pas douteux que l'inventaire ne doive être fait devant notaires. Il doit, au surplus, dit fort bien Pothier, être revêtu de toutes les formes requises pour les actes devant notaires. Renusson, ajoute-t-il, rapporte un arrêt qui a déclaré un inventaire nul, et la communauté continuée, parce qu'il n'était signé que d'un notaire et des parties (2).

Cet arrêt est remarquable, en ce qu'il est rendu sous l'ancienne législation, qui ordonnait bien, comme la nouvelle, que les actes fussent reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, mais qui n'avait point aussi expressément prononcé la nullité des actes (3) où cette

(1) Art. 6 du décret du 6 mars, sanctionné le 27 du même mois 1791, sur l'ordre judiciaire, implicitement conservé par l'art. 943 du Code de procédure.

(2) Renusson, *Traité de la communauté*, 3^e. part., chap. 2, n^{os}. 10 et suivans.

(3) La peine de nullité, prononcée par l'art. 65 de l'ordonnance de

importante disposition n'avait point été observée.

Au reste, il a été rendu deux arrêts, l'un par la Cour de Rennes, le 24 juin 1824, l'autre par la Cour royale de Toulouse, le 28 novembre 1825, sur l'importante question de la nécessité de la présence du second notaire, ou des témoins instrumentaires, à tous les actes reçus par un notaire. Nous renvoyons la discussion et l'examen de ces deux arrêts, rendus en sens contraire, à une note que sa longueur et son importance nous forcent de rejeter à la fin de ce volume. Nous nous bornerons à dire, quant à présent, que l'examen que nous avons fait de ces arrêts nous a convaincu et persuadé de plus en plus que les actes notariés sont nuls, quand le notaire second, ou les témoins instrumentaires qui le remplacent, n'ont pas été présens à leur rédaction, et que, par conséquent, un inventaire infecté de ce vice ne conserverait point au survivant la jouissance des revenus de ses enfans mineurs.

Nous pensons néanmoins qu'un inventaire nul par défaut de formes, et même un inventaire sous seings privés fait par le survivant en présence du subrogé tuteur, ou d'un proche parent des mineurs, pourrait empêcher, à la fin de la tutelle, d'avoir recours à la preuve si imparfaite et si pé-

Blois, semble en effet ne tomber que sur la mention des signatures, dont les notaires « feront mention, tant en la minute que grosse qu'ils » délivreront, à peine de nullité, » dit l'article.

rilieuse de la commune renommée, à moins ; toutefois, que l'on n'articulât des omissions ou des infidélités telles que, pour les prouver, il fût nécessaire de recourir à cette voie extraordinaire. Car la déchéance de l'usufruit ou jouissance des revenus des enfans mineurs est encourue de plein droit, faute d'avoir rempli la condition potestative exigée par la loi ; au lieu que la preuve par commune renommée, pour constater la consistance et la valeur des biens, est une voie périlleuse, à laquelle on ne doit recourir que faute d'autres documens.

15. L'inventaire, quoique d'ailleurs régulier, qui contiendrait des omissions ou des infidélités, par exemple, s'il avait existé des meubles dans des lieux où l'inventaire n'eût pas été fait, ne conserverait point également au survivant l'usufruit des biens de ses enfans ; car il est égal de ne point remplir les formes que prescrit la loi, ou de ne les remplir qu'imparfaitement ou abusivement.

Mais Pothier (1) dit qu'on ne doit pas facilement présumer que les omissions des choses non comprises dans l'inventaire aient été malicieuses, et que, lorsque la fraude n'est pas constante, on ne peut demander autre chose, sinon que les objets omis soient ajoutés à l'inventaire.

Sans doute si, après avoir omis ou même détourné des effets, le survivant les représentait pour les faire ajouter à l'inventaire, de concert avec le

(1) *Traité de la communauté*, nos. 688 et 793.

subrogé tuteur, il n'y aurait pas lieu à la peine du recélé, si le délai pour faire inventaire n'était pas encore écoulé. Mais si le survivant avait laissé passer ce délai sans faire réparer l'omission, ou sans représenter les effets omis, ce serait à lui de prouver son excuse. Car enfin, l'omission est une faute, au moins apparente : c'est à lui de prouver qu'elle ne l'est pas en réalité. S'il attendait le tems de la reddition de son compte, il serait trop tard pour s'excuser des omissions qu'il reconnaîtrait avoir été faites dans l'inventaire ; et comme il aurait encouru la déchéance de la jouissance des revenus de ses enfans, il serait néanmoins obligé de les ajouter à son compte.

Cependant, si son excuse était telle qu'il en résultât que l'omission n'était point malicieuse dans son principe, et qu'il l'a connue trop tard pour ajouter les choses omises à l'inventaire, cette excuse devrait être reçue.

Il en serait de même si le subrogé tuteur, ayant découvert des omissions, et pour mettre sa responsabilité à l'abri, agissait contre le survivant, comme il en a incontestablement le droit, pour l'obliger à représenter les effets omis, et le faire déclarer déchu de son droit de jouissance. Le succès de l'action dépendrait de l'excuse qu'alléguerait le survivant pour sa défense.

16. L'art. 1442 n'a point fixé de délai particulier au survivant pour faire l'inventaire, à défaut duquel il est déchu de la jouissance des revenus de ses enfans. Cette fixation aurait été surabondante. Le survivant est leur tuteur naturel et légal :

il doit donc, en cette qualité, se conformer à la disposition de l'art. 451, et faire procéder à l'inventaire dans les dix jours, à compter de la nomination du subrogé tuteur, et en sa présence.

Mais il ne suffit pas de commencer l'inventaire dans ce délai; ce n'est qu'à la perfection de cette mesure conservatrice que la loi subordonne le droit de jouissance. Il doit donc continuer l'inventaire jusqu'à ce qu'il soit entièrement clos et terminé.

Dans quel délai cette clôture doit-elle être faite? L'art. 1442 garde le silence sur ce point, et s'en rapporte, par conséquent, au délai de trois mois accordé par le Code à l'héritier bénéficiaire et à la veuve, pour faire inventaire, afin de s'assurer s'il est prudent d'accepter la succession ou la communauté.

Pour peu qu'on réfléchisse un instant à la situation où se trouve le survivant des père et mère à la mort du prédécédé, on demeure convaincu que c'est dans les trois mois que doit être fait l'inventaire, indépendamment de la conservation de son droit de jouissance.

Supposons que ce soit la mère qui prédécède: le père survivant ne peut accepter la succession de la mère dans le nom de ses enfans, que sous bénéfice d'inventaire (461), et pour cela, il est tenu de faire *un inventaire fidèle et exact des biens, dans les formes réglées par les lois*, et dans le délai de trois mois (794—795). Cet inventaire, fait dans l'intérêt des enfans, comme héritiers bénéficiaires, est nécessairement commun entre eux et leur père,

pour la conservation des droits de ce dernier : il faut donc qu'il soit fait dans les trois mois.

Supposons, au contraire, que ce soit le père qui prédécède : la mère survivante, comme tutrice de ses enfans, et pouvant également accepter pour eux la succession du père, est aussi obligée, dans leur intérêt, de faire inventaire dans les trois mois. Mais, de plus, elle y est encore obligée dans son propre intérêt, si elle veut conserver la faculté de renoncer à la communauté. (Art. 1456).

Il nous paraît donc certain que le survivant, soit le père, soit la mère, s'il ne veut pas perdre la jouissance des revenus de ses enfans, est obligé de faire faire inventaire dans les trois mois, sauf à s'adresser à la justice pour demander une prorogation de délai, dans le cas où, par des obstacles involontaires, il n'aurait pas terminé l'inventaire dans les trois mois.

Mais il faut qu'il obtienne cette prorogation de la justice, qui doit en proportionner le délai aux circonstances. Ce n'est que par ce moyen qu'il pourrait mettre son droit à couvert ; car la nécessité d'une prorogation ne peut dépendre de son opinion. Il ne peut être juge dans sa propre cause : il doit soumettre à la justice les motifs de sa demande en prorogation, et la faire prononcer sur leur mérite.

17. Le survivant qui a perdu l'usufruit des biens de ses enfans, faute d'avoir fait inventaire dans les trois mois, peut-il le recouvrer pour l'avenir, par un inventaire tardif, après un délai plus ou moins long, un an, deux ans, trois ans, par exemple ?

Sous nos coutumes, où le défaut d'inventaire donnait lieu à la continuation de communauté, le survivant pouvait toujours arrêter, pour l'avenir, le cours de cette continuation, par un inventaire tardif (1). La communauté n'était alors censée dissoute que du jour de l'inventaire, si mieux n'aimaient les enfans l'arrêter du jour de la mort du prédécédé. Dans notre Bretagne (2), à la différence des autres provinces, on tenait même pour maxime qu'un inventaire infidèle empêchait ou arrêtaient la continuation de la communauté : ce qui était fondé sur ce que la société se dissout par la mort; que par conséquent elle ne peut être continuée, lorsque le survivant a manifesté la volonté précise de la rompre par une disposition authentique de l'inventaire : *Nemo tenetur invitatus remanere in societate*.

Il est évident que ces principes sont sans application sous l'empire du Code, qui rejette la continuation de la communauté; mais il impose au survivant l'obligation d'en faire l'inventaire, et il subordonne l'usufruit des biens de ses enfans mineurs, que lui accorde l'art. 384, à la condition expresse qu'il remplira cette obligation; faute de quoi, l'art. 1442 lui fait perdre de plein droit cet usufruit. Or, pour qu'une condition soit accomplie, il faut qu'elle le soit dans le tems fixé pour son accomplissement, faute de quoi elle est censée défaillic. (Art. 1176).

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 796.

(2) *Principes du droit* de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 287.

Or, nous venons de prouver qu'il résulte des différentes dispositions du Code, rapprochées de l'art. 1442, que c'est dans les trois mois que le survivant doit faire l'inventaire, lorsqu'il n'a pas obtenu de la justice une prorogation de délai. C'est aussi ce qu'enseigne M. Proudhon (1), et il en conclut, avec raison (2), que lorsque le survivant a laissé passer les trois mois, sans satisfaire au devoir que la loi lui impose, il a irrévocablement encouru la déchéance de son usufruit pour le passé.

Mais il demande s'il peut le recouvrer, en faisant inventaire, après un délai plus ou moins long, par exemple, de deux ou de trois ans; et il établit cette distinction : ou bien, au tems de l'inventaire tardif, la communauté n'a pas encore éprouvé d'altérations assez notables pour empêcher qu'elle ne soit exactement constatée par les documens ordinaires, ou bien elle a subi des changemens tels qu'il ne serait pas possible de s'assurer de l'exactitude de l'inventaire, autrement qu'en recourant au moyen de l'enquête.

« Dans le premier cas, dit-il, c'est-à-dire lorsque les effets de la communauté existent encore en nature, ou qu'il n'y en a que peu de distraits, sans qu'on aperçoive de soustractions frauduleuses, l'inventaire pouvant encore être fait avec exactitude, en y comprenant la valeur des objets distraits et déclarés de bonne foi, doit avoir son effet, dans le futur, en faveur du survivant

(1) *Traité de l'usufruit*, tom. I, pag. 222, n°. 170.

(2) *Ibid.*, pag. 226, n°. 175.

» des époux, parce qu'il peut dire qu'ayant enfin
 » satisfait à l'obligation qui lui était imposée, il
 » n'y a plus de raison de lui refuser, pour l'ave-
 » nir, les droits attachés à l'accomplissement de
 » cette condition.

» Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'à l'é-
 » poque où l'on a voulu procéder à un inventaire,
 » les élémens de la communauté n'étaient plus as-
 » sez présens pour en faire la reconnaissance, sans
 » *s'en rapporter à l'arbitraire du déclarant, ou*
 » *sans se livrer à des souvenirs vagues et incer-*
 » *tains*, en sorte que, pour en rechercher toute
 » la consistance, le moyen de l'enquête par com-
 » mune renommée fût jugé nécessaire, la condi-
 » tion imposée au survivant des père et mère de-
 » vrait être considérée comme absolument défail-
 » lante, et son droit d'usufruit comme entière-
 » ment périmé; car l'inventaire n'étant exigé que
 » pour éviter l'embarras d'une enquête sur le re-
 » dressement des soustractions et omissions pos-
 » sibles, il y aurait de la contradiction à lui ac-
 » corder son entier effet, comme condition im-
 » posée à l'usufruitier, lorsqu'il faut encore re-
 » courir aux moyens ruineux et incertains qu'on
 » devait prévenir en le faisant en tems utile. »

Il nous est impossible d'admettre cette doctrine et cette distinction. L'inventaire n'est point exigé *pour éviter l'embarras d'une enquête sur le redressement des soustractions et omissions possibles*, mais pour les prévenir, en constatant le nombre, l'état et la valeur des effets qui composent la communauté à la mort du prédécédé. C'est

pourquoi la loi veut que le scellé soit mis sur tous les effets, en attendant que l'on fasse l'inventaire, et qu'il soit remis à la fin de chaque séance, après avoir été levé au commencement; qu'elle exige qu'il soit fait avec un légitime contradicteur, par-devant un notaire assisté d'un second, ou de deux témoins instrumentaires; que la description et l'estimation de tous les objets soient faites par un commissaire-priseur, etc. (Art. 945 du Code de procédure civile).

Or, oserait-on bien prétendre que deux ou trois ans après la mort du prédécédé, on puisse encore remplir toutes ces sages dispositions, autrement qu'en s'en rapportant aveuglément à *l'arbitraire et aux déclarations du survivant, qu'en se livrant à des souvenirs vagues et incertains?*

C'est pourquoi le législateur a établi la nécessité de la confection d'un inventaire dans les délais prescrits comme une condition expresse, à défaut de laquelle le survivant des père et mère perd son droit d'usufruit de plein droit, ainsi que l'enseigne M. Proudhon lui-même, parce que la condition est défaillie.

Or, lorsqu'une fois la condition s'est accomplie, son effet est irrévocablement produit, quand même, par des événemens postérieurs, les choses seraient rétablies dans l'état où elles étaient avant son accomplissement : *Conditio semel impleta non resumitur*, disent les docteurs.

Comme aussi, lorsqu'une fois la condition est défaillie, elle anéantit pour toujours l'obligation ou la disposition, sans que les événemens qui

pourraient arriver dans la suite puissent la faire revivre ou la rétablir. C'est ce qu'on exprime par cet autre axiôme : *Conditio quæ defuit non restauratur* ; ou , comme dit Cujas , *defecta semel conditio, impleretur frustrà ; nec enim solent resumì conditiones* (1).

Nous pensons donc que le survivant des père et mère qui a manqué de faire un inventaire dans les trois mois , sans avoir obtenu une prorogation de délai , est de plein droit déchu , tant pour le passé que pour l'avenir , de son droit de jouissance des revenus de ses enfans mineurs , que lui accordait l'art. 384 , et que l'inventaire tardif qu'il pourrait faire rapporter dans la suite , n'aurait pas l'effet de rétablir , pour l'avenir , son droit irrévocablement perdu par le défaut de l'accomplissement de la condition qu'exige l'art. 1442 , pour le lui conserver.

18. Après avoir parlé de la dissolution de la communauté éventuelle , par la mort naturelle , il resterait à voir comment elle se dissout par la mort civile de l'un des époux. Mais nous renvoyons à ce que nous en avons dit , tom. XII.

Le divorce , pendant qu'il a été permis , avait aussi l'effet de dissoudre la communauté éventuelle pour l'avenir. Mais il est aujourd'hui aboli par la loi du 8 mai 1816.

19. La séparation de corps , *divortium à thoro*

(1) *Observ.*, lib. 15. , cap. 40. Voy. aussi ce que nous avons dit , tom. VI , n°. 9 , pag. 746.

et mensé, dissout encore la communauté éventuelle, et l'empêche de continuer pour l'avenir. Nous renvoyons au tom. II de cet ouvrage, pag. 88 et suivantes.

20. Enfin, la séparation de biens judiciaire est le cinquième moyen de dissoudre la communauté éventuelle, indiqué par l'art. 1441.

Nous avons vu, dans le volume précédent, n°. 376, que la femme, en se mariant sous le régime de la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code, perd irrévocablement la propriété de tous ses biens meubles, corporels et incorporels, présens et futurs, pour, avec les revenus de ses biens immeubles, la conférer à son mari, qui peut en disposer seul à son bon plaisir, même les perdre, sans qu'elle reçoive de lui, en retour, autre chose que l'espoir de partager, lors de la dissolution du mariage, ce qu'il restera de ces biens, et ceux qu'il pourrait avoir acquis, en payant la moitié des dettes; et comme ces dispositions légales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, la femme pourrait se trouver ruinée, réduite même à la misère avec ses enfans, par la dissipation ou les malheurs de son mari, si la loi prévoyante ne lui avait pas en même tems laissé le moyen de sauver les débris de sa fortune du naufrage de celle de son mari, en lui ménageant des moyens d'existence qui peuvent devenir une ressource commune à ses enfans, et même à son mari tombé dans la détresse.

Ajoutez qu'il est contraire à la nature des so-

ciétés d'être éternelles : *Nulla societatis in æternum coitio est. L. 70, ff pro socio, 17. 2.* De là le principe de droit commun et conforme à la raison, que toutes les sociétés dont la durée est illimitée peuvent se dissoudre par la renonciation d'un seul des associés (1), en déclarant aux autres qu'il ne veut plus être en société, pourvu que sa renonciation ne soit pas intempestive ; principe fondé sur la nécessité de maintenir la paix : *Discordias materia communionis solet excitare. L. 77, § 20, ff de leg. 2º.* C'est donc un principe qui tient à l'ordre public, et auquel les particuliers ne peuvent déroger (2).

Il n'existait aucun motif pour faire exception à ce principe, relativement à la communauté, *quant aux biens*, puisque, d'un côté, il est certain et reconnu par les lois mêmes que la société des personnes, qui seule est indissoluble, peut exister sans la société des biens, et que, d'un autre côté, les raisons les plus fortes s'élèvent pour conserver à la femme le droit commun à chaque associé de dissoudre les sociétés ordinaires par une simple renonciation.

Tel est donc le fondement de la séparation de biens, que la Coutume de Paris, art. 291, en se servant du mot propre, a fort bien qualifiée de *renonciation*. Mais la société conjugale, quant aux

(1) C'est sur cela qu'est fondé le droit d'abdication.

(2) *L. 14, ff pro socio, 17. 2.* Voy. aussi ce que nous avons dit, tom. IV, pag. 406. Pothier, *Contrat de société*, nº. 152.

biens, intéresse tant de personnes, qu'elle est, à la différence des sociétés ordinaires, considérée comme de droit public, et que les législateurs ont pensé, avec raison, qu'il ne fallait pas permettre à la femme de la dissoudre sans de justes causes; qu'il fallait garantir les intérêts des créanciers du mari des fraudes que les deux conjoints peuvent si facilement concerter à leur préjudice, et établir des formalités, pour les avertir de veiller à leurs droits; formalités dont l'inobservation entraînerait la nullité de la séparation.

Nous avons donc à voir, 1°. les causes qui autorisent la femme à la demander; 2°. par qui elle peut être demandée; 3°. comment; 4°. quelles sont les formalités qui doivent la précéder, l'accompagner ou la suivre; 5°. quels en sont les effets, soit relativement aux époux, soit relativement aux tiers; 6°. si et comment on peut la faire cesser.

21. Avant la promulgation du Code, nous n'avions point, dans notre droit français, de texte bien positif sur les causes en vertu desquelles on pouvait obtenir en justice la séparation de biens. Notre Coutume de Bretagne disait vaguement, art. 424, que les époux sont communs en meubles et acquêts, « jusqu'à ce que le mari soit trouvé mal usant de ses biens : » d'où la conséquence que, ce cas arrivant, c'est-à-dire s'il en était trouvé mal usant, la femme pouvait demander la séparation de biens, qui opérerait, pour l'avenir, la dissolution de la communauté éventuelle de biens.

La Coutume de Tours, art. 291, dit que les femmes peuvent renoncer aux meubles et acquêts du vivant de leurs maris, *si lesdits maris tournent à pauvreté, et autres cas de droit*; disposition qui paraît tirée de la loi 29, *Cod. de jure dotium*, 5. 12, où on lit : *Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit redactus, et mulier sibi prospicere velit, etc.* Car, avant même la rédaction par écrit des coutumes, dans le quinzième siècle, on appliquait aux séparations entre époux les dispositions du droit romain, qui accordent à la femme le droit de répéter sa dot durant le mariage, lorsque l'indigence du mari la mettait en péril; c'est-à-dire lorsque celui-ci paraissait évidemment n'avoir plus assez de biens pour la garantir, et en assurer la restitution après le mariage. On a continué, jusqu'à la promulgation du Code, à prendre le droit romain pour règle en cette matière. « La femme, dit Pothier, n°. 510, » *Traité de la communauté, peut former contre » son mari la demande en séparation de biens, » pour les mêmes causes pour lesquelles, par le » droit romain, la femme pouvait demander, du- » rant le mariage, la restitution de sa dot. »*

Il cite à cet égard la loi 24, *ff solut. matrim.*, 24. 3, dont voici les termes : *Si constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissimè apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.*

Il est facile de voir, en les rapprochant, que la

seconde partie de notre art. 1443 n'est, pour ainsi dire, qu'une traduction de cette loi. Il est ainsi conçu : « La séparation de biens ne peut être pour-
» suivie qu'en justice par la femme dont la dot est
» mise en péril, et lorsque le désordre des affaires
» du mari donne lieu de craindre que les biens de
» celui-ci ne soient point suffisans pour remplir
» les droits et reprises de la femme. Toute sépa-
» ration volontaire est nulle. »

La loi romaine paraît cependant plus sévère ; en ce qu'elle exige des preuves évidentes que les biens du mari ne sont plus suffisans pour satisfaire à la répétition de la dot. La loi du Code Justinien, ci-dessus citée, le suppose même réduit à l'indigence ; au lieu que notre Code civil exige seulement que le dérangement de ses affaires donne lieu de craindre que les biens du mari ne soient pas suffisans pour remplir les droits et reprises de la femme ; crainte que le magistrat peut apprécier, sans ces preuves évidentes, *evidentissimè*, exigées par le droit romain.

22. Notre art. 1443 permet aussi à la femme de demander la séparation de biens, quand *sa dot est mise en péril*, disposition répétée dans le chapitre du régime dotal, art. 1563, qui porte : « Si la
» dot est mise en péril, la femme peut poursuivre
» la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux ar-
» ticles 1443 et suivans. »

Le Code reconnaît donc deux causes de séparation de biens : la première, lorsque *la dot est mise en péril*, ce qui peut arriver sans que les affaires du mari soit en désordre ; la seconde,

lorsque les affaires du mari sont dans un tel désordre, qu'il donne lieu de craindre que ses biens ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme.

23. Mais qu'est-ce que la dot? C'est ce qu'il faut connaître, pour juger quand elle est mise en péril, dans le sens du Code. La question est donc importante. Aussi le Code nous a donné, par une disposition expresse, la signification légale de ce mot: « La dot, dit l'art. 1545, la dot, sous ce régime » (le régime dotal), comme sous celui du chap. 2 » (c'est-à-dire sous le régime de la communauté), » est le bien que la femme apporte au mari pour » soutenir les charges du mariage. »

Ainsi, sous ce terme commun aux deux régimes, tous les biens meubles et immeubles que la femme apporte à son mari pour soutenir les charges du mariage; composent ce que le Code appelle *sa dot*. La simple stipulation que la femme se constitue, ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal. (Art. 1392). Comme aussi, de quelques expressions qu'on se soit servi pour dire que la femme apporte des biens en se mariant, ils n'en sont pas moins, dans le sens du Code, composant la dot de la femme, sous le régime de la communauté; comme lorsqu'on dit que la femme se marie avec tous ses droits échus ou à échoir, soit que ses biens aient été stipulés restituables en tout ou en partie seulement, soit qu'il n'ait pas été parlé de cette restitution, ou qu'elle ne soit stipulée que conditionnellement et éventuellement,

par exemple, en cas de renonciation à la communauté. Ainsi, l'argent comptant, les crédits et autres meubles que la femme possède au moment du mariage, et ceux qui pourront dans la suite lui échoir, font partie de sa dot, dans le sens du Code, soit qu'ils entrent en communauté, soit qu'ils en aient été exclus par une clause d'immobilisation ou réalisation, puisqu'elle ne les apporte, et qu'ils ne sont donnés au mari que pour supporter les charges du mariage, et comme disent nos coutumes, *entretenant sa femme honnêtement pendant le mariage d'entre eux, jusqu'à ce que le mari soit trouvé mésusant de ses biens*, dit l'article 424 de notre Coutume de Bretagne.

Notre très-ancienne Coutume s'exprime encore plus précisément. Le chap. 82 dit : « Les biens » meubles sont par coutume attribués au mari, » et en peut faire sa volonté, faisant providence » à sa femme advenantement, durant le mariage » entre eux, jusque tant que le mari mal use, *vel* » soit trouvé mal usant de ses choses. »

L'annotateur anonyme de cette Coutume, auteur qui vivait au commencement du quinzième siècle, ajoute : *Nota rationem quare maritus est dominus rerum mobilium, quod onera matrimonii habet sustinere.*

Il n'est donc pas douteux que les meubles que la femme apporte au mari font partie de sa dot, dans le sens du Code, puisqu'il ne les reçoit que pour supporter les charges du mariage. Les revenus des immeubles propres de la femme font aussi partie de sa dot. Notre droit français donne

au mari, sur les propres de sa femme, à peu près les mêmes droits que les lois romaines lui attribuaient sur les biens dotaux de celle-ci. C'est pour ce motif qu'on appliqua aux propres de la femme commune en biens avec son mari, les dispositions que les lois romaines renferment sur la restitution de la dot.

Enfin, les biens à venir de la femme font partie de sa dot, à mesure qu'ils viennent à lui échoir, puisqu'ils sont, ainsi que les présents, donnés au mari pour acquitter les charges du mariage.

Les détails dans lesquels nous venons d'entrer sont des conséquences directes et nécessaires de l'art. 1540, et nous paraissent prouver incontestablement que les sommes apportées par la femme à son mari, pour entrer en communauté, font partie de sa dot, aussi bien que celles qui en sont exclues par une clause de réalisation ou d'immobilisation. Par exemple, si elle apporte en se mariant une somme de 40,000 fr., dont celle de 20,000 fr. seulement entre en communauté, et celle de 20,000 fr. en est exclue, et lui demeure propre à elle et aux siens, pour être restituée à la dissolution de la communauté, ces deux sommes font toutes les deux partie de la dot de la femme, puisque toutes les deux sont données au mari pour supporter les charges du mariage, avec cette différence remarquable, qu'il n'y a que les intérêts de cette dernière qui soient destinés à cet usage, et non le capital, au lieu que la première y est destinée en totalité, le capital aussi bien que les intérêts, sans qu'on puisse en aucun cas, après

comme durant le mariage, demander aucun compte de l'usage qu'il en a fait, parce que la femme lui en a transféré la propriété pleine et irrévocable, ce qui lui donne le droit d'user et d'abuser, qui appartient à tout propriétaire.

24. Mais la loi qui, lorsqu'il est porté trop loin, donne aux parens les moyens d'arrêter l'abus qu'un particulier fait de ses biens, fût-il célibataire, et de mettre à cet abus des obstacles ou des entraves pour l'avenir, ne devait pas, à plus-forte raison, refuser à la femme des moyens de faire cesser l'abus que peut faire le mari, père de famille, des biens qu'elle lui a apportés en dot, sans les stipuler restituables à la dissolution de la communauté, quand cet abus est porté au point de la priver de tout espoir de retirer aucun avantage de l'aveugle abandon qu'elle a eu l'imprudence de lui faire. Si elle a renoncé à la propriété de tous ses biens meubles, présens et futurs, pour la lui transporter, en les mettant en communauté, c'était dans l'espérance et sous la condition tacite, mais légale, qu'il les administrerait sagement, qu'il entretiendrait honorablement sa famille et son ménage durant le mariage, et qu'elle pourrait après partager le fruit de ses économies et de leur commune collaboration. Nous avons déjà vu que nos coutumes ne donnaient au mari la propriété des meubles de la communauté, que sous la condition expresse d'entretenir sa femme durant le mariage, et d'en supporter les charges, *quòd onera matrimonii habet sustinere*, « et ce, jusque tant qu'il » soit trouvé mal usant de ses choses. »

Donc si, trompant le vœu de la loi et la confiance de son épouse, au lieu d'une bonne et sage administration des biens qu'elle lui avait apportés, il les dissipe tous en folles profusions, sans fin, sans mesure; si, dominé par la passion du jeu, qui ne se corrige point, au lieu de satisfaire aux dépenses nécessaires du ménage, il ne vit plus que d'emprunts, la femme, qui n'a plus que la fâcheuse perspective d'une vie misérable traînée dans le malaise avec ses enfans, n'a plus aussi que la ressource que lui a sagement ménagée la loi, la séparation de biens, qui, sans lui rendre ce qu'elle a perdu, lui rend au moins le droit de toucher elle-même les revenus de ses propres, les produits de son industrie, et le droit d'en disposer, ainsi que des biens meubles qui pourraient lui échoir par succession, donation ou autrement.

Supposons qu'une femme ait apporté à son mari, outre ses immeubles, d'un grand revenu, une somme de 50,000 fr., qui, faute de clause de réalisation ou d'immobilisation, est entrée en communauté. Le mari, dissipateur effréné, *desperatæ salutis decoctor*, a tout perdu, tout dissipé, et en outre contracté beaucoup de dettes, dont les intérêts annuels absorbent tous ses revenus et ceux de sa femme, et pour soutenir son ménage, il a recours à de nouveaux emprunts. La femme demande la séparation de biens. Elle y doit être écoutée, quoiqu'elle ne puisse se faire restituer les 50,000 fr. qu'elle avait apportés en dot, et qui sont irrévocablement perdus pour elle.

Mais il lui reste à sauver les revenus de ses

biens fonds, qui font aussi partie de sa dot, les biens meubles qui pourront lui échoir par succession, donation ou autrement, et qui tous, sans le bénéfice de la séparation, sont dans un péril imminent de tomber dans le gouffre creusé par les profusions du mari. Celui-ci eût-il par ailleurs des biens fonds d'une valeur considérable, qu'importe, puisqu'il est obéré, et que ses revenus sont la proie des créanciers, sans que la femme puisse l'empêcher?

25. Tel est l'esprit de nos coutumes anciennes, notamment de l'art. 424 de celle de Bretagne, qui n'établit la communauté entre conjoints que jusqu'à ce que le mari soit trouvé mal usant de ses biens. Elle doit donc cesser après, si la femme le veut. Aussi plusieurs coutumes, telles que celles de Tours et de Loudun, nous l'avons déjà remarqué, n^o. 21, regardaient la séparation de biens comme une renonciation à la communauté, sans qu'il fût besoin de faire juger la séparation de biens (1); ce qui n'est pas hors de raison, et rentre dans les principes du droit commun, qui, même dans les sociétés entre étrangers, permet à un seul des associés de renoncer à une société dont la durée est illimitée, par la seule volonté qu'il exprime de n'être plus en société (1865, 1869), pourvu que cette renonciation soit faite de bonne foi.

26. Dans la vérité, la séparation de biens de-

(1) Voy. Brodeau, sur Tours, art. 291, et Côttereau, *Droit général de la France*, et *Droit particulier de la Touraine*, tom. II, pag. 123.

mandée par la femme, n'a pour objet que la dissolution de la communauté éventuelle dont elle abandonne tous les profits, ainsi que les pertes, à son mari, sans même retirer sa mise, dans le cas proposé, cas auquel s'applique la disposition textuelle de l'art. 1443, qui permet à la femme de demander la séparation de biens, *lorsque sa dot est mise en péril*. Or, dans l'espèce, la dot, c'est-à-dire les biens qu'elle avait apportés pour supporter les charges du mariage, sont non seulement mis en péril, mais leur perte est entièrement consommée. Il ne s'agit plus que de sauver les autres biens qui devaient faire aussi partie de sa dot, et qui sont dans un péril imminent, s'ils tombent entre les mains du mari, sans que lui-même puisse les sauver, une fois qu'ils seront tombés entre ses mains; et voilà pourquoi la séparation de biens est autorisée par l'art. 1443, dans le cas même où la femme n'aurait rien à se faire restituer, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a point de reprises à exercer.

27. On n'a pu en douter qu'en se méprenant sur le sens du mot *dot*, et en lui donnant un sens restrictif et une fausse acception, et faute aussi de saisir l'esprit de nos lois sur la séparation de biens, qui n'est établie que comme un moyen de remédier à l'abus de ce pouvoir excessif qu'elles donnent au mari sur les biens de la communauté. Cette méprise avait entraîné, par une fausse interprétation de l'art. 1443, le tribunal de première instance d'Angers, dans un jugement dont voici l'espèce :

Le 20 thermidor an 4, Pierre Lefoulon et Henriette Nourry se marièrent sans contrat de ma-

riage, et par conséquent sous le régime de la communauté. Le 10 nivôse an XIV, faillite de Pierre Lefoulon. Ses créanciers font vendre tout ce qu'il possède, et s'en distribuent le prix, bien inférieur au montant de leurs créances. Les choses étant en cet état, la femme se pourvoit contre son mari en séparation de biens. Le 26 janvier 1808, jugement du tribunal de première instance d'Angers, qui, vu l'art. 1443 du Code civil, la déboute de sa demande, attendu qu'elle n'a pas *de reprises à exercer contre son mari*.

Mais sur l'appel, arrêt du 16 mars suivant, par lequel, « considérant que les principes consacrés » par le Code civil sur la séparation de biens provoquée par la femme contre son mari, n'ont rien » changé à l'ancienne législation; que, suivant l'ancienne jurisprudence, fondée sur les dispositions » des lois romaines, et attestée par les auteurs les » plus accrédités, la femme, quoiqu'elle n'eût pas » de contrat de mariage, pouvait se pourvoir en » séparation de biens, pour la conservation *tant » du pécule qu'elle pouvait acquérir par son industrie, que de tout ce qui pouvait lui échoir par la suite, par succession, donation ou autrement,* » et ce, lorsque les affaires de son mari étaient » dans un désordre notoire; et attendu que des » pièces produites par l'appelante, il résulte une » preuve suffisante du désordre des affaires de son » mari et de son inconduite; que d'ailleurs, en » pareille circonstance, la séparation de biens est » la seule ressource que la justice puisse offrir à » une épouse malheureuse, pour lui procurer les

» moyens d'exister et d'élever sa famille, la Cour
 » (d'appel d'Angers) dit qu'il a été mal jugé.»(1).

28. Il ne paraît pas que cet arrêt ait été déféré à la censure de la Cour de cassation, qui n'eût pas manqué de le confirmer, car il est conforme aux vrais principes ; d'où dérive encore la solution d'une autre question analogue, savoir : si la femme qui n'a point apporté de dot à son mari, et qui, en se mariant, n'avait aucuns biens, ni meubles, ni immeubles, peut néanmoins demander la séparation de biens ? On peut opposer que le péril de la dot étant le seul fondement des demandes en séparation de biens, la femme qui n'a apporté aucune dot ne peut la demander.

Mais Pothier observe fort bien, n°. 512, que la femme qui n'apporte aucune dot en argent ni en biens, peut avoir un talent, une industrie qui lui en tienne lieu ; ce qui rentre dans les principes communs à toutes les sociétés, dans lesquelles chaque associé doit apporter de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie, dit l'art. 1883 : *Nam ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen inter eos lucrum commune sit, quia sæpè opera alicujus pro pecuniâ valet. Instit. de societate, § 2, 3. 26.* Il en est de même de la société conjugale, et il n'est pas rare de trouver des familles qui doivent leur aisance et même leur fortune à

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Répertoire* de M. Merlin, 4^e. édition, au mot SÉPARATION DE BIENS, tom. XII, pag. 408.

l'intelligence et aux soins de la femme. « Or, si » cette femme, dit encore Pothier, a un mari dissipateur, tous les gains qu'elle fait de son talent » entrant dans la communauté, ne servent qu'à » fournir aux débauches de son mari, ou sont la » proie de ses créanciers : la femme a donc intérêt » d'obtenir la séparation de biens, pour conserver » à l'avenir les gains qu'elle peut faire, » tant pour elle que pour élever ses enfans, et même pour secourir son mari, que sa conduite peut réduire à l'indigence.

Il n'y aurait point d'injustice pareille à celle de refuser, dans ce cas, la séparation de biens à la femme. Ce serait la condamner à travailler toute sa vie pour un mari dissipateur, et la réduire à une condition pire que celle d'une esclave. Posons donc en principe que la femme qui n'a ni droits ni reprises à exercer à la dissolution de la communauté éventuelle, et qui même n'a apporté aucuns biens, n'en est pas moins fondée, durant le mariage, à demander la séparation de biens, lorsque les choses en sont venues au point qu'elle a perdu le double espoir de retirer aucun profit de cette communauté, et de voir son mari se corriger.

29. Le second cas est celui où la femme a des droits et des reprises à exercer, comme lorsque la dot a été stipulée restituable. Nous avons vu que le droit romain, pour autoriser la femme à se faire restituer sa dot durant le mariage, *constante matrimonio*, exigeait des preuves évidentes que les biens du mari n'étaient pas suffisans pour

la restitution, et qu'il fût en quelque sorte réduit à l'indigence. Cette injuste rigueur n'était point suivie dans notre droit français; on n'y exigeait pas, pour recevoir la femme à demander la séparation de biens, que son mari fût devenu absolument insolvable (1). De quoi servirait en effet alors un pareil remède? Il suffisait que sa fortune fût notablement altérée, et que le désordre de ses affaires et sa conduite donnassent lieu de craindre une déconfiture totale.

L'art. 1443 a consacré ces maximes : il autorise la femme dont la dot est en péril, à poursuivre en justice la séparation de biens, lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne suffisent pas pour remplir les droits et reprises de la femme. De là une conséquence remarquable : quel que soit le désordre des affaires de son mari, s'il n'y a point à craindre que ses biens ne suffisent pas pour remplir les droits et reprises de sa femme, elle ne peut, avec succès, poursuivre la demande en séparation; la justice repousserait sa demande. Supposons, par exemple, que la femme ait apporté en mariage une somme ou valeur de 60,000 fr., immobilisée par le contrat de mariage; le mari possède pour plus de 120,00 fr. en terres libres de toute hypothèque antérieure, qui deviennent de plein droit, par la célébration du mariage, le gage et l'hypothèque

(1) Voy. Pothier, n^o. 510, et le *Répertoire*, v^o. SÉPARATION DE BIENS, sect. 251, n^o. 3.

de la dot de la femme, même sans inscription. Cette dot est donc en pleine sûreté. Quelque désordre qui puisse ensuite survenir dans les affaires du mari, il n'y a point à craindre l'insuffisance de ses biens pour la restitution de la dot, qui prime tous les créanciers postérieurs au mariage : la séparation ne peut donc être demandée avec succès, pourvu que, d'ailleurs, le mari entretienne sa femme et son ménage convenablement, suivant son état. Car ce dernier point est, comme nous l'avons vu, une condition légale de la communauté, dont l'inobservation suffirait seule pour autoriser une demande en séparation.

Mais si la femme n'a point de plaintes à former à cet égard, le désordre des affaires de son mari ne l'autorise pas à demander la séparation de biens, lorsque la dot est assurée.

« En vain, dit Cochin (1), la femme viendrait-
» elle passer en revue toute la conduite de son
» mari, compter et calculer chaque somme qu'il
» a reçue par voie de remboursement ou autre-
» ment, examiner les emplois, balancer la re-
» cette et la dépense, et conclure d'une longue
» suite d'opérations que l'administration n'a pas
» été sage, que son mari a dissipé une portion de
» ce qu'il a reçu; une pareille discussion doit être
» proscrite par la justice. La femme n'est point
» établie par la loi pour censeur de son mari; elle

(1) Tom. V, pag. 142, cause du marquis du Pont du Châtel.

» n'a pas droit de l'appeler, en quelque manière,
 » en jugement devant elle, de lui demander un
 » compte et de le condamner, s'il n'a pas été assez
 » bon éconôme pour remplir la recette en entier.
 » Ce serait dégrader, ce serait avilir l'état et le
 » pouvoir des maris; ce serait les mettre en quel-
 » que sorte sous le joug de leurs femmes, et les
 » réduire à la simple qualité d'intendants ou de
 » trésoriers de leurs biens, dont on les pourrait
 » dépouiller, si on n'était pas content de leur ad-
 » ministration.

» La loi rougirait d'avoir donné un pareil em-
 » pire à la femme, et l'on n'en trouve pas le
 » moindre vestige dans les textes. Il faut donc,
 » pour que la femme traduise son mari en justice,
 » qu'elle expose uniquement le danger où elle se
 » trouve pour la restitution de sa dot. Pour établir
 » le fondement de ses alarmes, elle peut examiner
 » la conduite de son mari; mais cette critique est
 » vaine et impuissante, si elle se borne à une
 » simple censure, et si elle ne conduit pas jusqu'à
 » justifier que la femme est véritablement en dan-
 » ger de ne pas retrouver le fonds de son bien. Il
 » ne suffit pas de dire à son mari : Vous vous êtes
 » mal conduit dans une telle et telle occasion ;
 » vous avez entamé une partie de vos fonds et des
 » miens. Il faut aller jusqu'à dire que, sans le re-
 » mède de la séparation, la femme n'aura plus
 » de sûreté pour la répétition de ce qui lui est dû;
 » autrement elle agit sans intérêt, ce qui présente,
 » de toutes les fins de non-recevoir, la plus so-
 » lide et la plus puissante. »

30. Si le mari n'avait, à l'époque du mariage, aucuns biens immeubles, et que la femme, au contraire, lui eût apporté en dot des immeubles d'un revenu considérable, des terres, des maisons, il est évident qu'elle ne pourrait demander la séparation, quelque mécontente qu'elle fût de la conduite de son mari. Sa dot n'est point en péril, car elle n'a point à craindre que son mari l'entame, puisqu'il ne peut, sans qu'elle y consente, aliéner ni hypothéquer ses héritages. Sa demande en séparation ne peut donc être écoutée, tant que son mari fournira honnêtement à sa dépense.

31. Nous avons dit que la stipulation d'emploi de la dot mobilière en immeubles, avec déclaration d'emploi, est un des plus grands moyens de sûreté que la femme puisse se procurer. On demande si, dans ce cas, le défaut d'emploi est seul un moyen suffisant de séparation ?

Nous ne balançons point à nous prononcer pour l'affirmative. La stipulation d'emploi nous paraît une condition sans laquelle la femme ou ses parents n'auraient point compté la dot; ou du moins, s'ils n'avaient pas compté sur l'accomplissement de cette condition, ils auraient pris d'autres mesures de sûreté.

Vainement le mari alléguerait-il qu'indépendamment de l'emploi qu'il devait faire et qu'il n'a point fait, il a pour sûreté de la dot des biens immeubles libres de toute autre hypothèque que celle de la femme; qu'ainsi la dot n'est nullement en péril, et qu'il est de principe que le seul péril de

la dot peut autoriser une femme à se séparer.³ Nous répondrions qu'une simple hypothèque ne peut tenir lieu d'un emploi en terres qui seraient des propres de la femme ; que , d'ailleurs , la stipulation d'emploi de la dot est une clause conditionnelle qui doit être exécutée de bonne foi , et qui tient lieu de loi entre les parties (art. 1134), sans pouvoir être révoquée ni changée que de leur consentement mutuel ; que l'inobservation de cette loi doit donner lieu à la résolution du contrat ; qu'il est beaucoup plus avantageux à la femme d'avoir un placement en terres , dont la valeur augmente progressivement avec le tems , qu'une simple hypothèque pour une somme d'argent , dont la valeur décroît progressivement , et même assez rapidement avec le tems (1).

32. Il en serait autrement si la dot avait été simplement réalisée ou exclue de la communauté , mais sans stipulation d'emploi. C'est alors que le défaut d'emploi ne serait pas seul un moyen suffisant de séparation de biens , si d'ailleurs *la dot n'était pas mise en péril*. Mais si au défaut d'emploi se joignait celui de sûreté , nul doute que la femme ne puisse demander la séparation , ainsi que le jugea fort bien un arrêt du 10 janvier

(1) Mais le mari pourrait-il faire tomber la demande en séparation , en offrant un emploi ? Je crois que oui , à moins qu'il ne fût stipulé dans le contrat de mariage que le emploi ou l'assiette serait faite dans tel délai , que le mari aurait laissé passer ; car alors c'était une condition qui a défailli : *Conditio quæ defuit non restauratur*. Voy. Supp., n°. 17.

1699 (1). Cet arrêt confirma une sentence du Châtelet, qui avait ordonné la séparation de biens entre François Aurain de la Barre, commis dans les fermes du roi, et Marguerite Ponthon, sa femme, à cause du défaut d'emploi d'une somme de 30,000 fr., qu'elle lui avait apportée en mariage, et parce que ce qu'il paraissait de biens au mari, était consommé par ce qu'il devait aux héritiers de deux premières femmes.

Postérieurement à l'arrêt, il représenta un emploi de la dot de sa femme, pour donner atteinte à la séparation de biens; mais on jugea que cet emploi fait après coup, et contre lequel il pouvait y avoir une contre-lettre, n'était pas suffisant pour détruire la disposition de l'arrêt.

33. Le mari pourrait-il se défendre de la séparation de biens que demande sa femme, par la considération que le dérangement de ses affaires est la suite d'un de ces accidens fâcheux que ne peuvent ni prévoir ni prévenir toute la prudence, la sagesse et les lumières des hommes? Non. Pothier, n°. 510, décide fort bien qu'il suffit, pour obtenir la séparation, que les biens du mari ne soient pas suffisans pour répondre de la dot. Quels que soient les événemens qui ont causé le dérangement des affaires du mari, la femme ne doit point en répondre; ils ne peuvent retomber sur elle. Le seul point à considérer est de savoir si sa

(1) Rapporté par Angeard, dans ses *Arrêts notables*, tom. 1, pag. 479, arrêt 159.

dot est en sûreté. Quelle que soit la cause du défaut de sûreté, l'art. 1443, et les lois romaines que nous avons citées, ne distinguent point.

La demande de la femme contre un mari ruiné par un de ces événements malheureux qu'il n'a pu ni prévoir ni prévenir, n'a même rien de défavorable. Les biens dont elle demande la séparation ne sont-ils pas considérés comme un fonds de réserve qu'offre la loi pour les secours mutuels du mari et de la femme?

Un des motifs pour lesquels la loi 29, *Cod. de jure dot.*, § 2, accorde à la femme la restitution de sa dot pendant le mariage, contre le mari tombé ou près de tomber dans l'indigence, est qu'elle puisse en employer les fruits *ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet*.

34. Mais la femme qui n'aurait perdu ses sûretés que par sa faute et de son consentement, par exemple, si elle avait perdu ses hypothèques, en consentant à la vente des immeubles de son mari, pourrait-elle néanmoins demander la séparation de biens, sur le fondement que sa dot est mise en péril par défaut de sûretés?

Oui, sans doute; le mari ne pourrait lui opposer un consentement arraché à la faiblesse et au désir de lui complaire. La femme espérait sans doute que cette complaisance le rendrait plus soigneux à veiller à ses intérêts, et que le prix de cette vente servirait à rétablir ses affaires. Si depuis elle s'aperçoit que son défaut de conduite ou ses fausses spéculations le conduisent à une ruine

totale, il ne lui reste que la ressource de la séparation de biens, que la loi lui offre pour l'intérêt de toute la famille, et elle ne peut mieux faire que d'en user.

35. Après avoir échoué dans une première demande en séparation de biens, la femme peut-elle en former une seconde? Le mari ne peut-il pas lui opposer l'exception de la chose jugée? L'objet de la demande ou la chose demandée est la même dans la seconde action que dans la première, la séparation de biens; les parties sont les mêmes, les deux époux, et dans leurs mêmes qualités d'époux; la cause est encore la même, le péril de la dot, et la crainte que les biens du mari ne suffisent pas pour remplir les droits et reprises de la femme. Voilà donc les trois élémens nécessaires pour constituer l'exception de la chose jugée. Toutes les conditions exigées pour l'appliquer semblent se réunir contre l'admission de la seconde demande en séparation : ajoutons, par surabondance, que les moyens de prouver la cause de la demande sont les mêmes, le désordre des affaires du mari, *qui vergit ad inopiam*, et la crainte plus ou moins fondée de sa déconfiture ou de son insolvabilité. En voilà donc plus qu'il n'en faut pour repousser la seconde demande; car « il est constant, en droit, que l'identité de moyens n'est pas nécessaire pour constituer l'exception de la chose jugée. »

Cependant, on admet la seconde action toutes les fois que la femme allègue que dans l'intervalle de l'une à l'autre, le mari a fait de telles dissipa-

tions, que sa fortune a éprouvé de tels échecs, que ses biens ne sont plus suffisans pour remplir les droits et reprises de la femme; et si elle prouve ces faits, la séparation est prononcée sans difficulté.

Y a-t-il donc ici exception à l'art. 1351? La cause de la seconde demande est évidemment la même que celle de la première, le péril de la dot. Les moyens de prouver ce péril sont semblables, les dissipations du mari, l'insuffisance de ses biens. Il est vrai qu'on suppose qu'il y a eu, depuis le premier jugement, des moyens nouveaux, des dissipations nouvelles de la part du mari, de nouvelles pertes dans ses biens. Mais des moyens nouveaux, des preuves nouvelles acquises par le demandeur depuis le premier jugement, ne peuvent empêcher l'effet de la chose jugée contre lui. C'est un principe fondé sur des motifs d'intérêt public. Il importe à la société de ne pas voir se renouveler des procès éteints : *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est. L. 4, Cod. de re judic., 2. 52. L. 35, ff eod. titul., 42. 1.*

Mais la raison dit assez que ce principe ne peut s'appliquer qu'aux preuves et documens existans lors du premier procès, et que le demandeur pouvait et devait faire juger en même tems. Tout demandeur doit être certain de sa demande. Avant de la former, il doit recueillir ses preuves, et proposer toutes celles qu'il croit propres à la faire admettre, afin de n'y pas revenir; et s'il est condamné faute de les avoir mises sous les yeux des

juges, tant pis pour lui. Sa condamnation est irrévocable. Il ne peut renouveler le procès. (*Voy.* ce que nous avons dit tom X, n°. 121 et suiv.) En vain alléguerait-il qu'il a retrouvé de nouvelles preuves, de nouveaux documens, de nouvelles pièces ; il est trop tard, à moins qu'il ne prouve que les pièces étaient retenues par le dol de son adversaire. (Art. 480, n°. 10 du Code de procédure).

Mais s'il s'agit de preuves qui n'existaient point encore lors du premier jugement, qui ne sont nées que depuis, et qui sont de nature à lui donner ou à lui créer un nouveau droit, quoique pareil à celui qu'il avait d'abord vainement réclamé, sans preuves suffisantes, il est évident qu'on n'a rien à lui reprocher, et qu'on ne peut lui opposer l'exception de la chose jugée, puisque la nouvelle question qu'il présente à la justice n'a été et n'a pu être jugée.

Tel est le cas d'une femme qui, après avoir échoué dans une première demande en séparation de biens, trop légèrement formée, en forme, quelques années après, une seconde fondée sur la déconfiture du mari, survenue par des dissipations ou des pertes arrivées depuis le premier jugement. Cette seconde demande est un procès nouveau, qui sera jugé sur des moyens tout nouveaux, quoique de la même nature que les précédens, qu'elle n'aurait pas pu prouver. C'est si bien un nouveau procès, que le premier et le second jugement peuvent être bien rendus au fond l'un et l'autre, quoique les décisions en soient con-

tradictaires. Le premier a repoussé la demande en séparation, et devait la repousser, parce que la dot alors n'était pas en péril; le second l'accueillera, et doit l'accueillir, parce que la dot est devenue compromise par les événemens postérieurs, qui ne laissent plus au mari de biens suffisans pour répondre de la dot.

Les principes que nous venons de développer sur les moyens nouveaux (1), qui ne sont nés que depuis un jugement ou arrêt rendu sur une demande en séparation de biens, sont communs aux séparations de corps, et y ont été appliqués par plusieurs arrêts rapportés dans le Répertoire, v^o. SÉPARATION DE CORPS, § 2, n^o. 9, tom. XII, pag. 451, 4^e. édition. Le dernier fut rendu par le Parlement de Paris, le 6 septembre 1785, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury.

Il faut donc modifier ce que nous avons dit peut-être un peu trop généralement, tom. X, n^o. 166, pag. 225, où, après avoir rapporté un arrêt de la Cour de Colmar, du 15 juillet 1816, nous disons : « Un moyen nouveau, *quel qu'il soit*, n'est jamais une cause suffisante pour renouveler une demande rejetée par un premier jugement. » Ajoutez : La raison l'exige, à moins que ce moyen nouveau n'ait pris naissance que

(1) Ils peuvent encore être appliqués, suivant les circonstances, aux poursuites en interdiction et demande de nomination d'un conseil judiciaire.

depuis le jugement, et qu'il n'en résulte un droit nouveau pour le demandeur.

36. Suivant la jurisprudence du Parlement de Pau (1), on y pensait que la saisie immobilière des biens du mari était une cause suffisante de séparation de biens, parce qu'il en résulte une présomption que la dot et les reprises de la femme sont en péril; mais cette présomption n'étant pas établie par la loi, ne suffirait pas, sous l'empire du Code, pour autoriser une demande en séparation, qui, fondée sur ce seul motif, serait prématurée, et pourrait paraître inconvenante; car la saisie ne détruit pas l'hypothèque légale de la femme. Il faut donc attendre l'événement; car la saisie peut être mal fondée et vexatoire. Mais s'il y avait en outre du désordre dans les affaires du mari, d'ailleurs dissipateur, nul doute que la saisie de ses biens, s'il ne la faisait pas promptement lever, deviendrait une circonstance d'un grand poids pour faire prononcer la séparation.

37. La femme peut seule demander la séparation de biens. Le mari ayant seul la libre disposition de tous les biens de la communauté, n'est point reçu à demander la séparation de biens. Cependant Lebrun rapporte trois cas où il estime qu'elle peut être demandée par le mari; mais son opinion est; avec raison, rejetée par Pothier,

(1) Voy. le *Répertoire*, v°. SÉPARATION DE BIENS, sect. 2, § 1, n°. 9.

n°. 513, et elle n'est plus soutenable sous l'empire du Code civil, qui porte, art. 1443 : « La séparation de biens ne peut être demandée qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, etc. »

38. L'art. 1166 du Code porte que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur; mais l'art. 1446 fait exception à ce principe, en disant que « les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. Néanmoins, ajoute-t-il, par exception à cette disposition, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. »

39. Après avoir vu quelles sont les causes qui peuvent autoriser la demande en séparation de biens, et par qui elle peut être demandée, il faut voir comment elle se fait. La première question qui se présente est celle de savoir si les époux peuvent se séparer de biens, et dissoudre ainsi la communauté légale qui existe entre eux, par un simple contrat, sans faire prononcer la séparation en justice, et en connaissance de cause.

Nous avons examiné, tom. XII, n°. 40, l'espèce converse, savoir : si les époux séparés de biens par contrat de mariage, peuvent valablement, dans la suite, établir entre eux la communauté légale, et nous avons observé que les art. 1394 et 1395, qui forment la difficulté, en ce qu'ils portent « que toutes conventions matrimoniales

» seront rédigées, avant le mariage, par acte de-
» vant notaires, » et que « elles ne peuvent rece-
» voir *aucun changement* après la célébration du
» mariage, » n'ayant point, comme l'ancienne ju-
risprudence, prononcé contre ces changemens une
nullité qui se serait trouvée en contradiction avec
les principes nouveaux sur les donations entre
époux, on ne pouvait suppléer cette nullité, sui-
vant la jurisprudence de la Cour suprême; mais
que ces changemens sont, comme les donations
entre époux, toujours révocables pendant le ma-
riage par un seul d'entre eux, sans le concours
de l'autre, parce qu'ils contiennent nécessaire-
ment un avantage pour l'un ou l'autre des con-
joints, puisqu'ils ajoutent ou retranchent quelque
chose aux droits de l'un des deux.

Mais on ne peut, quelque analogie qu'il y ait
entre les deux questions, appliquer ces raisons à
celle de savoir si les époux peuvent, au moyen
d'un simple contrat, dissoudre leur communauté
par une séparation de biens, sans la faire pro-
noncer en justice par un jugement rendu en con-
naissance de cause, parce que le législateur, sa-
chant que la loi seule peut établir des nullités, a
eu grand soin d'en prononcer une formelle pour
le cas des séparations volontaires, en ordonnant,
par l'art. 1443, que « la séparation de biens ne
» peut être poursuivie qu'en justice, » et en ajou-
tant, par une disposition finale : « Toute sépara-
» tion volontaire est nulle. »

Cette disposition est trop expresse et trop gé-
nérale pour admettre aucune des exceptions qui

modifiaient, dans l'ancienne jurisprudence, la règle qu'elle rappelle et raffermir (1).

Toute séparation volontaire peut donc être attaquée comme nulle, soit par les époux, soit par les créanciers, pendant le mariage, soit après, par le survivant, par les créanciers et par les héritiers du prédécédé. Cependant, nous ne pouvons nous empêcher de dire qu'il y a des cas où il paraît répugner à la raison de déclarer nulle, quand nul créancier ne s'en plaint, une séparation volontaire, faite de bonne foi (2), sur-tout quand elle a duré long-tems, et principalement après la dissolution du mariage : mais enfin, *scripta lex est*. Il ne nous reste donc qu'à expliquer quelles sont les formalités qui doivent précéder, accompagner et suivre la séparation de biens judiciaire pour la rendre valable.

40. La dissolution des sociétés conjugales, quant aux biens, n'intéresse pas seulement les conjoints, elle peut intéresser une foule de personnes qui ont ou qui ont eu des relations avec eux. Le législateur a donc pensé qu'il n'était pas bon de permettre à la femme d'en former la demande, sans y avoir été préalablement et formellement autorisée par le magistrat, auquel elle doit faire connaître ses motifs, et qui peut, sans toutcfois gêner sa liberté et sans contrarier sa détermination, lui donner de sages conseils. L'art. 865 du Code

(1) Voy. le Répertoire de M. Merlin, vo. SÉPARATION DE BIENS, section 2, § 3, art. 1, n°. 4, pag. 414 de la 4^e. édition.

(2) Voy. *ibid.*, pag. 411.

de procédure porte donc : « Aucune demande en » séparation de biens ne pourra être formée sans » une autorisation préalable, que le président du » tribunal devra donner, sur la requête qui lui » sera présentée à cet effet. Pourra néanmoins le » président, avant de donner l'autorisation, faire » les observations qui lui paraîtront convenables. »

La femme doit donc commencer par présenter au président du tribunal civil du domicile de son mari, une requête dans laquelle elle exposera ses motifs pour demander la séparation, et contenant des conclusions précises à ce qu'il lui plaise l'autoriser à en former la demande.

41. La disposition finale de l'art. 865 fait voir qu'elle doit la présenter en personne, et ne pas se borner à la faire présenter par un avoué, puisque le juge peut lui faire les observations qui lui paraîtront convenables, pour la détourner d'en venir à un éclat toujours fâcheux, et qui peut quelquefois causer des regrets, lors même que la séparation est fondée.

42. Du reste, les demandes en séparation de biens sont expressément dispensées, par l'art. 49 du Code de procédure, du préliminaire de la conciliation, dont l'essai serait parfaitement inutile, puisque la séparation ne peut se faire par consentement mutuel, et que les aveux du mari ne font pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers. (Art. 870 du Code de procédure civile).

43. L'autorisation du juge, quand même la femme serait mineure, suffit pour l'habiliter à

plaider en séparation de biens contre son mari, sans qu'il soit besoin, comme autrefois, de lui faire nommer un curateur. (*Voy.* l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, rapporté par M. Merlin dans son Répertoire, v°. SÉPARATION DE CORPS, § 3, n°. 8, pag. 457, 4^e. édition).

44. Aussitôt l'autorisation du juge obtenue, la femme peut de suite faire signifier sa demande au mari, dans la forme ordinaire, en y joignant néanmoins copie de l'ordonnance d'autorisation.

Mais cette demande doit être immédiatement suivie de plusieurs formalités nouvelles, qui toutes ont pour but de la rendre publique, et qui sont prescrites par les art. 866 et suiv. du Code de procédure.

45. L'art. 866, qui prescrit la première, est ainsi conçu : « Le greffier du tribunal inscrira sans » délai, dans un tableau placé à cet effet dans » l'auditoire, un extrait de la demande en sépa- » ration, lequel contiendra, 1°. la date de la de- » mande; 2°. les noms, prénoms, professions et » domicile des époux; 3°. les noms et demeure » de l'avoué constitué, qui sera tenu de remettre » à cet effet ledit extrait au greffier, dans les trois » jours de la demande. »

Pour justifier que cette formalité a été remplie, le greffier doit délivrer à l'avoué de la femme manderesse en séparation, un certificat attestant l'insertion qu'il a faite dudit extrait dans le tableau de l'auditoire.

46. La seconde formalité est prescrite par l'article 867 du même Code, qui porte : « Pareil ex-

» trait sera inséré dans les tableaux placés à cet
» effet dans l'auditoire du tribunal de commerce,
» dans les chambres d'avoués de première instance
» et dans celles des notaires; le tout dans les lieux
» où il y en a : lesdites insertions seront certi-
» fiées par les greffiers et par les secrétaires des
» chambres. »

47. La troisième formalité est prescrite par l'article 868 du même Code, qui porte : « Le même
» extrait sera inséré, à la poursuite de la femme,
» dans un des journaux qui s'impriment dans le
» lieu où siège le tribunal, et s'il n'y en a pas,
» dans l'un de ceux établis dans le département,
» s'il y en a. »

L'insertion au journal doit être justifiée par la feuille contenant l'extrait y inséré, avec la signature de l'imprimeur, légalisée par le maire. (Articles 683 et 868 du même Code).

Toutes les dispositions du Code civil et du Code de procédure sont déclarées communes aux demandes en séparation de biens formées par les femmes de marchands, de banquiers et commerçans. Le Code de commerce porte, art. 65 : « Toute demande en séparation de biens sera
» poursuivie et jugée conformément à ce qui est
» prescrit au Code civil, liv. 3, tit. 5, et au Code
» de procédure civile, 2^e. part., tit. 1, liv. 8. »

48. Ces formalités, qui peuvent paraître minutieuses, doivent être observées littéralement, et sous peine de nullité; laquelle nullité pourra, dit l'art. 869, « être opposée *par le mari* ou par ses
» créanciers. »

Cette disposition est fort sage à l'égard des créanciers, qui pourraient avoir à se plaindre de l'omission de quelqu'une des formalités prescrites pour la publicité des demandes en séparation. Mais le mari auquel la femme a nécessairement fait signifier sa demande, qui a été jugée contradictoirement avec lui, ne peut raisonnablement se plaindre de l'omission des formalités, qui n'ont pour objet que de rendre publique une instance dans laquelle il a été partie, et de mettre les créanciers à même d'empêcher les fraudes qu'on peut faire à leurs droits, dans une matière où elles sont si fréquentes et si faciles, par une collusion coupable entre le mari et la femme.

49. Après avoir prescrit ces formalités jugées nécessaires pour la publicité des demandes en séparation de biens, le Code ajoute, art. 869 : « Il » ne pourra être, sauf les actes conservatoires, » prononcé, sur la demande en séparation, au- » cun jugement qu'un mois après l'observation » des formalités ci-dessus prescrites, et qui se- » ront observées, à peine de nullité, laquelle » pourra être opposée par le mari ou par les » créanciers. »

L'objet de la première disposition de cet article, est d'empêcher que des époux mal intentionnés ne se hâtent de faire prononcer au plus vite une séparation frauduleuse et collusoire, afin de ne pas laisser à des créanciers absents ou éloignés le tems nécessaire pour prendre des renseignements exacts, demander la communication de la procédure, et intervenir dans l'instance; en un

mot, afin de paralyser ainsi les sages mesures prises par la loi dans leur intérêt. La loi prescrit donc un délai d'un mois, avant l'expiration duquel aucun jugement ne peut être valablement rendu. Cet article est le complément des mesures prises par les trois précédens, dans l'intérêt des tiers, qui pourraient faire annuler le jugement précipitamment obtenu avant l'expiration du délai.

50. Mais le jour où la dernière des formalités prescrites a été remplie doit-il compter dans la supputation du mois après lequel le jugement de séparation peut être valablement rendu? Et ce mois lui-même, comment doit-il être compté? De quantième en quantième? Ou doit-on compter trente jours entiers, suivant la durée des mois astronomiques, et comme on fait dans le commerce pour les usances, encore que le mois civil ait plus ou moins de jours (1), et enfin comme dans le Code pénal, art. 40?

51. Ces manières de compter les délais prescrits par les lois sont différentes, et produisent aussi des résultats différens, dont les conséquences peuvent, en beaucoup de cas, influencer sur la fortune des citoyens. Par exemple, si vous comptez le mois de quantième à quantième, et que le jour dont vous parlez, le terme *à quo*, soit le 15 mars, le mois, en ne comptant point le jour du départ,

(1) Ordonnance du commerce de 1673, tit. 5, art. 5, et art. 132 du Code de commerce.

sera échu le 15 avril, et le 14, si vous le comptez ; car il n'y a pas deux quinze dans un mois.

Si vous comptez le mois par trente jours, comme dans les usances, le trentième jour écherra le 14 avril, en ne comptant point celui du départ, ou le terme *à quo*, et il écherra le 13, si vous le comptez.

La différence est encore plus grande, si vous partez du mois de février, qui n'a que vingt-huit jours, hors les années bissextiles. Placez le point de départ au 27 février ; si vous comptez le mois par trente jours, en ne comptant point le terme *à quo*, le trentième jour n'écherra que le 29 mars.

Si vous comptez d'un quantième à l'autre, toujours sans compter le terme *à quo*, le mois écherra le 27 mars, et n'aura eu que vingt-huit jours, comme le mois de février.

Placez le terme *à quo* au 28, dernier jour de février, ne comptez point le terme *à quo*, et calculez le mois d'un quantième à l'autre ; sera-t-il échu le 28 mars, parce que le point de départ est en février, composé de vingt-huit jours ?

Mais le premier jour utile, le premier compté, est le premier du mois de mars, qui est composé de trente-un jours.

Ces difficultés, ces questions, peuvent se présenter dans une infinité de cas ; par exemple, dans le cas du renouvellement de l'inscription des hypothèques, qui doit être fait dans les dix ans ; en un mot, dans tous les cas où il s'agit de supputer des délais prescrits par les lois. Ces questions sont donc très-importantes ; et cependant, quoiqu'on

dispute sur ces points depuis des siècles (1), on n'a pu encore s'accorder; et ce qu'il y a de plus fâcheux, c'est que la jurisprudence des Cours ne donne que des lumières incertaines et trompeuses, parce que, faute aux législateurs de nous avoir tracé sur ces points des règles fixes et invariables, on y trouve des arrêts contradictoires (2). Nous ne prétendons point les rapporter tous ici; encore moins les concilier, ce qui nous paraît impossible. Nous tâcherons seulement de résoudre les principales difficultés de la matière, d'après la raison, les textes de nos lois, et les conséquences qui en dérivent.

52. Commençons par la fameuse question de savoir si le jour du terme est compris dans le terme, *an dies termini computentur in termino*. Mais d'abord observons que nous ne parlons point ici des délais en matière d'assignation, à l'égard desquels l'art. 1033 du Code de procédure établit pour règle générale que les jours du terme ne sont pas compris dans le terme, et qu'on ne compte ni le jour de l'assignation ni le jour de son échéance. « Le jour de l'assignation, y est-il dit, ni celui de » l'échéance, ne sont jamais comptés pour le délai » général fixé pour les ajournemens, les citations, » sommations et autres actes faits à personne ou

(1) Voy. le *Traité des hypothèques* de Grenier, tom. I, pag. 207, n^o. 107.

(2) Voy. Dalloz, *Journal des audiences, ou Jurisprudence générale du royaume*, année 1825, 1^{re}. part., pag. 255.

» domicile. » L'ordonnance de 1667 avait une disposition semblable, tit. 3, art. 6.

Remarquez que cette maxime, établie par l'article 1033 du Code de procédure, est contraire au sens naturel des mots, et ne s'applique point à tous les délais qui se trouvent prescrits dans ce Code. Par exemple, l'art. 157 porte que l'opposition à un jugement rendu contre une partie ayant un avoué, ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. La maxime de l'art. 1033 ne s'applique pas à ce cas, parce qu'il n'y a ni assignation à la partie, à personne ou domicile, ni échéance. Le cas rentre donc dans la question générale (1) de savoir si les jours du terme sont compris dans le terme.

53. Les docteurs distinguent le jour où commence le délai de celui où il finit, ou, pour employer leur langage, le jour du terme *à quo* du jour du terme *ad quem*.

Quant au dernier, il était incontestablement compris dans le délai, en droit romain; c'est ce qui résulte clairement de la loi 1, § 9, *ff. de successorio edicto*, 38. 9. *Quod dicimus intrà dies centum bonorum possessionem peti posse, ità intelligendum est, ut et ipso die centesimo, bonorum possessio peti possit; quemadmodum intrà calendas etiam ipsæ calendæ sint. Idem est et si in diebus centum dicatur.*

Il paraît que cette décision, suivie par tous les

(1) Voy. Carré, *Lois de la procédure*, art. 157.

docteurs, a toujours été reçue en France comme une maxime certaine, et elle est attestée par M. l'avocat général Talon, qui portait la parole dans une affaire de retrait, jugée le 23 mars 1650 (1), et qui dépendait du point de savoir si le jour du terme est compris dans le terme. Il parlait de la distinction du terme *à quo* et du terme *ad quem*, et disait « qu'à l'égard du jour *ad quem*, » tous sont demeurés d'accord qu'il était compris » et faisait partie du terme, en telle sorte que, » dans le cas particulier, l'action du retrait pouvait et devait être intentée dans le soixantième » jour prescrit par la Coutume, autrement le retrayant ne serait pas recevable, ce que l'intimé » se trouvait avoir fait; il est indubitable qu'on » ne peut rien imputer en ce chef, etc. »

Il ne paraît pas que, depuis ce tems, il se soit élevé de doutes sur la maxime que le jour du terme *ad quem* est compris dans le terme. Pothier (2) pensait seulement que, dans le cas particulier de la prescription, pour acquérir un droit réel par dix ou vingt ans, il n'était pas nécessaire que le dernier jour du terme fût complet, et qu'il suffisait que le possesseur de bonne foi eût continué de posséder, *vel minimo momento, novissimo die....., nec totus dies exigitur ad explen-*

(1) Le dispositif de l'arrêt rendu par le Parlement de Paris, avec les conclusions de M. Talon, est rapporté à sa date dans le *Journal des audiences*.

(2) *Traité de la prescription*, n°. 102.

dum constitutum tempus, suivant la loi 15, *ff de div. temp.*, § 44—5.

Mais cette exception à la règle générale, suivant laquelle, *in usucapionibus, ... totum postremum diem computamus*, l. 6, *ff de usuris et usucapionibus*, 41. 3., a été rejetée par le Code civil (art. 2261), qui porte que « la prescription est acquise, lorsque le dernier jour du terme est accompli; » disposition générale qu'on doit appliquer aux délais prescrits par les lois; car enfin, ces délais sont des sortes de prescriptions.

Aussi les lois ont-elles appliqué aux délais qu'elles prescrivent dans des cas particuliers, la maxime que le jour du terme *ad quem* est compris dans le terme. Par exemple, la loi du 5 décembre 1790, art. VIII, porte que « les exploits et actes » des huissiers seront enregistrés dans les quatre » jours qui suivent celui de leur date; » et la loi du 22 frimaire an VII étend cette disposition, en disant, art. 25 : « Dans les délais fixés par les articles précédens pour l'enregistrement des actes, » le jour de la date ne sera pas compté. »

Dire que le jour de la date de l'acte, celui du terme *à quo*, ne sera pas compté, c'est faire entendre bien clairement qu'on doit compter le jour de l'expiration du délai, le *terminus ad quem*; et, en vérité, le simple bon sens suffisait pour le décider ainsi; car quand la loi accorde un délai, quand elle dit qu'une chose sera faite ou qu'elle ne sera pas faite, dans l'an, par exemple, dans le mois, ou dans tant de jours, il est clair qu'elle accorde tous et chacun des jours qui composent le délai;

autrement elle se contredirait. Par exemple, s'il fallait retrancher le quatrième jour de ceux qu'elle accorde pour l'enregistrement des actes des huissiers, il est évident qu'elle n'en accorderait réellement que trois. Mais aussi, quand le dernier jour est accompli, *la prescription est acquise*, suivant la règle générale. C'était donc plutôt une question de grammaire que de jurisprudence.

54. Nous n'en pouvons pas dire autant de la question de savoir si le jour du terme *à quo* est compris dans le terme. Le Code, qui s'est exprimé d'une manière si précise et si claire sur le jour du terme *ad quem*, garde le silence, ou du moins s'exprime d'une manière très-équivoque sur le jour du terme *à quo*, et les dispositions des lois particulières qui en parlent ne sont pas plus claires. Par exemple, lorsque la loi dit, à compter de tel jour, depuis ou après tel jour, on peut demander, et l'on se demande naturellement, si c'est *inclusivement* ou *exclusivement*? Il reste donc du doute.

Et quand la loi n'a point positivement désigné le jour précis du terme *à quo*, et s'est contentée de dire qu'une chose serait faite ou ne serait pas faite dans le mois; quand elle a dit, comme au titre de la prescription: « Toutes les actions, tant » réelles que personnelles, sont prescrites par » trente ans (2263); » ou bien: « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans. » (2265); » il reste à savoir quand le mois, quand la prescription commencent; comment se compte

le mois ; si le jour où la prescription commence doit être compté.

Commençons par le cas où la loi a désigné le jour du terme *à quo*, comme quand elle a dit, par exemple, à compter de tel jour, ou depuis tel jour. Dès lors qu'il reste du doute sur le sens de cette locution ou autres semblables, pour savoir si c'est inclusivement ou exclusivement, il nous paraît incontestable que, pour en fixer le sens, il faut s'en tenir à l'usage, qui fait la loi en matière de langage, *quem penès arbitrium est et jus et norma loquendi* ; loi que le législateur est, plus justement encore que chaque particulier, obligé de suivre.

Or, il nous paraît constant que de tout tems, en France, on a été dans l'usage de regarder le jour du terme *à quo* comme un point de départ que l'on ne comprenait point dans le terme. C'est ce que nous atteste l'oracle du droit français, Dumoulin, qui vivait dans le seizième siècle, et qui dit, sur les art. 10 et 11 de la Coutume de Paris, n°. 2 : *Quamvis jure regulariter tempus statim currat de momento ad momentum, tamen, de consuetudine, communiter observatur quòd dies à quo præfigitur terminus non computatur in termino, ... et ita semper vidi communiter observari.*

Depuis Dumoulin, l'usage de ne point comprendre dans le terme ou dans le délai le jour formant le point de départ du délai, autrement le *terminus à quo*, a continué, et a été regardé comme un point qui ne souffrait pas de difficulté. M. l'avocat général Talon, portant la parole, le 23 mars

1656 (1), dans une affaire dont nous avons déjà parlé, disait que « la cause aboutit à savoir si le » jour du terme est compris dans le terme ; en » quoi, disait-il, *il y a peu de difficulté*, d'autant » qu'encore que la jurisprudence ait changé, néan- » moins, il est *constant* qu'elle a été résolue par » la différence du terme *à quo* et du terme *ad quem*, parce qu'à l'égard du premier, tous les » docteurs ont convenu en ce point que la parti- » cule *du* (à compter du), qui répond à la pré- » position *à*, est exclusive du jour du terme, et » par conséquent qu'il n'est point entendu com- » pris dans le terme. » (2)

Cet usage a continué jusqu'à la rédaction des lois nouvelles, qui, loin de l'abroger, y ont con- formé leur rédaction dans des cas particuliers, en excluant littéralement le jour du terme *à quo* de ceux qui composent les délais accordés. Par exemple, la loi sur l'enregistrement, du 22 fri- maire an VII, porte, art. 25 : « Dans les délais fixés » par les articles précédens pour l'enregistrement » des actes, le jour de la date (qui est celui du » terme *à quo*), ne sera pas compté. »

Cette loi est, il est vrai, particulière au cas des délais de l'enregistrement des actes ; mais sa con- formité avec l'usage ancien que le législateur n'a abrogé nulle part, ne nous donne-t-elle pas le

(1) L'arrêt est rapporté à sa date du 23 mars 1656, dans le *Journal des audiences*.

(2) Voy. aussi le *Répertoire de jurisprudence*, v°. Loi 55, pag. 548, 4^e. édition.

droit de conclure qu'il a voulu que, quand un délai est fixé à compter du....., depuis....., etc., sans ajouter *inclusivement* ou *exclusivement*, on l'entendît comme autrefois, *exclusivement*?

C'est aussi de cette manière que la Cour suprême, présidée par le Nestor de la magistrature, le docte Henrion de Pansey, a décidé, le 5 avril 1825, que dans les dix ans accordés pour la durée de l'inscription hypothécaire, on ne doit point compter le jour où elle a été faite, qui est le terme *à quo*, « attendu, porte le dispositif de » cet arrêt (1), que la durée de dix ans accordée » à l'inscription hypothécaire, court, aux termes » de l'art. 2154 du Code civil, *à compter du jour » de sa date*; expressions qui disent clairement que » le jour où l'inscription est faite n'est pas com- » pris dans le délai; que l'arrêt attaqué, en ju- » geant qu'une inscription originairement prise le » 13 juin 1799, renouvelée le 13 juin 1809, l'avait » été en tems utile, a fait une juste application » de la loi. — Rejette. »

Nous pensons donc que l'on doit désormais regarder la jurisprudence comme entièrement fixée sur ce point (2), et que si le jour du terme *ad quem* doit toujours être compris dans les délais

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences* de Dalloz, année 1825, 1^{re} part., pag. 255.

(2) Il est donc inutile de s'arrêter à discuter les arrêts contradictoires rendus par les Cours souveraines. Voy. au surplus la note de M. Dalloz, sur l'arrêt qu'on vient de citer; voy. aussi M. Grenier, *Traité des hypothèques*, tom. I, pag. 211.

prescrits par les lois, le jour du terme *à quo* ne doit jamais l'être. C'est un point de départ qu'on laisse en dehors de l'espace de tems à parcourir.

55. Mais si le jour du terme *ad quem* doit toujours être compté, comme nous l'avons dit, doit-il l'être également, s'il arrive un jour férié légal, et celui à qui la loi accordait ce dernier jour pour agir, et qui en a été empêché par un obstacle indépendant de sa volonté, en sera-t-il la victime?

M. Grenier ne le pense pas. Il croit qu'une inscription hypothécaire prise le lendemain du jour férié, dernier des dix ans accordés pour le renouvellement, par l'art. 2154 du Code civil, serait utile, et continuerait l'effet de la première inscription à l'époque de sa date. Il se fonde sur ce qu'on ne peut imputer à négligence ce qui n'a pu être fait par une circonstance indépendante de celui qui devait agir, et que ce serait outrer la sévérité que de prétendre qu'il devait prévoir cet événement, et devancer le jour férié; qu'autrement on exigerait plus que la loi ne veut (1).

Mais il nous semble qu'il ne ferait, au contraire, que remplir le vœu de la loi, en agissant dans les délais fixés. En lui accordant ce délai, elle n'a pas dit qu'il en pourrait déduire les jours fériés qui s'y trouveront compris. Il les a connus d'avance; il devait agir la veille du dernier jour, ou les jours précédens; et l'on a toujours regardé comme une paresse, comme une négligence, d'at-

(1) *Traité des hypothèques*, tom. I, pag. 212.

tendre le dernier jour, le dernier moment, pour faire ce qui nous intéresse, parce que c'est s'exposer aux obstacles imprévus qui peuvent survenir ou se rencontrer le dernier jour, et les prendre sur son compte.

S'il était permis de déduire ou de ne pas compter dans le délai le dernier jour du terme, parce qu'il se trouve un jour férié, où l'on ne peut agir, pourquoi n'en pas déduire aussi l'avant-dernier, quand il arrive un jour férié; car enfin, il était donné aussi pour agir, et celui qui le devait faire ne l'a pu par un obstacle indépendant de sa volonté?

En un mot, la loi, en fixant un délai, n'a permis de ne point compter le dernier jour, ou le jour du terme *ad quem*, que dans un seul cas d'exception, qui est celui des délais fixés pour l'enregistrement des actes. La disposition finale de l'art. 25 de la loi du 22 frimaire an VII, après avoir dit que dans les délais fixés pour l'enregistrement des actes, le jour de la date, le jour du terme *à quo*, ne sera pas compté, ajoute : « Si le » dernier jour du délai se trouve être un décadi, » ou un jour de fête nationale, ou s'il tombe dans » les jours complémentaires, ces jours-là ne sont » pas comptés non plus. »

Mais cette exception, qui ne nuit à personne, et favorise, au contraire, les notaires et les débiteurs du droit d'enregistrement, ne peut être étendue à un autre cas; et lorsqu'il s'agit de l'intérêt d'un tiers, la loi, plutôt que d'allonger le terme d'un jour, quand le dernier se trouve férié,

l'abrège plutôt, et en retranche ce jour, comme pour indiquer au débiteur qu'il ne doit pas attendre le dernier, qu'il sait être férié. C'est ainsi que l'art. 134 du Code de commerce dit « que si » l'échéance d'une lettre de change est à un jour » férié légal, elle est payable la veille. »

Malgré la déférence que nous avons pour les opinions de M. Grenier, nous ne pouvons donc partager sur ce point celle de ce docte magistrat.

56. Voyons maintenant les questions que nous avons indiquées ci-dessus, et qui s'élèvent sur les délais par mois ou par années. Il résulte de ce que nous avons dit, que le jour du terme *à quo*, celui qui est indiqué comme point de départ, ne doit pas entrer dans la supputation du mois; mais comment doit-il être compté en partant du terme *à quo*?

Remarquez qu'il ne s'agit ici que des mois civils, dont la durée est inégale, et de la manière de les compter en France, sous l'empire de nos Codes. Nous n'avons donc point à nous occuper des dispositions contradictoires qu'on trouve dans les lois romaines. Dans le tems des extrêmes de la révolution, une loi du 4 frimaire an II avait aboli en France le calendrier grégorien, et y avait substitué une nouvelle distribution de l'année en douze mois égaux, de trente jours chacun, à la suite desquels elle avait placé cinq jours pour les années ordinaires, et six jours pour les années bissextiles : c'est ce que l'on appelait les jours complémentaires.

Mais le sénatus-consulte du 22 fructidor an XIII

a ordonné qu'à compter du 11 nivôse an XIV, 1^{er}. janvier 1806, le calendrier grégorien serait remis en usage dans tout l'empire français. C'est donc ce calendrier que nous devons suivre pour la supputation des mois comme des années. L'article 132 du Code de commerce en contient une disposition formelle : « Les mois sont tels qu'ils » sont fixés par le calendrier grégorien. »

Ainsi, dans tous les délais fixés par mois, il faut prendre les mois tels qu'ils sont composés dans le calendrier grégorien, et par conséquent, les calculer en général de quantième en quantième, attendu que, suivant ce calendrier, les mois civils ou usuels étant inégalement composés, c'est par ce calcul seul, c'est-à-dire par l'échéance du mois, date par date, et non par tel nombre de jours, que doivent se régler les délais fixés par mois; que de cette règle, consacrée par les lois et par la jurisprudence, résulte la différence qui existe et qui doit exister entre les délais de tel nombre de mois, et ceux qui se mesurent et se déterminent par tel nombre de jours.

C'est d'après ces principes que la Cour suprême a décidé, dans son arrêt du 9 novembre 1811, et par quatre autres arrêts (1), qu'un délit forestier, qui est prescrit faute de poursuites dans le délai de trois mois, suivant la loi du 15 septembre 1791,

(1) Voy. le *Répertoire*, v^o. Mois, tom. VIII, pag. 547, 4^e. édition.

et qui avait été constaté par un procès-verbal du 31 mai 1811, n'était pas prescrit le 31 août suivant ; et qu'ainsi l'action intentée ledit jour, 31 août, contre le délinquant, l'avait été dans le délai utile de trois mois.

Cet arrêt prouve en même tems que, suivant le principe que nous avons posé ci-dessus, le jour du procès-verbal, qui était celui du terme *à quo*, ne fut pas compté par la Cour suprême ; autrement il y aurait eu deux trente-un dans un mois.

Mais supposons que le procès-verbal fût du 30 novembre ; l'action aurait été prescrite le premier mars, quoique février n'ait que vingt-huit jours, suivant le calendrier grégorien, que l'on doit suivre. Ainsi, la règle qu'il faut calculer les mois de quantième à quantième, suivie par la Cour suprême dans l'arrêt du 9 novembre 1811, ci-dessus cité, n'est exacte que quand le jour du terme *à quo*, celui d'où l'on part, se trouve dans le courant ou dans les premiers jours du mois, et non pas quand il se trouve le dernier jour. Par exemple, dans le délai d'un mois, si le terme *à quo* se trouve le 31 janvier, vous n'avez point de quantième correspondant en février, qui n'a que vingt-huit jours. Mais le délai d'un mois n'en sera pas moins expiré le 28 février ; car ce n'est que de ce nombre de jours que ce mois est composé par le calendrier grégorien, qu'il faut suivre.

Par la même raison, dans le délai d'un mois, si le terme *à quo* se trouve le 28 février, il ne sera échu que le 31 mars, ce mois étant composé de trente-un jours par le calendrier grégorien ; et

si le délai était de deux mois, il expirerait le 30 avril.

L'art. 40 du Code pénal, qui porte que la peine d'un mois d'emprisonnement est de trente jours, forme une exception à la règle qu'il faut prendre les mois tels qu'ils sont dans le calendrier grégorien. Cette exception unique ne doit pas s'étendre à d'autres cas. Elle est fondée sur le principe que la peine doit être d'une égale durée, en quelque tems de l'année qu'elle ait été prononcée ou subie ; ce qui ne peut s'accorder avec les inégalités des mois du calendrier grégorien.

57. Si quelquefois il arrive que la loi n'indique pas positivement le jour d'où doit partir un délai, le jour du terme *à quo*, on peut toujours le connaître en réfléchissant à son esprit et à la matière dont il s'agit dans sa disposition.

Par exemple, l'art. 2265 du Code porte « que » celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre » un immeuble, en prescrit la propriété par dix » ans, etc. »

Il ne dit point de quel jour il faut compter ces dix ans ; et l'on peut demander d'abord si c'est du jour du contrat d'acquêt. L'art. 25 de la loi du 11 brumaire an VII, sur les expropriations forcées, disait : « A compter du jour de la transcription du jugement d'adjudication, et de la » première perception des fruits. » L'époque de la transcription du jugement et celle de la première perception des fruits ne sont pas la même. Il peut même y avoir un intervalle assez considérable entre ces deux époques.

Cependant, la loi exigeait, pour faire courir la prescription, ces deux choses bien différentes : la transcription du jugement, parce qu'alors c'était la transcription du titre qui transmettait la propriété de l'immeuble à l'acquéreur, suivant l'article 226 de la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire ; la perception des fruits, parce qu'elle caractérisait la possession de l'immeuble d'une manière non équivoque.

Le Code n'a point répété la disposition qui exigeait la transcription du titre, pour faire courir la prescription, parce qu'il a voulu que la propriété soit transmise de droit à l'acquéreur, et par l'effet des obligations, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose ne soit pas encore livrée, ni le prix payé. (Art. 1583 et 711).

Le Code n'a pas non plus répété la disposition qui exigeait la première perception des fruits, pour commencer à faire courir la prescription, parce que la possession peut commencer longtemps auparavant. Il s'est donc contenté de dire, avec plus de brièveté : « Celui qui *acquiert* de » bonne foi, et par juste titre, un immeuble, en » *prescrit* la propriété par dix ans. »

Du reste, il n'a pas jugé nécessaire d'ajouter : « A compter du jour de son entrée en possession, » parce qu'il avait posé, dans l'art. 2229, le principe général que la possession est le fondement de la prescription, et que, pour pouvoir prescrire, il faut une possession paisible.

En disant que l'acquéreur de bonne foi d'un

immeuble en *prescrit* la propriété par dix ans, il a donc dit équivalement, à compter du jour de son entrée en possession. Cela est évident. Quand il y a du doute sur le jour de son entrée en possession, le possesseur est tenu d'en prouver l'époque précise, afin qu'on voie si cette époque est antérieure aux dix années accomplies exigées pour opérer la prescription; mais alors on ne doit pas compter ce jour, qui est le terme *à quo*. Ainsi, s'il est prouvé que l'acquéreur est entré en possession le 31 décembre 1826, on ne comptera pas ce jour, et la prescription sera complète le 31 décembre 1836, à la fin du jour; car, suivant l'article 2260, elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli. Ceci est également applicable au cas de la prescription trentenaire (1).

58. Revenons à l'art. 869, qui a occasionné cette digression sur la manière de compter les délais, par la défense qu'il fait de n'obtenir un jugement qu'un mois après l'observation des formalités prescrites par les articles précédens, sauf néanmoins, ajoute-t-il, les *droits conservatoires*, c'est-à-dire ceux par lesquels la femme prend des mesures qui tendent à la conservation des droits dont elle devra entrer en jouissance après le jugement qui aura prononcé la séparation; car les droits lui sont acquis dès le tems de la demande. Le jugement qui prononce la séparation ne lui en donne

(1) Voy. Pothier, *Traité de la prescription*, n°. 102; Duparc-Poulain, dans ses *Principes*, tom. V, pag. 230 et suiv.; mais ce dernier auteur pensait que la prescription se compte de moment en moment.

point de nouveaux. Il ne fait que déclarer qu'elle peut désormais exercer ceux qu'elle avait dès le moment de la demande, et dont l'exercice était suspendu par l'existence de la communauté, et par la fâcheuse nécessité où elle était de prouver que le tems de la dissoudre était arrivé dès l'époque de sa demande en séparation.

59. C'est donc toujours à cette époque qu'on doit faire remonter les effets du jugement de séparation, suivant le principe consacré par la disposition finale de l'art. 1445 : « Le jugement qui » prononce la séparation de biens remonte, quant » à ses effets, au jour de la demande. »

D'où la conséquence que, pendant la litispendance, le mari ne peut, en diminuant la sûreté de sa femme, rendre sa condition pire qu'elle n'était au moment de la demande en séparation, et qu'elle doit par conséquent être autorisée, pour conserver ses droits, à prendre toutes les mesures légales permises à un créancier sur les biens de son débiteur. La disposition de l'art. 869 du Code de procédure, qui lui permet de faire, pendant l'instance en séparation, tous les actes conservatoires de ses droits, et par conséquent de ses sûretés, est donc conforme à la raison et à la justice. Il n'a fait qu'étendre et appliquer aux séparations l'art. 270 du Code civil, qui permet à la femme (1) commune en biens, demanderesse ou défenderesse

(1) Voy. un arrêt de la Cour de Caen, du 16 mars 1826, au *Recueil* de Dalloz, année 1827, 2^e part., pag. 1.

en divorce, de requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté.

60. Inutilement dirait-on que cette disposition est injuste et contraire à la disposition de l'article 1421, qui donne au mari le droit d'administrer seul les biens de la communauté, le pouvoir de les vendre, de les aliéner sans le concours de sa femme; qu'on ne peut le dépouiller de ses droits; que la femme qui demande la séparation n'a encore ni titre certain, ni créance liquide, mais seulement une action, et que si elle l'accuse de dissipations et de désordres, un accusé n'est pas convaincu.

Il faut répondre que la femme a un titre de créance dans son contrat de mariage, en tous cas, dans les dispositions de la loi, qui lui assurent le recouvrement de sa dot et de ses reprises; qu'elle ne fait donc qu'en hâter le recouvrement, et que la loi, qui peut permettre à des créanciers à terme des mesures conservatoires, lorsque leur débiteur paraît tomber notoirement dans la déconfiture, ne doit pas être moins indulgente en faveur d'une femme forcée de demander la séparation de biens contre un mari notoirement dissipateur.

61. Car remarquez que la femme doit se faire autoriser par le juge, dans les mesures conservatoires qui peuvent blesser les droits du mari, telles que l'apposition des scellés, les saisies, etc. Elle doit les requérir, dit l'art. 270 du Code civil, et le juge ne doit pas déférer indistinctement à la réquisition des femmes qui se pourvoient en sé-

paration de biens. Il faut pour cela des commencemens de preuve, ou tout au moins une sorte de notoriété des dérangemens du mari (1).

On doit ici distinguer le simple droit d'administration, du pouvoir exorbitant et presque illimité qu'a le mari sur les biens de la communauté, dont il est propriétaire pendant qu'elle dure (2), et qu'il peut aliéner, perdre même, sans en devoir compte à sa femme. Mais ce droit devient litigieux par la demande en séparation ; dès lors il est incertain s'il retiendra ou perdra cette propriété qui l'en rend maître absolu. Il est donc d'autant plus prudent, d'autant plus nécessaire de permettre à la femme, pour conserver ses droits intacts, les mesures qui tendraient à prévenir l'abus que le mari pourrait faire, au préjudice de sa femme, d'un droit qui aura cessé dès le tems de la demande en séparation, si les causes en sont fondées, qu'il est à craindre que le mari, blessé par la demande d'une épouse qui le dénonce au public comme un dissipateur, n'emploie tous les moyens pour rendre sa condition meilleure, au préjudice de sa femme, et pour la punir d'une démarche qui l'irrite.

Quant au droit d'administration inhérent à sa qualité de chef de la communauté, le mari doit le conserver pendant la litispendance, sans qu'on puisse l'en dépouiller, parce qu'on ne peut con-

(1) Voy. le Répertoire, v^o. SÉPARATION DE BIENS, pag. 416, 4^e. édition.

(2) Voy. tom. XII, pag. 440, n^o. 503.

damner personne sans l'entendre, qu'on ne peut lui ôter ses prérogatives sans le juger, et qu'on ne peut déposséder qui que ce soit sans l'autorité de la justice.

62. Mais ne doit-on pas faire une distinction entre le droit d'administrer les biens de la communauté, droit tellement inhérent à sa qualité de chef de la société conjugale, qu'il n'en peut jamais être privé, même par les conventions matrimoniales, et le droit d'administrer les biens personnels de la femme, qu'on peut non seulement limiter et modifier, mais qu'on peut même lui interdire tout à fait, pour le laisser à la femme, par les conventions matrimoniales ? Ce dernier droit ne doit-il pas cesser provisoirement par la demande en séparation, à laquelle remontent toujours les effets du jugement qui la prononce ? Par exemple, le mari peut, selon l'art. 1429, affermer seul les biens personnels de sa femme, ou en renouveler les baux, trois ans avant l'expiration des baux courans, s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans, s'il s'agit de maisons, aux termes de l'article 1430. Un mari pourrait-il, postérieurement à la publication de la demande en séparation, user de ce droit, dont l'exercice peut être très-préjudiciable à sa femme ?

La Cour royale de Riom, présidée par le savant M. Grenier, vient de juger la négative dans l'espèce suivante : Depuis la demande en séparation formée par Marie Flatin, contre François Crouseix, son mari, celui-ci afferma à Jean Grégoire, pour neuf années, un moulin dépendant

des biens personnels de sa femme, sans attendre que le jugement sur la demande en séparation fût prononcé. Celle-ci assigna Grégoire en nullité du bail. Après le jugement, Crouseix s'en rendit appelant, pour faire rejeter la demande en séparation, et Grégoire, pour faire ordonner, dans tous les cas, l'exécution de son bail.

Mais la Cour, « attendu que, quoique le bail à
» ferme consenti par Crouseix au profit de Gré-
» goire puisse n'être pas frauduleux, quant au prix,
» il ne laisse pas d'être un acte de mauvaise ad-
» ministration de Crouseix, relativement à la po-
» sition de sa famille, en ce qu'il priverait son
» épouse et une partie de ses enfans d'employer
» leur tems et leur industrie à l'exploitation du
» moulin dont il s'agit, et qu'il les priverait d'une
» partie du bénéfice de cette exploitation, pour
» le faire passer à un fermier étranger;

» Attendu, d'ailleurs, que la nullité de ce bail
» est une suite naturelle de la prononciation de la
» séparation, sur-tout le bail ayant été fait après
» la publication légale de la demande en sépara-
» tion, ce qui seul le rendait suspect, confirme
» le jugement de séparation, et évoquant le prin-
» cipal entre Marie Flatin et Grégoire, déclare le
» bail nul, etc. » (1)

(1) Un arrêt de la Cour de Caen, du 16 mars 1825, rapporté par M. Dalloz, *Journal des audiences*, année 1827, 2^e. part., pag. 1, a jugé que la saisie-arrêt pratiquée sur les fermages de ses immeubles par la femme commune, demanderesse en séparation de biens, avant que cette séparation soit prononcée, si elle paraît fondée, doit être



Cet arrêt, qui nous paraît très-bien rendu, est du 20 février 1826. Il est rapporté dans le Journal des audiences, par M. Dalloz, pour l'année 1826, 2^e. part., pag. 220.

63. Il est certaines mesures que la femme peut prendre, et qui sont nuisibles au droit d'administration du mari; par exemple, l'apposition des scellés, les saisies : mais la loi donne à celui-ci les moyens de faire cesser, dans ces mesures, ce qui peut nuire à la simple administration, sans lui rendre le droit de disposition qui préjudicierait aux droits de sa femme. Ainsi, il peut faire lever les scellés mis sur les effets mobiliers de la communauté, en en faisant faire, contradictoirement avec la femme, un inventaire avec prise, et à la charge, par lui, de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur, comme gardien judiciaire. (Art. 270).

Mais si la femme avait mis une saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de la communauté ou de son mari, celui-ci n'en pourrait obtenir la mainlevée qu'en donnant caution; autrement la femme n'aurait plus de sûreté, et elle pourrait, faute au mari de donner caution, faire ordonner le dépôt ou la consignation des sommes arrêtées, à l'échéance des termes.

On peut dire, il est vrai, que la demande en

maintenue, mais seulement quant aux fermages non encore échus à l'époque de la demande. Il annule le bail d'un moulin de la femme, consenti pour neuf ans, après la publication de la demande en séparation.

séparation de biens, formée par la femme, portant naturellement atteinte au crédit du mari, il trouvera difficilement des cautions : cela est vrai ; mais cette difficulté même n'est-elle pas un motif pour maintenir la saisie, puisqu'elle donne lieu de penser que la demande en séparation est bien fondée dans l'opinion publique ? Si le public la croyait mal fondée, et dictée seulement par l'humeur de la femme, ou par des craintes chimériques, le mari manquerait-il de trouver des amis pour l'aider à sortir d'embarras ? D'ailleurs, n'est-ce pas un moindre inconvénient de le laisser momentanément privé d'une somme qui lui est due, que d'exposer la femme à perdre ses droits sur une somme qui est peut-être sa plus grande sûreté ?

6⁴. Il est à remarquer que la femme, en vertu de la permission accordée, sur sa réquisition, de saisir les effets mobiliers de la communauté, peut étendre sa saisie jusque sur ceux de ces effets que le mari aurait vendus en fraude des droits de son épouse, même antérieurement à la demande en séparation, mais dont l'acheteur ne serait pas encore en possession. En voici un exemple :

La dame Lecomte obtient, sur sa requête en séparation, une ordonnance du tribunal civil de Mortagne, qui l'autorise provisoirement à *prendre toutes mesures conservatoires*. Elle fait en conséquence saisir tous les effets mobiliers de la communauté, et notamment une récolte de fruits. Le sieur Brisard demande que cette récolte soit extraite de la saisie, attendu qu'il l'a achetée du

sieur Lecomte, moyennant 400 fr., par un acte antérieur aux poursuites de la femme. Le 4 frimaire an XIV, jugement en dernier ressort qui, « en déclarant l'acte de vente sous seing privé, » du 3 fructidor dernier, enregistré le 4, simulé, » confidentiel, frauduleux, et fait entre un client » et son avoué pour empêcher la partie adverse » de recouvrer ce qui lui est dû, donne main-levée à Félicité Gauttier, femme Lecomte, de » l'opposition faite par Brisard à la saisie. »

Brisard se pourvoit en cassation contre ce jugement, qu'il prétend contraire à l'art. 421 du Code, qui rend le mari seul administrateur des biens de la communauté, avec pouvoir de les vendre et aliéner sans le concours de la femme.

Par arrêt du 30 juin 1807, la Cour de cassation, « Considérant que l'art. 421 du Code civil, qui » établit le mari administrateur exclusif de la communauté, avec pouvoir de vendre et aliéner les » objets qui en dépendent, doit s'entendre avec » les exceptions de dol et de fraude, qui ne sont » jamais dans l'intention de la loi, et que le tribunal de Mortagne a déclaré l'acte dont il s'agit » simulé et frauduleux, la Cour rejette, etc. (1) »

65. La vente des effets mobiliers délivrés à l'acheteur avant la saisie serait valable, et la femme ne pourrait la faire annuler, qu'en exerçant l'action révocatoire contre l'acheteur, et en prouvant qu'il a été complice de la fraude de son mari.

(1) Voy. le Répertoire, v°. SÉPARATION DE BIENS, pag. 416, 4^e. édition.

66. Bien plus : si, pendant le cours de l'instance en séparation, le débiteur d'une rente propre de la femme la remboursait au mari, sans l'intervention de cette dernière, le remboursement serait valable, et le débiteur libéré, s'il n'était pas prouvé qu'il fût complice de la fraude du mari, dans le cas où la femme ne se fût pas opposée au remboursement, ou n'eût pas mis une saisie-arrêt aux mains de son débiteur. Le Parlement de Paris avait même jugé que la femme demanderesse en séparation de biens ne pouvait pas s'opposer au remboursement pendant la litispendance (1).

Mais cet arrêt est contraire aux principes, et l'on n'y doit avoir aucun égard sous l'empire de la législation actuelle, qui permet expressément à la femme demanderesse en séparation, toutes les mesures conservatoires sur les biens de la communauté; à plus forte raison a-t-elle droit d'en exercer sur un capital qui lui est propre.

67. A l'expiration du délai d'un mois, dont parle l'art. 869, la femme continue de suivre sa demande en séparation dans les formes des procès ordinaires, soit contradictoirement avec le mari, soit par défaut; et si le juge trouve les faits de dissipation et de dérangement articulés par la femme assez graves pour motiver une séparation de biens, il doit ordonner qu'elle en fera la preuve, tant par titres que par témoins, sauf au mari la preuve contraire.

(1) Voy. le Répertoire, *ubi supra*, pag. 422.

68. Mais l'appointement à faire preuve par témoins n'est pas toujours nécessaire. Il peut se rencontrer des circonstances assez fortes pour établir la nécessité d'une séparation de biens, sans qu'il soit besoin de recourir aux enquêtes. On en avait douté sous l'empire des Coutumes. Celle d'Orléans, qui faisait le droit commun en cette matière, portait, art. 198 : « Les séparations de biens » d'entre homme et femme conjoints par mariage, se doivent faire avec connaissance de » cause, et information préalablement faite par » les juges des lieux où demeureront ceux qui » requerront lesdites séparations, etc. »

Ce texte pouvait induire à penser qu'une enquête était nécessaire pour convaincre les juges, par tous les moyens possibles, qu'il n'y avait point de connivence entre les époux, qui pourraient avoir préparé de concert les pièces produites comme preuves écrites des dissipations du mari; mais Pothier, n°. 516, dit fort bien que le mot *information* se prend, dans l'art. 198 de la Coutume d'Orléans, en un sens étendu, pour tous les genres de preuves par lesquelles un juge peut être *informé* et certifié de la vérité des faits, et qu'il n'est pas toujours nécessaire de faire entendre des témoins, les pièces produites par la femme étant souvent seules suffisantes pour établir le mauvais état des affaires du mari, qui met en péril la dot de la femme, et nécessite une séparation.

La jurisprudence était d'accord avec la doctrine de Pothier. Raviot sur Perrier, quest. 251, n°. 57,

rapporte un arrêt du Parlement de Dijon, du 3 janvier 1670, qui confirma une sentence de séparation rendue sans enquête; mais la dissipation était prouvée par écrit, comme l'observe l'arrêliste.

Augeard en rapporte un semblable du Parlement de Metz, du 17 mai 1691, et on en trouve un rendu depuis la promulgation du Code, le 26 janvier 1808 (1), dans les mêmes principes. Il confirma un arrêt de la Cour d'Amiens, portant qu'il est inutile de recourir à la preuve testimoniale, lorsque les pièces produites par la femme justifient la nécessité d'admettre la séparation. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté, attendu, est-il dit, « qu'il suffit à la femme, pour provoquer et » obtenir la séparation de biens, d'articuler et de » prouver que *sa dot* est mise en péril, et que le » désordre des affaires de son mari donne lieu » de craindre que les biens de celui-ci soient in- » suffisans pour remplir les droits et reprises de » la femme; qu'il a été reconnu par la Cour d'appel que la femme Davelay avait administré la » preuve du *péril de sa dot* et de l'insuffisance » des biens de son mari, pour la sûreté de ses » droits et reprises, etc. »

On ne peut donc douter aujourd'hui que la séparation ne puisse être prononcée sans enquête préalable, si les juges trouvent dans les pièces

(1) Voy. Répertoire de Merlin, v^o. SÉPARATION DE BIENS, pag. 416. 4^e. édition.

produites par la femme, et dans les circonstances de l'affaire, des preuves suffisantes pour en établir la nécessité.

69. Mais dans le nombre de ces preuves, il ne faut pas compter les aveux que le mari aurait pu faire des faits articulés par la femme, et qui servent de fondement à sa demande. Quels que soient les faits avoués, les juges n'en doivent pas moins exiger que la femme en fasse la preuve. « L'aveu » du mari, dit l'art. 870 du Code de procédure, » ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait » pas de créanciers. » Cette disposition est une conséquence nécessaire de l'art. 1443 du Code civil, qui déclare nulle toute séparation volontaire.

70. La jurisprudence des Parlemens de Dijon et de Rouen (1) exigeait que les créanciers du mari fussent assignés à personne ou domicile, s'ils étaient connus, et à cri public, s'ils ne l'étaient pas, sans quoi la séparation était nulle. Au lieu de cette formalité, que n'exigeaient point les autres Parlemens, nous avons vu les formalités que nos Codes prescrivent pour rendre publiques les demandes en séparation de biens, et les faire connaître aux personnes intéressées. L'art. 1447 du Code civil donne de plus aux créanciers la faculté « d'intervenir dans l'instance sur la demande en » séparation pour la contester. »

71. L'art. 871 du Code de procédure développe cette faculté, en ajoutant que « les créanciers du

(1) Voy. le Répertoire, *ibid.*, pag. 417.

» mari pourront, jusqu'au jugement définitif, som-
» mer l'avoué de la femme, par acte d'avoué à
» avoué, de leur communiquer la demande en
» séparation et les pièces justificatives, même in-
» tervenir pour la conservation de leurs droits,
» sans préliminaire de conciliation, » sauf à la
femme à répondre à leurs moyens d'intervention.

Au moyen de cette communication des pièces, les créanciers du mari sont mis à portée de juger par eux-mêmes si la demande en séparation est en apparence bien fondée, et si elle peut leur porter préjudice. S'ils reconnaissent que les prétentions de la femme sont légitimes et n'ont rien d'exagéré, ils peuvent s'en tenir à cette première démarche. Ils peuvent aussi intervenir dans l'instance pour veiller à ce qu'il ne soit rien fait de contraire à leurs intérêts, et à plus forte raison, contredire les prétentions de la femme, si elles leur paraissent inadmissibles ou exagérées. Soit qu'ils interviennent, soit qu'ils n'interviennent pas, l'instruction se continue contradictoirement avec le mari, et non avec eux. Si la demande est reconnue bien fondée, le jugement qui intervient prononce la séparation de biens, et adjuge en même tems les droits et reprises de la femme, s'ils sont liquides et bien prouvés; sinon, il réserve à la femme la faculté de les prouver par tous genres de preuve, et de les faire liquider.

72. Nos lois nouvelles, qui ont sagement ordonné que les demandes en séparation de biens seraient rendues publiques, et qui ont prescrit, en faveur des créanciers, différentes formalités

pour en assurer la publicité, ont voulu que le jugement fût également rendu public. Cette seconde publicité n'est pas, en effet, moins essentielle que celle de la demande. Celle-ci ne fait qu'éveiller les inquiétudes des tiers qui ont eu, ou qui seraient tentés d'avoir des relations d'affaires avec le mari; mais ces inquiétudes peuvent être bien ou mal fondées. La publicité du jugement qui prononce la séparation leur fait connaître la réalité du danger. Ils sont inexcusables s'ils ne se hâtent de prendre toutes les mesures légales, et pour se préserver des pertes dont ils sont menacés, et pour assurer leurs droits, s'il en est encore tems.

L'art. 1445 du Code exige donc « que toute séparation de biens, avant son exécution, soit rendue publique par l'affiche, sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile, et ce, à peine de nullité de l'exécution. »

Cette disposition n'ayant pour but que d'assurer la publicité du jugement de séparation, les formalités prescrites par l'art. 872 du Code de procédure, qui la développe et y ajoute, sont à peu près les mêmes que celles qui sont prescrites pour assurer la publicité de la demande. Il porte : « Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a :

» Extrait de ce jugement, contenant la date, » la désignation du tribunal où il a été rendu, les

» noms , prénoms , profession et demeure des
» époux , sera inséré sur un tableau à ce destiné ,
» et exposé pendant *un an* dans les tribunaux de
» première instance et de commerce du domicile
» du mari , *même lorsqu'il ne sera pas négociant* ;
» et s'il n'y a pas de tribunal de commerce , dans
» la principale salle de la maison commune du
» domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au
» tableau exposé en la chambre des avoués et des
» notaires , s'il y en a.

» La femme ne pourra commencer l'exécution
» du jugement que du jour où les formalités ci-
» dessus auront été remplies , sans que néanmoins
» il soit nécessaire d'attendre l'expiration du sus-
» dit délai d'un an.

» Le tout sans préjudice des dispositions por-
» tées en l'art. 1445 du Code civil. »

L'accomplissement de ces formalités est certifié
par les greffiers des tribunaux et par les secrétaires
des chambres. (Argument de l'art. 867 du Code
de procédure).

75. Elles doivent être remplies dans la quin-
zaine , puisque , d'un côté , la femme ne peut ,
suivant l'art. 872 , commencer l'exécution du ju-
gement que du jour où ces formalités auront été
remplies , et que , d'un autre côté , suivant l'ar-
ticle 1444 du Code civil , « la séparation de biens ,
» quoique prononcée en justice , est nulle , si elle
» n'a point été exécutée par le paiement réel des
» droits et reprises de la femme , effectué par acte
» authentique , jusqu'à concurrence des biens du
» mari , ou au moins par des poursuites commen-

» cées dans la quinzaine qui a suivi le jugement ;
 » et non interrompues depuis. »

Le jugement rendu sur la demande en séparation, quels qu'en soient les termes et la teneur, ne peut seul opérer, de fait, la séparation réelle des biens du mari et de la femme. Il ne peut que la permettre, ordonner qu'elle sera ou pourra être faite, mais non l'opérer effectivement; en un mot, il ne donne et ne peut donner à la femme que le droit de séparation. Mais ce droit n'est rien; il s'évanouit, si la séparation n'est pas effectuée en exécution du jugement. C'est dans cette exécution que consiste son existence et sa réalité. La femme doit même se hâter de la faire poursuivre; car le droit de séparer ses biens de ceux de son mari ne lui est accordé que sous la condition expresse qu'elle fera exécuter cette séparation dans la quinzaine qui suivra le jugement qui la lui permet, par le paiement réel de ses droits et reprises, ou au moins par des poursuites commencées dans cette quinzaine, et non interrompues depuis.

Il faut même remarquer que ce délai de quinzaine doit être compté du jour où le jugement a été rendu, et non du jour où il a été signifié. L'art. 1444 s'en explique clairement : *dans la quinzaine qui a suivi le jugement*, parce qu'il ne doit pas être au pouvoir de la femme de reculer indéfiniment et à son gré les poursuites, pour parvenir à l'exécution du jugement, en retardant la signification.

74. Si la femme laisse passer le délai fatal de quinzaine, sans faire effectuer le paiement, ou

sans faire les poursuites nécessaires pour parvenir à le faire effectuer, son droit s'évanouit et s'éteint, faute d'accomplissement dans le délai fixé, suivant la nature de tous les droits conditionnels. (Art. 1176). La séparation (c'est-à-dire le droit de séparation) est nulle, dit l'art. 1444, sans pouvoir revivre que par un nouveau jugement; en sorte que, si le mari et la femme faisaient ensuite procéder à la séparation de leurs biens, soit à l'amiable, soit en justice, cette séparation serait nulle à l'égard des créanciers, tant antérieurs que postérieurs à cette séparation, et ne pourrait leur être opposée. Elle serait également nulle à l'égard du mari et de la femme, et ne pourrait être regardée que comme une séparation volontaire, qui n'aurait point dissous leur communauté.

75. Cette rigueur, ainsi que la brièveté du délai de quinzaine, a pour but de prévenir et d'empêcher de renaître un abus presque général sous l'ancienne législation. « On sait par l'expérience, » disait Duparc-Poullain, que *presque toutes les séparations de biens* sont collusoires entre le mari et la femme, à l'oppression des créanciers. »

« Les séparations, dit aussi Bourjon, n^o. 5, » étant presque toujours des épouvantails dont les débiteurs injustes se servent pour écarter leurs créanciers, et mettre leurs meubles à couvert de la poursuite de ces derniers, sont regardées comme peu favorables. »

Nos coutumes, non plus que l'ancienne jurisprudence, n'avaient fixé aucun délai péremptoire

pour l'exécution des jugemens de séparation de biens. L'art. 198 de la Coutume d'Orléans, qui, comme nous l'avons dit, était de droit commun, disait bien que les séparations devaient être exécutées sans fraude; mais cette disposition n'avait aucun rapport au tems dans lequel l'exécution devait être faite.

La femme pouvait donc en tout tems en demander ou en suivre l'exécution, et, par ce moyen, arrêter les créanciers qui auraient voulu saisir les biens de la communauté, par la crainte de s'exposer à des frais inutiles.

Aujourd'hui, la femme obligée de faire exécuter le jugement de séparation, ou du moins de commencer les poursuites pour le faire exécuter dans la quinzaine qui le suit, ne peut plus tergiverser, ni faire un épouvantail d'un jugement dont l'effet, s'il n'est pas exécuté, s'évanouira par l'expiration d'un si court délai.

76. Il est donc bien reconnu que c'est dans l'intérêt des créanciers qu'a été établie la nullité de la séparation, à défaut d'exécution dans la quinzaine. Tous les auteurs en conviennent. De là est née la question de savoir si le mari peut l'opposer à sa femme; car on peut dire, d'un côté, que ce serait aller contre le principe incontestable qu'on ne peut argumenter du droit d'autrui, et que, d'ailleurs, il serait tout à fait injuste et peu moral d'autoriser le mari à se faire un moyen contre son épouse des ménagemens et des égards qu'elle a eus pour lui. D'un autre côté, la loi a prononcé la nullité de la séparation, à défaut d'exécution

dans la quinzaine, en général, à l'égard de toutes personnes, sans distinction.

Sans doute, cette nullité est établie principalement dans l'intérêt des créanciers; mais les nombreuses formalités prescrites pour la publicité tant de la demande que du jugement de séparation, n'ont-elles pas pour objet l'intérêt, et même l'intérêt seul des créanciers, que la loi a voulu avertir, par la publicité, de veiller à la conservation de leurs droits; au lieu que tout avertissement serait inutile pour le mari, partie principale au procès, et qui ne peut par conséquent ignorer ni la demande, ni les progrès de l'instruction, ni enfin le jugement qui prononce la séparation?

Cependant, l'art. 869 du Code de procédure, qui prescrit l'observation des formalités nécessaires pour rendre la demande publique, sous peine de nullité, ajoute : « Laquelle (nullité) pourra être » opposée tant par le mari que par ses créanciers; » et l'art. 872, qui prescrit les formalités qu'il juge nécessaires pour la publicité du jugement, ajoute : « Le tout sans préjudice des dispositions portées » en l'art. 1445 du Code civil; » lequel prononce la nullité.

On ne peut donc opposer au mari qui invoquerait la nullité de la séparation, à défaut d'observation des formalités prescrites pour la rendre publique, qu'il argumente du droit d'autrui, puisqu'il ne fait qu'user du droit que lui donne expressément la loi.

Quant à la nullité pour défaut d'exécution ou commencement d'exécution dans la quinzaine,

elle est prononcée d'une manière formelle, et sans distinction de personnes, par l'art. 1444 du Code civil, qui n'ajoute pas spécialement, il est vrai, qu'elle peut être opposée par le mari; mais on peut, en bonne logique, conclure des termes généraux et absolus qui établissent cette nullité, qu'elle peut être opposée par tous ceux qui ont intérêt de l'invoquer, au nombre desquels est certainement le mari; par exemple, s'il était échu à la femme une succession mobilière, qui tomberait dans la communauté, dans le cas où la séparation serait nulle. En un mot, quand la loi a prononcé d'une manière générale et absolue, c'est à celui qui prétend être excepté de sa disposition à prouver son exception. Or, on ne peut prouver l'exception du mari par aucun texte : nous pensons donc que le mari peut invoquer la nullité prononcée par l'art. 1444, à défaut d'exécution de la séparation dans la quinzaine.

La Cour d'Amiens l'a pensé comme nous, dans les considérans d'un arrêt rendu le 19 février 1824 (1). Voici comment elle s'exprime : « Bien » que la disposition dont il s'agit (celle de l'article 1444), ait été faite principalement dans l'intérêt des créanciers du mari, rien n'empêche » qu'elle ne puisse être invoquée par le mari, d'autant que les termes en sont généraux, et n'établissent aucune distinction. (2) »

(1) Rapporté dans le *Journal des audiences*, année 1824, 2^e. part. pag. 97.

(2) La Cour d'Amiens a de nouveau décidé cette question dans le

Cependant la jurisprudence sur ce point n'est pas fixée. Dans une autre espèce, où le sieur Rodde demandait la nullité de la séparation, principalement parce que les poursuites n'avaient pas été commencées dans la quinzaine, les premiers juges avaient rejeté sa demande, par le motif, « 1°. que » l'art. 1444 n'a d'autre but que de prévenir les » fraudes au préjudice des créanciers du mari, et » que dès lors ce dernier n'était pas recevable à » exciper de cet article contre sa femme, et à » prétendre que les poursuites de celle-ci n'auraient pas été assez rigoureuses, etc. etc. »

La Cour de Lyon, où l'appel fut porté, adopta les motifs des premiers juges, sans s'expliquer autrement, par arrêt du 28 mai 1824. Son arrêt fut déféré à la censure de la Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi, le 30 mai 1825; mais elle passa sous silence le moyen fondé sur le défaut d'exécution dans la quinzaine.

« Attendu, porte l'arrêt, qu'il est reconnu, en » fait, que dans la quinzaine qui a suivi le jugement de séparation, la femme Rodde a repris la » possession et l'administration de tous ses biens; » que si elle n'a pas obtenu le paiement réel de » ses droits et de ses reprises, c'est que les juges » ont exigé là-dessus une instruction plus ample, » instruction que la même femme Rodde a commencée et poursuivie sans interruption, et que

même sens, l'année suivante, le 9 décembre 1825. L'arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences* de Dalloz, année 1826, 2^e. part., pag. 167.

» les juges devaient , comme ils l'ont fait , décider que le vœu de l'art. 1444 du Code civil » avait été parfaitement rempli. » (1)

On ne peut tirer aucune conséquence de l'arrêt de la Cour de Lyon, qui, en adoptant les motifs des premiers juges, sans aucun développement, a laissé des nuages sur son véritable motif. Mais quel qu'il soit, les considérans de la Cour suprême font connaître assez clairement, par induction, qu'elle a pensé que le mari peut opposer à la femme la nullité de la séparation, à défaut d'exécution dans la quinzaine. Il suffit, pour s'en convaincre, de faire attention aux faits que présentait l'affaire. Rodde attaquait la séparation comme nulle, faute de commencement d'exécution dans la quinzaine. La Cour suprême décida que non seulement il y avait eu commencement d'exécution dans la quinzaine, mais que la séparation avait été exécutée dans ce délai pour la plus grande partie, et que la femme avait poursuivi sans interruption l'exécution du surplus.

Ainsi, la Cour n'avait point à s'occuper de la question de savoir si le mari pouvait opposer la nullité. Le mari disait : La séparation est nulle faute d'exécution; la Cour décida qu'elle avait été exécutée, et le vœu de l'art. 1444 parfaitement rempli. Elle pensait donc que le mari pouvait opposer la nullité prononcée par cet article. Si elle avait pensé le contraire, elle aurait dit : Que la

(1) *Journal des audiences* de Dalloz, année 1825, 1^{re} part., pag. 268.

séparation ait été ou non exécutée, le mari n'en peut opposer la non exécution : ainsi il est inutile d'examiner les actes par lesquels la femme prétend l'avoir exécutée. Cela paraît évident.

77. Mais quels sont les actes qu'on peut considérer comme un commencement d'exécution, et qui prolongent le délai de quinzaine ? Et d'abord, la simple signification du jugement qui a prononcé la séparation peut-elle être considérée comme un commencement d'exécution ? C'est une question controversée.

Un auteur, dont les opinions sont d'un grand poids en matière de procédure, M. Pigeau, s'est prononcé pour l'affirmative. « La signification du jugement, dit-il, peut être considérée comme *poursuites*, et, par conséquent, il suffit à la femme, pour ne point encourir la nullité, de faire signifier le jugement dans la quinzaine. »

La raison qu'il en donne est que « si l'on ne pouvait considérer comme *poursuites* que des commandemens, des saisies, etc., le délai serait évidemment trop court ; car avant de pouvoir procéder à un commandement, à une saisie, etc., il faut que la femme ait fait lever le jugement, qu'elle l'ait fait signifier ; il faut, si elle doute de l'état de la communauté, qu'elle ait fait faire inventaire, qu'elle ait délibéré sur l'acceptation ou la renonciation. »

Ces raisons nous semblent absolument insuffisantes. Aussi les autres commentateurs du Code de procédure, notamment notre savant collègue

M. Carré (1), pensent, au contraire, que la simple signification du jugement ne peut être considérée comme un commencement de poursuites. En effet, si la signification d'un jugement est nécessaire pour qu'on ait le droit d'en poursuivre l'exécution, elle n'annonce point l'intention, du moins prochaine, de le faire exécuter, puisqu'elle peut avoir un autre objet, celui de faire courir le délai de l'appel. Pour que la signification du jugement de séparation ait le caractère d'une poursuite, il faut donc qu'elle contienne un commandement. Cet acte alors n'a plus rien d'équivoque. C'est la première démarche que doit faire tout créancier qui veut poursuivre l'exécution de son titre. Le commandement est donc aussi le premier acte de poursuite de la femme, pour faire exécuter son jugement de séparation (2).

(1) *Lois de la procédure*, sur l'art. 872, quest. 2952, tom. I, pag. 256. Observez d'ailleurs que l'art. 147 du Code de procédure distingue la signification de l'exécution.

(2) Un arrêt de la Cour d'Amiens a jugé que l'exécution d'un jugement de séparation de biens est réputée commencée dans la quinzaine, lorsque, dans ce délai, la femme a accompli les formalités nécessaires pour sa publicité, et qu'il a été signifié au domicile du mari, avec sommation de l'exécuter, bien que le commandement de payer et la saisie des meubles n'aient commencé que quelques jours après l'expiration de la quinzaine. L'arrêt est du 17 mars 1826; il est rapporté dans le *Journal des audiences* de Dalloz, an 1826, 2^e part., pag. 168.

Mais cet arrêt nous paraît mal rendu; car la sommation contenue dans la signification du jugement ne peut équivaloir à un commandement, puisqu'elle ne dispense point la femme de faire, nonobstant la sommation, un commandement en forme, avant de faire exécuter le jugement. On ne pourrait donc le trouver conforme à l'art. 1444 du Code civil, qu'en admettant que la signification du jugement peut être considérée comme un commencement de poursuites; ce que nous ne saurions admettre.

Si le jugement de séparation condamne, par exemple, le mari à payer ou à rembourser à la femme la somme de 10,000 fr. pour sa dot, la simple signification de ce jugement à son mari ne lui fait connaître autre chose, si ce n'est qu'elle se contente de cette somme; mais si l'exploit de signification ajoute le commandement ou la sommation de la payer présentement, c'est alors évidemment une poursuite. Et remarquez qu'il ne faut pas un tems plus long pour faire le commandement que pour faire la simple signification du jugement, puisque le tout se fait par le même exploit. M. Pigeau a donc tort de dire que si l'on ne pouvait considérer comme *poursuites* que des commandemens, des saisies, etc., le délai de quinzaine serait évidemment trop court. Il se trompe encore en disant qu'avant de procéder à un commandement; il faut que la femme ait fait signifier le jugement, puisque l'un et l'autre peuvent se faire par le même exploit, ainsi que le prouve l'art. 583 du Code de procédure, qui porte que le commandement doit contenir notification du titre, *s'il n'a déjà été notifié*. Il n'est donc pas nécessaire que la notification précède le commandement.

Si le jugement de séparation ne condamne pas le mari à payer une somme liquide pour les droits et reprises de la femme, celle-ci n'en doit et n'en peut pas moins commencer ses poursuites dans la quinzaine qui suit le jugement, soit en donnant, dans l'exploit de signification, une assignation à son mari devant le tribunal compétent, afin de procéder à la liquidation de ses reprises et droits;

soit en l'appelant à procéder contradictoirement avec elle à l'inventaire, si elle doute de l'état de la communauté; soit enfin, si elle est d'accord avec son mari, en faisant passer à l'amiable, devant notaire, l'acte de liquidation, conformément à l'art. 1444 du Code civil.

Il est vrai que cet article exige, pour la validité de la séparation, *le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari*; mais il ajoute : *Ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine*; et si l'acte qui constaterait la liquidation, au lieu de contenir la quittance de la somme à laquelle elle s'élève, donnait au mari un délai raisonnable pour la payer, il n'en devrait pas moins, ce nous semble, être considéré comme un commencement de poursuites, qui aurait accompli la condition prescrite par l'art. 1444, et mettrait la femme à l'abri de la nullité qu'il prononce, faute de commencement de poursuites dans la quinzaine.

Il serait trop dur d'obliger la femme à refuser à son mari un délai modéré, que l'art. 1244 permet aux juges d'accorder à tous débiteurs, en considération de leur position, et ce délai ne pourrait être considéré comme une interruption de poursuites, pourvu que le mari payât réellement à l'expiration du délai, ou qu'à défaut de payer, la femme lui fît un commandement, et en vînt en conséquence à l'exécution.

78. Nous pensons même qu'un compromis authentique, passé dans la quinzaine, sur la liqui-

dation des droits et reprises de la femme, lorsqu'elle n'est point d'accord avec son mari sur la somme à laquelle ils doivent s'élever, serait considéré comme un commencement de poursuites, et y équivaldrait. Car enfin, il est permis à toutes personnes de terminer leurs contestations par la voie de l'arbitrage, et la loi ne le défend pas aux époux séparés judiciairement. L'art. 1004 du Code de procédure défend seulement de compromettre sur les séparations d'entre mari et femme ; mais la défense ne s'applique point aux contestations qui s'élèvent entre eux après que la séparation est prononcée, et que le jugement qui la prononce n'est pas attaqué.

79. La femme a donc des facilités et des moyens suffisans pour faire exécuter la séparation, ou du moins pour commencer ses poursuites en exécution dans la quinzaine qui suit le jugement. Ainsi, la disposition qui déclare nulle la séparation, si les poursuites ne sont pas commencées dans ce délai fatal, n'a rien de contraire à la justice ni aux droits de la femme, et elle est en même tems juste dans l'intérêt des créanciers, afin de prévenir toute simulation, toute fraude ou collusion entre les époux, si fréquentes sous l'empire des anciennes lois, au préjudice des créanciers.

Cette disposition doit donc s'observer ponctuellement et à la rigueur. On en avait douté depuis la publication du Code de procédure, et l'on avait prétendu que ce Code, qui, aux formalités déjà prescrites par le Code civil, pour la publicité des jugemens de séparation de biens, en avait

ajouté de nouvelles, préalables, comme les précédentes, à l'exécution de la séparation, avait, dans l'art. 872, modifié l'art. 1444 du Code civil, et prorogé à un an le délai fatal de quinzaine établi dans cet article.

Mais la Cour suprême, par deux arrêts successifs, rendus les 11 juin et 13 août 1818 (1), a proscrit cette fausse interprétation, et décidé que « l'art. 872 du Code de procédure civile ne modifie point l'art. 1444 du Code civil, et ne fait » qu'ajouter quelques formalités extérieures, qui » donnent plus de publicité à la séparation, sans » arrêter la poursuite des droits qui en résultent. »

80. Il est même à remarquer que, dans l'espèce du premier arrêt, l'assignation donnée pour commencer les poursuites l'avait été le seizième jour après le jugement de séparation, au lieu du quinzième, comme le prescrit l'art. 1444; ce qui donnait lieu de prétendre qu'elle n'était pas nulle, parce qu'aux termes de l'art. 1033 du Code de procédure, le jour de la signification n'est point compris dans le délai. Mais on répondait que l'article 1444 dit que l'exécution doit être commencée dans la quinzaine.

81. Le second arrêt, celui du 13 août 1818, proscrit de nouveau la fausse interprétation qu'on voulait donner à l'art. 872 du Code de procédure, et pour empêcher qu'on y revînt encore à l'avenir, la Cour a pris la peine de réfuter en détail, dans

(1) Rapportés par Sirey, tom. XVIII, pag. 265, et tom. XIX, pag. 287, 1^{re} part.

les motifs, les faux raisonnemens qu'on faisait pour l'appuyer.

Ces motifs portent : « Sur le premier moyen
» résultant d'une contravention prétendue aux ar-
» ticles 872 et 873 du Code de procédure civile,
» par l'admission d'une action d'un créancier du
» mari, en nullité du jugement de séparation de
» biens d'avec sa femme, plus d'un an après les
» formalités prescrites par lesdits articles ;

» Attendu que les dispositions invoquées du
» Code de procédure n'ont porté aucune atteinte
» à l'art. 1444 du Code civil, qui établit la nul-
» lité du jugement de séparation de biens, à dé-
» faut d'une exécution dans les termes qu'il pre-
» scrit ; que l'art. 873, en établissant une fin de
» non - recevoir contre la tierce - opposition des
» créanciers, après l'expiration du délai déterminé
» par l'art. 872, exige, comme condition néces-
» saire, que les formalités prescrites au titre des
» *séparations de biens* aient été observées, et laisse
» entière l'action résultant de l'art. 1444 du Code
» civil, pour faire prononcer la nullité, à défaut
» de l'exécution prescrite ;

» Sur le deuxième moyen résultant d'une pré-
» tendue contravention auxdits art. 1444 du Code
» civil, 872 et 873 du Code de procédure, at-
» tendu que le délai de quinzaine, prescrit par le
» premier de ces articles, n'éprouve aucun obs-
» tacle dans son exécution par les formalités in-
» troduites par ledit art. 872 du Code de procé-
» dure civile, qui énonce positivement, par ces
» expressions qui terminent son premier paragra-

» phe, *sans que* (pour l'exécution du jugement de
 » séparation) *il soit nécessaire d'attendre l'expira-*
tion du susdit délai d'un an, que la combinaison
 » des deux lois invoquées n'offre aucune contradic-
 » tion, mais seulement une simultanéité de publi-
 » cité et d'exécution, à dessein de prévenir toute
 » fraude et collusion; qu'en appliquant ces prin-
 » cipes à la cause, l'arrêt attaqué n'a aucunement
 » violé les articles susénoncés des deux Codes civil
 » et de procédure, etc. »

Ces deux arrêts nous paraissent fixer irrévoca-
 blement la jurisprudence sur ce point. La sépara-
 tion est nulle, quoique suivie des formalités re-
 quises pour la publicité du jugement qui la pro-
 nonce, si elle n'est pas exécutée réellement, ou
 du moins par des poursuites en exécution, com-
 mencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement,
 et non interrompues depuis, suivant l'art. 1444
 du Code civil; et ce délai n'a point été prorogé
 par l'art. 872 du Code de procédure.

82. De là une conséquence : c'est que la femme
 qui n'a pas commencé à exécuter le jugement de
 séparation dans la quinzaine, ne peut se préva-
 loir de cette séparation vers les créanciers de son
 mari, ni leur opposer, en quelque tems qu'ils agis-
 sent, la fin de non-recevoir établie par l'art. 873
 du Code de procédure, qui porte : « Si les forma-
 » lités prescrites au présent titre ont été observées,
 » les créanciers du mari ne seront plus reçus,
 » après l'expiration du délai (d'un an) dont il s'agit
 » dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce-
 » opposition contre le jugement de séparation. »

Car si la femme leur opposait cette fin de non-recevoir, ils lui répondraient par la nullité de sa séparation, faute d'exécution dans la quinzaine, conformément à l'art. 1444 du Code civil; séparation qui, par conséquent, ne peut produire aucun des effets attribués par la loi à une séparation valide et régulière; tellement que s'il était échu depuis une riche succession mobilière à la femme, les créanciers du mari pourraient en saisir et exécuter les meubles, tombés dans la communauté non dissoute par une séparation nulle.

83. Il faut donc, pour rendre toute sa force à l'art. 873 du Code de procédure, après ces mots, « *si les formalités prescrites au présent titre ont été observées,* » ajouter cette incise : *Et la séparation exécutée, conformément à l'art. 1444 du Code civil,* auquel nous avons vu qu'il n'a point été dérogé. C'est alors, mais seulement alors, que la femme peut repousser, par une fin de non-recevoir invincible, l'action des créanciers qui viendront, après le délai d'un an, se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation.

Ainsi, l'exacte observation des nombreuses formalités prescrites pour la publicité, tant de la demande que du jugement de séparation, bien plus, l'exécution même de ce jugement, ne suffisent point encore pour fixer irrévocablement le sort de la femme, et la mettre à l'abri des poursuites des créanciers de son mari, qui ne seraient point, comme ils en avaient la faculté, intervenus dans l'instance jugée. L'art. 873 du Code de procédure civile leur accorde le délai d'un an, pour se pour-

voir, par la voie de la tierce-opposition, contre le jugement de séparation.

84. Cette limitation à une année du pourvoi des créanciers contre le jugement de séparation, est une modification ou un développement de l'article 1447 du Code civil, qui ne leur avait fixé aucun délai péremptoire pour se pourvoir. Il porte :
 « Les créanciers du mari peuvent se pourvoir con-
 » tre la séparation de biens prononcée, et même
 » exécutée en fraude de leurs droits. Ils peuvent
 » même intervenir dans l'instance sur la demande
 » en séparation, pour la contester. »

Le droit d'intervenir est, par sa nature, limité à la durée de l'instance. Ils peuvent l'exercer *jusqu'au jugement définitif*, dit l'art. 871 du Code de procédure.

85. Mais le droit de se pourvoir contre la séparation prononcée et même exécutée, peut-il toujours être exercé dans quelque tems que ce soit? Non sans doute. L'état de la femme ne doit pas rester indéfiniment incertain. Son repos, celui de ses enfans et de sa famille, l'intérêt même de la société, s'y opposent. Il fallait donc fixer aux créanciers, pour se pourvoir, un délai péremptoire, après lequel ils ne seraient plus reçus à l'exercer, et à l'expiration duquel le sort de la femme ne pourrait plus être attaqué. Le Code civil ne l'avait point fixé. Le Code de procédure l'a fixé à une année. Les créanciers n'ont point à s'en plaindre. S'ils étaient intervenus dans l'instance, le jugement étant contradictoire avec eux, ils n'auraient eu, pour le faire réformer, qu'un délai

beaucoup plus court. En négligeant d'intervenir, leur insouciance, ou peut-être quelque arrière-pensée, ne doit pas prolonger indéfiniment leur droit de tierce-opposition.

86. Cette fin de non-recevoir, qui, lorsque toutes les formalités ont été observées, repousse, après un an, la tierce-opposition des créanciers contre *le jugement de séparation*, a fait naître une question. Outre le chef qui prononce la séparation de biens, le jugement peut en contenir un second qui liquide les droits et reprises de la femme à une somme qu'il condamne le mari à payer. Ce second chef est une suite du premier; mais il n'est pas nécessaire que cette liquidation soit faite par le même jugement. Après avoir jugé préalablement la séparation de biens, par le motif qu'il est prouvé que les affaires du mari sont en désordre, et donnent lieu de craindre que la femme ne puisse être remplie de ses droits et reprises, si ces droits ne sont pas liquides, et n'ont pas été établis par des preuves suffisantes, les juges peuvent ordonner un interlocutoire et une plus ample instruction.

Le jugement qui prononce en même tems sur la séparation et sur la liquidation des droits de la femme, contient donc réellement deux chefs très-distincts, qui peuvent être et qui sont souvent divisés. On a donc demandé si les créanciers, sans attaquer le chef qui prononce la séparation, ne pouvaient pas, après l'année, attaquer le chef qui concerne la liquidation, et dans lequel ils ont aperçu des injustices préjudiciables à leurs inté-

rêts, et si la femme pouvait les repousser par la fin de non-recevoir du délai d'un an établi par l'art. 873 du Code de procédure. On sait qu'en attaquant un jugement, on peut n'attaquer qu'un des chefs, sans se plaindre des autres.

La question fut agitée en 1815 à la Cour suprême, à l'occasion d'un pourvoi du trésor royal contre un arrêt de la Cour de Riom, qui, dans une espèce où la séparation de biens et la liquidation des reprises de la femme Collin avaient été prononcées par le même jugement, avait décidé que la fin de non-recevoir d'un an était applicable tant au chef concernant la liquidation, qu'au chef prononçant la séparation.

Le trésor royal, fondant son pourvoi sur la violation de l'art. 1167 du Code civil, et sur la fausse application de l'art. 873 du Code de procédure, disait : « Évidemment la loi ne fait courir le délai » d'un an, pour la tierce-opposition, qu'à l'égard » du jugement qui prononce *la séparation de* » *biens*. Quant au jugement ou au chef du jugement qui *liquide les droits* de la femme, il peut » être attaqué *pendant trente ans*, comme tout » acte qu'un créancier prétend avoir été fait par » son débiteur, en fraude de ses droits. Cela résulte de la différence qui existe entre la séparation de biens et la liquidation des reprises de la femme.

» La séparation de biens modifie les conventions matrimoniales, dissout la communauté, » rend à la femme l'administration de ses meubles » et de ses revenus.

» Mais la liquidation n'est pas nécessairement
» faite dans le jugement qui prononce la sépara-
» tion de biens ; elle peut avoir lieu *dans un ju-*
» *gement séparé*, et lorsque, comme dans l'es-
» pèce, le même jugement les contient toutes les
» deux, elles sont nécessairement le résultat de
» deux opérations distinctes.

» On sent d'ailleurs qu'il y a une raison de fixer
» un délai différent pour attaquer l'un ou l'autre
» de ces deux actes.

» L'état des époux ne pouvant être trop long-
» tems incertain, on a dû circonscrire, dans un
» délai *très-court*, l'exercice du droit d'attaquer
» la séparation de biens, qui donne à ces époux
» un nouvel état. Mais la liquidation des droits de
» la femme n'étant qu'accessoire à la séparation,
» et ne portant point atteinte par elle-même à
» l'état des époux, il n'y a point de danger à per-
» mettre aux créanciers du mari d'attaquer pen-
» dant trente ans une liquidation qu'ils prétendent
» frauduleuse. »

Malgré ces raisons, qui paraissent très-fortes,
la Cour suprême confirma :

» Attendu, en point de fait, que le jugement
» du tribunal civil de Riom, du 5 mai 1809, qui
» prononce la séparation de biens entre la femme
» Collin et son mari, contient en même tems li-
» quidation des droits et reprises de cette femme,
» et qu'il est constaté, par l'arrêt dénoncé, que ce
» jugement a été suivi de toutes les formalités vou-
» lues par la loi, pour que les créanciers du mari
» fussent instruits, et que même il n'a pas été

» contesté sous le rapport de l'accomplissement
» de ces formalités ;

» En point de droit, que la liquidation des re-
» prises de la femme est une suite indispensable
» de la séparation de biens ; qu'elle est même ab-
» solument nécessaire pour sa validité et son exé-
» cution ;.....

» Que la liquidation des droits et reprises de la
» femme peut porter préjudice aux créanciers du
» mari, comme la disposition même qui prononce
» la séparation, et qu'aussi l'art. 1447 du Code
» civil autorise les créanciers du mari à se pour-
» voir contre la séparation de biens prononcée et
» même exécutée en fraude de leurs droits ;

» Que, dès lors, la fin de non-recevoir établie
» par l'art. 873 du Code de procédure civile, contre
» les créanciers du mari qui n'ont pas attaqué,
» par voie de tierce-opposition, le jugement de
» séparation dans le délai d'une année, s'applique
» nécessairement, et pour les mêmes motifs, à la
» disposition du *même jugement* portant liquida-
» tion des droits et reprises de la femme, et qu'en
» le décidant ainsi, l'arrêt dénoncé a fait une juste
» application dudit art. 873, et conséquemment
» n'a pas violé l'art. 1167 du Code civil, puisque
» le demandeur pouvait et devait exercer, dans le
» délai prescrit par l'art. 873, le droit que lui con-
» férait l'art. 1167 ; la Cour rejette, etc. » (1)

La Cour suprême a décidé, par cet arrêt, que la

(1) Sirey, tom. XVI, 1^{re}. part., pag. 65 et suiv.

fin de non-recevoir d'un an, établie par l'art. 873 du Code de procédure civile, s'applique au chef du jugement qui contient la liquidation des droits et reprises de la femme, aussi bien qu'à celui qui prononce la séparation de biens, lorsqu'ils se trouvent dans le même jugement, par le motif que cette liquidation étant une suite indispensable de la séparation, et même nécessaire pour sa validité, elle n'en peut être séparée, quand elle est faite par le même jugement, qui forme alors un tout indivisible, dont la liquidation forme une partie intégrante.

Deux arrêts postérieurs à celui de la Cour suprême, l'un de la Cour royale de Dijon, du 6 août 1817, l'autre de la Cour royale de Riom, du 26 décembre de la même année, ont suivi les principes de la Cour de cassation, et jugé de la même manière. On doit donc, ce nous semble, regarder la jurisprudence comme fixée sur ce point.

87. Mais quand la liquidation des droits de la femme a été faite par un jugement séparé de celui qui a prononcé la séparation, ou même par un acte extrajudiciaire, néanmoins authentique, passé pour arrêter les poursuites de la femme, conformément à l'art. 1444, on ne peut plus dire que la liquidation soit une partie intégrante du jugement qui prononce la séparation, et que la fin de non-recevoir d'un an, prononcée contre la tierce-opposition au jugement de séparation, soit applicable à ce cas. Ainsi l'a très-bien jugé un arrêt de la Cour royale de Rouen, du 12 août 1817, sur un appel d'un jugement du tribunal civil de

Louviers, par des motifs tellement conformes à la raison, que l'arrêt n'a point été déféré à la censure de la Cour suprême. Voici les motifs :

« Attendu que la fin de non-recevoir que la
 » femme veut tirer de l'art. 873 du Code de pro-
 » cédure civile, n'a été établie contre les créan-
 » ciers que par rapport au jugement de sépara-
 » tion civile; qu'il est de la nature d'une excep-
 » tion de se renfermer dans son objet, et que ce
 » serait commettre un excès de pouvoir que de
 » l'étendre d'un cas prévu à un autre non exprimé;

» Attendu que, quoique l'acte de la liquidation
 » des droits soit la conséquence immédiate du ju-
 » gement de séparation, ces deux actes diffèrent
 » cependant notablement dans leur forme, leur
 » substance et leurs effets; que le jugement de sé-
 » paration est précédé et suivi de formalités qui
 » en assurent la publicité; qu'il concerne l'état de
 » la personne, qui ne peut rester indéfiniment in-
 » certain; qu'il a pour but de rendre à la femme
 » une administration qui, par le droit commun,
 » appartient au mari; que rien de tout cela ne se
 » rencontre dans la liquidation des droits qui suit
 » la séparation civile; que l'acte de la liquidation
 » est autant du domaine de la juridiction volon-
 » taire que de la juridiction contentieuse; qu'il
 » n'est soumis à aucune formalité spéciale; qu'il
 » n'est, dans son objet, que déclaratif et reco-
 » gnitif des biens de la femme; qu'ainsi, il n'y a
 » entre les deux espèces aucune raison d'analogie
 » qui puisse justifier l'application à l'acte de liqui-
 » dation, du terme dans lequel a été circonscrit

» le pourvoi des créanciers contre le jugement de
» séparation ;

» Attendu que , dans le cas particulier , la li-
» quidation des droits de la femme Hébert s'est
» faite par acte devant notaire, entre elle et son
» mari, en arrière des créanciers, qui n'y ont point
» été appelés, n'en ont acquis la connaissance que
» par la production dans l'instance, et n'ont pu,
» dès lors, l'attaquer que du moment où il leur a
» été opposé ;

» La Cour confirme le jugement dont est appel. »

Cet arrêt est rendu entièrement dans les principes de celui de la Cour de cassation, de 1815, que nous avons ci-dessus cité.

88. Nous avons dit, *suprà*, n^{os}. 84 et 85, que la fin de non-recevoir d'un an, établie par l'article 873 du Code de procédure, contenait une modification ou addition à la disposition de l'article 1447 du Code civil, qui permet indéfiniment aux créanciers, sans leur prescrire aucun délai, de *se pourvoir* contre la séparation prononcée et même exécutée *en fraude de leurs droits*. Mais ces derniers mots, *en fraude de leurs droits*, contiennent une équivoque qu'il est important de lever.

L'art. 1167 dit aussi que les créanciers peuvent, en leur nom personnel, « *attaquer* les actes faits » par leurs débiteurs *en fraude de leurs droits*. » Ces dernières expressions ont-elles le même sens dans ces deux articles ? Nous ne le pensons pas ; et nous allons tâcher de le prouver, en remontant d'abord à l'origine du mot *fraude*, pour en venir aux dispositions de nos Codes.

Le mot *fraude*, que nous avons emprunté du mot latin *fraus*, avait en cette langue deux acceptions, et ne se prenait pas toujours en mauvaise part. C'est ce que prouve la loi 7, §§ 9 et 10, *ff de pactis*, dans laquelle Ulpien, interprète de l'Édit du préteur, parle du pacte fait *dolo malo*, par dol, et du pacte fait en fraude, comme différant du premier. Mais en quoi ces deux pactes diffèrent-ils? C'est que le pacte fait *dolo malo* est celui qui est fait dans l'intention de tromper un autre : *Dolo malo pactum fit*, dit Ulpien, *quotiens circumscribendi alterius causâ aliud agitur, aliud simulatur*. Ce pacte est textuellement réprouvé par l'Édit du préteur : *Dolo malo, ait prætor, pactum se non servaturum*.

Mais si le pacte est fait en fraude des droits d'autrui, le préteur ne l'a point ajouté au pacte fait *dolo malo*, qu'il réprouve : *Sed si fraudandi causâ pactum factum dicatur, nihil adjicit prætor*.

Pourquoi cela? C'est ce que nous explique fort bien le premier des interprètes du droit romain, le savant Cujas (1), dans son commentaire sur le passage cité d'Ulpien (2).

« *Cur prætor non adjecerit neque fraudandi causâ quæritur? Fraus damnum est quod vel*

(1) Tom. 1 de ses Œuvres, col. 947, édition de Fabrot.

(2) Voici le passage en entier : § 10. *Sed si fraudandi causâ pactum factum dicatur, nihil prætor adjicit; sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum: iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bonâ fide, iterùm hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus. Loi 7, § 10, ff de pactis, 2. 14.*

» *mala fides adversarii, vel ipse eventus rerum*
 » *adfert. Si fraudor adversarii malâ fide, dolus*
 » *est, ut si per fallaciam debitoris sortem ei remi-*
 » *sero; dolus autem edicto comprehenditur. Itaque*
 » *non fuit necesse hâc ratione allatam fraudem*
 » *notari magis edicto. Quod si reipsâ læsus et*
 » *fraudatus sum, non dolo adversarii, ut si nullâ*
 » *debitoris arte circumscriptus ultrò sortem remi-*
 » *sero, æquum non est irritam remissionem fieri :*
 » *quod enim bonâ fide gestum est, etiamsi id sit*
 » *alterutri noxium, dissolvendum non est. Pacta*
 » *ergo justa prætor servat, etiamsi alterutri pacis-*
 » *centium ea fraudi sint, seque invicem fraudare*
 » *paciscentibus licet sine dolo malo. Quod et in*
 » *emptione ac locatione receptum est, non in so-*
 » *cietate. L. 3, § 3, ff pro socio, 17. 2. Fraus po-*
 » *test esse sine dolo. »*

Pothier, dans ses Pandectes, au titre des pactes, tom. I, pag. 80, n°. 2, explique la loi 7, § 10, de la même manière que Cujas, et dit comme lui que la fraude est le préjudice ou le dommage qu'on éprouve, soit par le dol ou la tromperie de celui avec lequel on traite, soit par le seul événement ou le cours des choses, sans le dol de l'autre partie : *Fraus est damnum quod vel ex rerum eventu solo, vel ex fallaciâ ejus cum quo pepigi mihi contigit.*

Au premier cas, lorsqu'il n'y a point eu de dol de la part de l'autre partie, le pacte est valable, quelque préjudice que j'en souffre, et le prêteur a eu raison, en proscrivant le pacte fait *dolo malo*, de ne pas y ajouter le pacte *fraudandi causâ*. C'est une vérité d'observation, qu'on peut, à l'occasion

d'un pacte ou d'une convention, éprouver du préjudice ou du dommage, *damnum*, ou par le dol de l'autre partie, ou sans qu'il y ait dol de sa part, *sed solo eventu rerum*. Cette vérité est de tous les pays. Aussi, dans notre droit français, les rédacteurs du Code ont usé de la même circonspection que le préteur; en disant, dans l'art. 1116, que le dol est une cause de nullité de la convention, ils se sont bien gardés d'ajouter : « Le dol » et *la fraude* sont une cause de nullité de la convention. »

Pourquoi? La réponse est précisément celle que font Cujas et Pothier au silence du préteur, qui n'avait pas ajouté le pacte *fraudandi causâ* à la proscription du pacte fait *dolo malo*. C'est parce que le dol est par lui-même une cause de nullité, au lieu qu'il n'en est pas ainsi de la *fraude*, définie par Cujas et Pothier, le *dommage*, *damnum*, le préjudice qu'éprouve un des contractans à l'occasion de la convention sans le dol de l'autre : *fraus potest esse sine dolo*.

Revenons maintenant à notre question de savoir si le mot *fraude*, *en fraude des créanciers*, a le même sens dans les art. 1167 et 1447. Le premier porte que les créanciers « peuvent, en leur » nom personnel, attaquer les actes faits par leur » débiteur *en fraude de leurs droits*. »

Il est évident qu'il ne s'agit ici que des actes qui peuvent être attaqués par l'action révocatoire, et non de tous les actes qui pourraient causer du préjudice, *damnum*, aux créanciers; en un mot, les *fraudes*. Autrement il faudrait dire que l'homme

qui a le malheur d'avoir des créanciers, même sans sa faute, même des créanciers chirographaires, vit dans une sorte d'état d'interdiction, qu'il ne peut ni vendre, ni hypothéquer, etc.; car tous ces actes peuvent frauder, frustrer les autres créanciers, en diminuant ses biens, qui sont le gage commun de tous ses créanciers; ce qui serait d'une absurdité révoltante. Mais s'il vend, s'il hypothèque dans le dessein de frauder, de frustrer ses créanciers, il est évident qu'il commet un dol, une injustice, qu'il faut réprimer, ainsi que ceux qui en sont les complices : *inest enim dolo et fraus*. C'est le cas de l'action révocatoire, que nous avons empruntée du droit romain (1), et que notre art. 1167 accorde aux créanciers. Ainsi, dans cet article, le mot *fraude* exprime le préjudice causé aux créanciers avec le dessein prémédité de la fraude.

89. L'art. 1447 porte : « Les créanciers du mari » peuvent *se pourvoir* contre la séparation de biens » prononcée et même exécutée en fraude de leurs » droits; ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation, pour la » contester. »

Il nous semble évident que l'action donnée aux créanciers par cet article, le droit d'agir soit avant soit après le jugement rendu, n'est point fondée sur le dol personnel des époux. La simple demande en séparation ne saurait être un dol ou une fraude;

(1) Voy., au titre du Digeste *quæ in fraudem*, etc., 42, tit. 8, ou ce que nous en avons dit, tom. VI, nos. 341 et suiv.

avant le jugement qui prononce cette séparation ou qui la rejette. On pourrait dire tout au plus que c'est une tentative de fraude, en supposant que cette demande ne soit formée que dans l'intention secrète de frauder les créanciers du mari. Cette intention serait un dol médité, qui ne se présume pas, et qu'il semble impossible de prouver.

90. Ce n'est point sur un dol qu'on ne peut présumer, sur une fraude qui n'existe point et ne peut encore exister, qu'est fondé le droit que l'article 1447 accorde aux créanciers du mari, d'intervenir dans l'instance en séparation de biens, pour la contester. C'est un privilège spécial que leur accorde la loi contre le droit commun, et qui n'est donné aux créanciers d'aucun des associés dans les sociétés autres que les conjugales.

Cependant, un des associés peut renoncer à la société, par sa volonté seule, quand la durée en est illimitée; la dissolution de la société s'opère alors par une renonciation notifiée à tous les associés (1869), et s'il s'élève des contestations sur cette renonciation entre les associés et le renonçant, les créanciers de ce dernier n'ont certainement pas le droit d'intervenir dans l'instance, pour contester la renonciation, sous prétexte que la continuation de la société eût augmenté la fortune de leur débiteur, dont tous les biens sont leur gage.

Mais dans le cas de dissolution des sociétés conjugales par la séparation de biens, le législateur, mu sans doute par cette grande considération,

fondée sur l'expérience, attestée par tous les auteurs (1), *que toutes les séparations de biens sont collusoires à l'oppression des créanciers*, par les dols de toute espèce, par les simulations, les concerts frauduleux si faciles entre époux, *inter conjunctas personas*, et néanmoins si difficiles à découvrir et à prouver par des tiers, a cru nécessaire de donner aux créanciers du mari des moyens extraordinaires et tout-à-fait exorbitans du droit commun, pour leur faciliter les moyens de veiller à leurs intérêts, en surveillant la conduite des deux époux dans l'instance en séparation. Il a, en conséquence, consacré, par une disposition précise, les droits que leur donnait la jurisprudence ancienne, qui leur accordait la facilité d'intervenir dans l'instance de séparation, d'attaquer les causes alléguées par la femme pour l'obtenir, quand elles ne se trouvaient pas vérifiées; de se pourvoir contre le jugement, même par la voie de l'appel; d'obliger la femme de rapporter les meubles qui lui avaient été adjugés, etc. On peut voir sur cela un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 19 mars 1720, rapporté à sa date dans le Journal des audiences, tom. VII, pag. 284. Cet arrêt nous paraît être la source où sont puisées les dispositions de notre art. 1447. Les expressions qui s'y trouvent, *en fraude de leurs droits* (des créanciers du mari), ne signifient donc pas autre chose, comme dans le droit romain, que le préjudice,

(1) Voy. Principes de droit de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 269, etc.

damnum , que les créanciers éprouveraient par une séparation qui les priverait d'une partie du mobilier de la communauté, du revenu des biens immeubles de la femme, des successions mobilières qui pourraient lui échoir par la suite, et non pas cette fraude unie au dol, *inest dolo et fraus*, qui donne lieu à l'action révocatoire, dont il est parlé dans l'art. 1167.

91. Résumons maintenant les droits et actions que nos Codes donnent aux créanciers du mari, pour prévenir ou réparer le préjudice que pourrait leur causer la séparation de biens.

Outre les nombreuses formalités, toutes prescrites, sous peine de nullité, pour rendre publics tant la demande en séparation que le jugement, ils les autorisent, 1^o. sans intervenir dans l'instance, à demander communication, en tout état de cause, de la demande en séparation et de toutes les pièces justificatives des prétentions de la femme; 2^o. à intervenir dans l'instance sur la demande en séparation, pour la contester et pour la conservation de leurs droits; 3^o. s'ils n'ont pas usé de ce droit, à se pourvoir contre le jugement prononcé et même exécuté, par tierce-opposition, pour faire réformer les dispositions qui peuvent leur causer du préjudice, et même la séparation de biens, sans être obligés d'articuler ni de prouver que ces dispositions sont le fruit du dol, et qu'elles ont été surprises par des manœuvres frauduleuses; 4^o. à faire prononcer la nullité de la séparation et de tout ce qui s'en est suivi, si toutes les formalités prescrites pour la publicité de la

demande et du jugement n'ont pas été observées ponctuellement, ou si la séparation n'a pas été exécutée dans la quinzaine.

92. Il était difficile, sans doute, de faire plus en faveur des créanciers; mais aussi leurs droits doivent avoir un terme. Il fallait songer à ceux de la femme, dont l'état ne saurait être perpétuellement incertain. L'art. 873 a donc voulu que si toutes les formalités prescrites ont été observées, les créanciers ne fussent plus reçus, après l'expiration du délai d'un an, à se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation.

93. De là est née une question. En supposant que toutes les formalités aient été ponctuellement observées, et la séparation exécutée dans la quinzaine, les créanciers découvrent, après l'expiration du délai d'un an, qu'il a été commis par les époux un dol de nature à donner lieu à l'action révocatoire dont parle l'art. 1167. Peuvent-ils, nonobstant l'expiration du délai d'un an, se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation? Les interprètes les plus célèbres du Code de procédure n'en doutent point; mais ils ne sont pas d'accord sur le tems auquel les créanciers peuvent exercer cette action.

M. Carré, notre savant collègue et ami, dans ses *Lois de la procédure*, tom. III, quest. 2959, pense qu'ils le peuvent en tout tems. Il se fonde sur le silence de l'art. 1447 du Code civil, qui dit que « les créanciers du mari peuvent se pourvoir » contre la séparation de biens prononcée et même » exécutée en *fraude* de leurs droits, » sans fixer

aucun délai après lequel ce pourvoi ne serait plus recevable.

M. Demiau de Crouzillac, au contraire, borne la faculté de se pourvoir par tierce-opposition, en cas de fraude, à dix ans, du jour de la découverte du dol, conformément à l'art. 1304 du Code civil. M. Carré répond que cet article n'est relatif qu'aux demandes en nullité ou rescision d'une convention, et qu'il n'est pas permis d'étendre sa disposition, qu'il dit limitative. Il persiste donc à penser que les créanciers, en cas de fraude, peuvent en tout tems se pourvoir contre la séparation, pour la faire rétracter; décision qu'il trouve en harmonie avec le principe qu'il établit ailleurs, que la tierce-opposition n'est assujettie à aucun délai péremptoire; principe auquel l'article 873 du Code de procédure ne fait d'exception, relativement au jugement de séparation, que pour les cas où toutes les formalités ont été observées.

Quelque déférence que nous ayons pour les doctrines de notre savant collègue, nous ne saurions nous rendre à son opinion sur ce point; opinion qui entraînerait les suites les plus funestes pour les familles, en rendant perpétuellement incertains l'état et la fortune de la femme séparée, et de ses enfans ou héritiers. Supposons qu'une séparation ait été obtenue par dol, par une surprise faite aux juges, à qui l'on a caché le véritable état des choses. Elle est exécutée sur tous les biens du mari. La femme recueille ensuite des successions mobilières opulentes, qu'elle s'approprie sans en faire inventaire. Elle meurt vingt ans

après, et ses enfans prennent sa succession purement et simplement, et la partagent entre eux sans inventaire. L'un des nombreux créanciers du mari, qui ont tout perdu par l'événement de la séparation, découvre par hasard un écrit de la femme qui prouve le dol concerté entre elle et son mari, pour obtenir la séparation et surprendre les juges qui l'ont prononcée. En suivant l'opinion de M. Carré, ce créancier et les autres à sa suite pourront se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation, pour le faire rétracter. Ils demanderont, en conséquence, que les enfans leur rapportent non seulement tout le mobilier de la communauté qui exista entre leurs père et mère, et les immeubles que le mari céda à son épouse en paiement de ses prétendus droits, mais ils demanderont encore toutes les successions mobilières qu'elle a recueillies sans inventaire, et sans constater les dettes qui en diminuaient la valeur; les créanciers du mari demanderont à prouver la hauteur de ces successions par commune renommée, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription, parce que la séparation frauduleuse les aurait mis hors d'état de poursuivre leur débiteur.

Si nos législateurs avaient inséré dans nos Codes quelque disposition dont l'interprétation pût donner lieu à de pareilles involutions de procès, si désastreuses pour les familles, ils mériteraient les plus graves reproches d'imprévoyance. Heureusement, on n'y trouve rien de pareil. On y trouve même des dispositions qui, bien enten-

dues, proscrivent l'opinion qui tend à prolonger indéfiniment les droits des créanciers de se pourvoir, pour quelque cause que ce soit, contre le jugement de séparation, quels qu'en aient été les vices. On a remarqué (1), avec beaucoup de raison, que toutes les dispositions de nos Codes, concernant la séparation, se rapportent à deux intentions principales. En effet, ces dispositions ont toutes pour objet ou de garantir les intérêts de la femme, ou de garantir les intérêts des créanciers du mari. Tout l'art du législateur est employé à faire marcher de front ces deux objets, et à les concilier ensemble autant que possible.

Nous avons vu toutes les précautions que nos Codes ont prises pour garantir les intérêts des créanciers du mari, les mettre en état d'y veiller eux-mêmes, et les en avertir par les formalités prescrites pour la publicité, tant de la demande, que du jugement de séparation; en sorte que les plus négligens dans leurs affaires n'en peuvent raisonnablement prendre cause d'ignorance. Il restait à garantir les intérêts de la femme, son état, son repos, celui de sa famille, qui ne doivent pas demeurer perpétuellement incertains, ni exposés aux attaques des créanciers du mari. Il fallait, en un mot, fixer un terme à ces attaques.

C'est aussi par là que le Code de procédure termine le titre des *séparations de biens*. Après avoir, dans l'article précédent, prescrit dans un grand

(1) Pigeon, *Procédure civile*, tom. II, pag. 541, 3^e. édition.

détail les formalités jugées nécessaires pour rendre publics à tous les jugemens de séparation, et le tems que doit durer cette publicité, l'art. 873 ajoute que « si les formalités ont été observées, » les créanciers ne seront plus reçus, après l'expiration du délai d'un an, à se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement de séparation. »

Ainsi donc, après l'expiration de ce délai fatal d'un an, l'état de la femme, son repos et celui de sa famille, sont assurés irrévocablement, et cessent d'être exposés aux attaques des créanciers de son mari. S'ils entreprenaient de les attaquer, leurs attaques seraient repoussées par cette salutaire fin de non-recevoir, sans laquelle la femme serait perpétuellement et successivement harcelée par les créanciers l'un après l'autre, tantôt sous un prétexte et tantôt sous un autre, ne fût-ce que pour l'amener à acheter son repos par un sacrifice. Rien n'est donc plus sage que cette disposition, qui est générale, et qui s'étend, par conséquent, à toutes les attaques des créanciers, sur quelques causes qu'ils prétendissent les fonder.

Et vainement oppose-t-on le silence de l'article 1447 du Code civil, qui permet indéfiniment aux créanciers du mari de se pourvoir contre le jugement de séparation, sans fixer aucun délai après lequel leur pourvoi ne sera plus reçu. Nous avons répondu d'avance à cette objection, en faisant voir que l'art. 873 du Code de procédure, qui est un développement de l'art. 1447 du Code civil, a rempli une lacune qui se trouvait dans

celui-ci, en ajoutant la fin de non-recevoir d'un an.

Qu'on ne dise pas que ce délai d'un an est trop court. C'est précisément celui qu'on donnait aux créanciers, pour exercer toutes les actions révocatoires fondées sur le dol des débiteurs, dans le droit romain, qualifié de *raison écrite* par toutes les nations civilisées : *Ait Prætor : Quæ fraudationis causâ gesta erunt..... ei cui actionem dare oportebit, INTRA ANNUM..... actionem dabo. § quæ in fraudem, etc., 42. 8.* Les législateurs romains jugeaient ce tems suffisant aux créanciers, pour découvrir le dol des débiteurs. A plus forte raison, n'ont-ils pas à se plaindre de la brièveté de ce délai, quand après avoir, dans les instances en séparation, épuisé tous les moyens de mettre les créanciers du mari à même d'éclairer la conduite des deux époux, et de découvrir les fraudes, le Code leur accorde encore le délai d'un an.

Il est vrai que, dans les cas ordinaires, nos lois ont prorogé à dix ans la durée de l'action révocatoire en général, par l'art. 1304 du Code civil. Mais il est fait exception à cette disposition par l'art. 1167, pour l'action révocatoire des créanciers à l'égard des droits *énoncés*, dit cet art. 1167, *dans le titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*; pour l'exercice desquels droits, les créanciers doivent, dit cet article, *se conformer aux règles qui y sont prescrites*. Or, certainement, la fin de non-recevoir d'un an est une de ces règles auxquelles les créanciers du mari doivent se conformer.

Ainsi, loin de partager l'opinion de ceux qui pensent que le dol des époux proroge indéfiniment le délai qu'ont les créanciers pour se pourvoir après quinze, vingt ans, en un mot, en tout tems, nous ne saurions adopter celle de M. Demiau de Crouzillac, qui leur accorde dix ans, conformément à l'art. 1304, et nous persistons à penser que les créanciers du mari demeurent soumis à la fin de non-recevoir d'un an, même en cas de dol, car l'art. 873 est général, et ne fait aucune distinction; or, *il n'est pas permis de distinguer, lorsque la loi ne distingue pas.* Il faut que l'état et le sort de la femme et de sa famille soient assurés.

94. Mais la fin de non-recevoir d'un an s'applique-t-elle à l'action en nullité pour omission des formalités prescrites, ou de quelques-unes de ces formalités; car l'omission de toutes et chacune d'elles emporte la nullité de la séparation?

Non, sans doute, la fin de non-recevoir d'un an ne s'applique point à ce cas, puisque l'art. 873, qui l'a établie contre le droit commun, n'y soumet point l'action en nullité qui résulte de l'inobservation des formalités. Il dit seulement que si les formalités prescrites ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai d'un an, à se pourvoir contre le jugement de séparation. La conséquence de cet article, dit M. Merlin (1), est que, si les formalités

(1) *Répertoire universel*, tom. XII, v^o. SÉPARATION DE BIENS, sect. 2, § 3, n^o. 5, pag. 418 de la 4^e. édition.

n'ont pas été observées, les créanciers du mari sont reçus à se pourvoir contre le jugement de séparation, et à le faire rétracter, après l'expiration du délai d'un an. Cette conséquence est parfaitement juste.

Mais M. Merlin ajoute, *sont reçus en tout tems*; et si l'on voulait, comme l'ont fait certains auteurs, induire de ce passage, *en tout tems*, que l'opinion de ce savant jurisconsulte est que l'inobservation des formalités proroge indéfiniment l'action en nullité du jugement de séparation, en sorte qu'elle pourrait être exercée en quelque tems que ce fût, par exemple, dans les trente ans, on prêterait à ce grand logicien un raisonnement d'une fausseté palpable; car, de ce que le pourvoi des créanciers ne peut être reçu après l'an, lorsque les formalités ont été remplies, il ne s'ensuit pas qu'il le soit toujours, et dans tous les tems, lorsqu'elles ne l'ont pas été. Il s'ensuit seulement que l'action en nullité, que fait naître cette inobservation, demeure entière et recevable pendant tout le tems qu'elle peut être reçue. Mais quel est ce tems? Combien dure cette action? C'est ce que ne dit point M. Merlin; il a seulement dit qu'elle pourrait être reçue pendant tout le tems que dure cette action; que sa durée demeure dans les termes du droit commun, à la différence de la fin de non-recevoir d'un an, qui est, comme tant d'autres dispositions du régime de la communauté, exorbitante du droit commun.

Quelle est donc la durée de l'action en nullité qui naît de l'inobservation des formalités prescrites

pour la validité des jugemens de séparation de biens ?

Il nous semble qu'à défaut de dispositions particulières, relatives à ce cas particulier, il faut suivre la règle commune à toutes les actions en nullité, et distinguer entre les demandes en nullité formées par voie d'action, et celles formées par voie d'exception, suivant la maxime, *quæ temporaria sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, qu'on rend en français par cet axiôme devenu trivial au Palais, *tant dure la demande, tant dure l'exception* (1).

En général, si l'exception est perpétuelle, l'action en nullité ne dure que dix ans, à compter du jour où l'on a pu agir. Nous avons fait l'application de ces règles aux nullités des conventions, tom. VII, n^{os}. 598 et suivans ; mais leur application aux nullités des séparations peut présenter des difficultés très-grandes. Supposons qu'un jugement de séparation ait été rendu et dûment exécuté en 1810. Un créancier du mari, qui étant primé par la femme n'a pu rien recevoir, croit apercevoir dans la procédure une nullité fondée sur l'omission de quelques-unes des formalités prescrites. En conséquence, en 1825, quinze ans après l'exécution de la séparation, et sans en parler, il procède, en vertu de son titre exécutoire, à la saisie de tous les meubles qui se trouvent dans

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VII, n^o. 600, pag. 709, 4^e. édition.

la maison commune des conjoints, et à la saisie-exécution de tous les immeubles qu'ils ont acquis depuis leur mariage. Mais la femme s'oppose aux saisies, et fonde son opposition sur son jugement de séparation. Le créancier excepte de la nullité de la séparation, qu'il fonde sur l'omission des formalités. Y sera-t-il recevable contre la femme, qui invoque la prescription de dix ans, au lieu de quinze? Il me semble qu'il faut répondre affirmativement, car il n'oppose la nullité que par voie d'exception.

Si, au lieu de prendre cette voie, le même créancier commence par former contre la femme une action directe en nullité, et conclut à ce que le jugement de séparation soit déclaré nul et comme non avenue, la femme pourra-t-elle repousser sa demande par la prescription de dix ans? L'affirmative paraît certaine; car c'est par voie d'action que le créancier attaque la séparation.

De cette doctrine, il suivrait que le succès du créancier dépendrait de la manière d'engager l'affaire : bien plus, il s'ensuivrait qu'un créancier qui n'a qu'un titre non authentique, quoique la date en soit assurée par l'enregistrement, ne pourrait jamais agir avec succès contre un débiteur séparé de biens par un jugement nul, pour inobservation des formalités prescrites; car enfin, il ne peut agir que par voie d'action.

Cette doctrine, que l'action en nullité est temporaire, et l'exception perpétuelle, semble donc dans son application aux nullités des séparations présenter des difficultés sérieuses, qui augmentent

quand on remonte aux motifs sur lesquels est fondée cette doctrine. Nous avons dit, tom. VII, n°. 599, pag. 709, qu'elle est tirée de la loi 5, § 6, *ff de doli mali except.*, 44, 4, où le jurisconsulte Paul dit : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuò competit.* Il en donne cette raison : *Cùm actor in suâ potestate habeat quandò utatur suo jure ; is autem cum quo agitur non habeat potestatem quandò conveniatur.* Le demandeur a la faculté d'intenter son action, et d'appeler son adversaire en justice quand il lui plaît ; mais il n'est pas au pouvoir de l'autre partie d'être appelée quand elle le veut.

Cette raison s'applique parfaitement au créancier dans la dernière des deux espèces ci-dessus. Il était le maître d'agir plus tôt. Ce n'est donc qu'à sa négligence qu'il peut imputer d'être repoussé par la prescription de dix ans.

Mais on éprouve beaucoup d'embarras pour faire à la première espèce l'application de la même raison. Le créancier était le maître d'agir plus tôt ; la femme ne pouvait l'y forcer. Il l'a laissée en possession paisible et notoire de son état de femme séparée pendant douze ou quinze ans, et ne s'est réveillé de son long assoupissement que pour prendre la voie indirecte d'une saisie, afin de la contraindre à présenter son jugement de séparation, passé depuis long-tems en force de chose jugée, et y opposer ensuite l'exception de nullité. Cette exception n'est point la défense à l'action formée par la femme, puisqu'elle n'en a formé aucune ;

elle peut donc être repoussée par la fin de non-recevoir de dix ans, parce que la marche extraordinaire du créancier n'est manifestement imaginée que pour l'éluder (1).

95. Passons maintenant aux effets de la séparation de biens, et du jugement valablement rendu et dûment exécuté qui l'a prononcée.

Le principal effet de la séparation, celui dont tous les autres ne sont que des conséquences, est la dissolution de la communauté. « La communauté se dissout, dit l'art. 1441, *par la séparation de biens.* »

Remarquez que cet article ne dit point *par le jugement*, mais *par la séparation*. Pothier dit, au contraire, tom. II, n°. 517, que c'est la sentence ou le jugement de séparation qui dissout la communauté. Il y revient encore, n°. 521, et dit que la communauté *ne pouvant se dissoudre que par la sentence du juge, il paraîtrait que la communauté dure jusqu'à la sentence.*

Le Code, avec raison, rejette cette doctrine, contraire aux premières notions sur l'établissement du pouvoir judiciaire. Les magistrats ne sont point établis pour créer des droits en faveur des contendans, mais pour décider si le droit réclamé par l'un, contesté par l'autre, est bien ou mal fondé. C'est ce qu'on appelle juger. Les jugemens se rapportent donc nécessairement à un droit, à un

(1) Nous avons fait l'application de ces principes aux nullités de conventions, tom. VII, pag. 713, n°. 602.

prétention préexistante, que réclame un des contendans par sa demande.

Ainsi, par exemple, dans la matière qui nous occupe, la femme expose au juge que sa dot est en péril, et qu'en conséquence, la loi lui donne le droit de dissoudre la communauté, de se faire restituer sa dot, pour vivre séparée de biens; elle demande à y être autorisée. Si le juge, après avoir vérifié les faits contradictoirement avec le mari, trouve que la femme est en effet dans le cas de la loi, qui lui permet de se séparer de biens, il le déclare par son jugement, et condamne le mari à restituer la dot. Ce n'est point le jugement qui donne à la femme le droit de séparation; c'est la loi. Le juge ne fait qu'examiner si les conditions qu'elle exige pour l'accorder existent.

Mais, dans ce cas-là même, la loi ne donne à la femme que la faculté de dissoudre la communauté; elle peut user de cette faculté ou n'en pas user. Si elle n'en use pas, la communauté continue de subsister. Si elle en use, c'est bien évidemment sa volonté, et sa volonté seule qui dissout la société conjugale, quant aux biens, autrement *la communauté*; de même que, dans les sociétés ordinaires, c'est *la volonté* d'un seul des associés qui dissout la société, du jour où il en a manifesté la volonté aux autres, comme l'établit fort bien Pothier, d'après les lois romaines : *Dissociamur renunciatione. L. 4, § 1, ff pro socio, 17. 2.*

96. Pothier prétend établir une différence entre les sociétés ordinaires et la société conjugale, quant aux biens, en ce qu'à l'égard des premières, la

demande en résolution formée par un des associés, est par elle-même suffisante pour dissoudre la société, ou du moins pour mettre les autres associés en demeure de la dissoudre, en acquiesçant à la demande que lui font ses associés, au lieu qu'une demande de dissolution d'une société conjugale ne peut se faire d'un commun accord; le mari ne peut y acquiescer; il faut un jugement.

Oui, sans doute, il en faut un; mais pourquoi? Parce que la loi n'a pas voulu que la femme pût dissoudre la société conjugale sans cause, par caprice, par légèreté, en un mot, par un simple changement de volonté. Ainsi, la faculté que le droit commun accorde à tout associé, dans les sociétés ordinaires, de s'en retirer et de dissoudre la société par sa volonté seule, la loi l'a restreinte, pour la femme, à l'égard de la société conjugale, quant aux biens, et d'absolue qu'elle est à l'égard des autres sociétés, l'a rendue conditionnelle, en ne l'accordant que sous la condition expresse et formelle que *sa dot soit en péril*. Elle la lui refuse, si cette condition n'existe pas. Mais qui jugera si la condition existe ou si elle n'existe pas? Ce ne peuvent être les parties intéressées. Il a donc bien fallu en charger le magistrat.

Mais aussi c'est la seule question qu'il soit chargé de juger, et c'est une question de fait. *La dot est-elle en péril, oui ou non?* S'il la résout affirmativement, il ne lui reste plus rien à juger; il ne lui reste plus qu'à déclarer que, dans le cas où se trouve la femme, la loi lui permet de dissoudre la communauté, et que, par conséquent, sa demande

originale est bien fondée. Ce n'est donc point le jugement qui dissout la communauté; car si la femme n'use pas de la permission qui lui est donnée, la communauté continuera d'exister comme par le passé. Mais si la femme, usant de son droit, persiste dans la volonté de se séparer de biens, conformément à sa demande, la communauté est alors dissoute, et elle l'est par la volonté de la femme, et non point par le jugement.

Ainsi, la société conjugale, quant aux biens, se dissout par la seule volonté de la femme; comme les sociétés ordinaires, par la volonté d'un seul des associés; toute la différence qu'il y a, c'est que la femme est obligée de prouver que sa dot est en péril, au lieu que, dans les sociétés ordinaires, la volonté seule d'un des associés suffit.

La doctrine de Pothier, qui prétend que la communauté ne se dissout que par le jugement, conduit directement, comme il en convient, à dire qu'elle doit subsister jusqu'au jugement, et que, par conséquent, une succession mobilière échue à la femme dans le tems intermédiaire de la demande originale au jugement, entrerait en communauté, et deviendrait la proie des créanciers du mari.

97. Pothier répond que l'usage du Châtelet de Paris était de donner aux jugemens de séparation de biens *un effet rétroactif* au jour de la demande, et de regarder la communauté comme ayant cessé et ayant été dissoute de ce jour.

La rétroactivité, soit des lois, soit des jugemens, était proscrite par la raison, avant de l'être par la

législation nouvelle. Le Code s'est donc, avec raison, gardé de dire que le jugement de séparation a un effet rétroactif; mais il a dit, avec beaucoup d'exactitude, que « le jugement qui prononce la » séparation de biens, remonte, quant à ses effets, » au jour de la demande. » Art. 1445.

Cette manière de s'exprimer est tout à fait conforme aux vrais principes, dont elle n'est qu'une conséquence. Nous avons prouvé que c'est la volonté de la femme qui opère la dissolution de la communauté de biens : c'est donc du jour de la demande que cette communauté cesse, lorsque la femme y persiste, en remplissant toutes les conditions et les formalités prescrites par la loi. Le tems nécessaire pour les remplir, les incidens qui ont pu retarder le jugement, n'ont rien changé à l'état de l'affaire. C'est toujours sur la demande originaire, par laquelle la femme a manifesté, pour la première fois, sa volonté d'être séparée, qu'il s'agit de prononcer. Le juge doit donc le faire comme si l'on était encore au jour de la demande. L'art. 1445 n'a donc fait qu'énoncer une vérité palpable, en disant que le jugement de séparation remonte *au jour de la demande*, quant à ses effets.

98. C'est donc à ce jour-là même que commencent les effets de la séparation. Ceci est bien différent de ce que nous avons dit *suprà*, n°. 54, que le jour du terme *à quo* n'est point compris dans le terme, comme lorsque la loi dit *à compter de tel jour*. Ce jour alors est considéré comme un point de départ laissé en dehors. Au contraire, quand la loi dit que les effets de la séparation re-

montent au jour de la demande, elle veut que ces effets existent dès le jour même de la demande, sans quoi on ne pourrait pas dire qu'ils y remontent.

99. La communauté ayant cessé d'exister dès le jour même de la demande en séparation, il s'ensuit que tout ce que la femme acquiert, depuis et compris ce jour, de quelque manière que ce soit, lui est propre, sans que le mari ou ses créanciers y puissent prétendre aucuns droits du chef de ce dernier. Ainsi, supposons qu'il soit échu à la femme une riche succession mobilière par la mort d'un parent décédé le jour même de la demande en séparation; elle lui appartiendra en entier en propre, en cas de succès de sa demande. Elle pourra même, en vertu de l'art. 869 du Code de procédure civile, et sans attendre aucun délai, requérir l'apposition des scellés sur les effets, pour la conservation de ses droits.

Vainement prétendrait-on que la demande en séparation n'a été formée qu'en fraude des droits des créanciers du mari, et que la femme, avertie que son parent était à l'extrémité, s'est hâtée de former la demande en séparation, pour empêcher que la succession dont il s'agit ne tombât dans une communauté qu'elle savait obérée.

Eh bien ! quand cela serait vrai, la femme ne fait qu'user de son droit. Les biens de cette succession auraient fait partie de sa dot, si elle s'était ouverte pendant la durée la communauté. *Vid. supra, nos. 23 et 24.*

Or, les affaires de son mari étant déjà dans un tel

désordre que la dot qu'elle avait apportée en se mariant est en péril, n'est-il pas du devoir de la femme de prévenir le danger que courraient encore les biens près de lui échoir, en se hâtant de demander la séparation de biens, seule ressource que lui offre la loi dans son malheur? On ne peut donc voir une fraude dans la demande formée par la femme la veille ou le jour même de l'échéance d'une riche succession. Tout dépendra du point de savoir si, indépendamment de cette circonstance étrangère, la demande est bien fondée.

100. Ce principe, que les effets du jugement de séparation de biens remontent *au jour de la demande*, est fondamental en cette matière. Nous avons dit *suprà* qu'il est conforme à la raison et au droit commun : aussi le Code l'a posé de la manière la plus générale. Cependant, un auteur justement renommé, M. Pigeau, dans sa *Procédure civile démontrée par les principes* (1), fait une distinction entre les effets *relatifs aux époux* et les effets *relatifs aux tiers*, et il prétend que ce n'est que relativement aux époux entre eux que les effets du jugement remontent au jour de la demande, et que la communauté est dissoute, et non relativement aux tiers, qui peuvent opposer à la femme tout ce qu'ils ont fait de bonne foi, non seulement jusqu'au jugement, mais encore jusqu'à l'accomplissement des formalités prescrites pour sa publicité.

(1) 3^e. édition, tom. II, pag. 541 et 542.

On ne sait où l'auteur a puisé toute cette nouvelle doctrine, à l'appui de laquelle il n'invoque aucune autorité; mais il est facile de se convaincre, en rapprochant les textes, que la distinction sur laquelle il se fonde est aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit du Code et à l'ancienne jurisprudence. Remarquez que c'est après s'être occupé, dans une première disposition, de l'intérêt des tiers, en prescrivant les formalités nécessaires pour rendre les séparations publiques, que l'art. 1445 ajoute immédiatement, et comme une suite, la seconde disposition, par laquelle, comme s'il avait craint que l'on ne pensât que ces formalités retardent l'effet du jugement, le législateur dit : « Le jugement qui prononce la séparation des biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. »

De ces deux dispositions ainsi rapprochées dans le même article, il est donc impossible, en bonne logique, de ne pas conclure que la seconde, énoncée d'ailleurs d'une manière si générale, s'applique aux tiers, de l'intérêt desquels s'est occupée la première, sans même parler des époux.

C'en est assez pour faire voir que la distinction imaginée par M. Pigeau est contraire au texte de l'art. 1445.

Mais il prétend que si, relativement aux tiers, on faisait remonter les effets du jugement au jour de la demande en séparation, on contrarierait le *vœu de la loi*. Et pourquoi? Parce que, dit-il, les tiers n'ont pu avoir connaissance de cette demande, par la raison que les formalités prescrites

pour sa publicité ne sont point suffisantes pour les avertir. Par exemple, le tiers qui, le lendemain de l'inscription de la demande sur le tableau, traite avec le mari, à cent lieues peut-être de l'endroit où est exposé ce tableau, n'a pu en avoir connaissance.

Il en conclut « qu'il faut décider que les tiers
 » peuvent opposer leur bonne foi à la femme,
 » non seulement jusqu'au jugement, mais même
 » jusqu'à l'*accomplissement des formalités* requises
 » pour la publicité du jugement. Mais à compter
 » du jour où ces formalités ont été accomplies, le
 » jugement de séparation produit contre les tiers
 » tous les effets dont il est susceptible, pourvu,
 » d'ailleurs, que ce jugement soit valable, et que
 » son exécution soit poursuivie avec la diligence
 » requise.

» Ainsi, continue-t-il, à compter de ce jour,
 » s'il échoit à la femme une succession, ou s'il lui
 » est fait une donation de nature à entrer en communauté, cette donation ou cette succession lui
 » est entièrement propre, et les créanciers du mari
 » ou de la communauté ne peuvent prétendre aucun droit sur les effets dont elle se compose.

» Il n'en serait pas de même avant cette époque ; car, quoique la succession mobilière échue
 » à la femme, depuis la demande en séparation,
 » lui appartienne tout entière, à l'exclusion du
 » mari, néanmoins, les créanciers de celui-ci qui
 » ignorent, ou sont censés ignorer la séparation
 » non encore publique, sont autorisés à regarder
 » les effets de cette succession comme un gage de

» leurs créances, et ils peuvent les saisir en con-
» séquence, *sauf le recours de la femme* contre
» son mari. »

101. On est étonné de voir un aussi bon esprit que M. Pigeau avancer sans preuves, et avec tant d'assurance, des erreurs aussi contraires aux doctrines de l'ancienne jurisprudence, qu'au texte du Code, qui les a sanctionnées en ce point par l'article 1445.

Pothier (1), guide principal des rédacteurs du Code, propose la question de savoir si une succession mobilière échue à la femme dans le tems intermédiaire de la demande et de la sentence de séparation, entre dans la communauté? Il la résout négativement, par le principe que la sentence de séparation a un effet rétroactif du jour de la demande, principe que l'art. 1445 consacre, mais exprime d'une manière plus exacte, en disant que le jugement de séparation remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. On ne peut donc plus établir de controverse sur ce point. L'erreur de M. Pigeau, qui, au lieu de faire remonter les effets du jugement de séparation au jour de la demande, les recule jusqu'à l'accomplissement des formalités requises pour la publicité, sauf le recours de la femme contre son mari ruiné, est donc évidente.

Vainement M. Pigeau insiste sur l'insuffisance des formalités prescrites, pour faire connaître la

(1) *Traité de la communauté*, n°. 521.

demande de séparation aux tiers. Vainement cite-t-il pour exemple celui qui, traitant avec le mari, le lendemain de l'exposition de la demande sur le tableau, à cent lieues peut-être de l'endroit où le tableau est exposé, ne peut avoir connaissance de la demande en séparation.

Il faut répondre d'abord que les créanciers qui ont suivi la foi du mari ont à se reprocher l'imprudence d'avoir traité avec lui, *sans être assurés* de sa solvabilité, etc.; que, d'ailleurs, ces argumens, fondés sur l'insuffisance des formalités prescrites par la loi, sont absolument insignifiants. La loi a jugé les formalités qu'elle a prescrites suffisantes, pour avertir les pères de famille diligens de veiller à leurs intérêts. Nous ne pouvons rien demander de plus. Après l'observation de ces formalités, la loi présume que tous les tiers intéressés ont été avertis. C'est une présomption légale, pareille à celle qu'établit l'art. 1^{er}. du Code, pour la connaissance des lois, qu'il présume connues après l'expiration des délais établis pour en *réputer* la promulgation connue de tous les citoyens; présomption contre laquelle nulle preuve n'est admise, quoique le plus souvent les citoyens n'aient réellement pu connaître le jour de la promulgation (1).

Il ne faut donc pas dire que les tiers sont censés ignorer la demande en séparation; c'est la présomption contraire qui est admise par la loi.

(1) Voy. ce que nous avons dit sur cela, tom. I, nos. 72, 73 et suiv.

Il aurait été sans doute à désirer que tous les créanciers du mari fussent personnellement avertis de la demande en séparation de la femme. On proposa même au Conseil d'état, lors de la discussion du projet de Code, d'astreindre la femme à les appeler tous, pour y consentir ou pour s'y opposer; mais cette proposition fut rejetée (1), parce que l'exécution en fut reconnue impossible : car on ne peut supposer que la femme connaisse tous les créanciers de son mari, sur-tout si celui-ci veut lui en dérober la connaissance, pour ne pas lui donner des armes contre lui.

102. Quant aux tiers qui n'étaient pas créanciers du mari avant la demande en séparation, mais qui auraient depuis traité avec lui, et qui, suivant M. Pigean, peuvent toujours opposer leur bonne foi à la femme, non seulement jusqu'au jugement, mais même jusqu'à l'accomplissement des formalités requises pour la publicité de ce jugement, cette proposition est énoncée d'une manière trop vague, pour que nous y puissions répondre d'une manière précise. Il y aurait plusieurs distinctions à faire, suivant les principes que nous avons établis *suprà*, nos. 61 et 62, à l'égard des traités faits par les tiers avec le mari, depuis la demande en séparation.

103. Le mari, chef légal de la communauté, conserve tous ses droits pendant la litispendance, sauf les mesures conservatoires que la femme est

(1) Dans la séance du 3 vendémiaire an 12.

autorisée à prendre. Si elle n'en a pris aucune; le mari conserve tous ses droits d'administration, et même de disposition, sur les effets mobiliers qui composent la communauté. Ainsi, s'il fait avec un tiers, depuis la demande en séparation, des traités relatifs aux effets mobiliers, par exemple, s'il vend des meubles, les ventes sont valides, et ne peuvent être attaquées que pour fraude, pourvu, toutefois, que les effets vendus aient été livrés. *Secus* s'ils ne l'avaient point été, car alors la vente n'est parfaite qu'à l'égard du vendeur. (1583).

Si le mari avait, pendant la litispendance, vendu des immeubles acquêts de la communauté, cette vente, quelque bonne foi que l'on suppose dans l'acquéreur, ne pourrait être opposée à la femme, qui avait sur ces acquêts comme sur les propres de son mari une hypothèque légale, indépendamment de toute inscription.

Quant aux effets mobiliers, si la femme avait pris des mesures conservatoires, par exemple, si elle avait fait apposer les scellés sur les effets de la communauté, et que le mari, pour les faire lever, en eût fait inventaire, il serait tenu de représenter les choses inventoriées, ou de *répondre de leur valeur, comme gardien judiciaire*.

Mais si, nonobstant cet inventaire, il avait vendu et livré quelques meubles précieux, la vente ne pourrait être attaquée par la femme, qu'en prouvant la mauvaise foi de l'acquéreur, qui aurait été complice de la fraude de son mari; car c'est lui que l'art. 270 rend responsable. Il nous paraît que la fraude serait suffisamment prouvée, s'il était ap-

pris que l'acheteur eût connaissance que la femme avait fait mettre les scellés.

104. Quant aux emprunts que le mari pourrait avoir faits depuis la demande en séparation, il est bien évident qu'ils ne peuvent préjudicier aux droits de la femme. Les prêteurs n'auraient que la voie d'intervenir, comme les créanciers antérieurs, pour veiller à leurs droits; car l'art. 871 du Code de procédure donne indistinctement ce droit à tous les créanciers du mari, soit antérieurs, soit postérieurs à la demande, et ce, jusqu'au jugement définitif.

105. Le Code faisant remonter les effets de la séparation au jour de la demande, laquelle, comme nous avons vu, dissout la communauté, il s'ensuit que les intérêts de la dot et des reprises de la femme sont dus et courent du même jour, et que le mari doit être condamné à les lui restituer, ce qui est conforme à l'ancienne jurisprudence de notre Bretagne (1). Mais ailleurs on en avait douté; on cite même un arrêt du Parlement de Paris, du 8 avril 1672, qui n'adjugea les intérêts que du jour de la sentence de séparation. Pothier dit (2) qu'il faut laisser cette question à l'arbitrage du juge, qui doit compenser ces intérêts avec les alimens fournis à la femme depuis la demande, si la différence n'est pas grande; mais que si les intérêts excèdent de beaucoup, il doit adjuger les intérêts,

(1) Voy. les *Principes de droit* de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 80, n^o. 225.

(2) *Traité de la communauté*, n^o. 521.

sous la déduction des alimens donnés à la femme depuis la demande, et sa contribution aux autres charges du ménage.

Sous l'empire du Code, on ne peut laisser la question à l'arbitrage du juge. L'art. 1473 fait courir de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté, les intérêts des emplois et récompenses dus à la communauté par les époux, et aux époux par la communauté. S'il y a des compensations à faire, elles devront être faites en jugeant la liquidation des droits de la femme; mais le juge ne peut les faire arbitrairement.

106. La communauté étant dissoute par la séparation de biens, il en résulte nécessairement que la femme reprend la libre administration de tous ses biens, tant meubles qu'immeubles, de quelque nature qu'ils soient. L'art. 1447 lui donne même le droit de disposer de tout son mobilier et de l'aliéner, sans avoir par conséquent besoin du consentement de son mari, de même que si elle était originairement mariée avec la clause de séparation. Elle peut donc faire tous les contrats relatifs à cette administration, faire et renouveler les baux, vendre ses bois taillis, recevoir le remboursement de ses rentes, faire des emprunts modiques, etc.

107. Mais comme la séparation, qui dissout la communauté, ne détruit point la puissance maritale, la femme séparée; même de corps et d'habitation, ne peut (1) ester en jugement sans l'au-

(1) Voy. *Principes de droit* de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 265, n°. 328, et Pothier, *Traité du mariage*, pag. 525.

torisation de son mari (215) (1); elle ne peut aliéner ses immeubles sans être autorisée par lui, ou sur son refus par la justice, qui ne doit pas accorder l'autorisation sans nécessité; et si elle est jugée nécessaire, on doit, pour la vente, suivre les formalités prescrites pour la vente des biens des mineurs (2); c'est-à-dire que la vente doit être faite aux enchères, après publications et affiches.

La femme séparée ne peut également hypothéquer ses immeubles, ni acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours de son mari dans l'acte, ou sans son consentement par écrit (212), et le consentement doit être spécial, toute autorisation générale étant nulle (1538).

On avait douté si la femme séparée pouvait, sans l'autorisation de son mari, surenchérir l'immeuble sur lequel elle est inscrite. Un arrêt de la Cour suprême, du 14 juin 1824, a levé le doute et fixé la jurisprudence. En voici le dispositif :

« Attendu qu'en jugeant que la surenchère, con-
» sidérée soit sous le rapport de la procédure
» qu'elle exige devant le tribunal civil, soit sous
» celui de l'effet qu'elle produit, tant à l'égard de
» l'acquéreur que du surenchérisseur, n'est pas un
» acte purement conservatoire ou d'administra-
» tion, et qu'elle ne peut, par conséquent, pas être
» faite par une femme, même séparée de biens,

(1) L'art. 224 de la *Coutume de Paris* était plus indulgent. Il permettait aux femmes séparées de justice d'ester en jugement sans le consentement du mari.

(2) Foy. Duparc Poullain, *ubi supra*.

» sans l'autorisation spéciale de son mari ou de la
 » justice, la Cour royale n'a violé aucune loi; re-
 » jette. »

Cet arrêt est rapporté dans le Journal des audiences de MM. Dalloz et Tournemine, an 1824, pag. 223 et suivantes, et nous paraît bien rendu.

108. Par suite du principe que la séparation ne détruit point la puissance maritale, l'ancienne jurisprudence obligeait le mari de veiller à la collocation des remboursemens volontaires ou forcés des immeubles de la femme, et s'il la laissait les dissiper, il en devait le remplacement (1).

L'art. 1450 du Code fait à cet égard une distinction pleine d'équité. Il porte : « Le mari n'est point
 » garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix
 » de l'immeuble que la femme séparée a aliéné
 » sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il
 » n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit prouvé
 » que les deniers ont été reçus par lui, ou ont
 » tourné à son profit.

» Il est garant du défaut d'emploi ou de rem-
 » ploi, si la vente a été faite en sa présence et de
 » son consentement; il ne l'est point de l'utilité
 » de cet emploi. »

Le principe de l'ancienne jurisprudence, qui rendait le mari garant de l'emploi ou du remploi des remboursemens volontaires ou forcés des rentes de la femme séparée, n'est plus applicable sous l'empire du Code, qui, d'un côté, a mobilisé toutes

(1) Voy. Duparc-Poullain, tom. V, n°. 329.

les rentes, quelle que soit leur origine, qui sont toujours rachetables, et, de l'autre, permet à la femme séparée, dans l'art. 1449, de disposer de son mobilier et de l'aliéner comme bon lui semble.

109. D'après ce qu'on vient de dire, la femme séparée n'est point entièrement dégagée de la puissance maritale, même quant aux biens, et son incapacité subsiste à l'égard de tous les actes qui excèdent les bornes de l'administration; à plus forte raison, n'est-elle point dégagée des liens de cette puissance, en tout ce qui concerne sa personne. Elle demeure donc obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il jugera à propos de résider (214). C'est un devoir que les lois divines et humaines imposent à toutes les femmes, mais à l'accomplissement duquel l'amour de l'indépendance les rend quelquefois récalcitrantes. Comment alors les contraindre à le remplir? C'est une question à laquelle jusqu'ici nous n'avons point répondu, quoiqu'elle nous ait été souvent adressée.

Il est bien évident qu'il n'y a que la contrainte et l'emploi de la force publique qui puissent vaincre l'obstination de certaines femmes, sur l'esprit desquelles ni le sentiment du devoir, ni le soin de leur réputation, ni les prières, ni les représentations, ni les menaces, ne peuvent rien. Vainement l'Esprit-Saint leur ordonne d'obéir à leur mari; cette idée seule les révolte: l'amour de l'indépendance, ou peut-être un sentiment plus coupable, les empêche d'écouter la raison. Il faut bien cependant que force demeure à la loi, et quoique la violence et la contrainte envers le sexe répu-

gnent à nos mœurs françaises, un peu efféminées; nous trouvons, dans un arrêt de la Cour suprême assez récent, la marche que peut suivre un mari envers son épouse, sans choquer les bienséances et l'opinion publique. Voici l'espèce :

La dame Liégey avait formé contre son mari une demande en séparation de corps, et obtenu que provisoirement elle se retirerait chez sa tante. Elle échoua, et malgré l'arrêt qui rejeta sa demande, elle refusa de revenir demeurer avec son mari. Il demanda alors qu'elle fût condamnée à revenir habiter avec lui, et qu'elle y fût contrainte, *même par corps*. Le tribunal ordonna que cette dame rentrerait au domicile marital. Toutefois, considérant que saisir une personne pour la mener de force dans un lieu quelconque, ce serait ou exercer la contrainte par corps, ou opérer une arrestation, dans un cas non prévu par la loi, il rejeta tout moyen de rigueur, permettant seulement de saisir les revenus personnels de la femme, et de lui refuser tout secours dont elle pourrait avoir besoin.

Le mari fit signifier ce jugement, avec commandement de l'exécuter, mais sous réserve d'appel, en cas d'inexécution. La femme n'obéit pas. Sur l'appel du mari, la Cour de Nancy rendit, le 11 avril 1826, un arrêt ainsi conçu : « Considérant, » au fond, que l'art. 214 du Code civil impose » à la femme l'indispensable nécessité d'habiter » avec son mari; que cette obligation dérivant es- » sentiellement de la nature de l'union conjugale, » ne cesse que par une séparation de corps léga-

» lément prononcée ; que , dès lors , lorsqu'une
» femme a échoué dans sa demande en sépara-
» tion , qu'il lui a été enjoint , par un jugement
» en dernier ressort , de se réunir à son époux ,
» que cependant elle s'obstine à désobéir à la jus-
» tice , il est naturel et légitime de l'y contrain-
» dre , même par l'emploi de la force publique ,
» si toutes autres voies d'exécution sont inefficaces ;
» qu'on ne peut raisonnablement assimiler cette
» mesure à l'exécution de la contrainte par corps
» ordinaire , dont les femmes ne sont passibles
» que dans les cas énumérés par la loi ; puisqu'un
» emprisonnement temporaire est le but d'une
» contrainte par corps , tandis qu'au cas actuel ,
» il ne s'agit que de réintégrer au domicile marital
» une épouse récalcitrante à ses devoirs , et que
» dès qu'elle y est arrivée , la liberté la plus com-
» plète lui est rendue ; — considérant que le prin-
» cipe contraire est destructif de l'autorité des ju-
» gemens , et autoriserait une séparation d'un nou-
» veau genre entre conjoints , lorsque la femme
» n'aurait aucuns revenus , ou qu'elle trouverait
» moyen de s'en passer ; — considérant , dès lors ,
» qu'il a été mal jugé ; qu'ainsi , c'est le cas d'émén-
» der et de condamner aux dépens la partie qui
» succombe ; par ces motifs , émendant , ordonne
» que , dans les trois jours de la signification du
» présent arrêt , la femme Liégey sera tenue de
» rentrer dans le domicile marital ; qu'à défaut de
» ce faire , elle y sera contrainte par tout huissier
» chargé de l'exécution , lequel pourra même , au
» besoin , se faire assister par la force publique , etc.

Sur le pourvoi de la dame Liégey, la Cour suprême consacra ces principes d'éternelle vérité, et confirma l'arrêt de la Cour de Nancy, le 9 août 1826 (1). Ce point est tellement important, que malgré la longueur de cette citation, nous croyons devoir y ajouter encore le texte de l'arrêt.

« Attendu, en droit, que dans l'intérêt général
 » de la société, la loi doit assurer et assure en ef-
 » fet *l'exécution* des jugemens par tous les moyens
 » qui sont en son pouvoir ; — que parmi ces
 » moyens existe l'emploi de la force publique ;
 » que ce moyen est même textuellement autorisé
 » dans le mandement aux officiers de justice, qui
 » termine nécessairement et indistinctement tous
 » les jugemens ; que l'emploi de la force publique
 » ne doit aucunement être confondu avec l'exer-
 » cice *de la contrainte par corps* : par celle-ci,
 » l'on s'empare de la personne pour lui enlever
 » sa liberté en l'emprisonnant ; celle-là ne fait
 » qu'*accompagner* la personne pour la mettre en
 » état de remplir ses devoirs, et même de jouir
 » de ses droits, toujours en pleine et entière li-
 » berté ; — que ces principes conservateurs de
 » l'autorité *essentielle* due au pouvoir judi-
 » ciaire, ne reçoivent aucune exception à l'égard
 » des jugemens qui, en vertu de la disposition
 » formelle de l'art. 214 du Code civil, obligent la
 » femme à rentrer dans le domicile conjugal ; —

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences*, par M. Dalloz, an 1826, pag. 447 et suiv.

» que pour leur exécution, dans l'extrémité fâ-
» cheuse où tous les autres moyens moins rigou-
» reux sont restés sans effet, on doit employer en-
» core la force publique, pour ne pas faire dépen-
» dre du caprice, et quelquefois même du crime
» de l'épouse, un nouveau genre de séparation de
» corps, subversif tout à la fois et des droits par-
» ticuliers de l'époux, et des droits généraux du
» corps social;

» Et attendu qu'il est constant et reconnu en
» fait que, par arrêt du 8 août 1825, la femme
» Liégey a été déboutée de sa demande en sépa-
» ration de corps d'avec son mari; — que ce der-
» nier lui a fait signifier cet arrêt, avec invitation
» de rentrer, dans les vingt-quatre heures, dans
» le domicile conjugal; — que depuis, diverses in-
» jonctions, diverses *invitations* amicales lui ont
» été faites aux mêmes fins, sans succès; qu'en-
» fin, c'est sans succès encore que, par jugement
» du 6 décembre 1825, le mari Liégey a été au-
» torisé à l'y contraindre par la saisie de ses re-
» venus; — que dans ces circonstances, en ordon-
» nant que la femme Liégey serait tenue de ren-
» trer dans le domicile marital, et qu'à défaut de
» le faire, elle y serait contrainte par tout huis-
» sier chargé de l'*exécution*, lequel pourrait même,
» *au besoin*, se faire assister par la force publi-
» que, l'arrêt attaqué ne s'est mis en contradiction
» avec aucune loi; rejette, etc. »

Cet arrêt doit faire cesser toutes les hésitations;
il consacre les vrais principes, en indiquant les
moyens de contraindre la femme à venir habiter

avec son mari, de manière cependant que cette contrainte ne blesse ni les convenances ni la délicatesse de nos mœurs.

110. Mais si la femme est obligée d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider, le mari est obligé, de son côté, de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, dans le domicile marital. Ces deux devoirs sont réciproques. Si donc le mari refusait de recevoir sa femme dans sa maison, pourrait-elle recourir à la justice pour l'y contraindre? Tout est réciproque entre le mari et la femme; c'est le vœu de notre art. 214. Mais la mise à exécution forcée de ces principes est toujours très-délicate, soit qu'il s'agisse de contraindre l'épouse à venir habiter avec son mari, soit qu'il s'agisse de contraindre celui-ci à la recevoir (1).

L'arrêt que nous venons de citer semble lever la difficulté pour le premier cas, sans néanmoins avoir égard aux inconvéniens et aux suites de la marche qu'il prescrit, ce qu'il était impossible de prévoir.

Dans le cas où c'est le mari qui contraint la femme à venir habiter avec lui, on peut espérer que la femme, naturellement faite pour obéir, et d'ailleurs plus faible, pourra se résigner, s'habituer à l'habitation commune, sur-tout s'il y a des enfans, ou l'espérance d'en avoir : mais contraindre le mari à recevoir malgré lui une femme peut-

(1) *Quid leges sine moribus vanae proficiunt?*

être acariâtre, une madame *Honestà*, c'est évidemment s'exposer à faire de la maison commune *l'enfer des enfers*, suivant l'énergique expression du fabuliste.

Et si le mari est un homme violent et brutal, ne peut-on pas prévoir avec certitude qu'il usera de sa force pour dégoûter sa femme de l'habitation commune? Aussi la jurisprudence des arrêts n'offre-t-elle à notre connaissance qu'une seule décision sur ce cas, dont voici, au reste, un exemple récent, passé sous nos yeux :

Une femme avait quitté volontairement la demeure de son mari, pour aller demeurer ailleurs, dans la même ville. Le mari, fort aise d'en être débarrassé, car ils ne sympathisaient point ensemble, se gardait bien de la rappeler. Mais enfin elle s'avisa de vouloir revenir. Le mari lui fit toujours refuser l'entrée de la maison. Elle fut obligée d'en venir aux sommations juridiques, et finit par obtenir un jugement qui ordonnait au mari de la recevoir. Le mari refusant d'obéir, le procès finit par un traité, dans lequel le mari contracta l'obligation d'augmenter la pension qu'il faisait à sa femme, à condition qu'elle demeurerait ailleurs.

Dans le fait, c'était ce qu'elle voulait, et c'est toujours où aboutissent de pareilles contestations.

Mais si la femme persistait à vouloir rentrer dans la maison conjugale, comment devrait-il l'y recevoir, et quel serait le mode d'exécution de l'arrêt qui l'y condamne, et qui lui ordonne de l'y traiter maritalement? La question s'est présentée, à la

Cour royale de Paris, en 1826, et voici en substance la marche qu'on y suivit :

M. Naylies, époux d'une femme qui lui avait apporté 150,000 fr. en dot, vivait avec elle dans la plus mauvaise intelligence : leur désunion était scandaleuse. La femme implora l'appui de la justice. Le mari répondit par une demande en interdiction, dans laquelle il succomba ; puis il forma une demande en séparation de corps, admise d'abord en première instance, et rejetée en cause d'appel. L'arrêt de la Cour, du 24 août 1824, enjoignit à M. Naylies de recevoir son épouse dans le délai de trois mois, et de la traiter maritalement. Sur le refus d'exécuter l'arrêt, la Cour autorisa la femme à se faire assister, pour l'y contraindre, du juge de paix, qui, dit-on, y mit de la mollesse. On introduisit un référé. La Cour ordonna un sursis, à l'expiration duquel M. Naylies fut contraint d'obéir. Madame Naylies fut donc reçue dans le domicile conjugal. Mais elle y vivait retirée dans une chambre particulière, où elle mangeait seule, et servie, non par les domestiques de la maison, mais par un traiteur. Elle recourut de nouveau à la Cour, et la supplia de pourvoir à une plus exacte exécution de son arrêt.

L'avocat de M. Naylies demanda acte, au nom de son client ; de son consentement à ce que son épouse fût servie par un domestique de son choix, et de son offre de lui faire telle pension alimentaire qu'il plairait à la Cour de déterminer. Sur quoi M. le premier président Seguier dit qu'il ne s'agissait pas de pension ; qu'il fallait exécuter l'ar-

rêt qui ordonnait que madame Naylies vivrait dans le domicile conjugal.

On donnait de part et d'autre différens détails sur la manière dont la femme était traitée, sur ses meubles, etc.

M. le président demanda s'il y avait communication de l'appartement du mari à celui de la femme. L'avocat de M. Naylies observa que ces détails lui semblaient peu dignes d'occuper la Cour; que la femme était *dans le domicile conjugal*; ce qui suffisait à l'exécution de l'arrêt.

M. l'avocat général de Broé demanda que l'état des lieux fût vérifié, en exprimant l'espoir que les parties termineraient leurs débats par un accommodement.

La Cour commit le juge de paix du septième arrondissement de Paris pour examiner l'état des lieux, entendre les parties, dresser son procès-verbal, qui serait rapporté dans la huitaine, pour être ensuite statué ce qui appartiendrait (1).

Le juge de paix déposa son rapport à l'audience du 26 août, et la cause fut renvoyée après la vacation, pour savoir si M. Naylies avait honorablement satisfait à l'arrêt, qui, après avoir rejeté sa demande en séparation de corps, lui enjoignait de *recevoir sa femme dans le domicile conjugal, et de la traiter maritalement* (2).

Enfin, à l'audience du 13 novembre 1826, après la vérification qui avait été faite par le juge de paix,

(1) *Voy. la Gazette des tribunaux*, du 9 août 1826, n^o. 247.

(2) *Gazette des tribunaux*, du 28 août 1826.

l'avoué de madame Naylies se plaignit des localités, et sur-tout d'une barre de fer par laquelle était interdite toute communication entre les chambres des deux époux. Les conclusions, que nous croyons devoir rapporter ici, sont remarquables. Elles tendaient à ce qu'il fût ordonné que l'arrêt du 24 août 1824 fût exécuté; que le mari fût tenu de traiter sa femme *maritalement*; à cet effet, de la recevoir à la même table que lui, de la faire servir par les domestiques de la maison, et non par une femme de ménage; comme aussi de lui donner le coucher convenable à son état, et lui remettre les fonds nécessaires à ses menues dépenses; faute de quoi la femme aurait le droit de s'y introduire, accompagnée d'un huissier, lequel se ferait assister au besoin par la force armée, pour que l'arrêt reçût son exécution; comme aussi ordonner que les fermetures qui séparaient sa chambre des autres pièces et de la chambre de son mari seraient enlevées, pour que la femme pût circuler dans le domicile conjugal. L'avoué ajouta que sa cliente s'était refusée à toute conciliation, parce qu'elle y mettait la condition, *sine quâ non*, qu'elle jouirait de tous les droits et privilèges d'épouse légitime.

M. l'avocat général Jaubert pensa que les offres étaient suffisantes et raisonnables; qu'il n'était pas possible à la femme d'exiger plus, et que le mari avait pleinement satisfait à l'arrêt de 1824. Qu'on lui permette donc, ajoutait-il, de se retirer dans son cabinet, et de s'y renfermer pour déplorer un mariage mal assorti.

La Cour donna acte à la partie de Deschamps (la femme) des offres faites par celle de Lasseaux, et consignées dans le procès-verbal du juge de paix; et sous le mérite desdites offres, mit les parties hors de Cour. L'arrêt est du 18 novembre 1826, et rapporté à cette date dans la Gazette des tribunaux.

Nous n'ajouterons aucune réflexion sur cette affaire déplorable et scandaleuse, dont nous avons analysé les détails, parce qu'ils peuvent donner en même tems des lumières pour diriger la conduite de pareilles affaires, et des conseils pour les éviter.

Il sera toujours souverainement imprudent à la femme que son mari s'obstine à tenir éloignée de sa maison, sans néanmoins lui refuser les moyens de vivre ailleurs d'une manière honorable et conforme à son rang, de recourir à la justice, et subsidiairement à la force publique, pour se faire réinstaller dans le domicile marital. Son triomphe, peu propre à flatter même l'amour-propre d'une femme honnête, durerait peu sans doute; et tôt ou tard, elle sentirait le besoin d'en revenir à cette habitation séparée, que la décence commande dans certains cas, et que la loi devrait peut-être formellement autoriser, lorsqu'elle a lieu du consentement mutuel des deux époux.

III. Nos anciens auteurs admettaient les séparations volontaires, quand il y avait eu habitation séparée, et qu'elles avaient duré long-tems, comme on le voit dans les célèbres annotateurs de Duplessis, Berroyer et de Laurière (1), sur le Traité

(1) Liv. 2, chap. 2, comment la société se dissout, not. ccc.

de la communauté. Voici comment ils s'expriment : « La seconde exception est : quand les conjoints se sont séparés volontairement, qu'ils ont demeuré et vécu séparément, faisant valoir chacun leurs biens pendant plusieurs années, ils ne peuvent, ni leurs héritiers, ni même leurs créanciers, prétendre aucun droit de communauté.

» M. Charles Dumoulin, sur Paris, § 104, propose cette espèce de séparation, et résout que, » *ex quo sic diu separati fuerunt, dissoluta est communio, et diuturnitas idem operatur quod sententia.* Il dit la même chose à l'égard des créanciers, § 110, n^o. 3.

» Les arrêts ont suivi le sentiment de ce docteur, quand il y a habitation séparée.

» Arrêt du 1^{er}. décembre 1626, qui l'a ainsi jugé; Dufresne, en son Journal des audiences, liv. 1^{er}., chap. 122; autre du 6 mars 1631; Dufresne, liv. 2, chap. 92; autre du 20 janvier 1672; Journal des audiences, tom. III, liv. 8, chap. 1^{er}. »

Si notre Code n'a point admis ces principes, ils peuvent du moins faire naître aux législateurs futurs l'idée de modifier, relativement aux époux qui ne peuvent s'accorder, la disposition qui proscriit, même à leur égard, les séparations volontaires.

112. Du principe incontestable que la séparation de biens laisse subsister, comme nous l'avons dit *suprà*, la puissance maritale, il sort une conséquence qu'il est fort important de développer; c'est que le mari est toujours présumé propriétaire

taire de tous les meubles qui sont dans la maison, sauf la preuve contraire. Ainsi, quoique la femme, en exécution de la séparation de biens, se soit fait adjuger tous les meubles qui composaient la communauté, pour la restitution de sa dot et de ses reprises, par un procès-verbal de vente en forme, si, dans la suite, il s'en trouve d'autres qui n'y sont pas compris, ce qui peut se vérifier par le récolement, ils sont présumés appartenir au mari, à moins que la femme ne prouve le contraire par des actes non suspects, comme des quittances des marchands qui les ont vendus à la femme. Encore Duplessis, *ubi supra*, exige-t-il que les quittances soient notariées; ce qui semble, jusqu'à certain point, conforme aux principes du Code civil, dont l'art. 1328 n'accorde point aux actes sous signatures privées la force probante contre des tiers, à moins qu'ils n'aient date certaine.

113. Il en serait de même du cas où, comme le permet l'art. 1595, le mari aurait cédé des biens meubles à son épouse séparée, en paiement de ses droits. La femme ne peut donc, soit par adjudication, soit par cession volontaire, acheter ou prendre avec sûreté, en paiement de ses droits, les meubles qui composaient la communauté en masse, *per aversionem*, pour une somme de.....; il faut en donner le détail dans le procès-verbal d'adjudication ou dans l'acte de cession. Sans cela, comment pourrait-elle prouver qu'ils lui appartiennent? Cette adjudication ou cette vente d'un mobilier en masse deviendrait une source de fraudes qu'on ne peut tolérer.

114. Mais est-il nécessaire que la cession faite en détail par le mari soit notariée? La prudence semble le prescrire, d'après l'art. 1328, puisque les actes sous signatures privées n'ont pas toujours force probante contre des tiers.

Cependant, ne peut-on pas dire que la femme peut prouver par témoins que les meubles sont réellement ceux qui composaient la communauté, et par experts-priseurs, que leur valeur est fort inférieure à la somme à laquelle ses droits ont été liquidés par le jugement de séparation, et à valoir à laquelle son mari lui a cédé les meubles de la communauté? Mais cette cession étant faite par un acte sous seings privés, qui, sans date certaine, n'a point force probante contre des tiers, les créanciers ne concluront-ils pas souvent avec plus de raison que l'exécution du jugement de séparation en tems utile n'est pas prouvée, et qu'il en résulte que la séparation est nulle? La femme commettrait donc une imprudence, en se contentant d'un acte sous seings privés pour prouver la cession des meubles, ou au moins en négligeant de le faire enregistrer.

115. Si le mari était marchand, et que la femme se fût fait adjuger toutes les marchandises par le procès-verbal de vente, les marchandises qui n'y seraient pas comprises seraient néanmoins présumées appartenir à la femme, si depuis la séparation elle avait continué le négoce, et qu'elle eût un livre sous son nom, en bonne forme, contenant les achats, les livraisons et les ventes.

116. La femme qui a obtenu la séparation de

biens « doit contribuer proportionnellement à ses
» facultés et à celles du mari, tant aux frais du
» ménage qu'à ceux d'éducation des enfans com-
» muns. Elle doit supporter entièrement ces frais,
» s'il ne reste rien au mari. » Art. 1448. Elle lui
doit des alimens. Voyez ce que nous avons dit
tom. II, pag. 780.

117. Il y a cette différence entre la séparation judiciaire et la séparation contractuelle établie par une clause des conventions matrimoniales, que celle-ci ne peut jamais cesser par la volonté des époux, parce que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Art. 1395. Au contraire, le retour à la loi du contrat de mariage est toujours favorable; lorsque les époux, en se mariant, ont établi entre eux, par une convention expresse ou tacite, une communauté qui, sur de justes causes, a été dissoute par une séparation judiciaire, il est toujours au pouvoir des époux de s'en départir par un consentement mutuel, et de rétablir la communauté.

118. Mais comment et à quelles conditions doit se faire ce rétablissement? Il y avait autrefois sur cela des controverses, qu'a fait sagement cesser l'art. 1451 du Code civil, qui porte :

« La communauté dissoute par la séparation,
» soit de corps et de biens, soit de biens seule-
» ment, peut être rétablie du consentement des
» deux parties.

» Elle ne peut l'être que par un acte passé de-
» vant notaires et avec minute, dont une expédi-

» tion doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

» En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme, en conformité de l'art. 1449.

» Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle. »

On voit que cet article est commun au rétablissement de la communauté dissoute, soit par la simple séparation de biens, soit par la séparation de corps et d'habitation. Pothier, n^o. 524, faisait, entre ces deux cas, une distinction qui paraissait fondée sur des motifs assez plausibles, mais dont on ne doit plus s'occuper aujourd'hui, non plus que de la question de savoir si un acte notarié est absolument nécessaire pour le rétablissement de la communauté. Notre article exige même que cet acte soit affiché *dans la forme de l'art. 1445*, qui doit s'entendre aujourd'hui tel qu'il est développé et ratifié par le Code de procédure. *Voy. supra*, n^{os}. 45 et suiv.

119. Le rétablissement de la communauté remettant les choses dans le même état que s'il n'y avait point eu de séparation, la communauté est censée avoir toujours duré sans discontinuation; ainsi tous les biens meubles et immeubles acquis,

de quelque manière que ce soit, entrent dans la communauté, comme s'il n'y avait point eu de séparation, et les dettes que chacun des époux a contractées y entrent également, « sans préjudice » néanmoins, dit notre art. 1451, de l'exécution » des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être » faits par la femme, en conformité de l'article 1449 ; » c'est-à-dire de tous les actes qui n'excèdent point les bornes d'une simple administration, tels que les baux à ferme ou à loyer de ses héritages, la vente de son mobilier, de ses bois, les achats qu'elle aurait pu faire, et dont le prix serait encore dû : car, quoique ces actes ne puissent être faits sans autorisation, la séparation avait donné à la femme le droit de les faire sans être autorisée, et il ne serait pas juste que la séparation pût y porter atteinte au préjudice des tiers.

120. Ce n'est donc qu'à l'égard des conjoints entre eux que la séparation peut être regardée comme non avenue, par suite du rétablissement de la communauté. Du reste, les droits que l'événement de la séparation avait pu faire acquérir à des tiers subsisteraient dans toute leur force, nonobstant le rétablissement de la communauté. Par exemple, si un tiers, lors du mariage, avait donné en dot, par une clause des conventions matrimoniales, une somme de 10,000 fr., avec stipulation expresse que cette somme lui serait rendue et serait exigible, dans le cas d'une séparation judiciaire survenue entre les conjoints, le cas étant arrivé, le rétablissement postérieur de la communauté laisserait subsister son droit de répétition

de la dot de 10,000 fr., sans y pouvoir porter atteinte. On cite à cet égard la loi 63, *ff de jure dot.*, 23. 3, qui dit : « *Stipulatio de dote reddendâ* » *ab extraneo interposita, facto divortio, statim* » *committitur, nec redintegrato matrimonio actio* » *stipulatori quæsitâ intercidit ;* » ce qui est conforme au principe général sur l'accomplissement des conditions : *Conditio semel impleta non resumitur* (1).

121. La séparation ne donne point, au profit de la femme, ouverture aux droits qui ne doivent s'ouvrir qu'à la mort du mari. « La dissolution de la communauté opérée par le divorce » ou par la séparation, soit de corps et de biens, » soit de biens seulement, ne donne pas, dit » l'art. 1452, ouverture aux droits de survie de » la femme ; mais celle-ci conserve la faculté de » les exercer lors de la mort naturelle ou civile de » son mari. »

On voit, par cet article, que la femme seule conserve ce droit, et non pas le mari. Est-ce parce que c'est ordinairement par la faute de ce dernier qu'a lieu la séparation, ou bien n'est-ce qu'un privilège accordé aux femmes ?

122. Mais on a demandé si la femme peut renoncer à ses droits de survie. On pourrait plutôt demander pourquoi elle ne le pourrait pas ; car, en général, chacun peut renoncer aux droits qui lui sont déferés pour son avantage personnel,

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VI, n°. 642.

suivant l'ancienne règle de droit : *Cum sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare. L. 29, Cod., 2. 3.*

C'est sur ce principe que sont fondés les lois qui décident, et les arrêts qui jugent que les nulités d'actes et de procédures sont couvertes par l'acquiescement des parties intéressées à les faire valoir. De là encore le droit qu'a un mineur, parvenu à sa majorité, une femme mariée devenue veuve, de faire ou de ne pas faire rescinder, le premier, les actes faits à son préjudice pendant sa minorité; la seconde, les actes faits durant son mariage, sans l'autorité de son mari.

Mais cette règle relative aux droits et aux privilèges introduits en faveur des particuliers, ne doit pas être étendue aux droits et aux privilèges dont l'établissement a pour objet l'intérêt public. En vain renoncerait-on à ceux-ci; ils survivraient à la renonciation par laquelle on aurait tenté d'en prévenir l'effet. *Privatorum conventio juri publico non derogat. L. 45, § 10, de R. J.*; ce que le Code civil consacre par cette disposition de l'article 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Ainsi, l'intérêt public ayant fait établir la prescription, pour la paix de la société, il n'est pas permis de renoncer à une prescription non encore acquise. (2220). Si cette renonciation était tolérée, elle deviendrait bientôt de style, et l'établissement de la prescription s'évanouirait.

Ainsi, l'intérêt public ayant fait accorder au

mari la puissance sur son épouse, au père la puissance sur ses enfans, et au survivant des époux la puissance tutélaire sur les enfans communs, même l'usufruit de leurs biens, vainement tenterait-on, même dans un contrat de mariage, de prévenir les effets de l'une ou de l'autre puissance par une renonciation anticipée; cette renonciation serait nulle. Art. 1388 du Code civil.

Il en serait de même d'une renonciation à une succession non ouverte (1130). Toute convention sur une succession future a été jugée contraire aux bonnes mœurs.

Mais les droits de survie étant uniquement établis en faveur de la femme, il s'ensuit que rien ne l'empêche d'y renoncer.

Cependant, il se présente une objection tirée de la loi 174, § 1, *ff de reg. jur.*, qui dit que l'on ne peut pas renoncer à ce qu'on ne pourrait pas accepter ou acquérir, si l'on en avait la volonté : *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest*. On en concluait, en droit romain, qu'on ne peut répudier un legs conditionnel, ou fait *ex die certâ*, avant l'existence du jour ou de la condition : *Si sub conditione vel ex die certâ nobis legatum sit, antè conditionem vel diem certam repudiare non possumus; nam nec pertinet ad nos antequàm veniat, vel conditio existat*. L. 45, § 1, *ff de legat.*, 2.

La loi 13, *ff de acquir., vel omitt. hæred.*, 29. 2, dit aussi : *Hæres institutus sub conditione, si antè conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualis conditio, etsi in arbitrium collata est*.

Au contraire, la loi 21, § 4, *ff de pactis*, 2. 14, porte : *Item filius familiars de eo quod sub conditione legatum est, rectè paciscitur*. La loi 46, *ibid.*, dit aussi qu'il est permis *spem futuræ perceptionis deteriore constitutare*.

Pour répondre à cette difficulté, il suffit de bien faire attention à la différence des expressions *pacisci*, *repudiare*. Le premier des interprètes du droit romain, Cujas, (1) dit fort bien : *Aliud est repudiare, aliud pacisci*. Il y a en effet une grande différence entre le pacte ou la convention, et la simple répudiation. Si je renonce à un droit par une convention faite avec un tiers, je lui transfère mes droits sur la chose dont il s'agit. Il a par le pacte un droit acquis, que je ne puis plus lui ôter par un changement de volonté, au lieu que ce que les jurisconsultes romains entendaient par répudiation, n'était pas autre chose que l'abdication faite par une seule personne.

L'un des plus récents, et certes aussi l'un des plus savans interprètes du droit romain, Finestrès (2), remarque aussi cette différence entre la répudiation qui se fait par un seul, *quæ ab uno fit*, et le pacte ou la convention qui se forme entre plusieurs personnes.

La répudiation n'était que la simple manifestation de ne vouloir pas qu'une chose nous appartînt : *Repudiare est nolle ad se pertinere*. Or, je

(1) Sur la loi 45, § 1, *ff de leg. 2.*

(2) *De adquirendâ vel omittendâ hereditate*, part. 3, art. 1, n°. 3.

puis toujours changer de volonté, tant qu'il n'y a pas de droit acquis aux tiers.

Le Code civil a suivi ces principes, et c'est par cette raison qu'il a voulu que la renonciation à une succession ne *pût plus* être faite qu'au greffe du tribunal de première instance. Ainsi, l'habile à succéder, en manifestant autrement, soit verbalement, soit par écrit, sa volonté de renoncer à la succession, ne perd point son droit, *nihil agit*. Il peut toujours changer de volonté quand il lui plaît, et personne ne peut accepter à son préjudice; mais s'il avait renoncé par une convention, il ne le pourrait pas. Si même il avait renoncé par une convention, moyennant un prix, *aliquo dato*, il pourrait être considéré comme ayant accepté la succession.

Loin même qu'une simple renonciation le prive de son droit, sa renonciation faite au greffe du tribunal, dans la forme exigée par le Code, art. 724, ne lui ôte point encore la faculté de changer de volonté, tant que la prescription du droit d'accepter n'est point acquise contre lui, ou tant que la succession n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers.

Suivant l'application des principes que nous venons d'exposer, sur la question de savoir si la femme séparée peut renoncer aux droits de survie qui lui sont réservés par l'art. 1452, il est clair que si, après la séparation, elle fait avec son mari un traité à forfait ou aléatoire, par lequel elle renonce à ses droits de survie, moyennant un prix quelconque, ce traité est valide, et elle ne peut

plus changer de volonté; mais si elle ne fait que manifester, soit verbalement, soit par écrit, son intention de renoncer à ses droits, quelque précise que soit cette manifestation non acceptée, elle peut revenir contre, et changer de volonté, parce qu'il n'y a aucun droit acquis en faveur de personne.

123. La communauté se dissout aussi par l'absence, lorsqu'elle a duré assez long-tems pour que l'envoi en possession définitive des biens de l'absent puisse être obtenu, conformément à l'art. 129 du Code civil. Sur quoi nous renvoyons au titre des absens.

~~~~~

## SECTION IV.

*De l'Acceptation de la communauté et de la Renoncia-  
tion qui peut y être faite, avec les conditions qui y  
sont relatives.*

—————

### SOMMAIRE.

- 124. La communauté éventuelle se convertit par sa dissolution en communauté actuelle, dans laquelle les associés ont un droit égal.
- 125. Mais la femme ou ses héritiers ont la faculté d'y renoncer.
- 126. Toute convention contraire est nulle.
- 127. La faculté de renoncer n'est point un privilège.
- 128. Toutes les femmes, même séparées de biens, peuvent accepter ou renoncer.
- 129. L'opinion contraire est une erreur.
- 130. La femme, pour renoncer, est-elle obligée de faire inventaire ?



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

- 131.** *Elle ne le peut plus quand elle s'est immiscée dans les biens, ou quand elle a pris la qualité de commune.*
- 132.** *Quels actes sont considérés comme actes d'immixtion. Quid si la veuve demeure dans la maison commune ?*
- 133.** *Le Code a rendu meilleure en ce dernier cas la condition des femmes, et leur droit de vote aux dépens de la communauté.*
- 134.** *Pour conserver le droit de renoncer, la femme doit faire un inventaire.*
- 135.** *Délai accordé à la femme pour délibérer.*
- 136.** *Elle peut renoncer après ce délai, si elle ne s'est point immiscée, quand elle a fait inventaire.*
- 137.** *Si elle n'en a point fait, elle est déchue de la faculté de renoncer.*
- 138.** *Elle peut demander une prorogation de délai.*
- 139.** *Si la femme meurt avant l'expiration du délai, il en est accordé un nouveau aux héritiers.*
- 140.** *Des femmes des individus morts civilement.*
- 141.** *La femme déchue du droit de renoncer peut être poursuivie par les créanciers, pour le paiement des dettes, et par les héritiers, pour la liquidation de la communauté.*
- 142.** *Exceptions, à l'égard de la femme séparée de corps, au principe que la femme n'est jamais censée renoncer.*
- 143.** *Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation faite en fraude de leurs droits.*
- 144.** *La veuve qui a recélé est déclarée commune, et perd son droit dans les effets recelés.*

**124.** Du moment où la communauté éventuelle qui existait entre les conjoints, est dissoute par l'un des moyens que nous venons d'expliquer dans la section précédente, elle se convertit de plein droit en société actuelle, en société véritable, dans laquelle les associés ont des droits égaux, de manière que tous les biens qui la composaient, et qui appartenaient au mari, avec le droit d'en disposer,

comme nous l'avons dit ailleurs, cessent de lui appartenir pour moitié, et sont déferés de plein droit, pour l'autre moitié, à la femme ou à ses héritiers, pour les posséder en pleine propriété et par indivis, avec le mari ou ses héritiers.

125. Mais comme ces biens demeurent, ainsi qu'il est juste, affectés aux mêmes charges et dettes qu'ils l'étaient avant que la dissolution de la communauté éventuelle les eût fait entrer dans la société actuelle, et que ces charges et dettes peuvent en surpasser la valeur, la loi laisse à la femme ou à ses héritiers la faculté naturelle, qu'elle ne pouvait leur ôter, d'accepter ces biens avec leurs charges, ou de les répudier pour s'y soustraire; comme elle laisse aux successibles la faculté d'accepter ou de répudier une succession qui leur est déférée. Ce qui est conforme à la justice et à la règle de droit *invito beneficium non datur*. L. 69, ff de R. J.

126. Non seulement le Code laisse à la femme et à ses héritiers la faculté de renoncer; il défend même qu'on la leur ôte par des conventions antérieures. L'art. 1453 dit : « Après la dissolution » de la communauté, la femme ou ses héritiers et » ayant-cause ont la faculté de l'accepter ou d'y » renoncer. Toute convention contraire est nulle. » Ce qui s'applique même aux conventions matrimoniales (1).

C'est, dit M. Malleville sur cet article, une dis-

---

(1) Voy. Pothier, *Traité de la communauté*, n<sup>o</sup>. 551; Lebrun, *de la Communauté*, liv. 3, chap. 2, sect. 2.

position d'ordre public, en ce qu'elle protège les droits du faible, et que le mari étant le maître de la communauté, il fallait donner à la femme la faculté de s'en délier, pour qu'elle ne fût pas exposée à perdre son bien par suite de conventions qu'elle n'avait pu empêcher.

127. C'était donc une fausse doctrine de notre ancien droit, d'avoir fondé la faculté de renoncer à la communauté sur un privilège accordé d'abord aux veuves des croisés qui s'étaient ruinés en Terre-Sainte (1).

Il est désormais inutile de s'arrêter à démontrer cette erreur. Cette faculté est évidemment conforme au droit commun.

128. Remarquez que l'art. 1453 est général, et que la faculté d'accepter la communauté devenue actuelle y est déférée à toutes les femmes sans exception, et par conséquent aux femmes séparées de biens comme aux autres. On peut d'autant moins les en excepter, que c'est des femmes séparées que parlent tous les articles qui précèdent cet art. 1453.

Autrefois on avait douté si la femme séparée de biens pouvait accepter la communauté. Plusieurs auteurs, et entre autres notre Duparc-Poullain (2), trouvaient de la contradiction à donner part à la femme dans une communauté dont elle avait demandé la dissolution, à cause de son mauvais état.

(1) *Voy. Lebrun, ubi supra, n<sup>o</sup>. 1.*

(2) *Principes de droit, tom. V, pag. 261.*

Ils en concluaient que la séparation de biens prive de droit la veuve de toute participation à la communauté.

D'autres auteurs, en plus grand nombre, et très-exacts (1), avaient fort bien observé qu'il n'y avait nulle contradiction à ce que la femme séparée pût accepter la communauté pour en partager les restes, parce qu'elle n'est pas obligée d'attendre que son mari soit ruiné, et ait dissipé tous les biens de la communauté, pour demander et obtenir la séparation ; il suffit que sa conduite prouve qu'il est en chemin d'une ruine complète, sans espérance de l'arrêter : *vergit ad inopiam*. Dans ce cas, nul doute qu'on ne peut refuser à la femme la faculté naturelle d'accepter la communauté, pour en partager les misérables débris. Tel était à Paris l'usage du Châtelet, attesté par un acte de notoriété, du 27 juillet 1709, rapporté dans le Recueil de Denisart.

Ces principes ont été admis par le Code civil, comme on peut s'en assurer par l'art. 1453, qui rappelle, en faveur de toutes les femmes sans exception, et par conséquent en faveur des femmes séparées de biens, la faculté naturelle, qu'il ne pouvait leur ôter, d'accepter ou de répudier.

Ces principes sont encore littéralement indiqués dans le Code de procédure civile, dont l'art. 174 donne à la femme séparée de biens, assignée comme commune, le délai de trois mois quarante jours

---

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 520 ; Lebrun, etc.



pour délibérer. La question paraît donc irrévocablement résolue, sans pouvoir renaître sous notre nouvelle législation.

129. Cependant le tribun Mouricaut, dans son rapport au Corps législatif, énonce une opinion toute contraire, avec une assurance qui a droit d'étonner.

« Le Code, dit-il, tranche, dans l'art. 874, une  
 » question controversée; celle de savoir si la femme  
 » qui a fait prononcer la séparation de biens peut  
 » ne renoncer à la communauté que pour l'avenir;  
 » si elle peut demander le partage pour le passé.  
 » Plusieurs jurisconsultes étaient pour l'affirma-  
 » tive : ils se fondaient sur ce que, pour autoriser  
 » la demande en séparation, il suffisait que la dot  
 » de la femme fût en péril. D'autres pensaient, au  
 » contraire, que si la communauté présentait du  
 » bénéfice, il ne pouvait y avoir lieu de craindre  
 » pour la dot, et de séparer; que d'ailleurs, lors-  
 » qu'on enlevait au mari l'usage des biens de sa  
 » femme, il n'était pas convenable qu'elle deman-  
 » dât et obtînt au-delà. C'est cette dernière opi-  
 » nion, la plus commune et la plus raisonnable,  
 » que le Code a adoptée. *Il exige donc la renon-*  
 » *ciation absolue*, et il ordonne qu'elle sera faite  
 » au greffe du tribunal, afin qu'elle soit jointe à  
 » l'instance. »

Cette opinion tranchante n'a d'imposant que la qualité de celui qui l'a énoncée. Examinée en elle-même, on la trouve destituée de raison.

Non, l'art. 874 du Code de procédure ne tranche pas la question. Il ne s'en est pas même occupé. Il



dit seulement que « la renonciation de la femme à » la communauté (bien entendu si elle y renonce), » sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation. » Mais en conclure que la femme soit obligée de renoncer à la communauté pour faire admettre sa demande en séparation, c'est évidemment violer les premières règles de la logique. La renonciation doit être faite au greffe du tribunal : donc la loi exige la renonciation de la femme ; donc la femme est obligée de renoncer pour être admise à la séparation. Il est évident que la conclusion n'est pas comprise dans les prémisses. Autre chose est d'exiger la renonciation de la femme, autre chose d'indiquer le lieu où doit être faite la renonciation. L'art. 1457 du Code civil dit aussi que la renonciation doit être faite au greffe du tribunal civil ; et l'art. 1453 n'en laisse pas moins à la femme la faculté d'accepter ou de renoncer, et l'art. 174 du Code de procédure donne spécialement à la femme séparée un délai de trois mois quarante jours pour délibérer : donc elle peut accepter la communauté. Cet article dit positivement qu'elle peut être *assignée comme commune*. Comment concilier ces dispositions avec l'opinion du tribun Mouricaut, que la loi exige qu'elle renonce ? Aussi son opinion est-elle rejetée par tous ou presque tous les meilleurs interprètes du Code de procédure (1).

130. L'art. 237 de la Coutume de Paris, en

---

(1) Voy. M. Carré, *Lois de la procédure*, art. 874.

permettant à la femme de renoncer à la communauté, ce qu'on regardait alors comme un privilège, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, mettait à cette faculté la condition expresse d'un inventaire préalable, *en faisant bon et loyal inventaire*. S'il n'en avait point été fait, la renonciation était nulle, et la femme pouvait être poursuivie comme commune; ce qui faisait naître plusieurs questions devenues inutiles par la disposition de l'art. 1455, qui laisse à la femme la faculté pleine et entière de renoncer, sans la soumettre à aucune condition. Elle peut donc, sans inventaire préalable, aller dès le lendemain de la dissolution de la communauté, ou tel autre jour qu'il lui plaira, au greffe du tribunal civil, faire sa renonciation (1) dans la forme prescrite par l'art. 1457, c'est-à-dire par écrit, *sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession*.

131. Cependant, comme l'acceptation d'une communauté, de même que celle d'une succession, peut être expresse ou tacite, la femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté, ne peut plus y renoncer (1454); à plus forte raison, la femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune, ne peut plus y renoncer, ni se faire restituer contre cette qualité, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inventaire, s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari (1455).

---

(1) Voy. Merlin, *Répertoire*, v<sup>o</sup>, *INVENTAIRE*; Pigeau; Bellot, *Traité du contrat de mariage*, pag. 512 et suiv., pag. 522.

132. Il faut observer que les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent point immixtion (1454). C'est la répétition de la disposition de l'art. 779 du titre des successions, section 3, chap. 5, où l'on trouve, comme le remarque M. de Malleville, beaucoup d'autres dispositions conformes à celles de la présente section; parce qu'en effet, entre l'acceptation d'une succession et celle d'une communauté, il y a une analogie parfaite.

La veuve qui, après le décès de son mari, demeure dans la maison, et y vit sur les provisions qui s'y trouvent, ne fait point acte d'immixtion (1).

Elle ne fait qu'user d'un droit ancien, confirmé par l'art. 1465 du Code, qui porte : « La veuve, » soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, » pendant les trois mois et quarante jours qui lui » sont accordés pour faire inventaire et délibérer, » de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, *à défaut,* » *par emprunt au compte de la masse commune,* » *à la charge d'en user modérément.* »

133. On voit, par cette dernière disposition, que le Code a rendu meilleure sur ce point la condition des femmes. Dans notre Bretagne, par exemple, la femme, pendant les délais lui accordés pour délibérer, avait bien le droit de prendre sa dépense et celle de ses domestiques ordinaires sur les provisions de la maison; mais s'il ne s'en

---

(1) Voy. Lebrun, liv. 5, chap. 2, sect. 2, distinct. 2, pag. 45.

trouvait pas, on ne lui permettait pas d'emprunter pour en acheter d'autres, quoiqu'également nécessaires. Elle ne pouvait pas vendre des vins, de grains, ni autres denrées, pour avoir les provisions qui manquaient (1).

Notre art. 1465 ajoute qu'elle « ne doit aucun » loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire » pendant les délais, dans une maison *dépense* » *dante de la communauté, ou appartenant aux* » *héritiers du mari*; et si la maison qu'habitaient » les époux, à l'époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, » la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais, au paiement dudit loyer, lequel sera » pris sur la masse, » c'est-à-dire sur la communauté; et si la femme y renonce, ces frais seront au compte des héritiers du mari (2).

134. L'inventaire n'ayant pour but que de justifier, soit aux créanciers, soit aux héritiers, en un mot, à qui être devra, que tous les effets de la communauté sont représentés, et qu'il n'en a point été détourné, si les héritiers y avaient fait procéder, cet inventaire servirait à la veuve comme s'il avait été fait à sa requête. Mais si tous les héritiers étaient majeurs, comme alors ils ne sont point obligés à l'inventaire, s'ils négligeaient d'en faire faire un, « la femme survi-

(1) Voy. Duparc-Poullain, *Principes de droit*, tom. V, pag. 219, n°. 174. Voy. aussi Pothier, n°. 570.

(2) Voy. l'art. 1570, pour ce qui a lieu lorsque le mariage a été contracté sous le régime dotal.



» vante qui veut conserver la faculté de renoncer  
» à la communauté, doit, dans les trois mois du  
» jour du décès du mari, faire faire un inventaire  
» fidèle et exact de tous les biens de la commu-  
» nauté, contradictoirement avec les héritiers du  
» mari, ou eux dûment appelés. Cet inventaire  
» doit être par elle affirmé sincère et véritable,  
» lors de sa clôture, devant l'officier public qui  
» l'a reçu. » (1456).

155. Après l'inventaire fait, « dans les trois  
» mois et quarante jours après le décès du mari,  
» la femme doit faire sa renonciation au greffe  
» du tribunal de première instance dans l'arron-  
» dissement duquel le mari avait son domicile ;  
» cet acte doit être inscrit sur le registre établi  
» pour recevoir les renonciations à succession ,  
» comme le prescrit l'art. 784. »

156. Ces délais de trois mois pour faire inven-  
taire, et de quarante jours pour délibérer, étaient  
aussi ceux qu'accordait à la veuve l'ordonnance de  
1667, tit. 2, art. 5 ; mais sous l'empire de cette loi,  
ces délais étaient péremptoires, et la femme qui  
n'avait pas fait sa renonciation dans ce délai, était  
déchue de la faculté de renoncer ; elle était de  
droit commune. Il n'en est pas de même sous l'em-  
pire du Code. « La veuve qui n'a point fait sa  
» renonciation dans le délai ci-dessus prescrit ,  
» n'est point déchue de la faculté de renoncer, si  
» elle ne s'est point immiscée, et qu'elle ait fait  
» inventaire ; elle peut seulement être poursuivie  
» comme commune, jusqu'à ce qu'elle ait renoncé ;  
» et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa



» renonciation. Elle peut également être poursui-  
 » vie après l'expiration des quarante jours, de-  
 » puis la clôture de l'inventaire, s'il avait été clos  
 » avant les trois mois. » (1459).

137. Mais la veuve qui n'aurait pas fait inven-  
 taire dans le délai prescrit, serait irrévocablement  
 déchue de la faculté de renoncer. Elle y ferait inu-  
 tilement procéder immédiatement après les pour-  
 suites dirigées contre elle, en qualité de commune.  
 Cet inventaire tardif ne pourrait arrêter les pour-  
 suites des créanciers, même en payant les frais  
 faits contre elle. C'est ce qu'a fort bien jugé la  
 Cour de Paris, par arrêt du 2 avril 1816, sous la  
 présidence de M. Séguier. « Considérant, dit cette  
 » Cour, que des dispositions du Code, il résulte  
 » que la femme communé, pour conserver la fa-  
 » culté de renoncer, est tenue de faire faire in-  
 » ventaire dans le délai de trois mois, à compter  
 » du décès du mari, et que ce n'est qu'à cette con-  
 » dition, lorsque d'ailleurs elle ne s'est point im-  
 » miscée, qu'elle est admissible à la renonciation  
 » de la communauté,..... a mis et met l'ap-  
 » pellation au néant, etc. » (1)

138. L'art. 1458 ajoute que « la veuve peut,  
 » suivant les circonstances, demander au tribunal  
 » civil une prorogation du délai prescrit pour sa  
 » renonciation; cette prorogation est, s'il y a lieu,  
 » prononcée contradictoirement avec les héritiers  
 » du mari, ou eux dûment appelés. » Bien en-

---

(1) Sirey, 1817, 2<sup>e</sup>. part., pag. 367.

tendu qu'elle ne pourrait être accordée, si le délai était expiré. Mais il ne paraît pas que, pendant le temps de cette prorogation, elle puisse jouir de la faveur que lui accorde l'art. 1465, de prendre sa nourriture sur les provisions existantes, etc. C'est l'opinion de M. Malleville.

139. « Si la veuve meurt, dit l'art. 1461, avant  
» l'expiration des trois mois, sans avoir fait ou  
» terminé l'inventaire, les héritiers auront, pour  
» faire ou terminer l'inventaire, un nouveau délai  
» de trois mois, à compter du décès de la veuve,  
» et de quarante jours pour délibérer, après la clôture de l'inventaire.

» Si la veuve meurt ayant terminé l'inventaire,  
» ses héritiers auront, pour délibérer, un nouveau  
» délai de quarante jours, à compter de son décès.

» Ils peuvent, au surplus, renoncer à la communauté, dans les formes établies ci-dessus, et les art. 1458 et 1459 leur sont applicables. »

L'art. 1466 dit aussi que, « dans le cas de dissolution de la communauté, par la mort de la femme, les héritiers peuvent renoncer à la communauté, dans les délais et dans les formes que la loi prescrit à la femme survivante. »

140. L'art. 1462 porte que « les dispositions des art. 1456 et suivans sont applicables aux femmes des individus morts civilement, à partir du moment où la mort civile a commencé, » parce que c'est de ce moment que la communauté est dissoute.

141. Quand la femme est déchue de la faculté de renoncer à la communauté, faute d'inventaire

dans les trois mois quarante jours, elle est présumée acceptante, et peut être poursuivie par les créanciers. Mais s'il n'en existe pas, et que la communauté soit même opulente, il est possible qu'elle n'ait pas intérêt d'agir pour en demander la liquidation et le partage, afin de ne pas se jeter dans des embarras inutiles et sans fruit pour elle; par exemple, si elle n'a de son chef aucune reprise à exercer, et si elle sait que les héritiers de son mari en ont de son chef de si considérables, qu'elles absorberaient tout l'actif de la communauté. Si donc elle garde le silence, les héritiers du mari doivent l'assigner en justice, pour liquider la communauté contradictoirement avec elle.

142. Le Code a cru devoir faire une exception au principe que la femme n'est jamais présumée renoncer, et cette exception concerne les femmes divorcées ou séparées de corps.

L'art. 1463 porte :

« La femme divorcée ou séparée de corps, qui  
 » n'a point, dans les trois mois et quarante jours  
 » après le divorce ou la séparation définitivement  
 » prononcés, accepté la communauté, est censée  
 » y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans  
 » les délais, elle n'en ait obtenu la prorogation en  
 » justice, contradictoirement avec le mari, ou lui  
 » dûment appelé. »

Les causes de dissolution dont parle cet article sont sans doute les motifs de l'exception.

143. L'art. 1464 porte que « les créanciers de  
 » la femme peuvent attaquer la renonciation qui  
 » aurait été faite par elle ou par ses héritiers, en

» fraude de leurs créances, et accepter la communauté de leur chef. »

Cette disposition est analogue à celle de l'article 788, qui donne le droit aux créanciers de l'habile à succéder d'attaquer la renonciation qu'il fait à une succession, en fraude de leurs droits. *Voy.* ce que nous avons dit à ce sujet, tom. IV, n°. 348. La renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et seulement jusqu'à concurrence de leurs créances. Mais ils doivent constater l'insolvabilité de la femme. Si elle était solvable, la renonciation ne serait pas faite en fraude de leurs droits, et ils ne devraient pas être admis à venir troubler le mari ou ses héritiers, pour demander la liquidation d'une communauté répudiée.

144. Enfin, l'art. 1460 porte : « La veuve qui a » diverti ou recélé quelques effets de la communauté est déclarée commune, nonobstant sa renonciation ; il en est de même à l'égard de ses héritiers. » Cet article, comme on le voit, ne peut regarder que la femme et ses héritiers ; mais l'article 1477 ajoute une disposition générale, portant que « celui des époux qui aurait diverti ou recélé » quelques effets de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets. »

Nous renvoyons à la section suivante l'explication de ces deux articles, afin de traiter de suite toutes les questions qui concernent les divertissemens et les recèlemens.



## SECTION V.

### *Du Partage de la communauté après l'acceptation.*

---

#### SOMMAIRE.

145. *Ce que c'est que la liquidation, tant de l'actif que du passif.*

145. Si la femme ou ses héritiers acceptent la communauté, il reste à partager les biens qui la composent; mais auparavant, il faut en faire la liquidation, c'est-à-dire régler ou fixer ce qui peut être embarrassé, ce qui n'est pas clair, tant à l'égard de l'actif que du passif, de manière que le résidu soit clair et liquide. C'est sur ce point que le Code nous donne des règles générales dans les deux paragraphes suivans, qui traitent, le premier du partage de l'actif, le second du partage du passif et de la contribution aux dettes.

~~~~~

§ 1^{er}.

Du Partage de l'actif.

SOMMAIRE.

146. *Nécessité de former la masse des biens. Rapports qu'ils doivent faire les conjoints débiteurs de la communauté.*

147. *Deux espèces de récompenses : celles dues par la communauté.*

Chap. II. Du Régime en communauté. 205

nauté, celles dues à la communauté. Explication de la seconde espèce. Art. 1468.

148. *Il est dû récompense à la communauté, toutes les fois que l'un des époux en a retiré un profit personnel. Art. 1437.*
149. *Application aux frais de semences et labours dus par le conjoint qui reprend ses propresensemencés aux frais de la communauté. Arrêt de la Cour de Rennes, qui le juge ainsi.*
150. *Ce principe, regardé comme une conséquence de la prohibition de s'avantager entre conjoints, conservé par le Code, et pourquoi.*
151. *Exemple donné par l'art. 1437, qu'aucun des conjoints ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté.*
152. *La récompense ne peut excéder ce qu'il en a coûté à la communauté. Exemple dans le rachat d'une rente perpétuelle.*
153. *Le conjoint libéré pourrait-il offrir de continuer la rente, au lieu de rapporter le prix du rachat? Disposition de la Coutume de Paris; distinction sous l'empire du Code.*
154. *De la rente viagère rachetée pendant le mariage. Distinction entre les rentes dues à la femme et au mari.*
155. *Rapport des sommes tirées de la communauté pour un retrait successoral.*
156. *D'une somme promise par un ascendant qui a donné un immeuble à la place.*
157. *Des sommes tirées de la communauté pour rentrer dans la propriété d'un héritage aliéné avant le mariage.*
158. *Secus, si on n'y rentre qu'en faisant remise du prix qui était dû. Opinion contraire de Pothier.*
159. *Des impenses faites sur les propres des conjoints. La communauté tenue des obligations de l'usufruitier.*
160. *Elle est obligée aux réparations d'entretien, même pour dégradations antérieures au mariage.*
161. *Le Code impose au mari l'obligation de dresser état des biens.*
162. *Quid d'un vieux château ruiné dont l'entretien était abandonné?*

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

163. *Les grosses réparations occasionnées par défaut d'entretien sont à la charge de la communauté.*
164. *Dépenses d'entretien suivant Pothier.*
165. *Des dépenses d'entretien des objets mobiliers immobilisés par destination. Usines, cheptels.*
166. *Les impenses autres que celles d'entretien sont de trois sortes : nécessaires, utiles ou voluptuaires.*
167. *Conséquences tirées de cette distinction, relativement aux impenses nécessaires.*
168. *Comment on peut justifier ce qu'ont coûté les impenses.*
169. *Seconde conséquence, relativement aux impenses utiles. On n'en doit récompense que jusqu'à concurrence de la plus-value procurée à l'héritage. Quid, si elles ont doublé, triplé le revenu de l'héritage? Exemple dans les dessèchemens de marais. Application de la loi du 16 septembre 1807, sur les dessèchemens.*
170. *Troisième conséquence, relativement aux impenses voluptuaires.*
171. *Ces distinctions exactes dans la théorie, peu utiles dans la pratique, et pourquoi.*
172. *Les conjoints tenus de rapporter à la masse leurs apports.*
173. *Prélèvement avant partage des biens personnels des époux qui ne sont point entrés en communauté, ou de ceux acquis en emploi.*
174. *Le mari peut retenir et prélever, sans le mettre en partage, l'office ministériel dont il est titulaire, moyennant une indemnité ou récompense.*
175. *Quelle doit être cette indemnité ou récompense.*
176. *Le prélèvement des autres biens personnels qui existent se fait en nature. Art. 1470, n°. 1.*
177. *Quid des biens meubles réalisés ou immobilisés? Distinction.*
178. *Prélèvement des sommes dues par la communauté à chaque époux; ceux de la femme s'exercent les premiers.*
179. *Et en cas d'insuffisance des biens de la communauté, ils s'exercent sur les biens personnels du mari.*
180. *En quoi consistent les prélèvemens de ce que la communauté doit aux époux? Comment doivent-ils s'exercer?*

181. *Examen de l'opinion de M. Delvincourt, qui pense qu'on peut prouver par témoins que le prix de la vente d'un propre est inférieur ou supérieur à celui du contrat dont on demande le prélèvement.*
182. *Si le prix de la vente n'a pas été versé dans la communauté, il n'y a point de prélèvement à faire; le prix appartient à l'époux propriétaire du bien vendu.*
183. *Les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant; puis sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Le choix des immeubles est déféré à la femme.*
184. *Conséquences de cet ordre.*
185. *On ne peut l'intervertir que d'un commun consentement.*
186. *Après l'épuisement de l'argent comptant, la femme a-t-elle le choix des meubles qu'elle doit prélever?*
187. *Manière de faire les prélèvements, quand la communauté est suffisante.*
188. *Les reprises des conjoints emportent intérêts de plein droit. On peut joindre ces intérêts aux prélèvements.*
189. *Quid, si les héritiers de la femme sont divisés sur l'acceptation ou sur la répudiation de la communauté?*
190. *A qui appartiendront les parts des renonçans.*
191. *L'ancienne jurisprudence les donnait aux autres héritiers. Difficultés qui en naissaient.*
192. *Le Code les fait cesser, en donnant au mari, jure non decrescendi, la part des renonçans, en le chargeant envers ceux qui acceptent de leur quote-part des droits que la femme pouvait exercer.*
193. *On peut partager séparément ou confusément le mobilier et les immeubles.*
194. *On peut égaliser les lots par une soulte ou par une rente qui a le même privilège que le prix d'une vente.*
195. *Pour parvenir au partage, on commence par les prélèvements; mais si toutes les parties sont majeures, on peut partager auparavant, pour se faire raison ensuite des prélèvements par compensation.*
196. *La femme ou ses héritiers ne sont obligés de compenser*

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

- leurs créances que jusqu'à concurrence de leur part dans les biens.
197. Ils ne doivent également faire confusion pour moitié de ce qui leur est dû, que jusqu'à la même concurrence.
198. Si les époux, au lieu d'être créanciers, sont débiteurs de la communauté, ils doivent rapporter à la masse ce qu'ils doivent; mais le rapport peut être fictif, et comment il se fait.
199. Si l'on a partagé sans faire cette opération, l'époux débiteur s'acquitte en payant à l'autre la moitié de sa dette.
200. La femme fait acte d'acceptation en donnant, vendant ou transportant son droit de communauté avant partage. Son cessionnaire ne peut donc y renoncer. Vice de rédaction dans l'art. 1455 du Code.
201. Elle ne peut pas céder son droit sans faire acte d'acceptation.
202. La femme ne peut renoncer au préjudice de ses créanciers. Art. 1464.
203. Mais les créanciers ne peuvent critiquer son acceptation, et pourquoi.
204. Peut-on écarter du partage le cessionnaire d'un droit de communauté, par analogie avec le cas de l'art. 841?
205. Continuation de la même question.
206. Solution que l'art. 841 n'est point applicable à ce cas.
207. Les formes du partage de la communauté sont, au reste, les mêmes que celles du partage des successions. Art. 476.
208. Après les prélèvements dans lesquels la femme a le choix, elle ne l'a pas sur les loties des biens retenus.
209. La rescision pour lésion de plus du quart est applicable aux partages de communauté.
210. On ne peut étendre l'art. 1486 hors des cas prévus par son texte.
211. On ne peut l'étendre ni à la subrogation dont parle l'article 841, ni à la séparation des patrimoines dont parle l'art. 878.
212. Des divertissemens et recèlemens. La veuve, en divertissant des objets réalisés, n'en commet point.

- 213. *Peines du recèlement de la veuve. Elle est déchue du privilège de l'art. 1483, et déclarée commune.*
- 214. *Et privée de sa part dans les objets recelés ou divertis. Peine commune au mari recéleur.*
- 215. *Recèlement des billets, de l'argent placé chez un banquier.*
- 216. *Les créanciers peuvent se borner, ainsi que les héritiers, à demander la restitution des effets, et laisser subsister la renonciation à la communauté.*
- 217. *Faut-il encore distinguer les recèlemens antérieurs et postérieurs à la renonciation ?*
- 218. *De la soustraction d'effets compris dans un inventaire.*
- 219. *La femme qui a renoncé avant de receler ne peut être déclarée commune, mais poursuivie comme coupable de vol.*
- 220. *Si elle avait accepté avant de receler, elle serait privée de sa part dans les effets recelés.*
- 221. *Pourrait-elle être déclarée déchue du bénéfice de l'article 1483, et tenue des dettes ultra vires ?*
- 222. *Soustraction d'un titre inventorié à la requête de celui qui se plaint de la soustraction, est-elle un recèlement ?*
- 223. *Cas où la soustraction d'un billet est un recèlement.*
- 224. *Si la veuve était demeurée saisie des papiers de l'inventaire, elle serait en outre responsable du capital du billet.*
- 225. *Par quelle voie peut-on poursuivre les recèlemens de la femme ou du mari, enfans, etc., art. 380 du Code pénal.*
- 226. *La disposition de cet article étant exceptionnelle, elle ne doit pas être étendue.*
- 227. *Quid des enfans naturels à l'égard de leurs père et mère ?*
- 228. *Secours à l'égard des parens de leurs père ou mère naturels.*
- 229. *Quid à l'égard des enfans adoptifs ?*
- 230. *Du droit de la femme. Renvoi.*

146. **POUR** partager l'actif de la communauté, il faut d'abord faire l'état ou la masse de tous les biens dont elle jouissait pendant le mariage, tant immeubles que meubles, crédits et actions, pour

les réunir, au moins fictivement, afin d'en connaître l'ensemble, et d'en prélever ou distraire ce qui ne lui appartient pas, comme aussi d'y faire rentrer ce qui doit en faire partie et n'existe plus en nature. Ainsi, les époux doivent rapporter à cette masse tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté.

147. Nous avons dit, tom. XII, n°. 344, qu'il y a deux espèces de récompenses : 1°. l'une due à l'un des époux, lorsqu'il a enrichi la communauté à ses dépens ; 2°. l'autre due par celui des époux qui s'est, au contraire, enrichi aux dépens de la communauté, ou qui en a tiré quelque profit personnel. Cette division est exacte. Mais après avoir établi, tom. XII, les principes généraux sur les récompenses, et expliqué les principales récompenses de la première espèce, au lieu d'entrer dans l'explication de la seconde espèce de récompenses, nous nous sommes bornés, n°. 353, à résumer les principes généraux de la première espèce, sans parler de la seconde, ce qui est une omission.

C'est ici le lieu naturel de la réparer, en expliquant les art. 1468 et 1469, dont les dispositions appartiennent à la seconde espèce de récompenses, c'est-à-dire à celles qui sont dues par les époux ou leurs héritiers à la communauté, de laquelle ils ont retiré quelques profits qui leur sont personnels.

« Les époux ou leurs héritiers rapportent à la
» masse des biens existans tout ce dont ils sont dé-
» biteurs envers la communauté, à titre de récom-
» pense ou d'indemnité, d'après les règles ci-des-

» sus prescrites, à la sect. 2 de la 1^{re}. partie du pré-
» sent chapitre. » (1468).

148. Les règles auxquelles renvoie cet article sont tracées et développées dans l'art. 1437, qui porte :
« Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté
» une somme, soit pour acquitter les dettes ou
» charges personnelles à l'un des époux, telles que
» le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui
» propre, ou le rachat de services fonciers, soit
» pour le recouvrement, la conservation ou l'amé-
» lioration de ses biens personnels, et générale-
» ment toutes les fois que l'un des deux époux a
» tiré un profit personnel des biens de la commu-
» nauté, il en doit la récompense. »

149. Le principe ne pouvait être posé d'une manière plus claire. Il suffit d'en tirer les conséquences, pour en faire l'application aux différentes espèces qui se présentent, et pour connaître quand l'un des époux ou ses héritiers doivent une récompense ou un rapport à la communauté. Nous en avons donné un exemple, tom. XII, n^o. 124, en l'appliquant à la question de savoir si le conjoint qui reprend ses biens propresensemencés, à la dissolution de la communauté, lui doit récompense des frais de labours, engrais et semences, comme il la devait sous l'empire des coutumes. On avait prétendu qu'il en était autrement sous l'empire du Code; mais cette prétention est évidemment contraire au principe consacré par l'art. 1437 (1), qui

(1) Aussi nous venons d'apprendre qu'elle a été proscrite par un

dit généralement que *toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit de la communauté, i en doit la récompense.*

150. Ce principe était reçu et rigoureusement observé sous nos anciennes coutumes; on le regardait comme une conséquence nécessaire de la

arrêt de la Cour royale de Rennes, rendu le 26 janvier 1828, par la troisième chambre, dans l'espèce suivante :

En 1815, le sieur Pierre Lefeuvre épousa, en secondes noces, Anne Villeboux. Il mourut en 1825, laissant des enfans de ses deux mariages. On s'occupa de liquider la seconde communauté entre la veuve et les enfans. Parmi les nombreuses questions que présenta cette liquidation, s'éleva celle de savoir si les héritiers du mari devaient récompense à la communauté pour les semences et labours du propre de celui-ci, lequel était ensemencé quand il mourut.

Par jugement du 16 juin 1826, le tribunal de Montfort, vu l'art. 585 du Code civil, débouta la veuve de toute prétention à cet égard. Mais la Cour royale, par son arrêt du 26 janvier 1828, réforma ce jugement, par les considérations suivantes :

« Considérant que, si la jouissance des immeubles dont les revenus
 » appartiennent à la communauté présente une grande analogie avec
 » l'*usufruit* proprement dit, elle en diffère néanmoins sous plusieurs
 » rapports, à raison de la différence du titre qui distingue le mari de
 » l'*usufruitier*; celui-ci ayant droit aux fruits dans son intérêt person-
 » nel, tandis que la communauté doit au contraire profiter de ceux
 » qui en dépendaient, lors même qu'ils n'avaient pas été perçus au
 » moment de sa dissolution, tels que les coupes de bois et le produit
 » des carrières et mines mises en exploitation, lorsqu'elle a commencé;

« Considérant qu'il suit de là que l'art. 585 du Code civil ne doit
 » pas recevoir d'application aux frais de labours et semences qui ont
 » donné les fruits existant sur les biens propres de l'un des époux,
 » lorsque la communauté finit, et que celui auquel le propre appar-
 » tient ne peut en disposer sans indemnité, suivant cette règle élé-
 » mentaire, qui ne permet pas à l'un des époux de s'enrichir aux dé-
 » pens de la société conjugale;

« Qu'ainsi, l'appelante est autorisée à réclamer, vers la succession
 » de son mari, la moitié qui lui revient dans cette impense, etc. »

Cet arrêt, parfaitement rendu et conforme à la loi, prévient sans doute toutes les contestations, et fixera la jurisprudence.

prohibition absolue qu'elles faisaient aux conjoints de s'avantager directement ou indirectement pendant le mariage. En effet, si le conjoint enrichi aux dépens de la communauté n'était pas obligé d'y rapporter, à sa dissolution, ce qu'il en a tiré pour son profit personnel, il se trouverait avantagé de toute la part qu'y aurait eue l'autre conjoint.

Néanmoins, l'ancienne jurisprudence avait étendu le principe que l'un des conjoints ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté, aux coutumes qui leur permettaient de s'avantager pendant le mariage (1), et le Code, qui permet aux époux de se donner tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger, n'en a pas moins, avec beaucoup de raison, consacré l'ancien principe, parce que toutes les libéralités, tous les avantages, quels qu'ils soient, doivent émaner de la volonté libre et expresse de celui qui les fait. Or, il est impossible de croire ou de présumer que la femme, par exemple, qui ne peut empêcher son mari, maître de la communauté, d'en employer les deniers à des usages dont il retire seul un profit personnel, ait, par son silence forcé, manifesté la volonté expresse de lui faire une libéralité, et de lui donner sa part éventuelle des biens qu'il a tirés de la communauté pour son avantage personnel et particulier; comme aussi le mari, en acquittant des charges purement personnelles à la femme, ne saurait être présumé avoir la volonté

(1) Pothier, de la Communauté, n°. 515.

de lui faire une libéralité des sommes employées à cet usage. Le principe qu'un des conjoints ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté est donc fondé en raison.

151. L'art. 1437 ne se borne pas à le consacrer par une disposition simple et précise, dont les conséquences auraient peut-être pu suffire; il le développe par quelques exemples. S'il a été pris dans la communauté des sommes pour acquitter des dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que celles qui sont immobilisées par les conventions matrimoniales, celles qui dépendent d'une succession purement immobilière, échue à l'un des époux pendant le mariage, le conjoint ainsi libéré doit le rapport ou la récompense à la communauté des sommes qui en ont été tirées. Il en est de même de celles qui en auraient été tirées pour payer le prix ou partie du prix d'un immeuble propre à l'un des conjoints.

152. Lorsque la charge personnelle à l'un des conjoints, acquittée des deniers de la communauté, consistait en une somme d'argent exigible, il est clair que le rapport qu'il doit faire à la masse est d'une somme pareille à celle qui a été tirée de la communauté pour acquitter cette dette.

Si c'était une rente perpétuelle de 10,000 fr., par exemple, constituée au denier vingt, pour un capital de 20,000 fr., et rachetée pendant la communauté pour 10,000 fr., le conjoint débiteur de la rente ne serait tenu de rapporter à la masse que cette somme de 10,000 fr., qui a été tirée de la communauté pour le rachat, parce que c'est

un principe constant, en matière de récompense due par un des époux à la communauté, qu'elle n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand que soit le profit que le conjoint en ait retiré (1). C'est un principe auquel le Code n'a rien changé, et ne pouvait même rien changer, parce qu'il est fondé sur la nature des choses, sur celle des récompenses et des rapports. On ne peut récompenser la communauté de ce qu'elle n'a point perdu, ni y rapporter ce qu'on n'en a pas tiré.

153. Mais si le conjoint dont la rente perpétuelle a été rachetée avait intérêt à la continuer, plutôt qu'à rapporter le prix du rachat, ne pourrait-il pas, pour se dispenser du rapport, offrir la continuation de la rente ?

La Coutume de Paris, art. 244 et 245, considérerait le rachat d'une rente personnellement due *par l'un des conjoints* comme un conquêt ; c'est-à-dire que la communauté était subrogée de plein droit dans tous les droits du créancier de la rente, comme elle l'aurait été, s'il avait été acheté, pen-

(1) Pothier, n°. 613 ; Merlin, *Répertoire*, tom. XI, pag. 54. Mais ce principe, rigoureusement applicable aux cas où la récompense a pour objet d'indemniser la communauté des sommes qui en ont été tirées pour éteindre une dette personnelle de l'un des conjoints, ou pour racheter une charge sur l'un de ses héritages propres, telle qu'une servitude prédiale, ou pour le réparer, pourrait souffrir exception au cas où l'impense faite des deniers communs sur le propre d'un des conjoints l'a porté à une valeur hors de toute proportion avec le prix de l'impense, par l'industrie du conjoint qui a dirigé les travaux. Voy. *infra*, n°. 168.

dant le mariage, une rente perpétuelle due par un étranger. En conséquence, à la dissolution de la communauté, le conjoint débiteur de la rente, en acceptant la communauté, confondait une moitié de la rente en sa personne, et il était obligé d'en continuer l'autre moitié à l'époux non débiteur de la rente, ou à ses héritiers, jusqu'au rachat, qu'il était libre d'en faire quand bon lui semblait, sans être tenu de leur rapporter la moitié du prix du rachat, fait des deniers de la communauté.

Si la femme débitrice de la rente rachetée renonçait à la communauté, elle était tenue de continuer le paiement de la totalité de la rente sur l'ancien taux, si mieux n'aimait rapporter la somme payée pendant le mariage pour le rachat.

Ces décisions, à l'égard de la femme, n'ont rien de contraire aux dispositions du Code, ni aux anciens principes sur les récompenses qu'il n'a point abrogés. De quoi, en effet, la femme débitrice de la rente rachetée a-t-elle été libérée par ce rachat? D'une rente dont le capital n'était pas exigible, qu'elle ne pouvait être forcée de rembourser, et dont la valeur, suivant le cours des choses et du tems, ne pouvait aller qu'en diminuant, sans pouvoir jamais augmenter.

Il est vrai que si la femme débitrice de la rente rachetée trouve de l'avantage à la continuer, plutôt qu'à rapporter la moitié du prix du rachat qui en a été fait pendant le mariage, la communauté, par le même motif, y éprouve un désavantage, et ne se trouve pas pleinement indemnisée; mais qui peut s'en plaindre? Ce n'est pas le mari. S'il a ra-

acheté pendant le mariage une rente personnelle de son épouse, des deniers de la communauté, il en était entièrement le maître. Il pouvait en disposer comme bon lui semblait, les perdre même; à plus forte raison, les employer à racheter une rente personnelle de son épouse, rente qu'il avait même intérêt d'éteindre; car, quoique le capital n'entrât pas dans la communauté, il était forcé d'en payer les arrérages. S'il a mieux aimé l'éteindre par le rachat, pour se dispenser de les payer à l'avenir, la femme ne pouvait l'en empêcher.

Mais s'il était maître de la communauté, il n'était qu'administrateur des biens personnels de sa femme; il ne pouvait rien faire sur ses biens, soit actifs, soit passifs, qui pût rendre sa condition pire. Or, il la rendrait pire sans contredit, si, par des actes quelconques, il pouvait l'obliger à rembourser ou racheter une rente qu'elle pouvait ne jamais racheter. Pour rendre cette vérité plus claire, supposons que la femme renonce à la communauté : oserait-on bien soutenir que le mari pourrait la contraindre à lui rembourser la somme qu'il a employée au rachat de la rente, et compenser cette somme avec pareille somme qu'elle aurait réalisée par son contrat de mariage? Sur quoi pourrait-il fonder ses prétentions? Sur ce qu'elle était personnellement débitrice de la rente rachetée? Elle répondrait avec raison qu'elle ne l'a point chargée de la racheter; que ce rachat ne peut lui donner plus de droits que n'avait son créancier, lequel ne pouvait la contraindre d'en rembourser le capital; elle pourrait même ajouter que la rente n'est

pas plus éteinte que si un étranger l'avait rachetée de celui qui en était propriétaire. En effet, pendant le mariage, les biens personnels de la femme ne sont confondus ni avec les biens propres du mari, ni avec ceux de la communauté éventuelle. Objecterait-on que le mari peut recevoir seul le remboursement? Cela est vrai; mais il n'en faut pas conclure qu'il puisse également racheter pour elle une rente passive dont elle est débitrice. La différence est sensible et décisive entre les deux espèces : c'est que le remboursement qu'il reçoit étant forcé, est considéré comme un acte d'administration autorisé par l'art. 1428, au lieu que le rachat de la rente passive est volontaire, et qu'il peut être nuisible à la femme, et par conséquent qu'il ne peut être fait pour son compte sans son consentement.

Il faut en excepter le cas où, lors du partage de la communauté, il s'y trouverait à partager des sommes suffisantes pour l'indemniser du prix de la rente rachetée; la femme peut en prendre la moitié, et offrir la continuation de la rente rachetée. C'est alors le cas d'en revenir au droit commun, qui veut qu'on sorte quitte des partages. C'est l'opinion de Lebrun (1).

Nous pensons donc que, dans le cas du rachat fait, pendant le mariage, d'une rente passive personnelle à la femme, elle ne peut être contrainte, soit qu'elle accepte, soit qu'elle répudie la com-

(1) *Traité de la communauté*, liv. 5, chap. 2, sect. 1, n°. 4.

munauté, d'y rapporter la somme qui en a été tirée pour le rachat, et qu'elle peut s'en dispenser, en offrant de continuer la rente ou sa moitié de la rente jusqu'au rachat, qu'elle sera libre d'en faire quand bon lui semblera (1). Mais en est-il ainsi du mari? Nous ne le pensons pas. La Coutume de Paris, art. 244 et 245, rendait, il est vrai, la condition du mari sur ce point égale à celle de la femme, « *quand une rente due par un des conjoints, etc.* » Mais cette Coutume n'a plus force de loi, depuis la promulgation du Code; on ne peut plus en invoquer les dispositions, qu'en tant qu'elles sont conformes à la raison et aux principes du droit. Or, la raison nous dit qu'il existe une différence essentielle entre le rachat fait par le mari, durant le mariage, de la rente passive personnelle de la femme, et celui qu'il fait de la rente passive dont il est personnellement débiteur. En rachetant la première, il peut se faire subroger, il est même subrogé de plein droit dans tous les droits du créancier qui reçoit le rachat. Au contraire, en rachetant la rente passive, dont il est seul propriétaire, il en opère nécessairement l'extinction. Il n'y a plus de subrogation possible dans une rente qui n'existe plus, et qui ne peut plus revivre. Si elle revivait, sous la Coutume

(1) M. Bellot, *Traité du contrat de mariage*, tom. I, pag. 528, pense le contraire. Il dit que si le mari avait payé une dette personnelle à la femme, dont le terme n'est pas encore échu à la dissolution de la communauté, elle ne pourrait être contrainte de la rapporter avant l'échéance.

de Paris, c'était par la disposition de la loi; disposition contraire aux principes et à la raison. Nous pensons donc que, dans le partage de la communauté, le mari ne peut se dispenser de rapporter le prix du rachat de la rente qui lui était personnelle, et qui est éteinte par le remboursement. Il n'a aucun prétexte pour s'en dispenser, et il ne peut éviter l'application de l'art. 1437.

154. Si la rente due par un des conjoints, et qui a été rachetée des deniers de la communauté, durant le mariage, était une rente viagère, et que la personne sur la tête de qui elle était créée fût morte durant la communauté, il est évident qu'il n'est dû dans ce cas aucune récompense à la communauté (1), par le conjoint qui en était débiteur; car la communauté étant tenue d'acquitter les arrérages des rentes, tant viagères que perpétuelles, dues par chacun des conjoints, qui ont couru pendant tout le tems qu'elle dure, et dans cette espèce, la personne sur la tête de qui était constituée la rente viagère étant morte durant la communauté, c'est la communauté seule qui a profité du rachat qui a été fait de cette rente, puisqu'elle aurait été chargée de tous les arrérages qui auraient couru jusqu'à extinction de la rente.

Si la dissolution de la communauté est arrivée du vivant de la personne sur la tête de qui la rente

(1) Comment se fait la récompense due par la communauté au conjoint dont la rente viagère active a été vendue pendant le mariage? Voy. ce que nous avons dit, tom. XII, n°. 348, pag. 508.

est constituée, le conjoint qui en était débiteur profite, en ce cas, aux dépens de la communauté, du rachat qui en a été fait, et de la libération de cette rente, qu'il eût été obligé d'acquitter depuis la dissolution de la communauté, jusqu'à la mort de cette personne, si la rente n'avait pas été rachetée. Il doit donc récompense à la communauté, et cette récompense doit consister dans la continuation qu'il doit faire de cette rente à l'autre conjoint, pour la part que celui-ci a dans les biens de la communauté, pendant le tems qu'eût duré la rente, si elle n'avait pas été rachetée; c'est-à-dire, pendant la vie de la personne sur la tête de qui elle était constituée, si mieux n'aime le conjoint qui était débiteur de la rente, rembourser à l'autre, pour la part qu'il a dans la communauté, la somme qui en a été tirée pour le rachat, sous la déduction de ce que la communauté a profité elle-même du rachat, c'est-à-dire de ce dont les arrérages de la rente viagère eussent excédé les intérêts de la somme pour laquelle elle a été rachetée, pendant tout le tems couru depuis le rachat de la rente, jusqu'à la dissolution de la communauté.

C'est ce qu'enseigne Pothier, n°. 626. Mais nous pensons qu'il faut encore appliquer ici la distinction que nous avons faite ci-dessus, à l'égard de la rente perpétuelle, et que si la rente viagère rachetée était due par la femme, elle doit avoir, à la dissolution de la communauté, l'option dont parle Pothier; mais que si la rente viagère était due par le mari, il serait tenu de rapporter à la

masse la somme tirée de la communauté pour rachat, sous la déduction dont parle Pothier, sans pouvoir offrir la continuation de partie d'une rente irrévocablement éteinte. Il ne peut se plaindre du rapport de cette somme, puisqu'il était le maître de racheter ou non la rente viagère dont il était débiteur.

155. Chaque conjoint devant récompenser la communauté de ce qui en a été tiré pour son profit personnel (1437), il doit rapporter à la masse tout ce qu'il en a tiré pour devenir personnellement propriétaire d'un héritage. Ainsi, l'héritage acquis par retrait successoral lui est propre (voy. tom. XII, nos. 134 et suivans, pag. 236); mais il doit rapporter tout ce qu'il en a coûté pour l'exercice de ce retrait, tant en principal qu'en accessoires.

156. L'immeuble donné par un ascendant, pour tenir lieu d'une somme d'argent qu'il avait promise en mariant son enfant, est propre à ce dernier, et n'entre point en communauté (voy. tom. XII, n°. 134); mais il doit rapporter à la masse la somme qui lui avait été promise.

157. Quand un des conjoints rentre pendant la communauté dans un héritage que lui ou ses auteurs avaient aliéné avant le mariage, il doit récompense à la communauté des sommes qu'il en a tirées pour y rentrer, comme lorsqu'il est rentré dans un héritage sur une action en réméré, ou sur une action rescisoire. Voy. tom. XII, nos. 189 et 190.

158. Si l'un des conjoints a vendu, avant son

mariage, un héritage dont le prix lui était dû, cette créance est entrée dans la communauté légale (1). Mais s'il est rentré dans cet héritage par une convention avec l'acheteur, auquel il a fait remise du prix qui en était dû, Pothier, n°. 628, dit qu'il doit récompense du prix dont il a fait remise à l'acheteur pour rentrer dans l'héritage *qui lui est propre*, aux dépens de la communauté, à qui appartenait la créance du prix dont il a fait remise.

Malgré notre juste déférence pour les opinions de ce profond jurisconsulte, nous pensons, au contraire, que l'héritage est acquêt de communauté. L'époux qui en était propriétaire avant le mariage n'y a plus aucun droit, ni de propriété, ni de possession. Il faut donc appliquer à ce cas la doctrine du même auteur, qui dit, n°. 157, que les acquêts faits pendant le mariage ne sont conquêts que lorsque le titre ou la cause de leur acquisition n'a pas précédé le tems de la communauté. Or, certainement, dans le cas proposé, ni le titre, ni la cause de la convention volontaire, par laquelle le conjoint rentre dans la propriété de son héritage vendu avant le mariage, moyennant la remise du prix, n'a précédé le tems de la communauté.

159. L'art. 1435 dit « que toutes les fois qu'il a » été pris sur la communauté une somme, soit... » pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration des biens personnels de l'un des époux, » il en doit la récompense. » Ces expressions com-

(1) Voy. tom. XII, " 104.

prennent, dans leur généralité, toutes les impenses faites sur ces biens. Cependant il en est que le Code met spécialement à la charge de la communauté; telles sont *les réparations d'entretien et les réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté* (art. 1409, n°. 4), et qui sont par conséquent propres des époux.

Il ne faut pas conclure de cette disposition, non plus que de l'art. 1562, qui porte que le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de *toutes les obligations de l'usufruitier*, que la communauté ou le mari ait l'usufruit de ces biens; nous avons prouvé le contraire, tom. XII, n°. 125. Les art. 1437 et 1552 confirment notre opinion (1), en tant que besoin, puisqu'ils ne chargent la communauté ou le mari que des obligations dues par l'usufruitier, sans lui en donner les droits, et qu'au contraire, le premier de ces articles donne à la communauté des droits qui sont expressément refusés à l'usufruitier. En effet, celui-ci ni ses héritiers ne peuvent, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les réparations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée, dit l'art. 599; tandis qu'au contraire, suivant l'art. 1437, il est dû récompense à la communauté de toutes les améliorations faites de ses deniers sur les biens personnels des conjoints.

(1) Voy. aussi ci-dessus, n°. 149, et l'arrêt que nous avons rapporté à la note.

160. Mais la communauté, chargée des réparations usufructuaires ou d'entretien des propres de chaque époux pendant le mariage, l'est-elle aussi de celles qui manquaient au moment où il a été célébré? L'art. 1409 ne distingue point, et les réparations sont une charge mobilière, qui, comme telle, entre dans la communauté, suivant la règle générale. Il est vrai que cet article en excepte *les dettes relatives aux propres des époux*. Mais il résulte de l'art. 1457 que ces dettes sont le prix ou partie du prix d'un propre non encore payé, et on ne peut pas dire que les réparations manquantes aux biens d'une personne soient une dette de cette personne. Une dette suppose deux personnes, le créancier et le débiteur. La dette s'anéantit aussitôt que les droits de l'un et de l'autre sont réunis dans la même personne.

On ne peut donc imaginer aucune raison solide pour exclure de la communauté le prix des réparations manquantes aux biens des époux, avant le moment et au moment du mariage.

Cependant le savant Proudhon, dans son *Traité de l'usufruit*, tom. V, sect. 1 du ch. 52, pag. 475, dit que « si, durant le mariage, il a été fait des » réparations d'entretien sur les propres de l'un » des époux, mais qu'elles aient été faites à raison » de dégradations déjà existantes à l'époque du » mariage, il en sera dû récompense à la commu- » nauté par le propriétaire, dont on aura ainsi aug- » menté la valeur de l'apport, tandis qu'on n'était » obligé qu'à l'entretenir dans l'état où il avait été » fait. »

Cette décision est la suite de l'opinion de l'auteur, que la communauté est usufruitière des biens des deux conjoints. Nous avons déjà prouvé qu'il s'agit d'une erreur, tom. XII, et ce que nous avons ajouté *suprà* confirme notre opinion. M. Bellot des Minières, dans son *Traité du contrat de mariage*, tom. III, pag. 401, a réfuté M. Proudhon, *ex professo*.

161. Dans notre Bretagne, si le mari avait fait faire, en entrant en jouissance, un procès-verbal de l'état des propres de son épouse et des siens, on appliquait à ce cas la règle établie pour les usufruitiers, et la communauté n'était tenue de les rendre, à sa dissolution, que dans l'état où ils étaient quand elle avait commencé. Ce n'était que faute de procès-verbal qu'ils étaient censés avoir été en bon état (1), lors de la célébration du mariage.

Sous l'empire du Code, la communauté ne prenant pas les biens, comme l'usufruitier, dans l'état où il sont, mais étant obligée aux réparations d'entretien, tant à raison des dégradations déjà existantes à l'époque du mariage, que des dégradations survenues depuis, un procès-verbal des réparations manquantes à cette époque ne dispenserait point de les faire, et si l'on avait négligé de les faire pendant le cours du mariage, elles n'en seraient pas moins dues à sa dissolution. Ce sont des charges de la communauté, dont rien ne peut la dégager.

(1) Voy. les *Principes de droit* de Duparc-Poullain, tom. V, pag. 201, n°. 256.

Il ne faut pas en conclure qu'un procès-verbal de l'état où étaient les biens au moment du mariage soit inutile sous l'empire du Code ; il peut être au contraire très-utile, nécessaire même, pour prévenir bien des difficultés, qui peuvent s'élever à la dissolution de la communauté. Aussi l'article 1562, en rendant le mari responsable de toutes les détériorations survenues par sa négligence sur les *biens dotaux*, l'assujettit à *toutes les obligations de l'usufruitier*, et n'en excepte point celle de faire dresser un état des biens, qu'impose à l'usufruitier l'art. 600.

Dirait-on que l'art. 1562 se trouve dans le chapitre 3, qui traite du régime dotal, et qui ne parle que des biens dotaux ? Cela est vrai ; mais le premier article du même chapitre, l'art. 1540, commence par nous apprendre que sous ce régime, comme sous celui de la communauté, la *dot* est tout le bien que la femme apporte au mari pour soutenir les charges du mariage. On ne peut donc limiter au régime dotal la disposition qui rend le mari responsable, et lui impose *toutes les obligations de l'usufruitier*. C'est une disposition commune aux deux régimes. Nous pensons donc que le mari est, comme l'usufruitier, obligé de faire dresser un état des biens, au commencement de la communauté, et l'omission peut lui en être, en certains cas, préjudiciable, ainsi que nous le verrons bientôt. Il est vrai que cette faute n'emportant d'autres peines que celle d'être censé avoir trouvé tous les biens en bon état, il est assez d'usage, dans les cas ordinaires, de se dispenser de

faire dresser l'état des biens ; mais comme c'est une obligation légale , on pourrait y contraindre le mari, et même refuser de lui délivrer les biens dotaux, avant qu'il ait été dressé un procès-verbal de leur état.

162. Cette obligation rigoureuse et indéfinie, qui grève la *communauté* de toutes les réparations d'entretien ou usufruitaires des immeubles qui n'y entrent pas, même de celles qui manquaient avant qu'elle eût commencé, sans qu'elle puisse s'en dégager, comme l'usufruitier, au moyen d'un procès-verbal de l'état des biens au moment où elle a commencé, parce que son obligation n'est point, comme celle de ce dernier, fondée sur la présomption du bon état des biens, peut servir à résoudre les doutes élevés sur une question qui se présenta en Bretagne, du vivant de Duparc-Poulain, et qu'il rapporte dans ses Principes, tom. V, pag. 204, n°. 260.

« Un mari avait trouvé, dans une succession échue à sa femme, un vieux château dont l'entretien avait été abandonné plusieurs années avant l'ouverture de la succession, parce qu'il était inutile aux fermiers, et qu'il eût fallu une grande dépense pour mettre le propriétaire en état d'y loger. Cette dépense était d'autant plus inutile, que ce propriétaire avait un autre logement fort commode, dont le mari avait fait exactement toutes les réparations pendant la communauté ; mais il n'avait fait rapporter aucun procès-verbal du vieux château, qui se trouvait fort délabré à la dissolution de la communauté.

« Les sentimens, dit Duparc-Poullain, furent partagés. De savans avocats se tenaient à la règle générale; d'autres, aussi éclairés, pensaient que le mari devait être admis à prouver le mauvais état où l'auteur de sa femme avait tenu le château, sans l'entretenir pendant plusieurs années; qu'il en résultait une destination du père de famille, pour laisser ruiner ce château comme inutile; que cette destination étant bien prouvée, on ne pouvait imputer au mari qui l'avait suivie, *nec latam, nec levem culpam*, et que la communauté devait seulement faire raison à la femme de la valeur des matériaux que le mari aurait vendus, ou qu'il aurait employés à faire les réparations dont la communauté était tenue. Sur le partage des opinions du barreau, on s'arrangea. L'auteur ajoute que, quoique dans cette espèce le droit commun paraisse être contre le mari, cependant les raisons pour la décharge du mari et de la communauté seraient bien favorables, s'il n'y avait aucun doute sur l'intention du père de famille, antérieure à la possession de la communauté; car le *moindre doute* ramènerait les choses au droit commun, qui charge la communauté de toutes les réparations d'entretien. »

Il est bien difficile de prouver cette intention du père de famille, à moins qu'il ne s'en soit lui-même expliqué par écrit, ou qu'elle ne résulte d'actes non équivoques; par exemple, s'il avait commencé à faire démolir le château, pour disposer ailleurs des matériaux. Mais, dans l'espèce proposée, il n'y avait que simple négligence de sa part, telle

qu'on en rencontre trop souvent dans certains individus insouciants ; mais de cette insouciance on ne peut, quelque longue qu'elle soit, induire la volonté d'abandonner un château, pour le laisser tomber en ruines. Ce n'est pas par des présomptions qu'on peut prouver une telle volonté. La disposition qui charge la communauté des réparations d'entretien est trop précise pour la faire céder à de simples présomptions, et à des motifs d'une prétendue équité imaginaire. Nous pensons donc que, dans l'espèce proposée par Duparc-Poullain, la communauté devait sans difficulté être chargée des réparations du vieux château. Ce n'est que sous cette charge que la loi y fait entrer les revenus des biens des époux. (1409, n°. 4).

163. Bien plus : non seulement les réparations usufruituaires et d'entretien, mais les grosses réparations, sont dues par la communauté, si elles ont été occasionnées par le défaut d'entretien (1), et à défaut de procès-verbal de l'état des biens, les experts sont juges. Nous ne pensons pas qu'il faille admettre à cet égard la distinction que propose Duparc-Poullain (2), entre les propres de la femme et ceux du mari. Il est vrai que le mari étant maître de la communauté, le défaut d'entretien des biens est une faute personnelle de sa part, et qu'il est responsable de toutes les dégradations survenues par sa négligence (1562) ; mais

(1) *Arg.*, art. 605.

(2) *Tom. V*, nos. 255—257.

il engage la communauté par ses fautes et même par ses dettes (1); ce qui est d'autant plus juste, dans le cas proposé, que la communauté a profité de sa négligence, qu'il n'en a été tiré aucune somme pour les impenses d'entretien négligées par le mari.

164. La communauté ayant, pendant qu'elle dure, la jouissance des héritages propres de chacun des conjoints, c'est une conséquence qu'elle soit chargée de leur entretien. Le Code n'entre dans aucun détail sur les dépenses d'entretien. Pothier, n^o. 271, y comprend avec raison toutes celles qu'il faut faire pour la jouissance de ces héritages, et pour les tenir en bon état, selon leur différente nature.

Par exemple, l'entretien d'un héritage en nature de vignes, comprend les dépenses qu'il faut faire pour les cultiver, pour les fumer, pour les garnir suffisamment d'échalas, pour les provigner, pour les renouveler en arrachant celles qui sont trop vieilles, pour en planter d'autres en leur place.

Les dépenses à faire pour l'entretien d'une métairie, pour marnier les terres, pour peupler un colombier ou une garenne, pour empoissonner un étang, pour entourer les héritages de fossés ou de haies, où il en est besoin, sont aussi des dépenses qui concernent l'entretien dont la communauté est chargée.

Il en est de même des réparations à faire aux

(1) Voy. tom. XII, n^{os}. 222 et suiv.

bâtimens sur les héritages propres de chacun des conjoints, hors ce que le Code appelle *grosses réparations*. La communauté n'est pas chargée de ces dernières. Le propriétaire en doit la récompense, lorsqu'elles ont été faites des deniers de la communauté.

Les impenses faites, non pour la simple jouissance, mais pour convertir la forme d'un héritage en une autre plus avantageuse, comme pour défricher une terre inculte et stérile, pour planter en vignes ou en bois une terre nue, pour en faire un pré ou un étang, pour y construire des bâtimens, etc., ne sont point des dépenses de simple entretien. Si les deniers ont été fournis par la communauté, il lui en est dû récompense, comme nous verrons bientôt.

165. Pothier ne parle pas des impenses d'entretien, à l'égard des domaines auxquels seraient unis des objets meubles de leur nature, mais immobilisés par destination, tels que les animaux attachés à la culture, les instrumens aratoires, les ustensiles nécessaires à l'exploitation d'une forge, d'une papeterie, ou autre usine, etc.

On sait que l'usufruitier des meubles non immobilisés par destination n'est obligé de les rendre, à la fin de sa jouissance, que dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par sa faute, et qu'il n'est tenu à rien pour ceux qui sont usés ou qui ont péri par accident. Comme le mari n'est tenu, à l'égard des biens dotaux, qu'aux mêmes obligations que l'usufruitier, on demande s'il en est de même des bestiaux, ustensiles ou autres effets

immobilisés par destination, ou bien si, au contraire, l'usufruitier n'est pas tenu de remplacer ceux qui ne seraient plus d'un bon usage, ou qui auraient été détruits par accident, et même de rétablir tout le cheptel, s'il avait entièrement péri. La question est délicate, et peut être d'un grand intérêt. Le savant doyen de l'école de Dijon l'a discutée dans son *Traité du droit d'usufruit*, tom. III, pag. 134 et suivantes, de manière à laisser peu à désirer.

« Pour soutenir, dit-il, que l'usufruitier n'est
» obligé de rendre ces sortes d'objets que comme
» des meubles ordinaires, c'est-à-dire dans l'état
» où ils se trouvent, non détériorés par sa faute,
» on peut dire que c'est un principe général que la
» diminution ou la perte de la chose ne pèse que
» sur le propriétaire, quand elle n'arrive pas par
» la faute d'un tiers, comme l'augmentation de
» valeur qu'elle aurait prise ne serait qu'à son
» profit; que nonobstant la fiction par laquelle les
» accessoires unis au fonds sont civilement ré-
» putés immobiliers, néanmoins, l'obligation de
» les rendre ne cesse pas d'avoir des corps cer-
» tains et déterminés pour objet; qu'en consé-
» quence, elle doit être éteinte par la perte de la
» chose, arrivée sans la faute de l'usufruitier, puis-
» que la loi le décide ainsi généralement, et sans
» distinction (1302); que le prétendre autrement,
» ce serait grever l'usufruitier d'une charge im-
» mense, et disproportionnée à l'étendue de ses
» droits; que, par exemple, dans le cas de l'usu-
» fruit légal des père et mère, qui ne dure que jus-

» qu'à ce que les enfans aient acquis dix-huit ans,
 » il y aurait de l'injustice d'obliger l'usufruitier à
 » reproduire ou à payer en entier un cheptel de
 » bétail qui aurait péri par accident, lequel peut-
 » être était d'une grande valeur ; que charger
 » l'usufruitier d'une telle restitution, par la seule
 » conséquence d'un droit d'usufruit qui n'aurait
 » duré que peu d'années, ou même pendant quel-
 » ques mois, ce serait vouloir, en quelque sorte,
 » que la loi ne lui présentât qu'un piège dans la
 » faveur qu'elle lui accorde.

» Nonobstant ces raisonnemens, nous croyons
 » que l'usufruitier est obligé de reproduire, ou en
 » nature, ou en équivalent, tous les accessoires de
 » l'immeuble dont il a l'usufruit.

» 1°. Quoiqu'en ce cas la jouissance de l'usu-
 » fruitier porte sur des choses qui, prises isolé-
 » ment, seraient meubles par leur nature, l'usufruit
 » n'en est pas moins totalement immobilier, puis-
 » que, par le fait de leur accession, ces choses
 » sont réputées immeubles : on ne pourrait donc,
 » sans tomber en contradiction, vouloir appliquer
 » les règles sur la conservation ou restitution des
 » meubles, puisque la loi n'y voit qu'un im-
 » meuble.

» 2°. Il est vrai qu'en thèse générale, la chose
 » périt pour le maître, et qu'en conséquence, la
 » perte d'un corps certain opère l'extinction de
 » l'obligation dont ce corps était l'objet, lorsqu'il
 » n'y a aucune faute à imputer à celui qui en était
 » le détenteur. Il est vrai encore que ce principe
 » s'applique à la dette d'un immeuble, comme à

» celle d'un meuble ; mais un immeuble n'est pas
» détruit par la perte des accessoires, puisque son
» objet subsiste toujours, quoique cet objet soit
» plus ou moins dégradé par la privation des choses
» qui y avaient été incorporées : c'est donc un im-
» meuble qui est dégradé, et non pas des meubles
» qui sont détruits. Reste seulement la question de
» savoir si les réparations nécessitées par cette
» espèce de dégradation survenue dans l'immen-
» ble, tombent à la charge de l'usufruitier, ou si
» elles sont pour le compte du propriétaire ; or,
» l'usufruitier doit entretenir le fonds dans l'état
» de valeur où il l'a reçu : il doit donc réparer la
» perte des accessoires, comme il serait tenu de
» réparer une brèche survenue dans le couvert
» d'un bâtiment ou dans un mur de clôture.

» La loi charge le propriétaire des grosses ré-
» parations ; elle les détermine avec précision, elle
» en exprime et circonscrit les espèces (1), et ces
» espèces sont absolument étrangères à celle dont
» il s'agit ici (606) : elle a donc voulu comprendre
» tout ce qui a rapport à la subrogation et au rem-
» placement des accessoires, dans les divers genres
» de réparations qui concernent l'entretien dont
» elle charge indéfiniment l'usufruitier.

» 3°. L'obligation de l'usufruitier doit être la
» même que celle du grevé de substitution, parce
» que l'un est, de même que l'autre, chargé de
» conserver et de rendre. Or, dans le cas de la sub-

(1) « Toutes les autres réparations sont d'entretien, » dit l'art. 606.

» stitution, s'il y a des bestiaux et ustensiles ser-
 » vant à faire valoir les terres substituées, le grevé
 » est tenu de les faire priser et estimer, pour en
 » rendre une égale valeur lors de la restitution du
 » fidéicommiss (1064). Pourquoi en serait-il au-
 » trement à l'égard de l'usufruitier?

» 4°. Si, d'un côté, la charge de remplacer les
 » accessoires du fonds paraît onéreuse pour l'usu-
 » fruitier, il faut considérer, d'autre part, qu'elle
 » est compensée par le produit de l'immeuble,
 » dont le revenu est d'autant plus considérable,
 » qu'il se trouve mieux assorti de tous ses moyens
 » d'exploitation; que s'il n'avait pas été garni
 » de ses accessoires, lorsqu'il a été livré à l'usu-
 » fruitier, celui-ci se serait vu forcé de le louer à
 » bas prix, ou obligé de se fournir d'autres meu-
 » bles ou ustensiles, qui auraient pu périr égale-
 » ment pour lui et par les mêmes accidens; que
 » ce n'est pas par la rigueur accidentelle qui peut,
 » en certains cas, se trouver dans l'exécution d'une
 » obligation, qu'on doit se déterminer pour pro-
 » noncer sur son existence, et en admettre ou re-
 » jeter le principe; qu'il ne peut y avoir plus d'in-
 » justice à faire peser les cas fortuits sur l'usufrui-
 » tier que sur l'héritier, pour la perte des acces-
 » soires dont il s'agit, parce que les accidens de
 » ce genre sont, pour l'un comme pour l'autre,
 » au-dessus de la prévoyance humaine, et que,
 » dans tous les cas, il est au moins certain qu'au-
 » cune faute ne peut être reprochée à l'héritier,
 » tandis qu'il est difficile que cela soit toujours
 » également démontré à l'égard de l'usufruitier.

» Concluons donc que l'usufruitier d'un domaine
» est responsable des animaux attachés à la cul-
» ture et des meubles aratoires, qui sont les ac-
» cessoires du fonds;

» Que l'usufruitier d'une usine est également
» responsable des ustensiles et agrès qui y ont été
» placés pour servir à son roulement, et qu'il en
» est de même des autres genres d'immeubles par
» accession, dont il serait trop long de faire l'énu-
» mération;

» Que lorsqu'un animal attaché à la culture du
» fonds périt ou devient caduc, l'usufruitier est
» tenu de le remplacer par un autre; qu'il est éga-
» lement obligé de substituer des ustensiles neufs
» aux lieu et place de ceux qui ont cessé d'être de
» bon usage, parce qu'il doit entretenir l'immeuble
» dans toutes ses parties; que même il serait tenu
» de regarnir entièrement le domaine ou l'usine,
» par des objets égaux en valeur à ceux qu'il a
» trouvés lors de son entrée en jouissance, si, par
» un accident extraordinaire, tous les accessoires
» de l'immeuble avaient péri ou étaient enlevés,
» parce que ce remplacement ne serait toujours,
» à l'égard du fonds, qui continuerait de subsis-
» ter, qu'une réparation immobilière, réparation
» qui ne peut être classée que dans le genre de
» celles qui concernent l'entretien, dont la loi
» charge généralement l'usufruitier. »

Nous adoptons les décisions de M. Proudhon,
qui nous paraissent fondées sur des raisonnemens
péremptoires, et qui s'appliquent à la commu-
nauté, tenue aux mêmes obligations que l'usufrui-

tier, à l'égard des propres des deux époux : chacun d'eux, ou ses héritiers, doivent donc avoir reprise de la valeur des réparations dont nous venons de parler, qui se trouveraient manquantes sur ses domaines et usines, au nombre desquelles sont compris les pressoirs, auxquels il peut souvent manquer des réparations considérables, telles que les fûts, qui sont à la charge de la communauté, qui peut seulement prendre, pour ces réparations, des arbres, s'il s'en trouve sur les terres (592).

Ce que nous venons de dire fait sentir la sagesse des dispositions du Code, qui veut qu'il soit fait à l'ouverture de l'usufruit, et par conséquent à l'ouverture de la communauté, un état des biens, et qu'on y insère, comme dit M. Proudhon, un inventaire estimatif des divers objets qui sont immeubles par accession, pour constater la valeur des objets manquans à la dissolution de la communauté. C'est le seul moyen de prévenir beaucoup de difficultés.

166. Quant aux impenses autres que celles d'entretien, dont nous venons de parler, et qui ont été faites des deniers de la communauté sur les héritages propres de l'un des époux, nous suivons communément en France des distinctions fondées sur la nature des choses, et empruntées du droit romain, qui distinguait ces impenses en trois espèces, les nécessaires, les utiles et les voluptuaires (1).

(1) *Impensæ necessariae sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura.*

Les nécessaires sont celles qu'il est indispensable de faire, et sans lesquelles la chose périrait ou serait détériorée.

Les impenses utiles sont celles qu'on pourrait se dispenser de faire sans exposer l'héritage à périr ou à se détériorer, mais qui augmentent la valeur et le revenu de l'héritage.

167. De ces distinctions on tire la conséquence, 1^o. que les réparations de la première espèce, les impenses nécessaires, ayant pour objet principal la conservation de la propriété de l'héritage, doivent être à la charge du conjoint propriétaire, et non de la communauté, qui n'en a que la jouissance, et que par conséquent, si la communauté a fait l'avance de ces impenses, le conjoint propriétaire, à sa dissolution, lui doit une récompense, qui consiste dans le rapport de la moitié des sommes qui en ont été tirées pour cet objet, et de sa totalité, s'il s'agit des propres d'une femme renonçante, et ce, quand même l'héritage réparé aurait péri depuis entièrement par cas fortuit, comme serait une maison réparée à grands frais, qui a été depuis incendiée par le feu du ciel. *L. 4, ff de impensis*, 25. 1. La raison en est que l'impense étant jugée nécessaire et indispensable, si

aut deterior factura sit; utiles, quæ meliorem dotem faciunt, ex quibus redditus mulieri acquiratur. sicuti arbusti pastinatione, ultra quam necesse fuerat: in his impensis et pistrinum et horreum insulæ dotali adjectum plerumquæ dicemus; voluptariæ sunt, quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, ut viridia, et aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ. L. 79, ff de V. S. Ulp. frag., tit. 6. L. 1, ff de imp. in rem dot.

elle n'avait pas été faite des deniers de la communauté, le conjoint propriétaire eût été obligé de la faire de ses propres deniers, ou de deniers empruntés. Ainsi, quoique la maison réparée n'existe plus, il n'en profite pas moins de la somme entière tirée de la communauté, en ce qu'elle l'a dispensé d'en tirer une pareille de sa propre caisse, ou de l'emprunter. Il est donc vrai de dire qu'il s'est enrichi : *Hactenus locupletior est, quatenus propria pecunie pepercit*. Pothier, n°. 635. D'ailleurs, le droit de la répéter était acquis par l'ouvrage, et la propriété en étant à la femme, elle en souffre la perte. Domat, *des dots*, sect. 18. Le conjoint propriétaire n'en devrait pas moins le rapport de la somme tirée de la communauté, pour une impense nécessaire à ses propres, quoiqu'il les eût vendus depuis; car il est censé la retrouver dans le prix de la vente (1).

168. La somme qu'a coûté cette impense peut se justifier par les quittances des ouvriers et marchands fournisseurs, ou par un registre-journal, sur lequel serait inscrite la dépense, et trouvé dans les papiers de la communauté. A défaut de pareils titres, on a recours à l'estimation toujours incertaine des experts, qui doivent estimer ce qu'il en a pu coûter à la communauté pour ces sortes d'impenses.

169. 2°. On conclut encore des distinctions ci-dessus, que les impenses de la seconde espèce, ou

(1) Voët, *ff de impensis in rem dot.*, n°. 2.

améliorations seulement utiles, qu'on pourrait se passer de faire, mais qui augmentent le prix et la valeur de l'héritage où elles sont faites, ne sont ni à la charge de la communauté seule, ni à la charge seule du conjoint propriétaire; et qu'elles ne sont dues, par ce dernier, que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage se trouve avoir acquis de plus-value au tems de la dissolution de la communauté, par suite des améliorations ou réparations qui y ont été faites pendant sa durée.

Nous disons par suite des améliorations ou réparations; car la plus-value que l'héritage pourrait avoir acquise par des causes étrangères à ces améliorations, telles que le creusement d'un canal, l'ouverture de nouveaux débouchés, la direction du cours du commerce, etc., ne pourrait jamais être au profit de la communauté. Les experts chargés d'estimer la plus-value de l'héritage ne doivent pas s'en occuper. S'ils déterminaient la valeur de l'héritage au moment du mariage, et sa valeur actuelle au moment de sa dissolution, ce serait une opération vicieuse, comme l'a fort bien pensé la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 27 mai 1827 (1). Ils ne doivent avoir égard qu'à la plus-value qui peut provenir des améliorations faites des deniers de la communauté. Il faut donc les vérifier et les apprécier; et comme ces améliorations profitaient à la communauté pendant

(1) Rapporté dans le *Journal des arrêts de la Cour royale de Bordeaux*, par M. Boyer, tom. II, pag. 236.

toute sa durée, puisqu'elles augmentaient la valeur de l'héritage dont elle a la jouissance jusqu'à sa dissolution, et qu'au contraire le conjoint propriétaire n'est censé en profiter que depuis ce moment, et ce, jusqu'à concurrence seulement de la plus-value à cette époque, ce n'est donc aussi que jusqu'à cette concurrence qu'il doit récompense des deniers tirés de la communauté, pour obtenir cette plus-value. Ce que les améliorations ont coûté ou peuvent avoir coûté de plus, est une perte pour la communauté, dont il n'est dû aucune récompense.

La raison en est que le mari étant maître absolu de la communauté, peut en employer les deniers à tout ce que bon lui semble, pourvu qu'il ne s'en avantage ni lui ni son épouse. Il a donc pu les employer aux impenses qu'il lui a plu de faire, soit sur son héritage propre, soit sur celui de son épouse, sans qu'il en doive ni compte ni rapport, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'ils s'en trouvent l'un ou l'autre avantagés. Or, ils ne le sont qu'autant que l'héritage a acquis de la valeur de plus, au moment de la dissolution de la communauté (1).

D'où il suit qu'il n'est dû aucune récompense, si les impenses, utiles dans leur origine, ont cessé de l'être, et ne produisent plus aucune augmentation de valeur ni de revenu à l'héritage, au tems de la dissolution de la communauté (2).

(1) Pothier, n°. 636.

(2) Voy. Voët, tom. II, de *impensis in rem dotalem factis*, n°. 5.

Et comme ce n'est pas de la somme qui a été tirée de la communauté, mais seulement de la plus grande valeur que l'impense a pu procurer à l'héritage, que la récompense est due par le conjoint propriétaire, il s'ensuit encore que si l'amélioration faite aux dépens de la communauté a procuré à l'héritage une valeur supérieure au prix qu'elle a coûté, c'est la somme à laquelle cette plus-value est estimée qui est le prix de la récompense due à la communauté. Supposons, par exemple, qu'un marais propre de la femme, qui ne pouvait produire dans son état naturel que 100 fr. de revenu, et n'était affermé que cette somme, ait été desséché aux dépens de la communauté, et que ce dessèchement ait coûté 1,000 fr., mais qu'il ait procuré une plus-value telle, qu'à la dissolution de la communauté, ce marais vaille, sans difficulté, et qu'il soit affermé 600 fr. de revenu annuel, c'est-à-dire 500 fr. de plus qu'il ne pouvait produire dans son état naturel, c'est une plus-value de 10,000 fr., et c'est cette dernière somme que le conjoint devra rapporter à la masse de la communauté, pour être partagée, et non pas 1,000 fr. seulement; parce que si la plus-value du marais est supérieure au prix du dessèchement, c'est un vrai produit de l'industrie et des soins communs, qui doit par conséquent être commun aux deux conjoints, puisqu'ils sont en communauté. Voët, *ubi supra*. Il nous semble aussi que cette décision doit s'appliquer au cas où les époux sont mariés avec la clause de non communauté, dont parlent les art. 1531 et suivans du Code civil, et qui laisse au mari le droit

d'administrer les biens meubles et immeubles de la femme, à la charge de ne pas les détériorer, et d'en jouir en bon père de famille; mais il ne lui est pas défendu de les améliorer à ses frais, par ses soins et par son industrie; en un mot, de les mettre en état de produire un revenu plus considérable qu'ils n'en produisaient au moment où il en a pris l'administration. Or, étant marié sans communauté, tous les acquêts, tous les profits, tous les gains qu'il peut faire pendant le mariage, lui appartiennent privativement, sans être communs à son épouse. Supposons maintenant qu'il eût fait, à ses frais, de grands travaux sur les biens de son épouse; un dessèchement, par exemple, comme dans le cas ci-dessus proposé, qui en décuple le revenu; qu'il ait établi, sur un terrain aride et qui ne produisait rien, une usine, qui lui a coûté beaucoup de soins et de dépenses, mais qui, à la dissolution du mariage, donne des produits immenses et infiniment supérieurs à tout ce que les travaux ont coûté : ne serait-il pas contraire à toute justice de priver le mari du fruit de ses travaux, qui doit lui appartenir tout entier, dans le cas de non communauté? Ne serait-ce pas étouffer l'industrie, et l'empêcher de naître au lieu de l'encourager? Nous pensons donc qu'il faut appliquer au cas de non communauté les règles d'une communauté à laquelle la femme a renoncé (1).

Si la plus-value résultant des impenses utiles

(1) *Voy. Voët, in ff, lib. 25, tit. 1, n°. 3.*

était, à la dissolution de la communauté, tellement considérable, que l'époux propriétaire de l'héritage se trouvât hors d'état de payer la récompense due, sans le vendre, le jurisconsulte Paul, loi 8, *ff de imp*, 25. 1, dit qu'il y en avait qui pensaient que le mari qui les avait faites sur le fonds dotal de sa femme, n'en pouvait faire la déduction que dans le cas où elles auraient été faites du consentement de la femme; car il paraissait injuste d'obliger cette dernière à vendre son bien pour payer des impenses faites sans une absolue nécessité, si elle n'avait pas par ailleurs de quoi les payer. Mais Lebrun dit fort bien (1) que cela n'est point de notre droit français, et que les lois romaines n'y sont pas suivies; que si la femme, lors de la dissolution du mariage, n'a pas de quoi restituer aux héritiers du mari le total des impenses, la ventilation doit être faite, pour estimer ce en quoi le fonds a augmenté, et le mari ou ses héritiers en jouiront à proportion.

Cette opinion très-équitable se trouve, dans le cas de desséchement dont nous avons parlé ci-dessus, parfaitement d'accord avec la loi du 16 septembre 1807; et si la femme ne voulait ou ne pouvait pas payer l'indemnité pour la plus-value que le desséchement a procurée à son propre, elle pourrait s'en libérer, en délaissant une portion de son fonds, ou en constituant une rente sur le pied

(1) *Traité de la communauté*, liv. 3, chap. 2, sect. 1, dist. 7, n^o. 14, pag. 428.

de quatre pour cent, sans retenue, remboursable moyennant vingt-cinq capitaux.

170. Quant aux impenses voluptuaires, qui ne procurent que du plaisir et de l'agrément au possesseur, sans augmenter la valeur de l'héritage, elles sont, d'après les distinctions ci-devant proposées, à la charge de celui qui les a faites, sans qu'il puisse en demander récompense, *quand même* la femme y aurait engagé le mari. Il doit s'imputer une dépense qu'il a bien voulu perdre (1).

Mais si l'époux propriétaire du fonds sur lequel les impenses voluptuaires ont été faites en refusait le remboursement, l'autre pourrait exiger que l'on enlevât tout ce qui est susceptible d'être enlevé, pour être vendu au profit de la communauté, sans qu'on pût enlever ni détériorer ce qui n'est pas susceptible d'être enlevé (2). Ce serait nuire sans aucun profit.

171. Toutes ces distinctions et définitions des impenses nécessaires, utiles et voluptuaires, paraissent d'abord conformes à la raison, et sont exactes en théorie; mais il faut avouer que lorsqu'il s'agit d'en tirer des conséquences, pour décider si telle ou telle impense est ou n'est pas à la charge de la communauté, on est souvent ar-

(1) Domat, *des Dots*, liv. 1, tit. 10, sect. 3, n°. 19. *In voluptariis autem Aristo scribit, nec si voluntate mulieris factæ sunt, exactionem parere. L. 11, ff de impensis.*

(2) Domat, *ubi supra*, n°. 20. *L. 9, ff de impensis, et L. unic, Cod., § 5, de rei uxore act.*

rété (1), et l'on éprouve de la difficulté à se déterminer, moins à l'égard des réparations nécessaires ou grosses, assez clairement définies dans l'art. 606 du Code civil, qu'à l'égard des impenses utiles et voluptuaires; car les impenses, quoique pour les mêmes choses, peuvent être différemment considérées, suivant les lieux, les tems et les circonstances. Les mêmes embellissemens, par exemple, faits à un château situé au milieu de la campagne, et qui sont considérés comme impenses purement voluptuaires, parce qu'ils n'augmentent ni le revenu ni la valeur de la terre, tels que les parquets, les peintures des plafonds, des lambris, les cheminées de marbre, les glaces d'attache, les bosquets et les jardins de luxe, etc.; s'ils sont faits à une maison ou hôtel situé, soit à Paris, soit dans une grande ville, doivent être considérés comme des impenses utiles, parce qu'ils augmentent les loyers, et que peut-être sans eux on ne trouverait pas de locataires, du moins de locataires riches.

Quant aux châteaux et maisons de campagne, tout peut dépendre de leur situation. S'ils sont situés près de grandes villes, ou dans des contrées où ils peuvent être habituellement loués, il est certain que les embellissemens dont on vient de parler, les jardins de luxe, etc., peuvent en aug-

(1) *Quæ autem impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri quàm per singula ex genere et magnitudine impendiorum æstimari possunt. L. 15, in fine, ff de imp. in rem. dot., 25, 1.*

menter les loyers et la valeur. Le jurisconsult Paul, en parlant des impenses voluptuaires, donne même pour règle que, si l'héritage où elles ont été faites est à vendre, elles deviennent impenses utiles (1).

Il est donc vrai, comme dit fort bien Domat (2), que les difficultés et les contestations qui s'élèvent, pour savoir quelles sont les dépenses nécessaires ou utiles, sont abandonnées à la prudence du juge, qui doit en arbitrer selon les circonstances; « ce » qui dépend des diverses vues et des égards qu'on » doit avoir à la qualité des fonds et des autres » biens où les dépenses ont été faites;.... à la qua- » lité des réparations et autres changemens; à la » commodité ou incommodité qui en peut suivre; » à la proportion qu'il peut y avoir de la dépense » à l'amélioration, et autres considérations sem- » blables. Ainsi, par exemple, si, pour le ménage- » ment d'un bien de campagne, il faut y faire une » grange ou autres bâtimens, ce pourra être une » dépense nécessaire; et si, dans une maison, il » y a une place propre à faire une boutique, ce » pourra être une dépense utile. »

172. Les conjoints sont encore débiteurs envers la communauté, et par conséquent tenus de rapporter à la masse ce qui peut rester dû, au mo-

(1) *Quod si hæ res in quibus impensæ factæ sunt, promercales fuerint, tales impensæ non voluptuariæ, sed utiles sunt. L. 10, ff de imp. in rem dot., etc., 25. 1.*

(2) *Ubi supra, n^o. 77.*

ment de sa dissolution, des sommes qu'ils avaient promis d'y apporter par leurs conventions matrimoniales. Mais comme cette promesse d'apport constitue souvent une communauté conventionnelle, nous renvoyons les questions qu'elle peut faire naître à la sect. 2 de la 2^e. partie du présent titre (1).

173. Après avoir formé la masse de tous les biens dont jouissait la communauté, il faut nécessairement en distraire ceux qui ne lui appartiennent pas, et qui n'y sont pas entrés, afin de partager ceux qui la composent. Il faut donc prélever sur la masse générale « les biens personnels de » chaque époux, qui ne sont point entrés en communauté, *s'ils existent encore en nature*, ou ceux « qui ont été acquis en emploi. » Art. 1470, § 1.

174. Il existe même une espèce de biens que le mari a le droit, moyennant une indemnité, il est vrai, de distraire de la masse générale, quoiqu'ils soient entrés en communauté. Ce sont les offices ministériels dont il est pourvu.

Dans l'ancienne jurisprudence, le mari avait le droit de retenir, sans être obligé de les mettre en partage, ou de les vendre pour en partager le prix, les offices vénaux acquis pendant la communauté, et dont il s'était fait pourvoir. Ces offices étaient des acquêts de la communauté, et demeuraient à ses risques, au cas de perte de l'office par suppression ou autrement. Le droit du mari de le retenir,

(1) Lebrun, pag. 441; Poibier, tom. I, nos. 237 et seq.

si bon lui semblait, était un véritable prélèvement sur la communauté, mais pour lequel il devait une récompense, qui ne consistait que dans le rapport du prix que cet office avait coûté, quoique la valeur en eût augmenté depuis son acquisition, et se trouvât beaucoup plus considérable à la dissolution de la communauté, parce que, disait-on, la déclaration du mari de retenir l'office avait un effet rétroactif au tems de l'acquisition. Ce droit s'étendait non seulement à l'égard des offices de magistrature, mais encore à l'égard des offices inférieurs, tels que ceux de notaires, de procureurs, huissiers, et généralement de tous les offices vénaux de justice, police ou finance (1). Cette faveur, car c'en était une, accordée par la jurisprudence à l'officier, était fondée sur la dureté qu'il y aurait eu à dépouiller un homme de son état.

La vénalité scandaleuse des offices en général fut supprimée dès le commencement de la révolution; mais la vénalité et la transmissibilité des offices ministériels (2) se trouvent aujourd'hui rétablies, par une conséquence naturelle de la loi sur les finances, du 28 avril 1816; et ces offices sont maintenant de véritables propriétés dans la personne des titulaires. Ce sont des propriétés mobilières, qui, comme telles, entrent dans la communauté légale, comme nous l'avons dit, *ubi supra*. De là deux questions :

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 663.

(2) *Voy.* tom. XII, n°. 112 et suiv.

1°. Le mari qui en est pourvu peut-il, comme autrefois, les retenir ou les prélever sur la masse des biens de la communauté, moyennant une récompense?

2°. En quoi doit consister la récompense?

Sur la première question, nous pensons que le mari, pourvu d'un office ministériel par lui acquis, soit avant le mariage, soit depuis, doit encore avoir aujourd'hui la faculté de le retenir ou de le prélever dans la masse des biens de la communauté, mais moyennant une juste récompense ou indemnité. Il n'existe à la vérité aucune loi qui lui donne cette prérogative; mais n'est-il pas dans les convenances, disons mieux, la justice n'exige-t-elle pas que l'on ne dépouille point, sans nécessité, de son état, un homme qui, depuis plus de trente ans peut-être, plus ou moins, l'exerce honorablement? Un ancien notaire, par exemple, devenu par sa probité sévère et sa grande intelligence, le conseil de tout un canton, de toute une ville, et le fidèle dépositaire des secrets de toutes les familles; le bien public, la société entière, ne sont-ils pas intéressés à sa conservation? L'intérêt particulier ou le caprice de quelques héritiers avides ou jaloux doit-il l'emporter sur des considérations si puissantes? Nous ne saurions le penser; d'autant plus que la récompense ou l'indemnité qu'il devra payer, en conservant l'office, mettra les intérêts particuliers de sa femme à couvert.

175. Mais, et ceci nous ramène à notre seconde question, cette récompense ou cette indemnité ne

consistera-t-elle que dans la moitié du prix que l'office a coûté au titulaire ou à la communauté, comme le décidait l'ancienne jurisprudence? Nous ne saurions le penser. Cette jurisprudence, qui n'avait prévalu que contre l'opinion du célèbre Dumoulin, contenait une double injustice : 1°. en ce que, si la valeur vénale de l'office avait augmenté depuis le tems de son acquisition, l'indemnité était insuffisante, ou avantageait le mari aux dépens des héritiers de la femme; 2°. en ce que, comme l'objecte fort bien Pothier, n°. 667, l'office demeurant aux risques de la communauté, jusqu'à la déclaration du mari, qui n'eût pas manqué de le laisser, si la valeur en était considérablement diminuée, il était juste que la communauté, qui aurait souffert de la perte, eût profité de l'augmentation : *Ubi periculum, ibi et lucrum*. Il faut donc en revenir à l'opinion de Dumoulin, qui est conforme à la raison et à l'exacte justice. L'indemnité ou la récompense due par le mari qui retient l'office, augmentera ou diminuera en proportion du plus ou moins de valeur de l'office au moment de la dissolution de la communauté.

176. Le prélèvement des autres biens de chaque conjoint qui ne sont point entrés en communauté, et qui existent encore dans la masse générale, ne présente pas de difficulté sérieuse. Notre art. 1470, n°. 1^{er}., en disant qu'il les prélève *en nature*, s'ils *existent* encore, dit assez qu'il les prélèvera tels qu'ils existent, sauf l'indemnité qui peut être due pour dégradations.

177. Il faut remarquer que la disposition est

générale, et ne distingue point entre les biens immeubles, que la loi exclut de la communauté, et les meubles, qui peuvent en être exclus par les conventions matrimoniales. Il suffit, pour donner lieu au prélèvement en nature, qu'ils ne soient point *entrés en communauté*. Ainsi, l'époux qui a immobilisé, c'est-à-dire exclu de la communauté des meubles, peut et doit, à la dissolution de la communauté, les prélever en nature, comme les immeubles, s'ils sont encore existans. Il n'a pas droit de les reprendre autrement. Il n'y a d'exception que, 1^o. pour le cas où les meubles auraient été mis à prix par la clause qui les immobilise, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas la communauté propriétaire (1); car cette déclaration dit assez que le montant de l'estimation en est seul immobilisé ou exclu de la communauté; 2^o. pour les choses fongibles, c'est-à-dire qui se consomment par l'usage, et dont la propriété est, par leur nature, nécessairement transférée au mari, qui autrement *n'en pourrait avoir la jouissance*, dit fort bien Pothier, qui ajoute, en termes trop généraux, que « la réalisation des » meubles et leur exclusion de la communauté, » ne consistent que dans une créance de reprise » de leur valeur. » Cette doctrine, très-vraie à l'égard des choses fongibles, est absolument fausse à l'égard des meubles qui ne se consomment point par l'usage, ainsi que nous croyons l'avoir dé-

(1) Argum., art. 1565.

montré, tom. XII, n^o. 378, pag. 547 et suiv. Le conjoint qui exclut de la communauté des meubles qui ne se consomment point par le seul usage, en conserve la propriété, et doit par conséquent les prélever en nature sur la masse générale, aux termes de l'art. 1470, et dans l'état où ils se trouvent (art. 589 et 1566), sauf la récompense due pour les détériorations survenues par la faute du mari, laquelle récompense est due par la communauté, qui répond des fautes de ce dernier.

178. Après la réduction de la masse générale par le prélèvement des biens personnels des époux qui ne sont point entrés en communauté, il ne reste plus que les biens qui la composent, sur lesquels, avant le partage, les deux conjoints, ou leurs héritiers, ont le droit de prélever les sommes qu'elle peut leur devoir; car nous avons vu qu'elle ne peut jamais s'enrichir à leurs dépens.

L'art. 1471 veut que « les prélèvements de la » femme s'exercent avant ceux du mari » ; disposition fondée sur l'équité; car c'est le mari qui a seul le droit d'administrer la communauté : si elle est désavantageuse, ce n'est donc qu'à lui seul qu'on peut l'imputer.

179. L'art. 1472 ajoute que « la femme et ses » héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari », et que celui-ci, au contraire, ne peut exercer les siennes que sur les biens de la communauté. S'ils sont insuffisants, c'est une perte qu'il ne peut imputer qu'à lui-même. *Voy.* art. 1436.

Si la femme peut exercer ses reprises sur les biens personnels de son mari, c'est une juste conséquence de l'assujettissement et de la dépendance où la loi l'a placée. Elle ne peut rien faire sans l'autorisation de son mari, qui sans elle, au contraire, et sans qu'elle le puisse empêcher, peut dissiper et perdre tous les biens de la communauté.

180. L'ordre des prélèvements de chaque conjoint ainsi fixé, voyons en quoi ils consistent, et comment ils doivent s'exercer :

Ils consistent, selon l'art. 1470, dans « le prix » de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la » communauté, et dont il n'a pas été fait rem- » ploi, et dans les indemnités qui lui sont dues » par la communauté. »

Il faut joindre à cet article, ainsi qu'aux deux suivans, 1471 et 1472, les dispositions plus développées de l'art. 1436 : « La récompense du prix » de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce » que *sur la masse de la communauté*; celle du » prix de l'immeuble appartenant à la femme » s'exerce sur les biens personnels du mari, en cas » d'insuffisance des biens de la communauté. Dans » tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le » prix de la vente, *quelque allégation qui soit faite » touchant la valeur de l'immeuble aliéné.* »

181. Quelque positive que paraisse cette dernière disposition, M. Delvincourt (1) dit « qu'il

(1) Tom. III de son *Cours du Code civil*, pag. 290.

» serait permis de prouver que le prix porté au
 » contrat n'est pas celui qui est tombé dans la
 » communauté; qu'il lui est *inférieur ou supérieur*.
 » Il y aurait alors fraude, et il est toujours permis
 » aux tribunaux d'admettre la preuve de la fraude,
 » pour peu qu'elle soit vraisemblable. »

Cette opinion d'un professeur aussi célèbre, fondée d'ailleurs sur une raison au moins spécieuse d'équité, nous a d'abord arrêté, faute de comprendre comment on peut être reçu à prouver une allégation qu'on n'est pas recevable à faire, et à laquelle l'art. 1436 ne permet pas de s'arrêter. Nous avons donc cherché, mais vainement, tant dans le procès-verbal des conférences tenues au Conseil d'état, que dans les discours des orateurs du Gouvernement et du Tribunat, les motifs de cette défense de s'arrêter aux allégations de l'infériorité ou de la supériorité de la valeur de l'immeuble aliéné, au prix porté dans le contrat d'aliénation. C'est une addition faite au projet discuté au Conseil d'état, dont l'art. 59 portait simplement : « S'il est vendu un immeuble..... appartenant à l'un des époux, et que le prix en soit tombé dans la communauté....., il y a lieu au *prélèvement de ce prix* sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, etc. »

La nouvelle rédaction conserve la disposition du projet; mais elle la renforce, en la présentant sous une forme prohibitive : « La récompense *n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation* qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. »

M. de Malleville, qui connaissait si bien l'esprit du Code, et les sources où l'on en avait puisé les dispositions, nous dit, sur cet article : La 2^e. partie de l'article (dans tous les cas, etc.) est prise de l'art. 232 de la Coutume de Paris, qui dit : « Si, » *durant le mariage, est vendu aucun héritage* » *propre, LE PRIX de la vente est repris, etc.* »

« Quand même, dit Pothier, tom. III, pag. 152, » l'héritage aurait été vendu au-dessus ou au-dessous de ce qu'il valait. » C'est donc la disposition de la Coutume de Paris que le Code a voulu consacrer. Or, sous cette Coutume, c'était le prix de la vente qui fixait la récompense, soit qu'il fût au-dessus, soit qu'il fût au-dessous de la valeur de l'héritage, dit Pothier, dont la décision est citée et adoptée par M. de Malleville. L'époux propriétaire de l'héritage aliéné n'était pas admis à en demander l'estimation.

C'est ce qu'enseigne encore Ferrière, sur l'article 232, n^o. 63. Il demande « si la femme peut » demander un plus haut prix que celui de la vente » de son propre, en cas qu'elle prétendît qu'il valait davantage. » Il répond : « Cet article porte » que le prix de la vente doit être repris sur les » biens de la communauté : d'où il suit que la » femme n'en peut pas demander un plus grand, » ni que l'estimation en soit faite, devant s'imputer d'avoir consenti à l'aliénation de ses biens, » et le mari ne peut être tenu qu'à en rembourser » le prix qu'il a reçu. »

C'est cette jurisprudence que le Code a voulu consacrer; mais on ne trouva pas la rédaction du

projet, qui avait d'abord été adoptée, assez énergique; et pour lever toute espèce de doute, on ajouta « que la récompense n'a lieu *que sur le prix de la vente*, quelque allégation qui soit faite » touchant la valeur de l'immeuble aliéné. »

On ne saurait penser que l'opinion de M. Delvincourt puisse être admise contre un texte aussi formel.

En vain dit-il qu'il y aurait fraude; on n'en trouvait pas même sous la Coutume de Paris, qui défendait aux époux de s'avantager. Comment donc en trouver sous l'empire du Code, qui leur permet de se donner tout ce dont ils pourraient disposer en faveur d'un étranger, et ce, suivant la jurisprudence aujourd'hui constante, même par des donations déguisées? Il ne pourrait donc y avoir de fraude que dans le cas où il résulterait de l'élévation ou de la diminution du prix énoncé dans le contrat d'aliénation, un avantage supérieur à la portion disponible.

182. Si le prix de l'immeuble propre de l'un des époux n'a pas été versé dans la communauté, par exemple, s'il est resté entre les mains de l'acquéreur, il n'y a point de prélèvement à faire (1433); le prix appartient à l'époux qui était propriétaire de l'immeuble : *Pretium succedit loco rei*. Nous avons remarqué, tom. XII, nos. 151 et 152, que cette subrogation peut, en certains cas, être avantageuse à la femme.

183. Voyons maintenant comment les prélèvements s'exercent. « Ils s'exercent, dit la seconde » disposition de l'art. 1471, d'abord sur l'argent

» comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté;
» *dans ce dernier cas*, ajoute l'article, le choix des
» immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers. »

184. Il suit de là que l'une des parties ne peut exiger qu'après l'épuisement de l'argent comptant, le mobilier, et après l'épuisement du mobilier, les immeubles, soient vendus pour payer le reste des prélèvements de l'autre : c'est sur le mobilier en nature, c'est subsidiairement sur les immeubles, bien entendu après qu'ils ont été estimés par des experts, que l'article veut qu'on fasse les prélèvements. Ce qui le prouve de plus en plus, c'est que le choix des immeubles est déferé à la femme, disposition fort inutile, s'il ne s'agissait que de les vendre.

185. Il suit encore de cet article, que l'une des parties ne peut exiger, contre le consentement de l'autre, que l'on intervertisse l'ordre fixé à l'égard des objets sur lesquels doivent être successivement faits les prélèvements, et qu'on les fasse, par exemple, d'abord sur le mobilier, pour partager ensuite l'argent comptant.

186. Mais on peut demander si la femme à qui la loi donne, après l'épuisement du mobilier, le choix des immeubles qu'elle prélèvera, doit aussi, après l'épuisement de l'argent comptant, avoir le même choix sur les meubles. La raison de douter se trouve dans les expressions de l'article, qui paraît limiter aux immeubles le choix qu'il donne à la femme, sans parler de celui des meubles :

dans ce dernier cas, dit-il. Donc, peut-on dire, à *contrario*, elle n'a pas le même choix sur les meubles.

Nous avons déjà plusieurs fois remarqué, dans le cours de cet ouvrage, que cet argument à *contrario* est regardé généralement comme le plus vicieux et le moins solide des argumens, parce qu'il n'a rien de concluant par lui-même, à moins que des circonstances impérieuses ne viennent lui donner la force qui lui manque, en établissant des motifs de différence entre les deux cas. Or, dans la matière qui nous occupe, en donnant à la femme le choix des immeubles, pour l'exercice de ses reprises ou prélèvements, on peut d'autant moins lui refuser celui des meubles, qu'on le lui déférait généralement dans l'ancienne jurisprudence comme une juste préférence. « La femme choisit la première, dit Bourjon, *Droit commun de la France*, » 6^e. partie, de la communauté et de son partage, » n^o. 5, pag. 550, édit. de 1747. C'est une préférence qui lui est due. » Il ajoute, n^o. 6 : « Il y » a donc en cela cette différence que, pour sa reprise, la femme et ses héritiers ont d'abord le » choix sur tous les effets de la communauté, » parce que tout ce qui la concerne est du fait du » mari, et qu'elle n'a été que la spectatrice, et spectatrice muette par état, de l'administration totale » de son mari. » Il n'y a donc aucune difficulté de lui conserver ce choix sous l'empire du Code.

Il y en avait à l'égard des immeubles, regardés par la loi comme plus importants que les meubles.

D'ailleurs, il y avait des coutumes, comme celle

de Bretagne, art. 427, qui, en parlant du cas de l'assiette stipulée en immeubles pour les deniers réputés propres à la femme, portaient expressément que le choix des immeubles appartenait au débiteur, *le tout au choix du débiteur*, dit cet article. Il y avait donc une raison très-forte pour s'expliquer spécialement sur ce cas; au lieu qu'il n'y en avait aucune pour parler du choix des meubles, et voilà le motif de la disposition finale de l'art. 1471. « Dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers. » Nous pensons donc qu'après l'épuisement de l'argent comptant, la femme a le choix des meubles pour ses prélèvements, comme après l'épuisement du mobilier, elle a le choix des immeubles.

187. Lorsque la communauté est acceptée, et que la masse est suffisante pour satisfaire à tous les droits des deux époux, les prélèvements peuvent se faire de deux manières : 1°. en prélevant réellement sur la masse les sommes qui sont dues à chacun d'eux, pour le prix de ses immeubles aliénés, ainsi que pour les sommes immobilisées, et pour ses indemnités. C'est l'opération indiquée par le Code, et que l'une des parties, par conséquent, a toujours le droit de réclamer, quand elle croit y avoir intérêt. Les auteurs l'appelaient *délibation* dans l'ancienne jurisprudence.

Supposant que la masse soit de 60,000 fr., les reprises du mari survivant de 20,000 fr., celles de la femme également de 20,000 fr; on prélève d'abord effectivement sur la masse 20,000 fr. pour les héritiers de la femme, ensuite, 20,000 fr. pour

le mari. La masse se trouve réduite à 20,000 fr. qui restent à partager par moitié.

2°. On peut encore, en cette espèce, opérer par compensation, en balançant les reprises respectives; il reste à partager la masse entière par moitié, ce qui paraît parfaitement égal.

Mais comme la femme et ses héritiers ont le droit d'exercer leurs reprises avant celles du mari, et qu'ils peuvent avoir intérêt à s'opposer à la compensation, afin d'avoir des meubles ou des immeubles en nature, comme nous avons dit *suprà*, elle ne peut avoir lieu que d'un consentement commun. Le mari, par la même raison, peut demander que l'ordre fixé par le Code soit suivi, afin qu'après l'épuisement des meubles qui sont prélevés par la femme, il fasse ses prélèvements sur les immeubles.

188. Comme ces opérations peuvent retarder le partage, qui met chacun en jouissance de ses droits, l'art. 1473 veut « que les emplois et les » récompenses dus par la communauté aux époux, » et les récompenses et indemnités par eux dues » à la communauté, emportent les intérêts de plein » droit, du jour de la dissolution de la communauté. » Ainsi, dans les prélèvements, il faut joindre les intérêts au principal.

189. L'art. 1475 a prévu le cas où les héritiers de la femme se divisent sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté; les uns voulant l'accepter, les autres y renoncer, comme ils en ont le droit. On ne peut leur appliquer l'art. 782, qui porte que si les héritiers ne sont pas d'accord pour

accepter ou répudier une succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire; car, outre que, suivant une ancienne maxime de notre droit français, on ne peut accepter une communauté sous bénéfice d'inventaire, il ne s'agit point ici de l'universalité de la succession de la femme, mais d'un droit qui existe dans sa succession. Or, suivant une des plus anciennes règles de la jurisprudence (1), les droits, les actions et les obligations sont divisés par la loi, *ipso jure*, entre les personnes auxquelles ils appartiennent; en sorte que, si la communauté ne consistait qu'en une somme d'argent, le mari ne pourrait en payer valablement la moitié à l'un des héritiers de la femme; il ne serait pas libéré envers les autres.

190. Mais si des héritiers de la femme, les uns acceptent, les autres renoncent, à qui appartiendront, par droit d'accroissement, les parts des renonçans? Au mari ou aux héritiers acceptans?

L'art. 785 dit bien que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; mais on ne peut appliquer la disposition de cet article à celui des héritiers qui, en acceptant la succession de la femme, renonce à prendre part dans la communauté éventuelle qui a existé entre elle et son mari. Il ne fait que renoncer à un droit qu'elle laisse dans sa succession, en demeurant toujours son héritier. S'il se trouvait dans sa succession un droit litigieux, un procès pendant devant les tribu-

(1) Voy. tom. VI, n°. 752.

naux, dans lequel elle réclamait une somme de 100,000 fr., un des héritiers ne pourrait-il pas déclarer qu'il y renonce, pour ne pas courir la chance d'un jugement qui coûterait des frais considérables? Cette déclaration ne donnerait pas aux autres héritiers le droit de réclamer, par accroissement, sa part dans les 100,000 fr. prétendus par la défunte. Sur quoi fonderaient-ils ce droit d'accroissement? N'en est-il pas de même de la quote-part du renonçant dans la communauté qu'il répudie?

191. Cependant, l'ancienne jurisprudence, lorsque les héritiers de la femme se divisaient sur l'acceptation de la communauté, donnait, par droit d'accroissement, les parts des héritiers renonçans à ceux qui acceptaient. Il en naissait des difficultés inextricables, lorsque la femme avait stipulé la faculté de reprendre son apport franc et quitte, en cas de renonciation; car alors les héritiers renonçans reprenaient leurs parts viriles de cet apport : d'où s'élevait la question de savoir si celui qui acceptait la communauté y rapporterait ce qui avait été repris par les renonçans, ou s'il n'aurait point de part dans les reprises de ceux qui avaient renoncé, pour les diminuer à proportion. Il y avait sur cette espèce trois opinions, qui offraient toutes les difficultés qu'on peut voir dans Lebrun (1).

192. Le Code, en donnant ou laissant au mari

(1) *Traité de la communauté*, liv. 5, chap. 2, sect. 2, not. 1, n^{os} 6 et 7, pag. 453.

les parts des renonçans, fait cesser toutes ces difficultés; il simplifie et perfectionne en ce point, comme en tant d'autres, la jurisprudence; car, lorsque la femme laisse plusieurs héritiers, dont les uns acceptent, les autres répudient la communauté, les parts des renonçans nous paraissent appartenir au mari, *jure non decrescendi*. Il était seul maître et propriétaire de tous les biens de la communauté. Le concours de la femme qui accepte divise cette masse en deux parties : *Concursu fiunt partes*. Si elle renonce, la totalité de la masse demeure entière dans la succession du mari, sans pouvoir en être séparée. Si la femme prédécède, laissant plusieurs héritiers au moment de sa mort, la division des droits se faisant *ipso jure*, ils ne sont fondés dans cette masse des biens de communauté, dont le mari était auparavant seul propriétaire, qu'en proportion de leur part virile et héréditaire dans la succession de la femme. Chacun d'eux ne diminue que dans cette proportion le droit universel du mari sur la masse de la communauté : c'est donc au mari que doivent appartenir, *jure non decrescendi*, les parts des héritiers qui refusent de les prendre.

C'est en partant de ce principe que l'art. 1475 dit : « Si les héritiers de la femme sont divisés, » en sorte que l'un ait accepté la communauté, à » laquelle l'autre a renoncé, celui qui a accepté » ne peut prendre que sa portion virile et héréditaire dans les biens qui étoient au lot de la » femme. Le surplus reste au mari, qui demeure » chargé, envers l'héritier renonçant, des droits

» que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation, mais jusqu'à concurrence seulement de la portion virile héréditaire du renonçant. »

Supposons que la femme ait apporté une somme de 40,000 fr., et qu'elle ait stipulé pour elle et les siens, dans le contrat de mariage, la faculté de reprendre cette somme franche et quitte, en cas de renonciation à la communauté. Elle meurt, laissant quatre héritiers, dont trois acceptent la communauté; le quatrième y renonce. Le quart de la communauté accroît au mari, mais à charge de compter 10,000 fr. au renonçant. Il partagera ensuite les trois autres quarts avec les autres enfans, suivant les règles ordinaires. Ainsi, supposons que la force de la communauté fût de 80,000 fr.; on en retranchera d'abord un quart, c'est-à-dire 20,000 fr., que le mari conserve, à la charge de donner 10,000 fr. au renonçant. Restent 60,000 fr., qu'on partagera, suivant les règles ordinaires, entre les trois enfans qui ont accepté, et le mari; savoir : 30,000 fr. pour ce dernier, et 10,000 fr. pour chacun des enfans.

193. L'art. 1474 dit « qu'après que tous les prélèvemens des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent. »

On commence ordinairement le partage des biens de la communauté par celui du mobilier, pour en venir ensuite à celui des immeubles. On peut néanmoins ne faire qu'un seul et même partage du mobilier et des immeubles, et même mettre tout le mobilier, ou la plus grande partie, dans

un lot, et tous les immeubles, ou la plus grande partie, dans l'autre, comme nous l'avons dit dans le quatrième volume, en parlant du partage des successions. Quand on partage confusément le mobilier et les immeubles, il est facile de faire des lots parfaitement égaux, pour les tirer ensuite au sort. Au contraire, quand on partage séparément du mobilier les conquêts immeubles, il est rare qu'on puisse faire deux lots parfaitement égaux. On charge alors le lot le plus fort d'une soulte ou d'un retour de lot envers le plus faible.

Par exemple, si après le prélèvement et le partage du mobilier, il reste pour 50,000 fr. de conquêts à partager, et qu'on soit obligé, pour ne pas déprécier les terres, d'en faire deux lots, l'un de 30,000 fr., l'autre de 20,000 fr., on chargera le lot de 30,000 fr. d'un retour de lot ou d'une soulte de 5,000 fr. envers le lot de 20,000 fr., au moyen de quoi le lot de 30,000 fr. se trouve réduit à 25,000 fr., et celui de 20,000 fr. porté également à 25,000 fr. On peut stipuler la soulte payable en argent ou en rente.

194. Dans l'un et l'autre cas, comme la rente ou la soulte est le prix d'une véritable vente, elle doit faire jouir du privilège accordé au vendeur par l'art. 2103 du Code, et le débiteur de la soulte en argent en doit l'intérêt, conformément à l'article 1652, même sans stipulation.

195. Les prélèvements des deux époux ou de ceux qui les représentent, sont régulièrement la première opération à faire après la formation de la masse des biens de la communauté, conformé-

ment à l'art. 1470, pour procéder ensuite au partage du surplus des biens. L'art. 1474 suppose donc qu'on a suivi cette marche, et dispose que ce partage se fait par moitié, ce qui a toujours lieu dans la communauté légale.

Mais lorsque toutes les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, elles peuvent partager les biens de la communauté, avant d'avoir préalablement exécuté, sur la masse, leurs prélèvements respectifs. Elles doivent alors s'en faire réciproquement raison. Pour y parvenir, on compense, jusqu'à due concurrence, les sommes dont chacune d'elles est créancière de la communauté. Après cette compensation, la partie à qui la plus forte somme était due, confond en elle-même la moitié du restant de sa créance, comme devant contribuer d'autant aux dettes de *la communauté*; l'autre moitié lui est due par l'autre partie, avec les intérêts du jour de la dissolution de *la communauté*, en vertu de l'art. 1473.

Ainsi, supposons que les parties aient partagé une masse de 100,000 fr., sans avoir fait aucun prélèvement des sommes dont elles étaient respectivement créancières de la communauté; supposons encore que le survivant se trouve, par la liquidation, créancier de 30,000 fr., et les héritiers du prédécédé de 20,000 fr. Compensation faite des créances respectives, le survivant demeure créancier de 10,000 fr. Il en confond la moitié en lui-même, pour sa contribution aux dettes de la communauté. Restent 5,000 fr., dont il est créancier des héritiers du prédécédé, ainsi

que des intérêts depuis la dissolution de la communauté.

Cette manière d'opérer a le même effet que si le prélèvement des créances respectives s'était fait avant partage, sur la masse; car, suivant cette opération, il revient au survivant, dans les biens de la communauté, la somme de 55,000 fr.; savoir : 50,000 fr. pour son lot de partage, et 5,000 fr. que les héritiers du prédécédé sont tenus de lui payer sur leur part; et il ne revient à ces derniers que 45,000 fr., puisqu'ils sont obligés d'ôter de leur part de 50,000 fr. la somme de 5,000 fr., qu'ils doivent au survivant.

Si l'on avait fait le prélèvement des créances respectives avant partage, il reviendrait également au survivant la même somme de 55,000 fr.; savoir : 30,000 fr. pour son prélèvement, et 25,000 fr. pour sa moitié dans les biens restant à partager.

196. Il faut remarquer que la femme et ses héritiers ne sont obligés de compenser la somme dont ils sont créanciers de la communauté, avec celle dont le mari ou ses héritiers en sont pareillement créanciers, que jusqu'à concurrence de la part de ladite femme ou de ses héritiers dans les biens de la communauté; car la compensation que la femme ou ses héritiers font avec la créance du mari, est un paiement qu'ils font à ce dernier de ce que la communauté lui doit : *Qui compensat solvit*. Or, comme nous le verrons bientôt, en expliquant l'art. 1483, la femme ou ses héritiers ne sont tenus des dettes de la communauté, que jus-

qu'à concurrence du montant de leur part dans les biens de la communauté : ils ne sont donc obligés de compenser la créance qu'ils ont contre elle avec celle du mari, que jusqu'à concurrence du montant de leur part dans les biens de la communauté; autrement, ils se trouveraient avoir payé des dettes au-delà de leur part.

197. Par la même raison, la femme ou ses héritiers ne sont obligés de faire confusion pour moitié de ce qui leur est dû par la communauté, que jusqu'à concurrence du montant de la part qu'ils ont dans les biens de la même communauté; car la confusion que fait la femme pour moitié de sa créance contre la communauté, est aussi un paiement qu'elle se fait pour une moitié à elle-même de ce qui lui est dû par la communauté. Or, elle n'est tenue des dettes, tant de celles qui sont dues à des tiers, que de celles qui lui sont dues à elle-même, que jusqu'à concurrence de son émolument.

Supposons, par exemple, la masse de la communauté de 30,000 fr., que les parties ont partagés, sans prélever préalablement leurs créances respectives; la part de chacune des parties aura été de 15,000 fr. Supposons encore que la femme soit créancière de la communauté d'une somme de 25,000 fr., et le mari d'une somme de 40,000 fr. La femme n'étant obligée de souffrir ni compensation ni confusion au-delà de 15,000 fr., elle demeure créancière de 10,000 fr., que son mari devra lui payer; au moyen de quoi il ne restera plus à celui-ci que 5,000 fr. pour se payer de sa créance

de 40,000 fr. Il perdra le surplus, et la femme, par cette somme de 10,000 fr., et par celle de 15,000 fr. qu'elle a eue pour sa part dans le partage de la communauté, sera payée entièrement de sa créance de 25,000 fr.

Cette opération a le même résultat que si l'on avait pris la voie du prélèvement avant partage; car la créance de la femme devant être prélevée avant celle du mari, la femme aurait prélevé, sur la masse de 30,000 fr., sa créance de 25,000 fr., et il ne serait resté que 5,000 fr. pour celle du mari (1).

198. Si, au lieu d'être créanciers de la communauté, les époux se trouvent ses débiteurs par la liquidation, ils doivent, ou leurs héritiers pour eux, rapporter à la masse, avant de la partager, tout ce dont ils sont débiteurs. C'est l'opération prescrite par l'art. 1468. Mais les époux n'étant pas le plus souvent en état de faire ce rapport en numéraire effectif, on est réduit à un rapport fictif, qui peut se faire de deux manières.

La première, en ajoutant à la masse des biens la créance que la communauté a contre l'époux débiteur, et en la lui précomptant sur sa part.

Par exemple, si les biens de la communauté montent à 90,000 fr., plus une somme de 10,000 fr. due par l'un des époux, supposons par le mari, on ajoute cette somme de 10,000 fr. à celle de

(1) Tous ces exemples sont empruntés de Pothier, tom. II, nos. 70 et suiv. M. Bellot a aussi suivi les doctrines de Pothier, tom. II, pag. 449, sans le citer; il a seulement changé les sommes.

90,000 fr., ce qui porte la masse de la communauté à 100,000 fr., dont la moitié pour chaque partie est de 50,000 fr. L'époux débiteur de 10,000 fr. vient en moins prenant de cette somme, et ne prendra que 40,000 fr. dans la masse de 90,000 fr. Il restera 50,000 fr. pour l'autre partie.

L'autre manière consiste en ce qu'au lieu d'ajouter à la masse les 10,000 fr. dus par l'un des époux, il laisse l'autre partie prélever avant partage 10,000 fr. sur la masse de 90,000 fr. Il reste 80,000 fr. à partager par moitié, dont on fera deux lots, qui seront tirés au sort.

L'époux débiteur aura 40,000 fr., sa dette acquittée, ce qui fait 50,000 fr. Reste à l'autre 40,000 fr. qu'il retire du partage, et 10,000 fr. qu'il a prélevés avant partage. Total, 50,000 fr. effectifs.

Cette seconde manière, qui donne le même résultat que la première, a sur elle l'avantage de faciliter le tirage des lots au sort. Il est vrai que l'époux débiteur doit laisser l'autre choisir les meubles qu'il prend pour son prélèvement, s'il n'y a pas assez d'argent comptant pour y satisfaire. Mais l'époux débiteur ne peut s'en plaindre, puisqu'en venant en moins prenant, au lieu de faire un rapport effectif, il a lui-même exercé une choisie.

199. Si cette opération n'a pas été faite, et que l'on ait partagé les 90,000 fr., sans que l'époux débiteur de 10,000 fr. en ait fait le rapport, il en reste le débiteur, et pour s'acquitter, il doit confondre en lui-même la moitié de cette dette, c'est-

à-dire 5,000 fr., et donner pareille somme à l'autre partie, aussi pour sa part de la communauté; ce qui revient au même que les deux opérations précédentes.

Si les deux époux se trouvaient l'un et l'autre débiteurs de la communauté, mais de sommes inégales, l'opération la plus simple serait de compenser, jusqu'à due concurrence, les deux dettes, et d'opérer ensuite comme ci-dessus.

200. Nous avons vu que l'art. 1453 donne à la femme et à ses héritiers *ou ayant-cause* la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer. L'article 1454 dispose qu'après les prélèvements des deux époux, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui *les représentent*, par conséquent, *les ayant-cause*. Ces deux articles supposent donc que la veuve peut céder, vendre ou donner son droit à la communauté. En cela nulle difficulté, lorsque les cessionnaires acceptent. Mais le premier de ces articles donne aux mêmes personnes, et spécialement aux ayant-cause, la faculté d'y *renoncer*. C'est en cela qu'il y a une véritable difficulté. Le cessionnaire ne peut user que des droits de son cédant. Or, la femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté ne peut y renoncer, dit l'art. 1454; et n'est-ce pas s'immiscer dans ces biens, que d'en disposer, que de les céder, les vendre, les donner? L'art. 778, au titre des successions, dispose qu'il y a acceptation tacite de la succession, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qua-

lité d'héritier. L'art. 780 ajoute que « la donation » vente ou transport que fait de ses droits succe- » sifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit » à tous ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'entr- » eux, emporte de sa part acceptation de la suc- » cession. » Ces articles, qui ne font qu'énoncer un principe, ont d'ailleurs une analogie parfaite avec la vente, donation ou transport que fait la veuve de ses droits de communauté. Ils nous paraissent donc applicables évidemment à ce dernier cas.

Or, si la femme fait un acte qui la rende commune, qui emporte de sa part l'acceptation de la communauté, elle ne peut plus y renoncer, ni par conséquent transférer à autrui un droit dont elle est déchue. Il nous semble donc qu'il y a un vice de rédaction dans l'art. 1453, en ce qu'il étend *aux ayant-cause* ou cessionnaires de la femme la faculté de renoncer à la communauté.

201. Mais n'y a-t-il point des cas où la cession du droit de la femme n'emporterait pas de sa part acceptation de la communauté, et où, par conséquent, son cessionnaire pourrait renoncer, comme l'art. 1453 paraît lui en donner le droit ? Nous ne croyons pas qu'il puisse en exister ; car on ne peut céder un droit qu'en donnant le droit de l'exercer. Si les héritiers de la femme se divisaient sur l'acceptation de la communauté, celui qui ne voudrait pas l'accepter ne pourrait pas céder son droit aux autres ; car la part qu'il aurait pu prétendre dans la communauté est dévolue de plein droit au mari par l'art. 1475, *jure non decrescendi*.

202. Si la femme peut toujours renoncer à la communauté, nonobstant toute convention contraire, comme le dit l'art. 1453, peut-elle y renoncer au préjudice de ses créanciers personnels? Peuvent-ils se faire autoriser, nonobstant sa renonciation, à l'accepter de son chef, comme les créanciers d'un héritier renonçant peuvent se faire autoriser, en vertu de l'art. 788, à accepter la succession de son chef, et en son lieu et place? Il y a même raison de le décider dans l'un et l'autre cas. Le droit des créanciers de l'héritier renonçant est fondé sur la disposition pleine d'équité de l'art. 1167, qui leur donne le droit d'attaquer tous les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits. Ce n'est que par une application, un développement de ce principe général, que l'art. 788 donne aux créanciers de l'héritier qui renonce, au préjudice de leurs droits, le droit de se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, « en son lieu et » place. »

Supposons qu'une femme obérée se marie sous le régime de la communauté, mais avec la stipulation que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage. Le mari meurt après avoir fait fortune, et laissant une communauté très-opulente. La femme y renonce, au grand préjudice de ses créanciers personnels. On trouve évidemment ici, pour autoriser les créanciers de la femme à attaquer la renonciation qu'elle a faite à la communauté, les mêmes motifs qui ont dicté l'art. 788. L'action des créanciers d'une femme qui

renonce, au préjudice de ses créanciers, est fondée sur le grand principe de justice et d'équité, érigé en loi par l'art. 1167, aussi bien que celle des créanciers d'un habile à succéder, qui attaquent sa renonciation à une succession qui lui est déférée.

L'art. 1464 a donc, avec raison, appliqué aux créanciers de la femme renonçante la disposition de l'art. 788, relative aux créanciers de l'héritier, en statuant que « les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite » par elle ou par ses héritiers, en fraude de leurs » créances, et accepter la communauté de leur » chef. » Voyez ce que nous avons dit sur ce point, tom. VI, n^{os}. 371 et 372.

203. Par une conséquence des mêmes principes, il semblerait que les créanciers de la femme peuvent attaquer l'acceptation de la communauté que la femme ferait à leur préjudice, comme il arriverait si elle acceptait une communauté obérée; mais comme l'art. 1483 n'assujettit la femme aux dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, ses créanciers personnels n'éprouvant aucun préjudice par son acceptation, ne seraient pas recevables à former l'action révocatoire. Revenons au partage de la communauté.

204. On a demandé si un étranger auquel l'une des parties ayant droit à ce partage a cédé son droit à la communauté, peut être écarté du partage par l'autre partie, en lui remboursant le prix de la cession, en vertu de l'art. 841 du Code, au titre des successions et des partages, qui porte que

« toute personne, même parente du défunt, qui
» n'est pas son successible, et à laquelle un cohé-
» ritier aurait cédé son droit à la succession, peut
» être écartée du partage, soit par tous les cohé-
» ritiers, soit par un seul, en lui remboursant le
» prix de la cession. »

On demande donc si, par analogie ou par identité de raison, l'étranger à qui, soit le survivant des époux, soit les héritiers du prédécédé, auraient cédé leurs droits dans la communauté, peut être écarté du partage, en lui remboursant le prix de la cession.

Il paraît y avoir identité de raison dans l'un et l'autre cas. Il s'agit, dans le dernier, du partage d'une universalité de biens et de droits indivis entre personnes alliées, peut-être même parentes, comme lorsque le partage est à faire entre le survivant, ses enfans ou petits-enfans, ou ayant-cause. Le motif de la subrogation en faveur des cohéritiers, que l'on a appelé *retrait successoral*, est, comme tout le monde en convient, d'empêcher qu'on n'admette à pénétrer dans les secrets de leur famille, et qu'on n'associe à leurs affaires, des étrangers qui pourraient apporter le trouble et la dissension dans les partages. Or, ces raisons militent également en faveur de celui des époux qui doit partager une communauté avec les héritiers de l'autre. Il importe également aux uns et aux autres de ne pas mettre le secret de leurs affaires à la merci de cessionnaires étrangers. Il y a donc identité parfaite dans les motifs ; et là où s'applique la raison de la loi, là aussi doit s'appliquer sa disposition.

205. Mais il faut remarquer que l'art. 841 n'accorde la subrogation ou retrait successoral qu'à un *cohéritier* contre un étranger cessionnaire des droits successifs d'un autre *cohéritier*, et non pas contre le cessionnaire de droits indivis dans une communauté qui a existé entre deux époux dont l'un est encore vivant. Les héritiers du prédécédé sont donc obligés d'en venir avec le survivant au partage de l'universalité des biens de la communauté ; mais ils ne sont pas plus ses cohéritiers que ne l'était, pendant son vivant, l'époux décédé dont ils tiennent leurs droits ; car on ne peut pas dire que deux époux sont cohéritiers : il n'y a de cohéritiers que ceux qui tiennent leur droit d'un auteur commun auquel ils ont succédé. Or, ici le survivant des époux tient son droit de la convention ou de la loi, *jure suo venit* ; les héritiers du prédécédé tiennent le leur de ce dernier, *jure successionis veniunt*. On ne saurait donc imaginer entre eux et le survivant aucun rapport de cohéritier à cohéritier. C'est un point incontestable. Dès lors il faut avouer nécessairement que la lettre, le texte de l'art. 841, qui a établi la subrogation ou retrait successoral en faveur d'un *cohéritier* cessionnaire des droits indivis d'un autre cohéritier, et qui permet de l'écarter du partage en le remboursant du prix de la cession, n'est point applicable au cessionnaire de droits indivis dans une communauté. Voyons si de l'esprit de cet article on peut tirer un argument plus favorable, pour étendre sa disposition contre le cessionnaire des droits de communauté.

206. Il y a, dit-on, même raison pour écarter du partage le cessionnaire de droits indivis dans une communauté conjugale, que pour écarter le cessionnaire de droits successifs du partage de la succession, la crainte et le danger de mettre le secret des affaires d'une famille à la merci d'un étranger, qui peut y apporter le trouble. Il faut donc, dira-t-on, appliquer à l'un comme à l'autre la disposition de l'art. 841, par identité de motifs et par analogie : *Ubi eadem ratio, ibi et idem jus*. C'est ainsi que l'art. 1464 a étendu, par analogie, au créancier de la femme renonçante, la disposition de l'art. 788, qui donne au créancier d'un héritier renonçant au préjudice de ses droits, la faculté de se faire autoriser à accepter la succession du chef de son débiteur, en son lieu et place. Mais ici le cas est bien différent. Pourquoi étendre d'un cas à l'autre la disposition de l'art. 788? C'est qu'il s'agissait de l'application d'un grand principe de justice et d'équité, érigé en loi par l'art. 1167, qui autorise les créanciers à attaquer en leur nom personnel tous les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. C'est que l'art. 788, qui leur permet de se faire autoriser à accepter la succession du chef de leur débiteur renonçant, et en son lieu et place, n'est qu'un développement de ce grand principe de droit commun. Nous n'avons donc pas balancé à dire qu'il fallait l'étendre aux créanciers de la femme qui renonce au préjudice de leurs droits.

Mais la disposition de l'art. 841 est absolument contraire au droit commun ; c'est un privilège

odieux, qui a déjà donné naissance à une infinité de procès. Les droits successifs dévolus à un héritier sont sa propriété, comme les biens acquis par son travail et par son industrie. Il peut donc les transmettre, les vendre à qui bon lui semble; en un mot, les faire passer dans la propriété d'un cessionnaire quelconque; et lorsque ces droits sont entrés dans le domaine du cessionnaire, ils n'en peuvent plus sortir que par son fait : *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* L. 11, ff de R. J. C'est un des premiers principes de la loi de propriété. La loi civile, qui l'en dessaisit ou permet à un autre de l'en dessaisir malgré lui, est donc une véritable atteinte au droit de propriété. C'est un privilège qui doit être rigoureusement restreint dans ses termes les plus précis, sans qu'on puisse l'étendre ni d'un cas à un autre, ni d'une personne à une autre : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* L. 14, ff de leg. C'est en législation et en jurisprudence un des principes que le grand Bacon (1) met au nombre de ceux qu'il appelle, avec Cicéron, les lois des lois, *leges legum*, et c'est aussi en s'appuyant sur ce principe, que le savant jurisconsulte Merlin (2) rejette l'extension que l'on voudrait faire de l'ana-

(1) *De justitiâ universali*, aph. 6, et 11. *Cicero de legibus*, n°. 1, pag. 134.

(2) *Répertoire*, tom. XVI des additions, pag. 213 et 214, où il discute cette question avec étendue et sa solidité ordinaire, et répond à toutes les objections.

logie au cas de la cession d'un droit de communauté, ou d'une société ordinaire.

Concluons qu'on ne peut jamais étendre par analogie, d'un cas ou d'une personne à une autre, les dispositions contraires au droit commun.

207. « Au surplus, dit l'art. 1476, le partage
» de la communauté, pour tout ce qui concerne
» ses formes, la licitation des immeubles, quand
» il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui
» en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les
» règles qui sont établies au titre des successions
» pour les partages entre cohéritiers. »

Remarquez qu'en soumettant le partage de la communauté entre époux, aux règles établies au titre des successions, pour le partage entre cohéritiers, cet article ne l'y soumet que pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles, quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes.

M. Bellot (1) s'est donc exprimé d'une manière inexacte, quand il a dit, en général, que l'article 1476 n'est pas limitatif. Il faut distinguer : il est limitatif, en ce qu'il ne permet d'appliquer au partage de la communauté les règles établies au titre des successions, *pour le partage* entre cohéritiers, qu'en tout ce qui concerne les *formes* du partage, la *licitation* des immeubles, les *effets* du partage, la *garantie* qui en résulte, et les *soultes*. Il n'est pas limitatif en tout ce qui concerne les dé-

(1) *Traité du contrat de mariage*, tom. III, pag. 460.

veloppemens et les conséquences des dispositions relatives aux cinq objets ci-dessus, qu'il a indiqués comme devant être soumis aux règles établies dans le chap. 6 du titre des successions, pour le partage entre cohéritiers. Si donc il s'élève une question ou une difficulté à laquelle on prétende appliquer l'une des dispositions de l'article cité, il faut voir d'abord si elle est vraiment relative à l'un de ces cinq objets ; et si on peut l'y rapporter, on peut, sans craindre de se tromper, la résoudre non seulement par le texte de la disposition invoquée, mais encore par les conséquences qu'on peut en tirer, par les développemens qu'on peut lui donner. En ce cas, l'art. 1476 n'est pas limitatif.

208. Ainsi, par exemple, la femme et ses héritiers, dans les prélèvements qu'ils ont à faire, ont le choix des immeubles de la communauté qui y sont affectés, suivant l'art. 1471. Cet article est placé dans le § 1^{er}. de la sect. 5 du partage de la communauté. Lorsque ces immeubles sont, après tous les prélèvements épuisés, mis en deux loties, l'une pour le mari, l'autre pour la femme, celle-ci a-t-elle le choix entre les deux loties ? Non, car il ne s'agit point, comme dans l'art. 1471, de prélèvements à exercer sur la masse des biens de la communauté, mais du partage à faire du surplus des biens, après que tous les prélèvements des deux époux ont été exercés (1474). Or, l'art. 1476 soumet le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne sa *forme*, aux règles établies au titre des successions, pour le partage entre cohéritiers,

et l'art. 834 du titre des successions, sect. 1^{re}, de l'action en partage et de sa forme, défère le choix des lots au sort, en cas que les parties ne s'accordent pas. Nul doute donc que dans le partage des biens de la communauté, les lots ne doivent être tirés au sort.

209. Autre exemple : si l'une des parties se prétend lésée de plus du quart dans le partage des biens de la communauté, peut-elle demander la rescision, conformément à l'art. 887 du titre des successions ? Remarquez qu'il ne s'agit précisément, en ce cas, ni de la forme, ni des effets du partage, ni de la garantie qui en résulte, ni de la licitation des immeubles, ni enfin des soultes, objets que l'art. 1476 soumet aux règles qui sont établies au titre des successions, pour les partages entre cohéritiers. Il paraît donc d'abord que le partage des biens de la communauté reste dans les termes du droit commun, quant aux causes qui peuvent en opérer la rescision, et que par conséquent, la simple lésion ne donne lieu à la rescision qu'en faveur des mineurs (1118, 1305).

Mais il faut considérer que l'égalité est l'âme des partages ; que toutes les fois qu'il y a inégalité, il y a erreur présumée ; que la rescision pour lésion ne peut donc être étrangère aux partages, et même qu'elle en dérive naturellement. On peut même la regarder comme une conséquence de la garantie qu'ont entendu se donner réciproquement les copartageans, d'une portion parfaitement égale, sauf la lésion de plus du quart, ainsi fixée par l'article 887, pour écarter les plaintes trop minutieu-

ses ; qu'ainsi, cet article est applicable au partage de la communauté, et même au partage des sociétés ordinaires, ainsi que l'a fort bien dit l'orateur du Gouvernement, en exposant les motifs du titre du contrat de société, dont l'art. 1872 dit, comme notre art. 1476 le dit du partage de la communauté conjugale, que « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce » partage, et les obligations qui en résultent entre » les cohéritiers, s'appliquent au partage entre as- » sociés. »

C'est en développant cet article que M. Treillard, orateur du Gouvernement, dit : « Pour tout » ce qui concerne les formes du partage, ses ef- » fets et *les causes qui peuvent en opérer la rescis-* » *sion*, nous avons dû renvoyer au chap. 6 du titre » des successions, etc. »

Nous ne saurions donc douter qu'on ne doive appliquer l'art. 887, sur la rescision des partages de successions, aux partages de communautés ; et, par conséquent, que la rescision pour lésion de plus du quart ne doive être également admise contre tout acte qui aurait pour objet de faire cesser l'indivision entre l'un des époux et l'autre, si la communauté s'est dissoute par une séparation judiciaire, ou entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé, encore que cet acte fût qualifié de vente, d'échange, de transaction, ou de forfait de communauté (1), conformément à

(1) Voy. un arrêt de la Cour de cassation, du 8 avril 1807, rapporté par Denevers et Sirey, tom. VII, pag. 189 et suiv.

l'art. 888 du Code, qui est une conséquence du précédent.

210. Dans ces cas et autres analogues, l'art. 1476 n'est pas limitatif. S'il s'agissait, au contraire, d'une question ou d'une difficulté étrangère aux cinq objets dont nous avons parlé, quoique relative à quelque autre disposition du titre des successions, alors on ne pourrait faire l'application de cette disposition, par extension de l'art. 1476.

211. Nous en avons déjà vu un exemple relatif à la question de savoir si, dans le cas du partage d'une communauté, un des copartageans peut, conformément à l'art. 841, chap. 6 du titre des successions, écarter du partage un cessionnaire étranger, et se faire subroger dans ses droits, en le remboursant. Cet art. 841 n'ayant aucun rapport ni aux formes, ni aux effets du partage, ni à la garantie et aux obligations qui en résultent, ni aux licitations d'immeubles, ni aux soultes, seuls objets que l'art. 1476 soumette aux règles établies dans le titre des successions, pour le partage entre cohéritiers, on ne peut, en vertu de ce dernier article, en faire l'application aux partages de communautés. D'un autre côté, la disposition de cet art. 841 est contraire au droit commun et à la loi de la propriété, comme nous l'avons ci-dessus remarqué. On ne peut donc l'étendre à un autre cas par analogie.

En voici un autre exemple : M. Bellot, *ubi supra*, demande si l'art. 878, qui traite de la séparation des patrimoines en cas de succession, est applicable, quand il s'agit d'une communauté. Il

traite même assez longuement cette question, qu'il finit par résoudre négativement. La négative ne peut, en effet, souffrir aucune difficulté. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire cet article, qui porte : « Ils peuvent (les créanciers) demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt, d'avec le patrimoine de l'héritier. »

Il est bien évident que cette disposition n'a aucun trait à la forme ni aux effets du partage, ni aux autres objets soumis par l'art. 1476 aux règles établies pour le partage des successions entre cohéritiers. Il ne s'agit, dans l'art. 878, que de l'intérêt des créanciers; aussi se trouve-t-il placé sous la rubrique *du paiement des dettes*. Or, nous verrons, dans le paragraphe suivant, que le Code établit, pour la contribution aux dettes de communauté, des règles différentes de celles qui sont relatives aux dettes de succession. De quelque manière qu'on envisage la question, il est donc évident que l'art. 878 n'est point applicable au cas d'une communauté.

212. L'art. 1477 porte « que celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets. »

Il y a divertissement, lorsqu'on soustrait des effets communs pour se les approprier et en dérober la connaissance aux personnes intéressées; recèlement, quand on omet sciemment, dans l'inventaire, des effets communs, quand on les recèle ou qu'on ne les fait pas connaître, pour les em-

pécher d'y être compris. Les divertissemens ou les recèlemens sont donc de véritables vols, puisqu'ils ont pour but les uns et les autres de dérober les objets communs à la connaissance des personnes qui y ont des droits de copropriété. Il en résulte que si la veuve n'avait soustrait que des corps certains réalisés ou immobilisés par son contrat de mariage, il n'y aurait ni divertissement ni recèlement (1), puisque le mari ni ses héritiers n'avaient aucun droit sur ces objets, qui étaient spécialement exclus de la communauté.

213. Revenons aux peines prononcées par le Code contre les divertissemens ou recèlemens de la veuve. Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'art. 1460, ils la font déclarer commune malgré sa renonciation. Cette peine cesserait d'en être une, si, après avoir été déclarée commune, en punition de son délit, la femme pouvait néanmoins jouir du bénéfice de n'être tenue des dettes

(1) On pourrait tirer une conséquence contraire de la doctrine de Pothier, qui prétend que la réalisation des meubles et leur exclusion de la communauté ne les empêchent pas d'y tomber et de s'y confondre, et qu'il n'en résulte qu'une créance de reprise de leur valeur en faveur de la femme, qui n'est pas propriétaire ou créancière *in specie* des meubles réalisés. Il lui accorde seulement un privilège pour sa créance de reprise sur ceux qui existeraient encore en nature à la dissolution de la communauté. Nous avons examiné, et nous croyons avoir réfuté la doctrine de cet illustre auteur, en indiquant les sources de son erreur, tom. XII, pag. 578, nos. 549 et suiv. M. Bellot, tom. II, pag. 456, et tom. III, pag. 101, a suivi Pothier sans le citer; mais il est allé plus loin, en refusant à la femme même le privilège que lui accorde Pothier sur ceux de ses meubles réalisés qui existent encore à la dissolution de la communauté.

de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument; privilège accordé par l'article 1483 à la femme sans reproche, qui a volontairement accepté la communauté, en quelque sorte sur la foi de son mari, et sans pouvoir être bien certaine qu'il en eût, avant sa mort, fait connaître toutes les dettes; privilège d'ailleurs contraire au droit commun, et qu'on ne doit jamais étendre hors du cas précis et particulier pour lequel il a été établi. La peine prononcée par l'article 1460 n'est donc que l'application à la veuve recéleuse et à ses héritiers, de l'art. 792, qui porte que « les héritiers qui auraient diverti ou recélé » des effets d'une succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer; ils demeurent héritiers *puis et simples*, nonobstant leur renonciation. » Ils seraient donc déchus du bénéfice d'inventaire, et tenus indéfiniment aux dettes. De même la veuve recéleuse, déclarée commune en punition de son délit, est déchue du privilège de l'art. 1483, de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (1), et si le mari ou ses héri-

(1) Cette déchéance était admise dans l'ancienne jurisprudence. Voy. Pothier, n°. 690; le *Répertoire*, v°. *Recelés*, n°. 3. C'était une juste conséquence de l'art. 228 de la Coutume de Paris, qui n'accordait ce privilège que « pourvu qu'après le décès d'un des conjoints, il » soit fait loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute ni fraude de la part de » la femme ou de ses héritiers. »

Notre art. 1483 dit plus brièvement : « Pourvu qu'il y ait eu bon et » fidèle inventaire. » Mais on ne peut pas dire que l'inventaire soit bon et fidèle, s'il y a recèlement, s'il y a eu faute ou fraude.

tiers en avaient payé plus de la moitié, ils auraient un recours contre la femme ou ses héritiers. La disposition de l'art. 1460 est donc une véritable disposition pénale.

214. Mais il est évident que la peine qu'il prononce ne peut frapper que la femme ou ses héritiers, sans pouvoir frapper le mari recéleur ou ses héritiers. L'art. 1477 en prononce donc une seconde, qui peut également frapper les deux époux ou leurs héritiers, la privation de leur portion dans les effets divertis ou recelés. Cet article porte : « Celui des époux qui aurait divertie ou recélé » quelques effets de la communauté, est privé de » sa portion dans lesdits effets. » Cette disposition s'applique aux droits et aux créances dont le survivant a recélé les titres. Ainsi, il est privé de partager la valeur des effets contenus dans un riche porte-feuille qu'il aurait recélé, et même les acquêts dont il aurait cherché à dérober la connaissance, en soustrayant les titres.

Un arrêt du 15 mai 1656, rapporté, dans l'ordre de sa date, au Journal des audiences, a jugé que, quand le survivant qui a commis le recèlement est donataire en usufruit de la part du prédécédé, il doit être privé de cet usufruit dans les choses recélées. Cette décision, conforme aux principes, doit encore être suivie sous l'empire du Code.

215. La simple omission d'avoir fait insérer, dans l'inventaire, des sommes placées chez un banquier, et dont un des époux avait connaissance, est un véritable recèlement, qui le prive

de sa part dans ces sommes, ainsi que l'a jugé la Cour de Colmar, par un arrêt du 6 avril 1813 (1).

Dans l'espèce de cet arrêt, la femme recéleuse avait fait renouveler les billets dans son nom, ce qui rendait non équivoque l'intention de se les approprier. Mais le renouvellement des billets pourrait n'être pas nécessaire pour caractériser le recèlement. Tout dépend des circonstances. Le Code, qui a prononcé des peines contre les divertissemens ou les recèlemens, n'a pu entrer dans le détail des faits qui les caractérisent, ou qui peuvent excuser l'époux qu'on en accuse. Par exemple, quoique le renouvellement des billets dans son nom ne laisse pas d'équivoque sur l'intention criminelle de la femme qui les a recelés, le mari n'en serait pas moins convaincu de recèlement, quoiqu'il ne les eût pas fait renouveler; car il n'a nul besoin de ce renouvellement pour se les approprier et s'en faire payer, puisqu'ils sont ordinairement en son nom.

216. L'art. 1460, qui déclare commune la femme recéleuse, nonobstant sa renonciation, étant introduit en faveur des créanciers de la communauté et des héritiers du mari, ils peuvent se borner à demander la restitution des effets divertis ou recelés, sans exiger qu'elle soit déclarée commune. Ils laissent alors subsister sa renonciation, qui profitera aux héritiers du mari, lesquels auront tous les biens de la communauté, ainsi que tout ce qui

(1) Sirey, tom. XV, 2^e. part., pag. 66.

avait été diverti ou recélé, en payant aussi toutes les dettes de la communauté. Les créanciers peuvent quelquefois avoir intérêt à les en laisser seuls chargés, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant. S'ils avaient un intérêt contraire, ils pourraient, sans eux, faire déclarer la femme recéleuse commune, afin d'avoir une action contre elle.

217. Mais faut-il encore, sous l'empire du Code, faire une distinction, à laquelle l'ancienne jurisprudence attachait de l'importance, entre les divertissemens ou les recèlemens antérieurs ou postérieurs à la renonciation? Le principe emprunté du droit romain (1) était qu'on ne pouvait plus renoncer après avoir détourné quelque chose des biens; mais que ce qu'on détournait après la renonciation était un larcin (2). Partant de ce principe, on pensait que les recèlemens antérieurs à la renonciation rendaient la veuve commune, mais que les postérieurs ne donnaient lieu qu'à l'action *rerum amotarum*, qui, quoique poursuivie civilement contre la veuve, pouvait, en certains cas, l'être criminellement (3); et quand le tems du recèlement n'était pas clairement fixé, on le présumait antérieur à la renonciation, et l'on déclarait la veuve commune.

(1) Voy. loi 71, § 9, ff de *acquirendâ vel omittendâ hæreditate*, 29. 2.

(2) Voy. Domat, 2^e. part., liv. 1, tit. 3, sect. 1, nos. 11 et 12; Lebrun, des *Successions*, liv. 3, chap. 8, sect. 2, n^o. 60; Loisel, *Règles du droit français*, liv. 1, tit. 2, règ. 31, et *ibî* de Laurière.

(3) Duparc-Poullain, tom. V de ses *Principes*, pag. 223 et 259.

Notre art. 1460 dit seulement que la veuve qui a diverti ou recélé est déclarée commune, *nonobstant* sa renonciation ; expressions qui semblent supposer une renonciation déjà faite, et c'est aussi ce qu'a pensé le tribun du Veyrier, dans son rapport sur la loi relative au contrat de mariage. Après avoir démontré la rigoureuse équité du droit d'option d'accepter ou de renoncer déferé à la femme, il examine les moyens dont elle perd ce droit d'option.

Elle le perd :

1°. Lorsqu'elle s'est immiscée dans les biens de la communauté ;

2°. Lorsqu'elle a pris sciemment la qualité de femme commune ;

3°. Lorsqu'elle a diverti ou recélé quelques effets de la communauté ; et dans ce *cas plus grave*, ajoute-t-il ; elle est déclarée commune, lors même qu'elle aurait déjà renoncé (1).

Le tribun du Veyrier pensait donc, en exposant les motifs de l'art. 1460, que c'est aux divertissemens antérieurs à la renonciation de la veuve que s'applique la disposition qui la fait déclarer commune de plein droit, nonobstant sa renonciation. Et pourquoi cela ? Parce que, de quelque manière qu'on puisse l'envisager, le divertissement ou recèlement est une immixtion dans les biens de la communauté, après laquelle l'art. 1454 ne permet plus à la femme de renoncer. Cette immixtion est cri-

(1) *Exposé des motifs*, édition de Didot, tom. V, pag. 359.

minelle, il est vrai; c'est un *cas plus grave* que l'immixtion ordinaire, que la veuve ne cherche à dérober à la connaissance de personne, et qui n'a rien de frauduleux; au lieu que les divertissemens ou recèlemens, qui sont aussi une immixtion, supposent nécessairement l'intention de frauder, et sont punis par la privation de la portion qu'aurait eue le coupable dans les effets divertis. Tel est le véritable sens de l'art. 1460, qu'il ne faut pas appliquer à la femme qui recèle, après avoir renoncé, parce que, dès ce moment, il n'y a plus de communauté, par conséquent plus d'immixtion possible dans les biens d'une communauté. Il ne peut y avoir qu'un larcin, un vol : *Contrectatio rei alienæ fraudulosa*. Ainsi, la distinction entre les soustractions antérieures ou postérieures à la renonciation, empruntée du droit romain par l'ancienne jurisprudence, est encore suivie sous l'empire du Code. Elle est fondée sur la nature des choses.

218. On a demandé si les soustractions d'effets de la communauté compris dans un inventaire, peuvent être considérées comme divertissemens ou recèlemens, et faire prononcer contre ceux qui les ont commises, les peines portées par les art. 1460 et 1477.

Nous ne doutons point qu'elles ne le puissent, et même qu'elles ne le doivent, suivant les circonstances. Ces articles ne font aucune distinction entre les soustractions antérieures ou postérieures à l'inventaire. L'art. 1460 déclare commune, nonobstant sa renonciation, la veuve qui a diverti ou

recélé *quelques effets de la communauté*. Il n'excepte point de cette disposition générale la veuve qui a diverti des effets compris dans l'inventaire; il dit seulement, *quelques effets de la communauté*. Or, les effets inventoriés continuent d'être des effets de la communauté jusqu'au partage, si la femme accepte; si elle renonce, jusqu'au moment de sa renonciation. Si, avant de renoncer, elle divertit ou recèle quelques-uns de ces effets, qui sont encore dans la communauté, elle se trouve dans le cas précis de l'art. 1460, et doit par conséquent être déclarée commune, malgré sa renonciation, parce qu'elle s'était auparavant immiscée dans les biens de la communauté, à laquelle il ne lui était plus permis de renoncer, suivant l'article 1454; car remarquez que l'art. 1460 en est une suite. On n'en saurait douter, en le rapprochant de l'art. 1459 qui le précède, et qui porte que la veuve qui n'a point renoncé dans le délai prescrit n'est pas déchuë de la faculté de renoncer, si elle a fait un inventaire, *et si elle ne s'est point immiscée*. L'art. 1460, ajoute de suite que si elle a diverti ou recélé quelques effets de la communauté, elle est déclarée commune, nonobstant sa renonciation. Pourquoi? C'est qu'elle s'est *immiscée*, comme le dit l'article précédent.

219. Si la femme avait renoncé avant de receler les effets, on ne pourrait lui appliquer la disposition de l'art. 1460, pour la déclarer commune, puisqu'elle n'aurait pas recélé des effets de communauté. On ne pourrait la poursuivre que comme coupable de larcin ou de vol.

220. Si elle avait accepté la communauté, soit avant de recéler, soit après, ce serait le cas de lui infliger la peine prononcée par l'art. 1477, la privation de sa portion dans les effets recelés.

221. Pourrait-on la déclarer déchue du bénéfice que lui donne l'art. 1483, de n'être tenue aux dettes que jusqu'à concurrence de son émolument? Nous le pensons, quand même il y aurait un inventaire; car elle ne pourrait prétendre qu'il est bon et fidèle (1).

222. On trouve dans le recueil de Sirey (2) un arrêt de la Cour de Paris, du 5 nivôse an XIII, duquel on a conclu qu'il n'y a de recélé, dans le sens des lois de la matière, que dans l'omission de déclarer à *l'inventaire*, ou de mettre *pour lors* en évidence un ou plusieurs effets de la communauté. Ce n'est point là ce qu'a jugé l'arrêt. Il a seulement jugé, *en fait*, que la soustraction d'un titre inventorié en présence et à la requête de ceux qui se plaignaient de la soustraction, n'avait point le caractère de recèlement, et n'était point dans le cas de la peine prononcée par l'art. 1477. « Con-
» sidérant, *en fait*, que le titre de l'an VIII, en
» vertu duquel les héritiers Lemire réclament le
» domaine en question, a été inventorié en leur
» présence et à leur requête; de sorte qu'ils pou-
» vaient suivre par eux-mêmes l'effet et l'exécution
» de ce titre, et empêcher que Bergeron ne nuisît
» à leurs intérêts, etc. »

(1) Voy. *suprà*.

(2) Dans les additions au septième volume, pag. 836.

Ainsi, dans l'espèce, le titre soustrait était non seulement connu des héritiers Lemire, qui avaient eux-mêmes requis qu'il fût inventorié, mais cette soustraction ne leur avait causé ni pu causer aucun préjudice : elle ne pouvait donc être jugée frauduleuse. Or, la fraude est le principal caractère du recèlement. C'est la fraude que la loi punit de la privation de la portion qu'aurait eue celui qui l'a commise dans les effets recelés.

223. Mais il y a beaucoup d'autres cas où la soustraction d'effets inventoriés est frauduleuse et caractérise un véritable recèlement, qui doit être puni des peines prononcées contre ce délit. Supposons, par exemple, qu'on ait inventorié un billet au porteur de 10,000 fr., et que la veuve l'ait, par adresse, soustrait avant la clôture de l'inventaire, sans qu'on s'en soit aperçu, et sans qu'on puisse connaître l'auteur de la soustraction, avant l'acceptation de la communauté qu'a faite la veuve. Cette soustraction est une perte commune, qui n'empêchera point de faire les prélèvements prescrits pour parvenir au partage du restant des biens de la communauté, si la femme l'a acceptée. Mais on acquiert ensuite la preuve que c'est la femme qui avait soustrait le billet, et qui en a reçu le prix : il est indubitable qu'elle pourra être poursuivie comme coupable du délit de recèlement, condamnée à rapporter la somme entière, et privée de sa portion, en conformité de l'art. 1477 ; enfin, tenue des dettes *ultra vires*, comme déchue du bénéfice de l'art. 1483 ; et si elle a renoncé à la communauté, elle pourra être déclarée commune, en

vertu de l'art. 1460, et être tenue de payer la moitié des dettes, même sur ses propres.

224. Si la clôture de l'inventaire avait été faite avant qu'on se fût aperçu de la soustraction, et que la femme fût demeurée sur la détention de tous les papiers, elle en serait quitte pour rendre compte du contenu de l'inventaire, conformément à l'art. 1483, et par conséquent du billet de 10,000 fr.; ce qui n'empêcherait point, si l'on découvrait qu'elle avait soustrait le billet, de la faire déclarer commune, et privée de sa portion dans ce billet, et de la faire condamner à payer les dettes *ultra vires*.

225. Mais par quelle voie peut-on poursuivre ses recèlemens ou divertissemens? L'ancienne jurisprudence française avait puisé dans les lois romaines des principes dont les cours et les tribunaux suivaient les conséquences pour règles de leurs décisions. Quoique les soustractions faites par la femme dans la maison de son mari soient de véritables larcins ou vols, la loi romaine ne permettait pas de les poursuivre par l'action de vol. *Actione furti, quia lex ita atrocem actionem dari in personam ita sibi conjunctam erubuit. L. 22, Cod. de furtis, 6. 2.*

Les préteurs avaient donc imaginé une autre action pour agir contre la femme coupable de soustraction. On l'appelait *rerum amotarum*, et on ne la regardait pas comme infamante : « *Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum eâ furti agere posse : quibusdam existimantibus,*

ne quidem eam furtum facere, ut Nerva, Cassius, quia societas vitæ quodam modo dominam eam faceret, etc. L. 1, ff de rerum amotarum, 28. 2.

La jurisprudence antérieure à nos lois nouvelles appliquait donc aux divertissement de la femme et du mari l'action *rerum amotarum*, qui, quoique poursuivie civilement, pouvait, en certains cas, l'être criminellement, et dans laquelle l'appointement à informer rendu contre l'époux coupable n'était point respectif (1).

Il serait inutile de s'étendre davantage sur cette ancienne jurisprudence, le Code pénal de 1810 ayant établi un droit nouveau en cette matière. Après avoir dit, dans l'art. 379, que « quiconque » a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui » appartient pas, est coupable de vol, » d'où la conséquence qu'il est soumis à l'action publique, car tout vol est un crime ou un délit, l'art. 380 ajoute l'exception conçue en ces termes : « Les » soustractions commises par des maris au pré- » judice de leurs femmes, par des femmes au pré- » judice de leurs maris, par un veuf ou une veuve, » quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux » décédé, par des enfans ou autres descendans, au » préjudice de leurs pères et mères ou autres as- » cendans, par des pères et mères ou autres as- » cendans, au préjudice de leurs enfans ou autres » descendans, ou par des alliés aux mêmes degrés,

(1) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tom. V, pag. 225 et 280.

ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles.

» A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. »

226. La disposition de cet article n'étant qu'une exception au principe général contenu dans l'article 379, il en résulte qu'elle doit être restreinte aux personnes et aux cas spécialement et littéralement exceptés, sans pouvoir être étendue à d'autres; mais aussi il ne faut pas en écarter l'application par des considérations ou des motifs qui laissent subsister l'application littérale de son texte. Par exemple, pour écarter l'exception relative aux soustractions commises par des maris ou des femmes au préjudice les uns des autres, il ne suffirait pas d'alléguer qu'il n'y a point eu de communauté entre eux, ou qu'elle est dissoute par une séparation judiciairement prononcée, soit de biens, soit même de corps et d'habitation. L'art. 380 ne leur en serait pas moins applicable; car ce n'est pas sur la copropriété des effets soustraits frauduleusement qu'est établie l'exception que leur accorde cet article, c'est sur l'honneur du mariage, sur le respect dû au lien conjugal. Or, ce lien sacré n'en subsiste pas moins entre les époux judiciairement séparés, même de corps et d'habitation; ils continuent d'être maris et femmes. L'application de l'article ne pouvait donc cesser que par le divorce, avant qu'il fût aboli par la loi du 8 mai 1816; car les époux divorcés n'étaient plus, aux

yeux de la loi civile, réputés maris et femmes; et notre art. 380 ne dispose qu'à l'égard des époux.

Quant aux enfans, petits-enfans, pères et mères, et autres ascendans, etc., « les rapports entre ces » personnes sont trop intimes, disait fort bien le » conseiller d'état Faure, dans l'exposé des motifs » de la loi, dans la séance du 9 février 1810, pour » qu'il convienne, à l'occasion d'intérêts pécuniaires, de charger le ministère public de scruter » des secrets de famille, qui peut-être ne devraient » jamais être dévoilés, pour qu'il ne soit pas extrêmement inconvenant qu'une accusation publique » puisse être poursuivie dans des affaires où la » ligne qui sépare le manque de délicatesse du véritable délit, est souvent difficile à saisir; enfin, » pour permettre au ministère public de provoquer des peines, dont l'effet ne se bornerait pas » seulement à répandre la consternation dans une » famille, mais qui pourraient encore être une » source de divisions et de haine entre les deux » familles. »

» Loin que le silence imposé en ce cas au ministère public préjudicie aux intérêts de la partie privée, il ne pourra que lui être utile, en ce » qu'elle n'aura point à craindre de voir ses répétitions absorbées par les frais privilégiés d'une » procédure criminelle, et sur-tout en ce qu'elle » demeurera entièrement libre de terminer ces » fâcheux débats à l'amiable, entre parens et amis, » ou par amiables compositeurs; ce qu'elle ne » pourrait faire si l'action publique n'était pas arrêtée par la sagesse de la loi. »

Telles sont les considérations puissantes qui ont nécessité la disposition spéciale et exceptionnelle de l'art. 380 du Code pénal.

227. L'exception portée dans cet article, relativement aux soustractions frauduleuses commises entre parens en ligne directe, a évidemment été faite par le législateur en considération du lien de famille qui existe entre ces parens ; et comme il résulte de l'art. 756 du Code civil que la loi reconnaît ce lien de famille entre les enfans naturels et les pères et mères qui les ont reconnus, l'exception doit être étendue aux soustractions faites par les enfans naturels, au préjudice des pères et mères qui les ont reconnus, *et vice versa*.

228. Mais, comme la loi ne reconnaît plus de lien de famille entre les enfans naturels, même reconnus, et les parens de leurs pères et mères, les soustractions frauduleuses commises par des enfans naturels, au préjudice des parens de leurs pères et mères, sont de véritables vols, et conséquemment soumises à l'action publique et aux peines prononcées par la loi contre ces sortes de crimes et délits, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, dans l'affaire de Jean-Louis Houdry, fils naturel de Catherine Richard, prévenu d'avoir commis des soustractions frauduleuses au préjudice de François Richard, père de ladite Catherine Richard. L'arrêt est du 10 juin 1813, et rapporté par M. Legraverend (1).

(1) *Traité de la justice criminelle*, dispositions préliminaires, sect. 2, de l'action publique.

229. M. Carnot (1) étend la disposition de l'article 380 aux soustractions commises par les pères et mères adoptifs, au préjudice de leurs enfans d'adoption, et à celles que pourraient commettre des enfans adoptés, au préjudice de leurs pères et mères adoptifs. Il s'appuie sur l'autorité de l'arrêt du 10 juin 1813, que nous venons de citer, mais qui est rendu dans l'espèce des enfans naturels, entre lesquels et les pères et mères qui les ont reconnus existe un lien de famille.

Cet arrêt ne peut donc être invoqué en faveur des enfans adoptifs, entre lesquels et leurs pères et mères adoptans les art. 348 et 350 ne paraissent pas reconnaître de lien de famille, puisque le premier de ces articles dit que l'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits, et par conséquent celui de ne pouvoir être poursuivi par action publique, pour les soustractions qu'il pourrait commettre au préjudice de ses père et mère, ou autres ascendans naturels. L'opinion de M. Carnot, quelque imposante qu'elle soit, n'est donc point sans difficulté.

Il est vrai que l'art. 299 du Code pénal, qui comprend dans sa disposition les enfans légitimes, naturels ou adoptifs, pourrait fournir un argument à l'appui de cette opinion, en laissant supposer que le législateur a vu au moins, quant à l'application des lois pénales, le lien de famille

(2) Commentaire sur le Code pénal, art. 380.

entre l'enfant adoptif et le père adoptant, et *vice versa*.

Il n'entre pas dans notre plan de traiter toutes les questions que peut faire naître l'art. 380 du Code pénal. Nous renvoyons ceux qui voudront les approfondir au savant commentaire de M. Carnot. Nous revenons à notre matière.

250. La fin de notre premier paragraphe sur le partage de l'actif de la communauté, contient des dispositions relatives à ce que peut devoir l'un des conjoints, non pas à la communauté, mais à l'autre conjoint, au deuil de la veuve dû par les héritiers du mari, et Pothier a trouvé ces questions assez importantes pour en faire une section séparée dans son ouvrage. Nous les renvoyons à la fin de notre second paragraphe, qui traite du partage du passif de la communauté, où elles nous paraissent mieux placées que dans celui qui traite du partage de l'actif.

§ II.

Du Partage du passif de la communauté, et de la Contribution aux dettes.

SOMMAIRE.

- 231. *Principe général. Les dettes de la communauté et la contribution aux dettes sont pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers.*
- 232. *L'obligation et la contribution aux dettes de la communauté sont deux choses très-différentes. Le mari y est obligé pour la totalité. (Art. 1485).*
- 233. *Justice de cette disposition.*
- 234. *Le mari qui a contracté une dette conjointement avec sa femme, mais sans solidarité, est néanmoins tenu de la totalité, et pourquoi.*
- 235. *Mais la femme peut être poursuivie pour la moitié à laquelle elle est tenue de contribuer. Controverse élevée autrefois à ce sujet.*
- 236. *Le Code a pris le lien de droit personnel existant entre les époux et les créanciers, pour règle de leurs obligations. Exemple. (Art. 1514).*
- 237. *Si la femme s'est obligée avec son mari, mais sans solidarité, elle peut être poursuivie pour moitié, quoiqu'il puisse l'être pour la totalité.*
- 238. *La femme personnellement obligée envers ses créanciers antérieurs au mariage, peut être poursuivie pour la totalité, sauf son recours pour moitié contre son mari.*
- 239. *En point de droit, après la dissolution de la communauté, si elle est acceptée, le mari n'est tenu qu'à la moitié des dettes procédant du chef de la femme. (Article 1485).*

Chap. II. Du Régime en communauté. 305

- 240. *Mais en point de doctrine, il y a de fortes raisons contre cette décision.*
- 241. *Véritable sens de l'art. 1485, qui, en divisant l'action des créanciers personnels de la femme, n'a point entendu leur ravir l'action récursoire contre le mari, quand la part de communauté de la femme n'est pas suffisante pour payer sa moitié des dettes.*
- 242. *Explication de l'art. 1485, qui ne soumet la femme et ses héritiers à ne payer les dettes de communauté que jusqu'à concurrence de leur émolument.*
- 243. *Ce principe est emprunté de l'art. 228 de la Coutume de Paris.*
- 244. *Motifs de ce privilège.*
- 245. *Comparaison de ce privilège avec le bénéfice d'inventaire.*
- 246. *Continuation de cette comparaison.*
- 247. *La femme doit-elle rendre compte des biens suivant la prisée, ou des biens en nature, et les abandonner aux créanciers ?*
- 248. *La femme doit tenir compte des meubles suivant la prisée de l'inventaire, et des immeubles suivant le prisage fait par le partage, ou suivant un prisage conventionnel.*
- 249. *La femme ne peut rendre compte de la valeur des meubles aux créanciers, autrement que par un inventaire en forme, faute de quoi elle est privée de son privilège.*
- 250. *Mais à l'égard des héritiers du mari, elle pourrait leur opposer le partage fait sans inventaire.*
- 251. *Ce qui doit entrer dans le compte que la femme doit aux créanciers.*
- 252. *Elle y doit faire entrer moitié de ce qui a été tiré de la communauté pour doter les enfans communs.*
- 253. *Elle y doit faire entrer les fruits qu'elle a perçus.*
- 254. *Ce qu'elle peut mettre en décharge, et comment elle doit payer les créanciers.*
- 255. *S'il y a des créanciers opposans.*
- 256. *Les liquidations et partages de communauté antérieurs aux oppositions des créanciers ne peuvent être par eux attaqués.*
- 257. *Quid, si dans ces liquidations elle ne s'était pas fait payer de ses reprises par prélèvement ?*

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

258. *La femme peut être poursuivie hypothécairement ultrà vires.*
259. *Quelles sont les hypothèques préférables à l'hypothèque légale de la femme.*
260. *Suite.*
261. *Suite.*
262. *Si le mari peut créer des hypothèques préférables à celles de la femme, en vertu d'un mandat tacite de celle dernière.*
263. *L'hypothèque judiciaire acquise avant le mariage par un créancier qui s'est depuis inscrit sur les conquêts, est-elle préférable à l'hypothèque légale de la femme? Examen de l'opinion de Pothier.*
264. *En partageant la communauté, on peut changer le mode de contribution aux dettes fixé par la loi; mais cette convention ne nuit point aux créanciers.*

231. Nous avons vu, dans le précédent volume (1), que le mari est seul et vrai propriétaire, durant le mariage, des biens composant la communauté éventuelle qui existe entre lui et son épouse; qu'il peut les aliéner, les hypothéquer, les dissiper, les perdre même, sans en devoir compte à sa femme. Tant que dure cet état, il est bien évident qu'il ne peut y avoir ni actif ni passif à partager; que le mari étant seul propriétaire de l'actif, le passif est à sa seule charge. Mais du moment où cet état cesse, du moment où la communauté éventuelle vient à se dissoudre, elle se convertit de plein droit (2), par l'acceptation

(1) Voy. nos, 74, 75, pag. 119 et suiv.

(2) *Ipsa jure exit in actum et actualem dominii et possessionis communem.* Dumoulin, sur l'art. 25 de l'ancienne Coutume de Paris.

de la femme ou de ses héritiers, en une société actuelle, qui rend le survivant et les héritiers du prédécédé copropriétaires par indivis et par moitié de tous les biens et droits actifs et passifs de cette société ou communauté nouvelle. Il faut donc en faire le partage; car, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision (815). Les deux premiers paragraphes de la première section traitent de ce qui compose l'actif et le passif de la communauté. Cette cinquième section traite de la manière de les partager. Nous venons de voir, dans le précédent paragraphe, comment se partage l'actif; nous verrons dans celui-ci comment se partage le passif, et comment il se paie. Le principe général est que « les dettes de la communauté sont, » pour moitié, *à la charge* de chacun des époux » ou de leurs héritiers (1482) (1). »

Ainsi, le Code a suivi, pour la contribution aux dettes de communauté entre les époux ou leurs héritiers, le grand principe d'équité naturelle, qui veut que chaque associé supporte, dans la même proportion, les pertes et les profits.

232. Mais remarquez que notre art. 1482 ne dit pas, comme le dit à l'égard des héritiers, pour les dettes d'une succession, l'art. 873, que les époux ou leurs héritiers *sont tenus* pour moitié; il dit, au contraire, qu'elles sont *à leur charge* pour moitié, c'est-à-dire qu'ils y doivent *contri-*

(1) L'article ajoute que « les frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage, font partie de ces dettes. »

buer pour une moitié. Or, il ne faut pas confondre l'obligation aux dettes, qui n'a de rapport qu'aux créanciers, avec la contribution aux dettes, qui ne regarde que les associés. L'obligation et la contribution aux dettes sont donc deux choses très-différentes (1) : car on peut être *tenu* ou obligé aux dettes envers les créanciers pour une quotité plus forte, et n'être tenu d'y contribuer que pour une moindre ; comme on le voit par l'art. 1484, qui porte que « le mari est *tenu* pour la totalité » des dettes de la communauté par lui contractées ; » ce qui veut dire que les créanciers peuvent agir, et obtenir condamnation contre lui, pour la totalité de la dette, quoiqu'il n'y doive contribuer que pour une moitié ; aussi, l'article ajoute : « Sauf son recours contre la femme ou ses » héritiers, pour la moitié desdites dettes. »

233. Cette obligation du mari à la totalité des dettes de communauté qu'il a contractées, est d'une exacte justice ; car il existe entre lui et les créanciers un lien de droit, auquel l'acceptation de la communauté par la femme ne peut porter atteinte. En effet, quoique les créanciers ne puissent être censés ignorer que l'acceptation facultative de la femme la soumet à contribuer aux dettes pour moitié, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne traitent point avec la femme ; qu'en traitant avec le mari, c'est sa foi seule qu'ils ont suivie ; *ejus solius fidem secuti sunt*.

(1) Comme nous l'avons dit tom. IV, pag. 552.

234. Mais serait-il tenu également de la totalité d'une dette qu'il aurait contractée conjointement avec sa femme, sans expression de solidarité? La raison d'en douter est que s'il se fût obligé conjointement avec toute autre personne, sans expression de solidarité, la dette se diviserait de plein droit; il ne serait censé s'être obligé que pour sa part.

Néanmoins, dit Pothier, n°. 729, on décide *communément* que, même dans le cas où le mari s'est obligé conjointement avec sa femme, il est censé s'être obligé pour le tout, et qu'il demeure, après la dissolution de la communauté, débiteur pour la totalité envers le créancier. La raison en est que, lorsqu'on fait intervenir une femme à l'obligation du mari, l'intention des parties est de procurer une plus grande sûreté au créancier, plutôt que de partager et de diminuer l'obligation du mari. Or, *quod fit in cautionem et securitatem majorem, non debet parere diminutionem aut detrimentum*, suivant l'axiôme des docteurs.

Mais cette décision, que Pothier appuie sur l'opinion *communément* suivie sous la jurisprudence antérieure, doit-elle encore être suivie sous l'empire du Code? L'affirmative nous paraît certaine; car on ne saurait nier que la dette contractée par le mari, conjointement avec la femme, est une dette de communauté. Or, l'art. 1484 dit généralement, et sans distinction, que le mari est *tenu* pour la *totalité* des dettes de communauté, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour la moitié desdites dettes.

235. On ne peut, contre ce que nous venons de dire, tirer aucune induction de l'art. 1487, qui porte que la femme, même personnellement obligée pour une dette de communauté, ne peut être poursuivie que pour moitié de cette dette; car il n'implique aucune contradiction que le mari puisse être poursuivi pour la totalité, sauf son recours pour moitié contre la femme, et que celle-ci puisse néanmoins, si le créancier le préfère, l'être pour la moitié, à laquelle d'ailleurs elle doit contribuer, suivant l'art. 1482, quand même elle n'aurait pas contracté d'obligation personnelle.

Il nous paraît que l'art. 1487 a eu pour but de trancher une controverse qui s'était élevée à l'occasion des dettes de communauté contractées par le mari, conjointement avec sa femme, sans expression de solidarité. Il s'agissait de savoir si, après la dissolution de la communauté et le partage fait des biens qui la composaient, le mari pouvait être poursuivi pour la totalité de la dette, sauf son recours pour moitié vers la femme ou ses héritiers. Bacquet, dans son *Traité des droits de justice* (1), après avoir balancé le pour et le contre, finit par résoudre la question en faveur du mari, et pense que le mari ne peut être poursuivi que pour la moitié. Il ajoute que c'est ainsi que la résout Dumoulin, dans son *Traité de usuris*, quest. 38, nos. 288 et 291.

Lebrun, au contraire (2), résout la question

(1) Chap. 21, n°. 135, pag. 179, de l'édition de 1685.

(2) *Traité de la communauté*, liv. 2.

contre le mari, et soutient qu'il est tenu pour le tout envers les créanciers : il regarde sa décision comme d'un usage certain. La raison qu'il en donne, c'est que « le mari étant seul maître de la » communauté, qu'il peut soutenir ou ruiner à son » gré, il est vrai de dire que les créanciers suivent » absolument sa foi, quand ils contractent avec lui » et avec sa femme;.... qu'en un mot, la femme » a beau s'obliger avec son mari, c'est toujours le » mari qui reçoit; ainsi, il est juste qu'il soit tenu » solidairement, même après le mariage et le partage de la communauté. » Il ajoute que Dumoulin, cité par Bacquet, n'est pas précis.

C'est l'avis de Lebrun qu'embrasse Pothier, principal guide des rédacteurs du Code. Néanmoins, il ne donne cette décision que comme une opinion *communément* suivie. Il ne croyait donc pas que ce fût une conséquence nécessaire des principes. Le Code a voulu, ce nous semble, trancher irrévocablement la question, quand, après avoir dit, en général, et sans aucune exception, dans l'article 1484, que le mari est *tenu* pour la totalité des dettes de la communauté *par lui contractées*, au nombre desquelles sont certainement celles qu'il a contractées avec sa femme, il ajoute, art. 1487, en faveur des créanciers, que lorsque la femme s'est personnellement obligée pour une dette de communauté, elle peut être poursuivie pour la moitié.

Cette décision est conforme aux principes; car que cette dette soit pour la communauté, il n'est pas moins vrai qu'il s'est formé entre la femme et

le créancier un lien de droit, qui doit produire quelque effet; et cet effet est qu'elle peut être poursuivie pour moitié de la dette contractée sans solidarité, conjointement avec le mari, quoiqu'elle ne puisse pas l'être pour les dettes contractées par le mari seul, auxquelles elle ne s'est point obligée personnellement.

236. C'est donc le lien de droit personnel entre chaque époux et les créanciers que le Code, avec raison, a pris pour règle de leurs obligations, comme nous allons le voir en examinant avec soin toutes et chacune des dispositions de cet important paragraphe.

1^o. Si le mari est seul tenu pour la totalité des dettes de la communauté par lui seul contractées, sauf son recours envers sa femme ou ses héritiers, qui doivent y contribuer pour moitié (1484), c'est que le lien de droit existe contre lui pour la totalité de ces dettes; mais les créanciers ne peuvent poursuivre personnellement pour la totalité des mêmes dettes ni la femme ni ses héritiers. Pourquoi? C'est qu'il n'existe et n'a jamais existé, dans le principe, de lien de droit personnel entre eux et la femme. La preuve en est qu'elle ne peut jamais être tenue à leur égard aux dettes de communauté, que jusqu'à concurrence de son émolument; et si, dans le cas d'acceptation de la communauté, elle en est tenue personnellement pour moitié, sauf la réduction que lui accorde l'art. 1483, que nous expliquerons bientôt, c'est qu'il se forme entre elle et les créanciers, par cette acceptation, un lien de droit en vertu d'un quasi-contrat, pareil à celui

qui se forme entre l'héritier et les créanciers d'une succession (1). Si elle paie une dette de communauté au-delà de sa moitié, elle n'a point de répétition contre les créanciers pour l'excédant, à moins que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était pour sa moitié (1488), parce qu'alors le paiement serait fondé sur une erreur.

237. 2°. Mais si la femme s'est personnellement obligée, conjointement avec son mari, néanmoins sans solidarité, pour une dette de communauté, il existe alors, entre elle et le créancier, un lien de droit personnel pour moitié de la dette, et elle peut être poursuivie pour cette moitié, quoique le mari puisse être poursuivi pour la totalité, si le créancier préfère s'adresser à lui, parce que ce n'en est pas moins une dette de communauté, contractée par lui conjointement avec sa femme, et qu'il est, comme chef de la communauté, considéré à l'égard des créanciers comme seul obligé.

238. 3°. Il existe contre la femme, en faveur des créanciers, un lien personnel pour la totalité des dettes auxquelles elle était obligée avant le mariage.

En conséquence, le Code dit, art. 1486, que
« la femme peut être poursuivie pour la totalité
» des dettes qui procèdent de son chef, et qui
» étaient entrées dans la communauté, sauf son
» recours contre le mari ou son héritier, pour la
» moitié desdites dettes. »

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tom. IV, pag. 528, *in fine*.

Ces dettes sont celles qu'elle avait personnellement contractées, et celles de successions lui échues avant le mariage, auxquelles elle était devenue personnellement obligée par son acceptation.

239. Mais le mari qui était tenu de ces dettes pour la totalité pendant le mariage, parce qu'elles étaient entrées dans la communauté, dont il était le seul chef et maître, doit-il encore en être tenu pour le tout, après que sa qualité de chef a cessé par la dissolution de la communauté?

Il y avait encore sur ce point division d'opinions entre les jurisconsultes. Les uns pensaient, dit Pothier, n^o. 730, que le mari ayant été débiteur de ces dettes pour la totalité envers les créanciers, en qualité de chef de la communauté, il continuait de l'être après sa dissolution. Pothier se prononce pour l'opinion contraire, et pense que le mari n'ayant pas lui-même contracté les dettes, et n'en ayant été débiteur qu'en qualité de chef et seigneur de la communauté, cette qualité venant à se restreindre à celle de *commun* pour moitié, par la dissolution de la communauté, lorsqu'elle a été acceptée par la femme, il ne doit plus demeurer débiteur que pour moitié envers le créancier.

L'opinion de Pothier est érigée en loi par l'article 1485, qui est une limitation de l'art. 1484, par lequel il est tenu pour la totalité des dettes de communauté, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers pour la moitié. Art. 1485. « Il n'est » tenu que pour moitié de celles *personnelles* à la » femme, et qui étaient tombées à la charge de la » communauté. »

Cet article les appelle dettes *personnelles* de la femme. L'art. 1486 dit, en d'autres termes, les dettes qui procèdent de son chef.

Il est donc certain, *en point de droit*, que, sous l'empire du Code, le mari *n'est tenu*, après la dissolution de la communauté, si elle est acceptée, que pour moitié aux dettes qui procèdent du chef de la femme, conformément à l'opinion de Pothier, sauf aux créanciers, si les biens qu'elle a reçus en partage ne suffisent pas, à revenir contre le mari pour le surplus.

240. Mais, *en point de doctrine*, on peut opposer à l'opinion de Pothier les raisons les plus fortes en faveur de l'opinion de ceux qui pensaient que le mari continuait, après la dissolution de la communauté, d'être tenu envers les créanciers pour la totalité de ces dettes. Car il est certain qu'il existe contre lui, en leur faveur, un lien de droit personnel⁽¹⁾, qui se forme par un quasi-contrat, à l'instant même du mariage, de la même manière qu'il s'en forme un, à l'instant de l'adition d'hérédité, entre l'habile à succéder et les créanciers de la succession. Car, suivant l'ancienne règle de notre droit français, à laquelle le Code n'a point dérogé, *qui épouse la femme épouse les dettes*. En se mariant, l'époux s'oblige donc

(1) L'existence de ce lien personnel entre le mari et les créanciers de la femme antérieurs au mariage, est reconnue par la *Coutume de Paris*, art. 221, et les commentateurs. Voy. Ferrière sur cet article, et M. Camus, pag. 125, *ibid.*

personnellement, quoique tacitement, à payer les dettes de sa future, et cette obligation existe nécessairement, à moins que les époux, par leurs conventions matrimoniales, ne stipulent qu'ils paieront séparément leur dettes. Faut-il d'avoir inséré cette clause, le futur est donc censé consentir à l'obligation de les payer. Il y a donc, dans la réalité, un lien de droit personnel contre lui en faveur des créanciers, et ce lien une fois formé, n'est point rompu par la dissolution de la communauté, comme le prouve l'art. 1494, qui décharge la femme renonçante de toute contribution aux dettes de la communauté, pour les laisser à la charge du mari, en réservant néanmoins leurs droits aux créanciers qui avaient eu la femme pour obligée personnelle, sauf son recours contre le mari ou ses héritiers.

Pour éluder la conséquence de ce raisonnement, auquel il nous paraît difficile de répondre, Pothier dit que si le lien qui obligeait le mari envers les créanciers personnels de la femme n'est pas rompu, il est du moins *restreint* par la dissolution de la communauté; parce que, n'ayant pas lui-même contracté ces dettes, il n'en était débiteur qu'en qualité de chef et seigneur de la communauté; et qu'étant, par sa dissolution, réduit à la qualité de *commun* pour moitié, il ne doit plus demeurer débiteur que pour moitié envers les créanciers. Pour appuyer cette opinion, il rappelle la différence entre les dettes contractées par le débiteur en son nom propre, « qui ne s'abolissent » point, dit-il, jusqu'à ce qu'elles soient acquittées:

» *Cum nemo propriam personam exuere possit.* Au
» contraire, celles qu'on contracte en une certaine
» qualité ne subsistent qu'autant et que pour la
» part pour laquelle subsiste la qualité en laquelle
» elles ont été contractées. »

Cette différence est vraie, si on l'applique aux dettes contractées en qualité de mandataire, de tuteur, et même en qualité d'héritier. Une personne qui se croyait unique héritière a passé, en cette qualité, une transaction par laquelle elle s'est obligée de payer une somme de 1,200 fr., pour éteindre un procès de la succession. Elle est depuis, et avant le paiement, évincée par un parent plus proche; elle est libérée de l'obligation qu'elle avait contractée en qualité d'héritière, et cependant la transaction est valide, comme nous l'avons vu, tom. VII, n^{os}. 28 et 29, pag. 30. Il y avait erreur dans la qualité. L'héritier apparent, qui croyait agir comme véritable héritier, se trouve n'avoir agi que comme *negotiorum gestor*.

Supposons qu'au lieu d'être évincé en totalité par un héritier plus proche, il ne le soit que pour moitié par un habile à succéder en degré égal, qui vient partager la succession; la dette ou l'obligation de 1,200 fr. ne subsiste plus que pour moitié, parce qu'elle ne doit subsister, suivant le principe de Pothier, que *pour la part pour laquelle subsiste la qualité en laquelle elle a été contractée*. Cela est très-vrai.

Mais qu'y a-t-il de commun ou d'analogie entre ces cas et celui d'une masse de biens et de dettes appelée improprement *communauté*, dont le mari

est seul maître et seigneur, et qu'à sa mort, ou à celle de sa femme, celle-ci ou ses héritiers ont la faculté de venir partager avec lui ou ses héritiers, ou d'y renoncer; et comment en conclure que le mari est, par leur acceptation facultative, dégagé de l'obligation personnelle de payer les dettes de sa femme antérieures au mariage, obligation qu'il a contractée au moment même où elle lui a transféré irrévocablement la propriété de tous ses biens mobiliers, argent et crédits actifs? (1) Car, enfin, cette obligation de payer les dettes n'est point gratuite, puisqu'il reçoit en même tems tout l'actif mobilier de la femme. Comment donc pourrait-il diviser le contrat? Voilà ce que nous ne concevons jamais.

Pour rendre son opinion plausible, Pothier compare ce cas à celui d'un fidéjusseur, et renvoie à son *Traité des obligations*, n°. 381, où il traite la question de savoir si la rescision de l'obligation principale entraîne celle de l'obligation accessoire. Il distingue si l'obligation principale est rescindée pour un vice radical, comme le dol, la violence, l'erreur, etc. En ce cas, la rescision de l'obligation principale entraîne celle de l'obligation accessoire, qui ne peut subsister sans la principale. Si celle-ci est rescindée pour des raisons personnelles au débiteur principal, par exemple, pour minorité, l'obligation accessoire subsiste, parce que le mineur est encore obligé naturellement; ce qui suffit

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, n°. 376.

pour la validité du cautionnement; à moins toutefois que le mineur ne se fût obligé en une qualité détruite par la rescision; par exemple, si le mineur s'était obligé en qualité d'héritier, et qu'il eût été restitué contre son acceptation de la succession; car la qualité d'héritier, en laquelle il s'était obligé, étant détruite par la restitution, l'obligation s'évanouit, le mineur n'est pas obligé, même naturellement.

Nous avons déjà vu que l'obligation de l'héritier apparent, pour affaires relatives à la succession, est anéantie par l'éviction et la présence du véritable héritier.

Mais quelle conséquence peut-on tirer de là pour l'anéantissement, par la dissolution de la communauté, de l'obligation légale qu'a contractée le mari envers les créanciers personnels de sa femme, au moment même où elle lui transférait la propriété de tout son mobilier?

Nous persistons donc à penser, en point de doctrine, que l'obligation du mari envers les créanciers de sa femme, antérieurs au mariage, n'est point détruite par la dissolution de la communauté, et l'acceptation de la femme ou de ses héritiers; et qu'en se tenant au raisonnement, il faudrait dire que les créanciers continuent, après la dissolution de la communauté, d'avoir une action contre lui pour la totalité, sauf son recours pour moitié contre la femme; et qu'ils auraient aussi, à leur option, une action personnelle contre la femme, sauf son recours pour moitié contre le mari, parce que l'ancienne obligation qu'elle a

contractée personnellement envers eux n'a point été détruite par son mariage.

241. Au contraire, l'art. 1485, si l'on s'en tenait aux expressions dont il s'est servi, romprait pour moitié le lien de droit qui s'était formé contre le mari, en faveur des créanciers de la femme antérieurs au mariage, en vertu de l'ancien principe, *qui épouse la femme épouse les dettes*. Il paraîtrait même le rompre entièrement : « *Il (le mari)* » *n'est tenu que pour moitié*, » dit cet article. Il ne pourrait donc être poursuivi par les créanciers pour une somme plus forte que cette moitié ; et si l'on s'en tenait à cette disposition rigoureuse, les créanciers perdraient, dans le cas où la femme ne pourrait les payer. Ainsi entendu, l'art. 1485 irait beaucoup plus loin que Pothier. Cet auteur ne dit pas que le lien de droit ne subsiste plus que pour moitié, ou, en d'autres termes, que le mari n'est plus *tenu* que pour moitié des dettes personnelles à la femme, tombées à la charge de la communauté : d'où s'ensuivrait qu'il ne peut être poursuivi au-delà de la moitié ; il affirme au contraire qu'il peut l'être, si la femme ou ses héritiers n'ont pas eu en partage des biens suffisans pour payer leur moitié. Après avoir dit qu'il pense que le mari n'ayant lui-même contracté ces dettes, n'en ayant été débiteur qu'en sa qualité de chef et seigneur de la communauté, « cette qualité venant à se res- » treindre, par la dissolution de la communauté, » lorsqu'elle est acceptée par les héritiers de la » femme, à celle de *commun* pour moitié, il ne » doit plus demeurer débiteur que pour moitié

» envers les créanciers; sauf, ajoute cet auteur,
» que si les biens de la communauté échus par le
» partage aux héritiers de la femme n'étaient pas
» suffisans pour acquitter l'autre moitié, *il serait*
» *encore tenu* envers les créanciers de ce qui s'en
» manquerait, comme il l'est envers les héritiers. »

Tel est certainement aussi le véritable sens de l'art. 1485, dont la disposition concise doit être expliquée et modifiée par les principes établis dans les articles précédens. Elle porte que le mari n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme, et qui étaient tombées à la charge de la communauté. Voilà donc, par la dissolution de la communauté, ces dettes divisées de plein droit entre le mari et la femme ou leurs héritiers. Il en résulte que les créanciers n'ont d'action directe contre le mari que pour une moitié, et pour l'autre moitié, contre la femme ou ses héritiers. Mais l'art. 143 du Code donne aux héritiers de la femme le privilège de n'être tenus aux dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de leur émolument. Supposons donc qu'un créancier de la communauté d'une somme de 20,000 fr., leur en demande 10,000, pour la moitié pour laquelle il a contre eux une action directe. Ils répondent qu'ils n'ont eu qu'une somme de 5,000 fr. de la communauté, et qu'ils ne peuvent être tenus au-delà. Il reste dû 5,000 fr. au créancier. Il demande cette somme par action récursoire au mari, qui s'en défend, en alléguant que l'art. 1485 ne le soumet qu'à la moitié des dettes, qu'il a déjà payée. Le créancier lui répond que cet article n'a

entendu parler que de l'action directe, quand il a dit que le mari n'était tenu que pour moitié; mais qu'en divisant cette action, le Code, qui a donné à la femme et à ses héritiers le privilège de n'être tenus aux dettes de communauté que jusqu'à concurrence de leur émolument, n'a ni voulu ni pu ravir aux créanciers l'action récursoire, ni rompre le lien de droit qui s'est formé entre eux et lui, pour la totalité des dettes de la femme; qu'il a seulement divisé l'action directe qu'ils avaient contre lui. C'est ce qui résulte de la doctrine de Pothier, sous l'empire de la Coutume de Paris, d'où le Code a emprunté la disposition de notre art. 1483, qui nous reste à expliquer.

242. Cet article porte : « La femme n'est tenue » aux dettes de la communauté, soit à l'égard du » mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à » concurrence de son émolument, pourvu qu'il y » ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant » compte tant du contenu de cet inventaire, que » de ce qui lui est échu par le partage. »

Il en résulte qu'à l'exception des dettes personnelles de la femme (1), ou qui proviennent de son chef, elle n'est pas tenue personnellement aux dettes de la communauté, quelles qu'elles soient, mais seulement en qualité de détentrice des biens qui en dépendaient, qu'elle a reçus en partage.

243. Ce privilège, introduit d'abord par la ju-

(1) Les art. 1486 et 1494 lui donnent même pour ces dettes un recours contre son mari ou ses héritiers.

jurisprudence des arrêts (1), fut enfin confirmé lors de la réformation de l'ancienne Coutume de Paris, par un nouvel article qu'on y ajouta. C'est l'article 228. C'est de là qu'est tiré notre art. 1483, dont la rédaction est un peu différente, quoique le but en soit le même, la conservation des propres de la femme. Voici le texte de la Coutume de Paris, art. 228 : « Le mari ne peut, par contrat et obligation faite devant ou durant le mariage, obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusqu'à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté, pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints, soit fait loyal inventaire, et qu'il n'y ait fraude ni faute de la part de la femme ou de ses héritiers. »

Le texte de cet article donne aux héritiers de la femme le même privilège qu'à la femme elle-même. Ce n'est point ici un privilège personnel, puisqu'il s'agit de la conservation de ses propres. Le Code a renfermé tous les droits des héritiers, tant de la femme que du mari, dans la disposition générale de l'art. 1491, qui porte : « Tout ce qui est dit ci-dessus à l'égard du mari ou de la femme, a lieu à l'égard des héritiers de l'un ou de l'autre, et ces héritiers exercent les mêmes droits et sont soumis aux mêmes actions que le conjoint qu'ils représentent. »

(1) Voy. l'annotateur de Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 7, sect. 1, n°. 13.

244. Le texte de la Coutume de Paris, outre la disposition qui ne soumet la femme aux dettes de communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, contient de plus la cause de cette disposition; c'est que le mari n'a de puissance que sur les biens de la communauté, dont il est le maître, et qu'il n'en a aucune sur ceux de sa femme, sans son consentement. Si la femme, en acceptant la communauté, était tenue indéfiniment et personnellement aux dettes, le mari pourrait indirectement obliger les propres de la femme, en contractant des dettes supérieures aux biens de la communauté. Supposons-les d'une valeur de 60,000 fr., et que les dettes contractées par le mari s'élèvent à 80,000 fr. Si la femme en était tenue indéfiniment et personnellement, la moitié de l'actif de la communauté ne lui donnant que 30,000 fr., et la moitié du passif 40,000 fr., elle serait obligée de prendre 10,000 fr. sur ses propres.

Il est vrai qu'elle a la faculté de renoncer, et que sa renonciation la décharge de toute contribution aux dettes, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers (1494), et que la loi lui permet, lui ordonne même de faire faire un inventaire des biens, pour connaître les forces de la communauté. Mais elle peut avoir été induite en erreur par un inventaire, après lequel il s'est découvert des dettes qu'on ne connaissait pas. Le seul remède en faveur de la femme, que la loi doit protéger contre les abus de la puissance qu'elle donne au mari sur les biens de la communauté,

dont elle le rend maître et propriétaire, était de consacrer le principe que la femme, même acceptante, n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, et comme détentrice des biens qu'elle a reçus en partage, pourvu qu'elle puisse justifier, par un inventaire fidèle et légal, de la valeur de son émolument. Ainsi, les créanciers n'ont point à se plaindre de cette disposition, qui laisse tous leurs droits intacts vers le mari ou ses héritiers, et qui n'est que la conséquence nécessaire et l'observation exacte des règles relatives à la société conjugale, lesquelles ne permettent pas au mari d'obliger les propres de sa femme sans son consentement.

245. La disposition de notre art. 1483 a de l'analogie avec le bénéfice d'inventaire que la loi accorde aux habiles à succéder, lorsque la succession est suspecte, afin de n'être pas tenus aux dettes au-delà des forces de l'hérédité, et obligés de payer le surplus sur leurs propres biens; mais la prérogative de la femme en diffère sous des rapports essentiels.

La propriété des biens d'une succession bénéficiaire réside, il est vrai, sur la tête de l'héritier; mais par un privilège spécial, il ne s'en fait aucune confusion avec les siens propres (802). Ce sont toujours, malgré son acceptation, deux patrimoines séparés. Il n'administre les biens de la succession que pour les créanciers, et pour leur en rendre compte, quand ils le jugent à propos, sans pouvoir disposer d'aucune partie des meubles ni des immeubles, autrement qu'aux enchères et dans

la forme légale. Tout acte qui excéderait les bornes de l'administration, la vente volontaire, par exemple, de la moindre partie des biens, ne serait pas nul, à la vérité, parce qu'il peut, quand il le veut, renoncer au bénéfice; mais cet acte l'en ferait déchoir de plein droit. Il serait censé y avoir renoncé, pour s'en tenir à la qualité d'héritier pur et simple, qui opérerait la confusion des biens de la succession avec les siens propres, sur lesquels les créanciers pourraient agir directement, sans être obligés de discuter ceux de la succession.

La veuve, au contraire, a, du moment de son acceptation, la propriété et la disposition pleine et libre de la moitié des biens de la communauté, sans être tenue de rendre compte à personne de la manière dont elle les administrera. Ils sont irrévocablement confondus avec ses anciens propres, et ne forment avec eux qu'un seul et même patrimoine. Elle peut les vendre, ou autrement les aliéner, aussi bien les uns que les autres; en un mot, en disposer comme bon lui semble, sans que personne puisse critiquer ce qu'elle a fait; elle est seulement tenue de payer, jusqu'à concurrence de son émolument, la moitié des dettes de la communauté, et elle y est tenue même sur ses anciens propres (1), confondus désormais avec les biens de la communauté qu'elle a reçus ou recevra en partage. Elle peut être poursuivie indistinctement, sur les uns comme sur les autres.

(1) Voy. Pothier, tom. II.

par les créanciers de la communauté, sans pouvoir s'en défendre autrement que par l'exception qui lui est accordée par la loi, de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. En cela, son privilège est moindre que celui de l'héritier bénéficiaire, qui ne peut jamais être poursuivi sur ses biens propres.

246. Voici encore un point dans lequel le privilège de la femme diffère de celui de l'héritier bénéficiaire. L'art. 802 donne à ce dernier, comme à la femme, le privilège de n'être tenu du paiement des dettes que jusqu'à la valeur des biens qu'il a recueillis de la succession; mais il ajoute : « Même de pouvoir se décharger du paiement des » dettes, en abandonnant tous les biens de la suc- » cession aux créanciers. » Il s'agit de savoir si la femme peut, comme l'héritier bénéficiaire, abandonner, pour demeurer quitte, tous les biens qu'elle a reçus en partage.

L'art. 1483 n'accorde à la femme le privilège de n'être point tenue aux dettes *ultra vires*, qu'en rendant compte tant du contenu de l'inventaire, que de ce qui lui est échu en partage.

247. Ces expressions ont paru équivoques, et l'on a demandé si la femme doit rendre compte de la valeur des biens contenus en l'inventaire, suivant la prise qui en a été faite, ou plutôt, si elle ne doit pas rendre compte des choses mêmes en nature, et les abandonner aux créanciers, comme l'héritier bénéficiaire se décharge du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession.

Pothier, qui a écrit sous l'ancienne jurisprudence, dit, sans distinction, n°. 735, que la femme ou ses héritiers peuvent se décharger des dettes de la communauté, en comptant de ce qu'ils en ont amendé, et en abandonnant *tout ce qui leur en reste*. Mais il distingue, n°. 747, les meubles des immeubles. Si ce sont des meubles, dit-il, la femme doit s'en charger, suivant la prisée qui en a été faite par l'inventaire, et elle ne serait pas recevable à les abandonner en nature, *après les avoir usés* : manière de parler qui suppose qu'elle le pourrait, s'ils n'étaient ni usés, ni détériorés.

Si ce sont, continue-t-il, des héritages, elle doit s'en charger, suivant l'estimation qui en a été faite par le partage, *si mieux elle n'aime les abandonner*.

Ainsi l'abandon serait une faculté, selon Pothier. Il ne pensait pas, et aucun des auteurs qui ont traité la question, ne pensait non plus que la femme pût être forcée d'abandonner aux créanciers les biens qui lui sont échus en partage.

M. Bellot des Minières, qui, sous l'empire du Code, a traité la question d'une manière assez prolixie, pense que la femme a le droit d'abandonner les immeubles qu'elle a reçus en partage, mais non pas les meubles, quand même ils ne seraient pas usés, parce qu'ils sont susceptibles de dépérir par l'usage, et qu'il est difficile de les reconnaître.

Quant à nous, nous pensons que non seulement la femme ne peut être contrainte d'abandonner aux créanciers les biens de communauté qui lui

sont échus, mais aussi qu'elle ne peut les forcer de recevoir l'abandon des meubles ni des immeubles, soit en tout, soit en partie; nous fondons cette opinion sur un principe incontestable, reconnu par Pothier, et sur le texte même du Code.

Il est d'abord certain que la femme n'a point le privilège du bénéfice d'inventaire, dont l'effet est d'empêcher la confusion des biens personnels de l'héritier avec ceux de la succession, dont il n'est regardé que comme l'administrateur, dit Pothier, n^o. 737; en sorte que s'ils le poursuivaient sur ses biens personnels, il pourrait les renvoyer sur les biens de la succession.

Il n'en est pas de même, dit cet auteur, du privilège que la loi donne à la femme de n'être pas tenue aux dettes *ultra vires*. En acceptant la communauté, elle est de plein droit tenue à la moitié des dettes *personnellement*, et sur ses biens propres. *Elle peut donc*, ajoute Pothier, *être poursuivie sur ses propres biens, pour sa part des dettes*. Supposons que les biens qui lui sont échus s'élèvent à 50,000 fr., et qu'il survienne des créanciers de la communauté pour pareille somme, dont la moitié est due par les héritiers du mari. La voilà constituée débitrice personnelle de 25,000 fr., qu'elle ne peut se dispenser de payer, puisque son émolument dans les biens de la communauté est de 50,000 fr. Pourra-t-elle, au lieu de l'argent qui leur est dû, offrir aux créanciers des effets de la communauté, ou même une terre qu'elle a reçue en partage, sur le pied de 25,000 fr., et les contraindre à recevoir ses offres?

Non, certes, car l'art. 1243 du Code porte que
 « le créancier ne peut être contraint de recevoir
 » une autre chose que celle qui lui est due, quoique
 » la valeur de la chose offerte soit égale ou même
 » plus grande. »

Supposons, au contraire, que les créances pour lesquelles la femme est poursuivie, excèdent la valeur des biens qu'elle a reçus en partage. Pourrait-elle les abandonner, pour demeurer quitte envers les créanciers, et les contraindre à recevoir cet abandon ?

Non encore ; car ce n'est qu'à l'héritier bénéficiaire que l'art. 802 donne le privilège « de pouvoir se décharger du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires. » Or, la femme qui ne jouit pas des privilèges du bénéfice d'inventaire, comme l'enseigne Pothier, la femme dont les biens personnels sont irrévocablement confondus avec ceux qui lui sont échus des biens de la communauté, et qui peut être poursuivie sur ses biens propres, comme sur ceux de la communauté, ne peut, contre la disposition de l'art. 1243, forcer les créanciers à recevoir, au lieu de l'argent qui leur est dû, les biens de la communauté qui lui sont échus en partage.

C'est ce qui nous paraît complètement démontré.

248. Ainsi, pour jouir du privilège de n'être pas tenue des dettes *ultra vires*, la femme doit tenir compte aux créanciers, sur le pied de la prise, comme le dit Pothier, tant du contenu de l'in-

ventaire que de ce qui lui est échu par le partage.
(1483).

Remarquons en passant que cet article suppose qu'il y a des biens de la communauté qui peuvent n'être pas compris dans l'inventaire, puisqu'il oblige la femme à compter tant du contenu de l'inventaire que *de ce qui lui est échu en partage*. Ce qui s'applique sans doute aux immeubles que, par un usage abusif (1), on omet presque toujours de comprendre dans l'inventaire; abus que tolère tacitement le Code par cette disposition. On supplée alors au silence ou à l'omission de l'inventaire, par l'estimation donnée aux biens dans le partage, ou par un prisage conventionnel. Ce qui peut faire naître beaucoup de difficultés dans le partage.

249. Mais, quant aux meubles, la femme ne peut justifier aux créanciers du montant et de la valeur de son émolument, d'aucune autre manière qu'en représentant un bon et fidèle inventaire, fait dans les formes légales; faute de quoi elle est déchue de son privilège, et soumise indéfiniment à payer la moitié des dettes, quel qu'en soit le montant. Elle alléguerait vainement que cette moitié surpasse son émolument, et vainement prétendrait-elle le prouver par un acte de partage, même authentique, fait avec son mari ou ses héritiers, des biens tant mobiliers qu'immobiliers de la communauté.

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. II, n°. 1192.

250. Il en serait autrement à l'égard des héritiers du mari. Ce partage, même sous seings privés, leur serait opposé avec succès, comme une preuve qu'ils ne peuvent désavouer, puisqu'ils y étaient parties (1). Or, notre art. 1483 accorde à la femme le privilège de n'être pas tenue aux dettes *ultra vires*, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, et l'art. 1490 porte : « Toutes les » fois que l'un des copartageans a payé des dettes » de la communauté au-delà de la portion dont il » était tenu, il y a lieu au recours de celui qui a » trop payé contre l'autre. »

Supposons donc que la femme et les héritiers du mari ont partagé, sans inventaire, tous les biens mobiliers et immobiliers de la communauté. La femme ne pourra opposer ce partage aux créanciers, pour constater son émolument; mais elle pourra s'en servir pour exercer, en vertu de l'article 1490, un recours en garantie contre les héritiers du mari, en prouvant, par le partage, que son émolument est inférieur à ce qu'on lui demande.

251. Voyons maintenant de quoi est composé le compte que la femme doit rendre aux créanciers. Elle doit se charger en recette de tous les effets qu'elle retire de la communauté, tant en partage qu'à titre de préciput (2), si le contrat de mariage lui en donnait un; car c'est un émolument qu'elle

(1) Pothier, n°. 745.

(2) Pothier, n°. 747.

retire de la communauté. Elle se charge des meubles, comme nous l'avons déjà vu, suivant la prisee qui en a été faite par le prisage; des immeubles, suivant l'estimation qui en a été donnée par le partage, sinon à dire d'experts. Il est vrai que l'estimation donnée par le partage est souvent trop faible; mais les créanciers ont droit de s'adresser au mari ou à ses héritiers, pour se faire payer du surplus de leurs créances; et d'ailleurs ils sont en faute de ne s'être pas opposés avant le partage.

252. La femme doit aussi se charger en recette de la moitié de ce qui a été tiré pendant le mariage du fonds de la communauté, pour la dotation des enfans communs, lorsqu'elle les a dotés conjointement avec son mari (1438). Car, en dotant conjointement avec son mari, elle est censée avoir pris pour son compte la moitié de ces dots, et avoir tiré de la communauté cette moitié. C'est par ce motif qu'en cas de renonciation à la communauté, elle est obligée d'en faire déduction sur la restitution qui lui est faite de ses propres. Elle doit donc, par la même raison, s'en charger en recette, dans le compte qu'elle rend aux créanciers, comme d'un émolument qu'elle retire de la communauté.

Il en serait autrement de la dot constituée par le mari seul. Si elle avait été payée durant le mariage, ce serait une somme de moins qui se trouverait dans la communauté; si elle ne l'avait pas été, ce serait une dette de communauté ordinaire, dont la femme devrait la moitié.

253. Enfin, la femme doit rendre compte des

fruits qu'elle a perçus, après compensation faite jusqu'à due concurrence, dit Pothier, avec les intérêts des sommes qu'elle a payées, tant à des tiers qu'à elle-même, pour l'acquittement des dettes de communauté. Pothier, n°. 747.

254. Après avoir ainsi composé la charge de compte, on doit allouer à la femme, en décharge ses mises et déductions; savoir :

1°. Ce qu'elle a payé pour sa part des frais de scellés, inventaire, vente du mobilier, liquidation, licitation et partage, qui font partie des dettes de communauté (1482); car ce n'est que sous la déduction de ces charges qu'elle amende des biens de la communauté, suivant l'expression de la Coutume de Paris, ou qu'elle a un émolument, suivant celle du Code;

2°. Ce qu'elle a payé à d'autres créanciers qui se sont présentés les premiers pour être payés car la femme peut et doit payer les créanciers de la communauté, comme un héritier bénéficiaire paie les créanciers de la succession. Sur quoi faut distinguer deux cas, celui où il y a des créanciers opposans, et celui où il n'y en a pas. Les créanciers, tant d'une communauté que d'une succession bénéficiaire, peuvent, suivant les art. 90 et 926 du Code de procédure, requérir l'apposition des scellés, et former leur opposition à ce qu'il soit rien fait au préjudice de leurs droits; s'il y a des opposans, la femme, non plus que l'héritier bénéficiaire, ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (80 et 1242). Les créanciers ont le droit de s'oppos

à ce qu'il soit procédé à la liquidation et au partage de la communauté, hors de leur présence. Ils ont celui d'y intervenir; mais ils n'ont pas le droit d'attaquer une liquidation faite, ni un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux, et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée (882), ou qu'il n'y ait eu fraude.

255. S'il n'y a pas de créanciers opposans, la femme, ainsi que l'héritier bénéficiaire, paie les créanciers à mesure qu'ils se présentent, toujours jusqu'à concurrence de son émolument, et ces paiemens ne peuvent être critiqués par les créanciers, même antérieurs, qui se présenteraient dans la suite. Les plus diligens n'étaient pas obligés d'attendre, pour recevoir ce qui leur était dû, qu'il s'en présentât d'autres. Ils peuvent répondre avec raison, *meum recepi* (1).

256. Il suit de là que si, dans les liquidations et partages de la communauté faits avant qu'il y eût des oppositions formées, la femme avait fait tous ses prélèvemens, et s'était fait payer de toutes ses créances, de tout ce qui lui était dû, tant par la communauté que par son mari (1478), ce serait une affaire irrévocablement terminée, contre laquelle les créanciers ne pourraient revenir, si ce n'est en cas de fraude (882).

257. Si, au contraire, la femme ne s'était pas fait payer par prélèvement, lors des liquidations et partages; si on avait partagé l'actif de la com-

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. IV, n°. 585.

munauté sans en déduire le passif, elle aurait confondu en elle-même la moitié des reprises et indemnités qui lui étaient dues par la communauté, l'autre moitié resterait due par le mari ou ses héritiers; mais alors, si des créanciers se présentaient ensuite pour réclamer de la femme la moitié d'une dette de communauté, elle ne pourrait s'en défendre qu'en rendant son compte, dans lequel on devrait lui allouer en décharge ou déduction, dit avec raison Pothier, n°. 748, la moitié de sa créance, dont elle avait fait confusion sur elle-même; car cette confusion est un paiement qu'elle s'est fait à elle-même de la moitié de sa créance, qui était une dette de la communauté, paiement qui ne diminue pas moins son émolument dans la communauté, que ceux qu'elle a faits à d'autres créanciers.

Quant à l'autre moitié de sa créance, elle n'a qu'un recours vers son mari ou ses héritiers; mais comme la loi ne lui accorde pour ses reprises et indemnités aucun privilège sur les meubles, lesquels ne sont pas susceptibles d'hypothèque, elle est obligée de venir par contribution avec les créanciers qui se présentent, sauf à exercer son action hypothécaire sur les conquêts immeubles que peut avoir son mari, ou même sur ses propres.

Enfin, on doit allouer à la femme, dit encore Pothier, les frais du compte qu'elle rend aux créanciers, suivant ce principe que le compte est toujours aux frais de l'oyant (471).

258. Quoique la femme ne soit tenue personnellement des dettes de communauté que pour moi-

tié, lorsqu'elles ne procèdent pas de son chef, et même qu'elle n'en soit pas tenue *ultra vires*, elle peut néanmoins, comme détentrice des immeubles de la communauté, être poursuivie hypothécairement pour le total par les créanciers qui ont une hypothèque antérieure à la sienne. C'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 1489, commune aux deux époux, et qui porte : « Celui des » deux époux qui, par l'effet de l'hypothèque » exercée sur l'immeuble à lui échu en partage, se » trouve poursuivi pour la totalité d'une dette de » communauté, a de droit son recours pour la » moitié de cette dette contre l'autre époux ou ses » héritiers. »

259. Mais quels sont les créanciers qui peuvent avoir une hypothèque préférable à l'hypothèque légale de la femme ? L'art. 2135 nous l'apprend. Il porte que l'hypothèque existe « au profit des » femmes, pour raison de leurs dot et conventions » matrimoniales, sur les immeubles de leurs maris, et à compter du jour du mariage. » Donc tous les créanciers dont l'hypothèque est antérieure au mariage, priment celle de la femme, et ont une action hypothécaire préférable à la sienne.

260. L'article ajoute, « que la femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent » de successions à elle échues, ou de donations à » elle faites pendant le mariage, qu'à compter de » l'ouverture des successions, ou du jour que les » donations ont eu leur effet. » Donc les créanciers intermédiaires, entre le contrat de mariage et les successions et donations, priment l'action hypo-

thécaire de la femme, pour les sommes dotales qui en proviennent.

261. Enfin, le même article ajoute, « qu'elle n'a » hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle » a contractées avec son mari, et pour le emploi » de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de » l'obligation ou de la vente. »

Ainsi la femme poursuivie pour une dette de la communauté, dont l'hypothèque est antérieure aux époques dont parle l'article cité, ne peut opposer son hypothèque légale aux créanciers, et n'a d'autre recours que celui que lui donne contre son mari l'art. 1489.

262. Mais Pothier applique encore ici sa théorie favorite d'un mandat tacite, que la femme est présumée avoir donné à son mari, par le seul fait du mariage, et par lequel elle est censée lui avoir donné le pouvoir général de l'obliger avec lui à toutes les dettes qu'il contractera, même sans qu'elle le sache, pendant la durée de la communauté.

En conséquence, il prétend, n°. 752, que lorsque le mari contracte une obligation hypothécaire durant le mariage, il est censé s'être obligé envers le créancier, non seulement en propre nom, mais aussi en qualité de chef de la communauté, sous l'hypothèque de tous les biens qu'il avait alors droit d'hypothéquer, et par conséquent les conquêts de la communauté présents et à venir (1); et

(1) Aujourd'hui les biens à venir ne peuvent être hypothéqués con-

comme la femme qui accepte la communauté est *censée*, suivant Pothier, avoir fait, en sa qualité de commune, tout ce que son mari a fait durant la communauté, elle est *censée* avoir elle-même hypothéqué tous les conquêts de communauté, pour la part qu'elle y aurait en partage.

D'où la conséquence qu'elle ne pourrait opposer son hypothèque légale à aucun des créanciers, devenus hypothécaires durant le mariage, puisqu'elle aurait elle-même consenti à ces hypothèques, en donnant à son mari le mandat de les créer.

Quelques bons esprits avaient pensé que l'hypothèque de la femme ne s'étendait pas sur les conquêts, parce qu'ils s'étaient imaginé, mal à propos, que cette hypothèque paralyserait le droit que l'art. 1421 donne au mari de vendre les conquêts sans le concours de la femme; mais cette opinion a été, avec raison, proscrite par la jurisprudence de la Cour suprême et des Cours royales, bien fixée sur ce point (1). Cependant, cette opinion proscrite, la théorie de Pothier la ferait revivre, au moyen du mandat tacite par lequel la femme serait censée avoir consenti fictivement à la création de ces hypothèques.

Nous avons examiné cette doctrine de Pothier (2), suivie par M. Delvincourt, qui fondent

ventionnellement; ils ne peuvent être soumis qu'à l'hypothèque judiciaire qui résulte d'un jugement.

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, n°. 505, pag. 444.

(2) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, n°. 219 et 225.

l'un et l'autre le droit du mari d'obliger indéfiniment la femme sans son concours, sur un prétendu mandat général qu'elle est *censée* lui avoir donné tacitement, par le seul fait du mariage, et nous croyons avoir prouvé que le pouvoir du mari sur les biens dits de la communauté, vient de la propriété que les lois et les coutumes défèrent au mari, qu'elles en déclarent seul vrai seigneur et propriétaire.

Nous ne répéterons point ce que nous avons dit à cet égard; nous ajouterons seulement que la doctrine de Pothier, un peu moins contraire peut-être à l'ancienne jurisprudence, qui admettait les mandats tacites (1), est entièrement inadmissible dans les principes du Code, qui les rejette formellement, et qui veut que les mandats soient donnés par écrit ou verbalement (1985), et de plus, que les mandats généraux n'embrassent que les actes d'administration; mais que, s'il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat soit exprès (1988). Comment, sous une telle législation, admettre des mandats généraux tacites et par présomption ou fiction? Cependant, pour faire l'application de la doctrine de Pothier au cas qui nous occupe, il faut admettre deux présomptions de mandats également contraires à la loi, toutes les deux générales, l'une par laquelle la femme serait censée, par le seul fait du mariage, donner à son mari le

(1) Voy. Pothier, *Traité du contrat de mandat*, n°. 29.

mandat général de l'obliger indéfiniment avec lui, d'aliéner et d'hypothéquer tous les conquêts de communauté; l'autre par laquelle le mari serait censé, sans en rien dire dans le contrat, faire usage de son mandat, dans toutes les obligations qu'il contracte depuis et durant le mariage. Ajoutez que si le mari n'agissait qu'en vertu d'un mandat, il serait tenu d'en rendre compte. C'est l'obligation essentielle de tout mandataire (1993), et c'est ce qui est contraire à tous les principes reçus en fait d'administration des biens de la communauté, dont le mari ne doit compte à personne. Écartons donc sans retour cette fausse et inutile fiction d'un prétendu mandat général, tacitement donné par l'épouse au moment même du mariage.

263. Mais une autre question se présente : Les dettes mobilières, dont les époux sont grevés au jour de la célébration du mariage tombent dans la communauté, quoiqu'hypothécaires. Supposons que le futur fût, avant le mariage, débiteur d'une rente perpétuelle hypothéquée sur tous ses biens présents et à venir, par hypothèque judiciaire. L'hypothèque s'étendra sur tous les conquêts qu'il fait durant le mariage. Il meurt sans avoir remboursé la rente. Aucun créancier n'ayant formé son opposition, on partage les biens de la communauté sans parler de la rente due, et la femme a plusieurs conquêts dans son lot. Le créancier la poursuit hypothécairement pour la totalité de la rente. La femme lui répond qu'elle a une hypothèque légale bien supérieure à tous les acquêts, pour emploi de ses propres aliénés, dont le prix l'em-

porte effectivement de beaucoup sur la valeur de ces acquêts.

Le créancier réplique qu'il a pris une inscription sur les conquêts qu'elle possède, long-temps avant qu'elle eût aliéné ses propres, et que l'article 2135 ne fait remonter son hypothèque légale qu'à compter du jour de la vente.

Il ne paraît pas douteux que la question ne doive être résolue en faveur du créancier, dans les principes du Code; et c'est aussi de cette manière que le décidait l'art. 190 de la Coutume d'Orléans, qui, comme notre art. 1489, donnait à la femme poursuivie dans ce cas hypothécairement par le créancier de la rente, un recours contre le mari ou ses héritiers.

Cependant Pothier, n^{os}. 753 et 754, s'écarte en ce point de la Coutume d'Orléans, et soutient que les conquêts échus dans le lot de la femme ne sont pas soumis à l'hypothèque du créancier de la rente. Pour le prouver, il part du principe que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que le droit de propriété de celui qui l'a constituée, et d'où elle dérive. Or, ajoute-t-il, le droit de propriété du mari sur les conquêts était de nature à se restreindre, par la dissolution et l'acceptation, à ceux qui lui tomberaient en partage : donc l'hypothèque doit se restreindre pareillement à la portion des conquêts qui lui restent en partage.

Pothier fait ici une fausse application d'un principe vrai en lui-même, et consacré par l'art. 2125 du Code, qui l'énonce d'une manière beaucoup plus exacte : « Ceux qui n'ont, dit cet article, qu'un

» droit suspendu par une condition, ou résoluble
» dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peu-
» vent consentir qu'une hypothèque soumise aux
» mêmes conditions ou à la même rescision. »

Cette disposition nous paraît renfermer avec précision tous les cas auxquels est applicable le principe posé par Pothier, que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que le droit de propriété du constituant. Aussi l'acquéreur sous une condition suspensive, ne peut consentir qu'une hypothèque suspendue par la même condition.

Celui qui n'a qu'une propriété résoluble, tel que l'acquéreur à pacte de rachat, ou toute autre condition résolutoire, le donataire dont la donation est résoluble par la survenance d'enfans, etc., ne peuvent consentir qu'une hypothèque résoluble avec la propriété de celui qui l'a créée. Aussi, enfin, l'hypothèque créée par celui dont le titre de propriété était soumis à quelque rescision ou nullité, s'évanouit quand le titre est rescindé ou déclaré nul.

Mais la propriété des conquêts de communauté, que le Code, et avant lui les coutumes, défèrent au mari, n'est ni suspendue, ni soumise à aucune rescision, ni résoluble sous condition; c'est une propriété absolue. Il peut les vendre, les aliéner, les hypothéquer, *sans le concours de la femme*, (art. 1421 du Code, art. 225 de la Coutume de Paris), sans que la vente soit résolue en tout ou en partie, au cas d'acceptation de la communauté; la femme n'y a plus d'autre droit que son hypothèque légale. Il nous paraît donc impossible de concilier

le droit de les vendre et hypothéquer, *sans le concours de la femme*, de les perdre même, avec la réduction de l'hypothèque à moitié par la mort du mari, suivie de l'acceptation de la communauté faite par la femme.

Il est vrai que dans le cas dont parle Pothier, il s'agit d'une hypothèque dont le droit avait pris naissance avant le mariage, et d'une hypothèque judiciaire, qui depuis s'était étendue sur les biens à venir, et en conséquence, sur tous les acquêts et conquêts du constituant, en vertu de l'inscription prise par le créancier; mais qu'importe? Une fois inscrite, l'hypothèque judiciaire a la même force et les mêmes effets que l'hypothèque conventionnelle. Pothier lui-même la met sur la même ligne dans le n°. 752.

Cependant il prétend, dans le numéro suivant, que lorsque le droit d'hypothèque sur les biens à venir a pris naissance avant le mariage par une convention, le mari n'étant pas alors chef de la communauté, ne pouvait hypothéquer les conquêts pour la part de la femme, qu'il ne peut obliger qu'en ce qu'il fait en qualité de chef.

Mais remarquez que son objection ne porte que sur le cas d'une hypothèque conventionnelle, lorsque le mari s'est obligé par convention, sous l'hypothèque de tous ses biens présents et à venir. Aujourd'hui, l'hypothèque sur les biens à venir ne peut plus s'établir par convention (2129); elle ne peut s'établir qu'en vertu d'un jugement. Or, dans les principes de Pothier, l'hypothèque judiciaire, dans le cas que nous avons posé, s'étendrait sur

tous les conquêts, même sur la part de la femme; car, suivant sa doctrine, lorsque le mari a été condamné pendant le mariage, il est toujours condamné comme chef de la communauté, et une femme qui a accepté la communauté, étant censée avoir fait, en qualité de commune, tout ce que son mari a fait durant la communauté, est censée avoir été condamnée, et avoir hypothéqué les conquêts elle-même, pour la part qu'elle y aurait dans le partage de la communauté. Resterait donc le cas où le jugement aurait été rendu contre le mari avant la célébration du mariage; car alors il n'aurait pas été condamné comme chef de la communauté.

On voit que toute cette doctrine, et ces distinctions subtiles de Pothier, contraires à la Coutume d'Orléans et à notre art. 1489, ont leur base dans sa théorie favorite, sur le prétendu mandat tacite et général, que nous croyons avoir victorieusement réfutée, en faisant voir que tous les droits du mari sur les biens, pendant le mariage, viennent du droit de propriété : d'où il suit que la femme, admise à partager ces biens, au moment de ce qu'on appelle improprement la dissolution de la communauté, doit les prendre dans l'état où ils se trouvent, comme les héritiers, auxquels plusieurs coutumes la comparaient, prennent les biens à l'ouverture de la succession.

264. Au reste, cette section est terminée par une disposition qui est également applicable aux partages des successions; c'est qu'indépendamment de la manière dont la loi a fixé la contri-

bution aux dettes des copartageans, ils peuvent changer cette contribution par des conventions qui ne lient en rien les créanciers, mais qui sont obligatoires pour les parties qui les ont faites. « Les dispositions précédentes, dit l'art. 1490, ne » font point obstacle à ce que, par le partage, l'un » ou l'autre des copartageans soit chargé de payer » une quotité de dettes autre que la moitié, même » de les acquitter entièrement. »

Et dans ce cas, comme dans celui de la contribution fixée par la loi, « toutes les fois que l'un » des copartageans a payé des dettes de la com- » munauté au-delà de la portion dont il était tenu, » il y a lieu au recours de celui qui a trop payé » contre l'autre. »

La disposition de l'art. 1490 est fondée sur ce que le copartageant, qui est chargé de payer une quotité plus forte que celle que la loi lui imposait, est censé être dédommagé par une quotité plus forte de biens; mais s'il en résultait une lésion de plus du quart, il y aurait lieu à la rescision du partage (887).

~~~~~

## ARTICLE ADDITIONNEL.

### *Du Deuil de la femme.*

#### SOMMAIRE.

265. *Ce qu'on entend par le deuil; quelles personnes sont chargées des frais de deuil.*

## *Chap. II. Du Régime en communauté. 347*

- 266. *A qui le deuil est-il dû? ( Art. 265 ).*
- 267. *Origine de la créance des frais de deuil.*
- 268. *Le Code n'en accorde point au mari.*
- 269. *Les frais de deuil étaient autrefois privilégiés et regardés comme frais funéraires. Grandes difficultés pour le décider ainsi sous l'empire du Code.*
- 270. *Tous les héritiers du mari, ou ceux qui en tiennent lieu, participent aux frais de deuil.*
- 271. *La valeur s'en règle sur la fortune du mari au tems de sa mort. On doit balancer la fortune et la condition.*
- 272. *Le deuil doit être fourni en argent; les héritiers ne seraient pas recevables à l'offrir en nature.*
- 273. *La prudence exige qu'on en fixe la valeur par le contrat de mariage.*
- 274. *L'usage de n'en point accorder aux classes laborieuses du peuple, se trouve abrogé par l'art. 1481, qui ne fait point d'exception. La loi est égale pour tous.*

265. En terminant l'explication du § 1, qui traite du partage de l'actif de la communauté, nous avons renvoyé à parler après le § 2 du deuil de la femme, dans un article particulier, parce que cette matière est étrangère tant à l'actif qu'au passif de la communauté; car, en jurisprudence, on entend par le *deuil* la somme qui est due à la veuve, non pas par la communauté, mais par les héritiers de son mari, pour les frais du deuil qu'elle est obligée de porter.

« Le deuil de la femme, dit l'art. 1481, est aux » frais des héritiers du mari prédécédé.

» La valeur de ce deuil est réglée selon la fortune du mari.

» Il est dû même à la femme qui renonce à la » communauté. »

266. Le Code n'a rien changé, à l'égard du deuil; à l'ancienne jurisprudence. Il est dû à toutes les veuves, sous quelque régime qu'elles se soient mariées, sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal (1570), soit qu'elles aient accepté ou répudié la communauté, quand même la non communauté ou la séparation de biens eût été stipulée par les conventions matrimoniales. Bien plus : s'il avait été, pendant le mariage, rendu un jugement de séparation de corps, la veuve survivante n'en devrait pas moins avoir son deuil aux frais de la succession de son mari; car cette séparation ne rompt pas le lien du mariage. L'art. 1481, qui accorde aux femmes les frais de leur deuil, ne fait aucune distinction; et si, dans nos usages, la femme séparée de corps n'est pas dispensée de porter le deuil de son mari, il doit lui être fourni par les héritiers de ce dernier. C'est un axiôme général dans notre droit français, que la femme ne doit pas porter à ses frais le deuil de son mari : *Mulier non debet propriis sumptibus lugere maritum.*

267. Cette maxime doit son origine à la rigueur des anciennes lois, qui obligeaient la veuve de rester en viduité pendant un an. Il paraissait juste, dit Lebrun, qu'on lui fournît les vêtemens lugubres qui l'avertissaient des devoirs de son état.

On trouve dans l'ancienne jurisprudence (1),

---

(1) Voy. Lebrun, *Traité de la communauté*; Duplessix et ses annotateurs, liv. 1, chap. 4, et le *Répertoire de jurisprudence*, v<sup>o</sup>. DEUIL.



grand nombre d'arrêts et de réglemens qui décident que la femme qui se remarie, ou qui ne se comporte pas décemment dans l'année de son deuil, doit en être privée; mais on ne doit plus avoir aucun égard à l'ancienne jurisprudence, en tout ce qui concerne les peines des seconds mariages prononcées par d'anciennes lois ou réglemens, qui se trouvent tous abrogés par la disposition générale de la loi du 30 ventôse an XII. L'art. 228 du Code, en défendant à la veuve de contracter un second mariage avant les dix mois révolus depuis la dissolution du précédent, n'a prononcé aucune peine contre l'infraction de cette défense. Les juges n'en pourraient donc prononcer sans excès de pouvoir. Du silence de nos Codes sur les veuves qui se remariaient ou se conduisent mal dans l'année du deuil, il résulte nécessairement qu'elles n'encourent plus aucune peine, que dans l'opinion publique.

268. Le Code n'accorde point aux maris les frais de deuil, en cas de prédécès de la femme. Pothier ne trouve point suffisante la raison qu'on en donne ordinairement. La loi 9, *ff de his qui not. inf.*, dit, il est vrai, que *uxores viri lugere non compelluntur*; mais cette loi ne donne point la raison de cette décision, qui se trouve dans la différente situation du mari et de la femme, au moment de la dissolution du mariage. Le mari n'est point tenu de garder l'année de viduité que l'on exigeait rigoureusement de la femme, à laquelle, en compensation de cette rigueur, on accordait les frais de son deuil.



269. Les frais du deuil que les héritiers du mari étaient obligés de payer étaient regardés comme privilégiés. On les mettait au rang des frais funéraires, parce qu'on les considérait comme faisant partie de la pompe funèbre. On leur accordait dès lors une préférence sur les autres créances non privilégiées. On trouve même des arrêts qui leur donnent une hypothèque du jour du mariage ou du jour de la mort du mari. Mais sous l'empire du Code?

M. Merlin dit, avec bien de la raison, que « le » Code, art. 2135, accorde une hypothèque légale » à la femme, *pour raison de ses conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage.* » Ainsi, nul doute que, dans le cas où les frais » de deuil sont stipulés par le contrat de mariage, » la femme n'ait encore à cet égard une hypo- » thèque légale; mais elle n'en a plus hors de ce » cas.

» A-t-elle encore, ajoute-t-il, un privilège? » Oui, si les frais de deuil peuvent encore être » considérés comme faisant partie des frais funé- » raires; car les frais funéraires sont encore pri- » vilégiés sur les meubles et même sur les immeu- » bles du défunt. Code civil, art. 2101 et 2105.

» Mais le Code civil ne détermine pas ce qu'il » entend par *frais funéraires*, et c'est donner, dit- » il, un sens bien large à ces expressions, que de » les étendre jusqu'aux habits de deuil qu'une » femme doit porter pendant une année entière. » Qu'on les étendît en effet, dans une grande partie » de la France, avant la publication du Code, cela

» ne peut rien prouver aujourd'hui. Le Code sera-  
» t-il interprété autrement à Paris qu'à Bordeaux?  
» Cela ne peut pas être. Une loi faite pour toute la  
» France doit être interprétée uniformément dans  
» toute la France. Or, à Bordeaux, il a toujours  
» été de maxime que « la veuve n'a point de pri-  
» vilège sur les créanciers pour ses habits de deuil,  
» qui ne sont pas mis dans la classe des frais fu-  
» néraires. » Ce sont les termes de Salviat, Juris-  
» prudence du Parlement de Bordeaux, pag. 505.  
» C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts de cette  
» Cour, cités par le commentateur de Lapeirère,  
» lettre F, n°. 63, et lettre P, n°. 108. Il faut donc,  
» en cette matière, que la jurisprudence de Paris  
» cède à celle de Bordeaux; et de ces deux partis,  
» je crois, d'après le silence du Code, que le se-  
» cond est le plus raisonnable. »

Il est certain que, dans le silence du Code, on doit croire qu'il s'en est rapporté à l'usage, comme sur bien d'autres points. Mais ne doit-on pas croire que les rédacteurs du Code, imbus des usages et des maximes de Paris, s'en sont rapportés aux usages de Paris, dont d'ailleurs le ressort était plus étendu, plutôt qu'à ceux de Bordeaux? Il nous semble du moins que le jugement qui aurait accordé un privilège, suivant l'usage de Paris, ne pourrait être cassé, parce qu'il n'aurait violé aucune loi. Si la Cour de Bordeaux jugeait autrement, la Cour suprême les mettrait d'accord.

270. Les frais de deuil étant une charge de la succession, tous ceux qui y participent, comme les légataires universels ou à titre universel, doi-

vent les supporter dans la même proportion qu'ils participent aux autres dettes et charges.

271. « La valeur du deuil est réglée selon la fortune du mari, » dit l'art. 1481. Ce qui est conforme à la loi 12, *ff de religiis et sumptibus fun.* *Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus et dignitate defuncti.* On n'a point d'égard à la fortune de la femme, qui est quelquefois beaucoup plus considérable que celle du mari (1).

Ce n'est point sur la fortune du mari au tems du mariage qu'on doit régler le deuil de la femme, mais selon sa fortune au tems de la dissolution de la communauté; ce qui peut être fort différent. On a aussi égard à la condition; car il y a souvent une prodigieuse inégalité de fortune entre gens de la même condition. On doit balancer la fortune et la condition.

Chez les personnes riches, on comprend, dans les frais de deuil, non seulement le prix des robes et autres habillemens de la veuve, mais le deuil de ses domestiques. On y comprend, chez des personnes élevées en dignité, la draperie du carosse.

272. C'est en argent que le deuil doit être payé, et les héritiers ne seraient pas recevables à prétendre fournir le deuil en nature. Il serait indécent et ridicule d'obliger une veuve d'aller dans les boutiques, avec les héritiers de son mari, acheter ce dont elle a besoin pour son deuil. Ainsi l'a jugé le Parlement de Rennes, par arrêt du 9 mai

---

(1) Lébriun, liv. 2, chap. 3, n°. 53.

1777, rapporté dans le Nouveau Denisart, v<sup>o</sup>. DEUIL, § 2, n<sup>o</sup>. 10.

273. Il est de la prudence de régler le prix du deuil dans les conventions matrimoniales. Par là non seulement on procure à la femme une hypothèque légale, comme nous l'avons dit ci-dessus, mais on prévient, entre les héritiers du mari et la veuve, des contestations toujours désagréables à porter devant les tribunaux.

Il était assez d'usage autrefois de régler le deuil à une année du douaire de la femme, fixé par la plupart des coutumes à l'usufruit du tiers des biens du mari. Mais le douaire n'a plus lieu aujourd'hui, qu'en vertu d'une convention expresse. On trouvera dans le Nouveau Denisart des arrêts qui ont fixé le deuil à des sommes considérables; mais ils ne doivent pas servir de règle sous l'empire du Code.

274. Pothier, n<sup>o</sup>. 678, dit qu'on n'accorde pas de deuil aux femmes du *bas peuple*, telle qu'est la veuve d'un gagne-denier.

Mais aujourd'hui la loi est égale pour tous; et M. Merlin observe, avec raison, qu'aujourd'hui l'usage de n'accorder pas de deuil aux femmes de la classe laborieuse du peuple, se trouve abrogé par l'art. 1486, qui ne fait nulle exception à cet égard.



## SECTION VI.

### *De la Renonciation à la communauté et de ses effets.*

---

#### SOMMAIRE.

- 275. *Transition.*
- 276. *En renonçant, la femme perd tout droit aux biens de la communauté, même à ceux qui y étaient entrés de son chef.*
- 277. *Même à l'immeuble qu'elle avait ameubli par ameublement déterminé, sauf le retrait.*
- 278. *Tellement que si elle avait doté, conjointement avec son mari, un enfant commun des biens de la communauté, sa dot entière, par sa renonciation, serait regardée comme bien paternel dans la personne de l'enfant.*
- 279. *Dans la rigueur du principe ancien, la femme renonçante ne pouvait reprendre même ses vêtements. Pothier, par adoucissement, lui accorde un habillement complet.*
- 280. *Cette rigueur vient de notre ancien droit, à peine sorti de la barbarie.*
- 281. *Quelques-uns, plus humains, accordaient un trousseau à la veuve renonçante.*
- 282. *Etat de la jurisprudence antérieure au Code.*
- 283. *Ce que le Code accorde à la femme renonçante. Les expressions de linges et habits paraissent comprendre toute la garde-robe.*
- 284. *Elle doit reprendre en outre ses immeubles, ou le prix de ceux qui ont été aliénés, et toutes ses indemnités.*
- 285. *Elle est déchargée de toute contribution aux dettes.*
- 286. *Elle peut exercer ses actions et reprises par hypothèque sur les immeubles de son mari, et par contribution avec les créanciers sur les meubles.*
- 287. *Ses héritiers ont le même droit qu'elle, sauf le prélève-*



*ment des linges et hardes, la nourriture et le logement pendant le délai pour délibérer.*

275. Nous avons déjà traité *suprà*, sect. 4, de la renonciation qui peut être faite à la communauté, de la manière dont elle doit être faite, et des conditions qui y sont relatives; nous allons, dans cette sixième et dernière section, examiner quels en sont les effets, dont le Code a cru devoir faire une section particulière.

276. « La femme qui renonce, dit l'art. 1492, » perd toute espèce de droit sur les biens de la » communauté, et même sur le mobilier qui y est » entré de son chef. »

277. Elle perd également tout droit sur l'immeuble qu'elle aurait ameubli, dans son contrat de mariage, par une clause d'ameublissement déterminé (1507), sauf le droit, s'il existe encore dans la communauté, au moment du partage, de le retenir, en le précomptant sur sa part, pour le prix qu'il vaut alors (1509).

En se mariant sous le régime de la communauté légale, la femme perd la propriété de tous ses biens meubles présens et futurs, ainsi que nous l'avons dit tom. XII, n°. 376, pour la conférer à son mari, sans se réserver autre chose que le simple espoir de partager ceux qui existeront lors de la dissolution du mariage, avec les accroissemens qu'ils pourront avoir reçus, et les conquêts immeubles qui auront été faits pendant sa durée. En renonçant volontairement à cet espoir, elle perd donc toute espèce de droit sur les biens de la com-

munauté, même sur ceux qui y étaient originai-  
rement entrés de son chef, et qu'elle avait la fa-  
culté de partager. Son mari ou ses héritiers en  
demeurent seuls propriétaires, comme si la femme  
n'y avait jamais eu aucun droit.

278. De manière que si, durant le mariage, le  
mari et la femme avaient doté conjointement un  
enfant commun, et lui avaient constitué en dot  
un conquêt, ce conquêt, après la renonciation,  
ne pourrait être considéré entre les mains de l'en-  
fant comme un bien maternel pour moitié, mais  
plutôt comme un bien paternel donné en paiement  
de la dot constituée par la mère, et par consé-  
quent, l'enfant ne serait pas tenu de le rapporter  
en nature (1) à la succession de celle-ci, ainsi que  
l'a fort bien décidé la Cour de cassation, dans un  
arrêt du 18 mai 1824 (2).

279. La renonciation de la femme à une com-  
munauté ruinée par les mauvaises affaires du mari  
pourrait, à s'en tenir à la rigueur du principe, la  
réduire à la plus pitoyable situation, faute d'y  
avoir pourvu par les conventions matrimoniales;  
car dans la communauté légale entrent tous les  
effets mobiliers, même les vêtemens quelconques  
des deux conjoints, sans exception. Or, le prin-  
cipe rigoureusement établi par les coutumes, et  
consacré par le Code, étant que la femme renon-

---

(1) Ceci est indépendant de la question de savoir si l'enfant doté  
par le père seul en effets de la communauté, doit rapporter la dot  
entière à la mort du père, dans le cas où la mère renonce à la com-  
munauté; question que nous avons traitée tom. XII, nos. 521—527

(2) Sirey, tom. XXIV, 1<sup>re</sup> part., pag. 297.

rente perd *toute espèce de droit* sur les biens de la communauté, même sur les meubles qui y sont entrés de son chef, elle ne pourrait reprendre, dans la rigueur du principe, même les vêtemens qu'elle y avait apportés en y entrant. Pothier a cru faire à cette rigueur une exception suffisante, en disant, n<sup>o</sup>. 569, que « l'on doit néanmoins lui » laisser (à la femme) une robe et le reste de ce » qui forme un habillement complet; » car enfin *non debet abire nuda*; et comme quelques coutumes portaient la mesquinerie jusqu'à vouloir que l'habillement que la veuve renonçante pouvait réclamer, ne fût ni le meilleur, ni le pire, Pothier ajoute, par forme d'adoucissement, qu'il *croit* que dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, *on ne doit pas* envier à la femme le choix de son meilleur habillement.

280. Cette étonnante rigueur envers une veuve obligée de renoncer à la communauté par la faute ou par les malheurs de son mari, ne peut venir que de notre très-ancien droit, à peine sorti de la barbarie, où l'on ne donnait point la faculté de renoncer aux femmes, qui souvent se trouvaient, malgré elles et sans le savoir, ruinées par les mauvaises affaires d'un mari absent en pays éloignés. On crut donc faire beaucoup en leur faveur, en leur donnant ce qu'on appelle le privilège de *renoncer aux meubles et aux dettes*. « Et la raison pourquoi, » dit un de nos plus anciens monumens de pratique, le grand Coutumier de Charles VI (1), le

---

(1) Liv. 2, chap. 41, pag. 271, édition de 1598.

» privilège de renonciation leur fut donné, ce fut  
 » pour ce que le métier des hommes nobles est  
 » d'aller ès guerres et voyages d'outre-mer, et à  
 » ce s'obligent, et aucunes fois y meurent, et leurs  
 » femmes ne peuvent être de leger acertenées de  
 » leurs obligations faites à cause de leurs voyages,  
 » de leurs rançons et de leurs pleigeries, qui sont  
 » pour leurs compagnies et autrement, et pour ce  
 » ont le privilège de renonciation, et ont d'usage,  
 » si comme le corps est en terre mis, de jeter leurs  
 » bourses sur la fosse, et de ne retourner à l'hôtel  
 » où les meubles sont, mais vont gésir (1) autre  
 » part, et ne doivent emporter que leur commun  
 » habit, et sans autre chose, et parmi ce, elles et  
 » leurs héritiers sont quictes à toujours des dettes;  
 » mais s'il y a fraude tant soit petite, la renon-  
 » ciation ne vaut rien. »

281. C'était dans ces tems, où se trouvait encore empreinte la rouille de la barbarie, qu'on pouvait citer, en faveur des veuves, le brocard *mulier non debet abire nuda*, qu'on trouve encore avec étonnement cité comme autorité par Pothier. Si plusieurs coutumes retinrent la rudesse des anciens tems envers de pauvres épouses qui avaient sacrifié leur jeunesse, leur liberté, leur vie entière et leur fortune, à des maris qui n'avaient pas répondu à ce qu'elles devaient attendre d'un pareil dévouement, et qui, par leur peu d'économie, réduisaient leurs veuves à sortir, dénuées de tout,

---

(1) Coucher, *jacere*.



de la maison maritale, d'autres coutumes, au contraire, avaient montré des sentimens plus libéraux et plus humains envers les femmes. Elles leur accordaient, pour les consoler du dénûment complet où les laissait leur renonciation, ce qu'on appelait un trousseau; « c'est à savoir : son lit, son » coffre, ses robes et joyaux, qui lui demeureraient » quittes, » dit l'art. 463 de la Coutume de Bretagne. L'art. 436 est encore plus détaillé. Il porte : « Si la femme fait refus de prendre part aux meu- » bles et dettes, elle doit avoir son lit garni et son » coffre, deux robes et accoutremens fournis à son » usage qu'elle voudra choisir, et partie des joyaux » et bagues, selon l'état et la qualité de la maison » de son mari. » La jurisprudence avait fixé ce trousseau du tiers au quart des meubles meublans et de la vaisselle d'argent, ou au sixième, s'il y avait beaucoup de meubles et de dettes.

D'autres coutumes, telles que celles de Tours, art. 293, de Normandie, art. 394 et 395, de Loudunois, etc., accordaient aussi un trousseau à la femme renonçante.

282. Telle était donc la jurisprudence. Elle était partagée entre la rudesse de l'ancien droit, qui ne permettait aux veuves renonçantes d'emporter que leur commun habit, parce que *mulier non debet abire nuda*, et les coutumes plus libérales qui leur accordaient un trousseau plus ou moins considérable en nature. Pothier, guide principal des rédacteurs du Code, l'austère Pothier, penchant pour l'ancien droit, ne leur accordait qu'un habillement complet.



283. Mais le Code, plus libéral, leur donna seulement la faculté de retirer *les linges et hardes à leur usage*; et comme cette disposition est générale, et ne limite pas le nombre des linges et hardes qu'elles peuvent retirer, il faut dire qu'elle comprend toute la garde-robe de la femme, à l'exception des pierreries et diamans, qu'il est impossible de comprendre sous la dénomination de hardes et de linges. Il faut dire cependant qu'il serait d'une dureté qui n'est point dans nos mœurs d'envier à la femme le droit d'emporter sa montre et sa tabatière.

Au reste, il est d'usage, et c'est une précaution dictée par la prudence, de prévenir de pareilles difficultés dans les contrats de mariage, en fixant d'une manière claire et précise ce que la femme peut reprendre en cas de renonciation à la communauté; sur quoi voyez la sect. 6, *infra*.

284. Outre ses hardes et linges, « la femme renonçante a le droit de reprendre, » dit l'article 1493,

1°. « Les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en emploi;

2°. » Le prix de ses immeubles aliénés, dont le emploi n'a pas été fait et accepté comme il est dit ci-dessus;

3°. » Toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. » Nous les avons expliquées dans la sect. 2, *supra*.

285. La femme ne pouvant être obligée aux dettes de la communauté contractées sans son

aveu, par son mari, qui en était le seul maître, qu'à raison des biens qui y sont affectés; « la » femme renonçante est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers. Elle reste néanmoins tenue envers ceux-ci, lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari, ou lorsque la dette de la communauté provenait originairement de son chef; le tout sauf son recours contre le mari ou ses héritiers. » Article 1494.

Nous avons donné la raison de la seconde disposition de cet article, en expliquant le § 2 de la sect. 5, *suprà*. C'est qu'il existe dans ce cas un lien de droit entre les créanciers et la femme.

286. Elle peut exercer toutes ses actions et reprises ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté, que sur les biens personnels de son mari (1495). Elle a même, comme nous l'avons dit *suprà*, une hypothèque légale indépendante de l'inscription sur tous ses immeubles, à compter des époques fixées par l'art. 2135 du Code. A l'égard des meubles, comme le Code ne lui donne pas de privilège, et qu'ils ne sont pas susceptibles d'hypothèque, elle est réduite à venir à contribution avec les créanciers, dans le cas de la communauté légale. Nous verrons s'il en est de même dans le cas de la communauté conventionnelle, en expliquant l'art. 1514.

287. Les héritiers de la femme peuvent exercer, comme elle, tous les droits que lui donne le Code, « sauf en ce qui concerne le prélèvement des linges

» et hardes, ainsi que le logement et la nourriture,  
» pendant le délai donné pour faire inventaire et  
» délibérer; lesquels droits sont purement person-  
» nels à la femme survivante. » (1495).

*Dispositions relatives à la communauté légale, lorsque  
l'un des époux ou tous deux ont des enfans de précé-  
dens mariages.*

#### SOMMAIRE.

- 288. *Si l'un des futurs époux, ou tous les deux, ont des enfans de mariages précédens, l'établissement de la communauté peut quelquefois contenir un avantage soumis à réduction.*
- 289. *Comment prouver cet avantage.*
- 290. *L'inégalité seule des capitaux peut donner lieu à réduction, et non celle des revenus, ni l'omission de réalisation des successions futures.*

288. LE Code termine la première partie du chap. 2, qui traite de la communauté légale, par une disposition générale, qui porte, art. 1496, que « tout ce qui est dit ci-dessus sera observé, » même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfans de précédens mariages. »

Mais comme de la confusion du mobilier et des dettes, il peut résulter un avantage supérieur à celui que pourrait faire, à un nouvel époux, celui qui a des enfans d'un précédent mariage, notre article ajoute :

« Si toutefois la confusion du mobilier et des  
» dettes opérerait, au profit de l'un des époux, un  
» avantage supérieur à celui qui est autorisé par  
» l'art. 1098, au titre des donations entre vifs et  
» des testamens, les enfans du premier lit de l'au-  
» tre époux auront l'action en retranchement. »

289. La seule difficulté que présente cette disposition, consiste dans la manière de prouver l'avantage. Quand les apports sont stipulés dans le contrat de mariage, il est facile de prouver l'avantage fait à l'époux remarié; mais s'il n'y a pas eu de contrat, ou que les apports respectifs n'y soient pas stipulés, l'inégalité des deux apports n'en doit pas moins être prouvée, et cette preuve se fait tant par titres ou témoins que par commune renommée; car il s'agirait de prouver une fraude.

290. L'inégalité des apports ne s'entend que des capitaux et non des revenus. Tous les revenus tombent dans la communauté pour en soutenir les charges.

Il faut aussi remarquer que les successions mobilières échues à l'époux qui, ayant des enfans d'un premier lit, a négligé de les exclure de sa communauté, ne forment point un avantage sujet à réduction contre le nouvel époux, quoiqu'il recueille dans la communauté la moitié de ces successions. Ce cas est essentiellement différent des apports inégaux au moment du mariage, qui sont quelque chose de certain, de déterminé et non éventuel, dont en se remariant l'un des époux se dépouille pour le mettre en communauté; au lieu que les successions qui peuvent leur survenir dans



la suite, sont une chose tout à fait incertaine; c'est un droit éventuel subordonné aux chances du hasard. Il ne se dépouille donc de rien en ne les excluant pas de la communauté.

Cependant, si le nouvel époux en avait exclu les successions qui pourraient lui échoir, et que l'autre n'eût pas imité cet exemple, quoiqu'il eût l'espoir prochain d'en recueillir, ces deux circonstances réunies devraient, ce semble, faire considérer l'omission comme un avantage indirect fait au nouvel époux, et sujet à réduction.

\*\*\*\*\*



## SECONDE PARTIE.

*Dé la Communauté conventionnelle, et des Conventions qui peuvent modifier et même exclure la communauté légale.*

---

### SOMMAIRE.

- 291. *C'est toujours la volonté des époux qui règle leurs conventions matrimoniales.*
- 292. *S'ils ne font point de contrat de mariage, ils sont censés accepter celui que la loi leur propose.*
- 293. *S'ils y dérogent par leur contrat, c'est alors ce qu'on nomme communauté conventionnelle, qui serait mieux qualifiée de communauté mixte.*
- 294. *Il peut y en avoir autant d'espèces qu'il peut y avoir de dérogations possibles aux dispositions du Code.*
- 295. *Le Code a choisi les principales, et les a rangées sous huit sections.*

291. C'EST essentiellement la volonté des futurs époux qui peut et doit régler leurs conventions matrimoniales avec une entière liberté. On ne conçoit même pas comment la loi pourrait les contraindre à les régler de telle ou telle manière, plutôt que de telle ou telle autre. Ce serait gêner évidemment la liberté des mariages, qu'il importe d'encourager (1). Cependant, dans l'état actuel

---

(1) Voy. tom. XII, n°. 10.

des sociétés civilisées, il est d'une absolue nécessité, pour assurer la paix des familles, de régler les droits respectifs des époux sur les biens présents et à venir. Lors donc que, ce qui est le cas le plus ordinaire, ils n'ont fait, en se mariant, aucunes conventions matrimoniales, la sagesse prévoyante du législateur y a pourvu, en présentant à leur acceptation un projet de contrat de mariage tout rédigé par des jurisconsultes célèbres, avec beaucoup de réflexion et de maturité.

Mais pour ne gêner en rien leur liberté, il a commencé par leur dire, art. 1393, « qu'à défaut » de stipulations spéciales qui dérogent au régime » de la communauté ou le modifient, les règles » établies dans la première partie du chap. 2, tit. 5, » formeront le droit commun de la France, » et régleront leurs droits respectifs.

292. C'est donc toujours la volonté des futurs époux qui fait la loi; car en leur présentant un contrat de mariage tout rédigé, avec faculté de le rejeter ou de le modifier, faute de quoi il serait censé accepté, la loi avait bien le droit d'induire de leur silence une acceptation pure et simple. Si donc ils gardent le silence, ils demeurent sous le régime de la communauté légale.

293. S'ils y dérogent ou la modifient en un ou plusieurs points, par leurs conventions matrimoniales, leur communauté devient alors ce que le Code appelle communauté conventionnelle, parce qu'elle n'est pas formée par la loi seule, du consentement tacite des parties, mais encore par des conventions spéciales qui la modifient ou y dé-

rogent en certains points. Il nous semblerait donc plus exact de nommer ces communautés composées par la loi et par la convention, *communautés mixtes* ; dénomination qui aurait l'avantage de rappeler le principe établi par l'art. 1528, « qu'elles » restent soumises aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat. »

294. Il peut y avoir autant d'espèces de communauté mixtes ou conventionnelles, qu'il y a de modifications et de dérogations possibles aux dispositions du Code sur la communauté légale. Au lieu d'essayer d'en faire l'énumération complète, ce qui était peut-être fort difficile, le Code a choisi les principales, celles qui pourraient faire naître des doutes et des difficultés sur leur étendue, leur véritable sens et leurs conséquences.

295. Il les a, pour les expliquer sans confusion, rangées en huit sections, auxquelles il en a ajouté une neuvième, sur les conventions exclusives de la communauté.

Ces conventions sont celles où l'on stipule, savoir :

1°. « Que la communauté sera réduite aux acquêts ;

2°. » Que le mobilier présent ou futur n'entrera point en communauté, ou n'y entrera que pour une partie ;

3°. » Que l'on y comprendra tout ou partie des immeubles présents ou futurs, par la voie de l'ameublement ;

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

4°. » Que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage;

5°. » Qu'en cas de renonciation, la femme pourra reprendre ses apports francs et quittes;

6°. » Que le survivant aura un préciput;

7°. » Que les époux auront des parts inégales;

8°. » Qu'il y aura entre eux une communauté à titre universel. »

~~~~~

SECTION I.

De la Communauté réduite aux acquêts.

SECTION II.

De la Clause qui exclut de la Communauté le mobilier, en tout ou en partie.

—————

SOMMAIRE.

296. Pourquoi nous réunissons ces deux sections.

297. Principe général. Les époux peuvent exclure de leur communauté, en tout ou en partie, leur mobilier présent et futur.

298. Un seul époux peut exclure de la communauté tous ses meubles, quoique l'autre y laisse entrer les siens.

299. Quand la clause d'exclusion de tous les meubles est bilatérale, elle opère la réduction de la communauté aux acquêts.

300. La réduction de la communauté aux acquêts est expresse ou tacite.

301. Les époux qui stipulent qu'ils mettront réciproquement

Chap. II. Du Régime en communauté. 369

en communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou valeur déterminée, sont censés se réserver le surplus de leurs meubles.

- 302. *Effet de cette stipulation, appelée par Pothier convention d'apport.*
- 303. *Comment les époux peuvent justifier avoir payé leur apport. Distinction entre les maris et les femmes.*
- 304. *Sur quoi est fondée la disposition de l'art. 1502 à l'égard de l'apport du mari.*
- 305. *Comment la preuve peut être faite autrement que par le contrat de mariage, selon Pothier.*
- 306. *Changement important fait à la doctrine de Pothier. Le mari ne peut prouver son apport que par un inventaire. (Art. 1504).*
- 307. *La disposition des art. 1415 et 1504 est générale.*
- 308. *Examen de l'opinion contraire de M. Bellot.*
- 309. *A l'égard des créanciers, le mobilier réalisé ne peut être constaté que par un inventaire ou état authentique, et pourquoi.*
- 310. *Ce qui est imputable sur l'apport promis des deux conjoints.*
- 311. *Quid de ce qui est advenu aux conjoints durant la communauté, par succession ou donation ?*
- 312. *Opinion de M. Delvincourt, à cet égard, examinée et rejetée.*
- 313. *Le Code n'a point parlé de la clause d'apport simple et unilatérale, appelée réalisation, stipulation de propre, et pourquoi.*
- 314. *La clause de réalisation n'en est pas moins autorisée par le Code.*
- 315. *Elle peut être unilatérale ou bilatérale, expresse ou tacite.*
- 316. *Des clauses d'exclusion de communauté ou de réalisation simple, dégagées de toute clause accessoire.*
- 317. *Si la clause que les conjoints seront communs dans tous les biens qu'ils acquerront emporte réduction de la communauté aux acquêts.*
- 318. *La stipulation que la somme apportée sera employée en héritages, contient la réalisation ou exclusion de la communauté.*

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

319. *L'exclusion de la communauté ou réalisation ne s'étend qu'aux objets compris dans la stipulation.*
320. *La clause qui réalise le mobilier qui adviendra par donation ne s'étend point à ce qui advient par succession.*
321. *Quid de ce qui est advenu en vertu d'un titre existant lors du mariage, mais qui n'a produit son effet que depuis; par exemple, un billet de loterie, une créance conditionnelle?*
322. *La clause qui exclut ce qui adviendra par donation n'exclut pas ce qui advient par succession.*
323. *Si on avait ajouté ou autrement, la clause s'étendrait à ce qui est advenu par tous les titres lucratifs.*
324. *Effet de la clause d'apport réciproque, relativement aux dettes antérieures au mariage. (Art. 1511).*
325. *Quid, si la clause n'est pas réciproque? Il faut distinguer entre l'exclusion totale et celle qui n'est que partielle.*
326. *Nouvel examen de la question de savoir si la femme conserve la propriété des meubles réalisés ou exclus de la communauté. Réponse aux objections de Pothier, qui enseigne qu'elle ne la conserve pas.*

296. Les stipulations dont parlent ces deux sections tendent, comme on le voit, à limiter la communauté légale, et à la restreindre par l'exclusion du mobilier des époux. La principale des dispositions du Code sur l'établissement de la communauté, consiste à y faire entrer tous les meubles des deux conjoints, présents et futurs. La principale modification qui se présente, dans l'ordre naturel, est donc celle qui les en exclut en tout ou en partie. C'est aussi la première modification dont s'occupe le Code dans ces deux sections, que nous réunissons comme tendant au même but, comme indiquant la manière dont l'exclusion s'opère, et

quels en sont les effets. Elle peut s'opérer expressément, par une stipulation formelle des époux dans leur contrat de mariage, ou tacitement, par une conséquence nécessaire des autres stipulations contenues dans le même contrat.

297. L'art. 1500 pose en principe la faculté qu'ont les époux d'exclure expressément les meubles de la communauté. La première disposition de cet article porte « qu'ils peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier présent et futur. » Ainsi, nul doute qu'ils ne puissent respectivement stipuler cette exclusion.

298. Mais un seul des époux peut-il stipuler que tout son mobilier présent et futur sera exclu de la communauté, tandis que celui de l'autre époux, n'étant pas frappé de la même exclusion, y entrera tout entier? Oui, sans doute, et cette décision est conforme au droit commun des sociétés, dans lesquelles un des associés peut ne mettre que son industrie, et avoir néanmoins une part égale dans les profits : *Nam et ita coiri societatem posse non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpè opera alicujus pro pecuniâ valet. § 2, inst. de societ.* Le conjoint qui exclut tout son mobilier présent et futur de la communauté, y met son industrie; c'est sa mise en société.

299. La clause d'exclusion de tout le mobilier présent et futur, quand elle est bilatérale, comme dans la première disposition de l'art. 1500, opère nécessairement, quoique tacitement, la réduction de la communauté aux acquêts; car en stipulant

qu'ils excluent de leur communauté tout leur mobilier présent et futur, les époux manifestent clairement leur volonté qu'il y en ait une entre eux. Or, puisqu'ils en ont exclu tout leur mobilier présent et futur, ils ont tacitement et nécessairement voulu qu'elle ne se composât que des biens qu'ils pourront acquérir par leur collaboration commune. L'art. 1498, au contraire, placé dans la première section, s'occupe de la communauté *réduite aux acquêts* par une stipulation expresse dans le contrat de mariage des époux; réduction qui opère nécessairement, quoique tacitement, l'exclusion de la communauté de tous les meubles présents et futurs, quoiqu'on n'ait point parlé de cette exclusion. « Lorsque, dit cet article, les époux » stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la » communauté.... leur mobilier présent et futur. »

C'est en effet la conséquence nécessaire de la stipulation qui réduit la communauté aux acquêts, et en vertu de laquelle les meubles ne peuvent entrer dans cette communauté.

300. Ainsi, dans l'art. 1498, l'exclusion du mobilier est tacite, la réduction de la communauté est expresse. Dans l'art. 1500, au contraire, l'exclusion du mobilier de la communauté est expresse, et opérée en vertu de la stipulation des époux; la réduction de la communauté aux acquêts est tacite; c'est une conséquence nécessaire de la stipulation du contrat. L'effet de ces deux stipulations est donc au fond parfaitement identique, et l'on ne saurait concevoir pourquoi ces deux articles sont placés

dans deux sections différentes. Il en est résulté, sur l'application de l'art. 1504, placé dans la seconde section, des doutes que nous résoudrons bientôt.

301. Après avoir, dans sa première disposition, consacré le principe que « les époux peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier présent et futur, » par une stipulation expresse, l'art. 1500 nous donne, dans sa deuxième disposition, l'exemple d'une exclusion tacite et partielle des meubles des époux. Il porte : « Lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus. »

302. C'est cette stipulation que Pothier appelle *convention d'apport à la communauté*, n°. 287, et dont, après lui, le Code explique l'effet principal presque dans les mêmes termes, dans l'art. 1501 : « Cette clause rend l'époux débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier de cet apport. »

303. Le Code explique ensuite comment les époux doivent justifier qu'ils ont payé l'apport promis. Il fait à cet égard, encore d'après Pothier, une distinction importante entre l'apport du mari et celui de la femme. « L'apport, dit l'art. 1502, est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. Il est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari lui donne, ou à ceux qui l'ont dotée. »

304. Le premier point relatif à la preuve de l'apport du mari fut introduit dans la jurisprudence par un arrêt du 30 (1) juillet 1712, rapporté au Journal des audiences, tom. VI, pag. 278. Il est fondé sur ce que, dit l'arrêtiste, on ne voulait pas que le mari se donnât quittance à lui-même; que sa déclaration sur la valeur de son mobilier, insérée dans le contrat de mariage, équivalait à la déclaration d'apport d'une somme en argent comptant; déclaration qui serait une preuve suffisante de la mise de son apport en communauté, quoiqu'il ne fût pas dit qu'il a exhibé la somme lors du contrat. La décision de cet arrêt, rendu par le Parlement de Paris, a toujours été suivie depuis, même dans le ressort des autres Parlemens; elle est enfin consacrée par notre art. 1502.

305. Pothier dit que si la quantité du mobilier que chacun des conjoints avait à l'époque du mariage n'avait pas été déclarée dans le contrat, elle pourrait aussi être justifiée par un état fait entre les conjoints, même depuis le mariage, et sous leur signature privée, qui en contient le détail et la prisée. Aucun des conjoints qui ont signé cet état ne serait recevable à l'attaquer, en alléguant la fraude; car on n'est pas recevable à alléguer sa propre fraude.

Pothier ajoute, n°. 300, que la preuve de la quantité du mobilier qu'avait l'une des parties lors du mariage, peut aussi se faire par des actes non

(1) C'est par une erreur typographique que Pothier le date du 23 juillet.

suspects, faits avant ou peu après le mariage, quoique l'autre conjoint n'y ait pas été présent.

Par exemple, par un partage que le conjoint, avant ou peu après son mariage, a fait des successions de ses père et mère.

Pareillement, un compte de tutelle rendu à l'un des conjoints, peu avant ou peu après son mariage, fait foi de ce qui lui était dû lors de son mariage.

Enfin, ajoute encore Pothier, « lorsqu'il n'y a » aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du mobilier que les conjoints, ou l'un des conjoints, avait lors du mariage, on en admet la preuve *par la commune renommée*..... On laisse à la discrétion du juge à fixer, sur les enquêtes faites de la commune renommée, la quantité de ce mobilier.

» Le juge doit être plus indulgent envers la femme ou ses héritiers qu'envers le mari; l'empire qu'a le mari sur la femme, pouvant souvent ne lui avoir pas laissé le pouvoir de constater pendant le mariage, par quelque acte, le mobilier qu'elle avait lors de son mariage. »

306. Cette doctrine de Pothier a été consacrée par le Code, qui l'a suivie presque pas à pas en ce qui concerne la convention d'apport. Nous venons de voir que la déclaration faite par le mari de la valeur de son mobilier, dans le contrat de mariage, lui suffit pour faire preuve de son apport; tandis que la même déclaration de la part de la femme ne lui suffit pas, si elle n'apporte pas de plus une quittance du mari. Mais en admettant la

doctrine de Pothier, le Code y a fait un changement bien important et bien remarquable en faveur de la femme. Pothier permettait au mari, aussi bien qu'à la femme, de prouver, même par commune renommée, la consistance et la valeur du mobilier qu'il avait lors de son mariage, quand il avait fait la faute de ne l'avoir pas fait constater par écrit ; seulement, il recommande au juge plus d'indulgence envers la femme qu'envers le mari, qui pouvait, par ses artifices ou par abus de son empire, avoir empêché la femme de se procurer une preuve écrite. Le Code a fait plus, et avec raison : il a privé le mari de la faculté de prouver la valeur et la consistance de son mobilier par commune renommée, et autrement que par un inventaire, pour le punir de n'avoir pas obéi à la loi, qui lui commandait d'en faire faire un. Mais il n'a pas voulu étendre cette punition à la femme, qui peut avoir été empêchée de faire rapporter un inventaire, par les artifices de son mari, ou par abus de son autorité. L'art. 1504 porte :

« Le mobilier qui échoit à chacun des époux
» pendant le mariage, doit être constaté par un
» inventaire.

» A défaut d'inventaire du mobilier échu au
» mari, ou d'un titre propre à justifier sa consistance et valeur, déduction faite des dettes,
» le mari ne peut en exercer la reprise.

» Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers
» sont admis à faire preuve, soit par titre, soit

» par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier. »

307. Remarquez que cet article est une application de l'art. 1415, qui établit comme une règle générale « qu'à défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques, que par témoins, et au besoin par commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. »

308. On ne peut donc pas dire que cette disposition, et celle de l'art. 1504, qui n'en est qu'une application ou une répétition, ne soient qu'une décision particulière, applicable seulement au cas d'un mobilier échu pendant le mariage; c'est dans tous les cas où le défaut d'inventaire préjudicie à la femme.

Malgré des textes si précis et si formels, M. Belot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, tom. III, pag. 27 et suivantes, élève des doutes sur le point de savoir si ces articles sont applicables au cas de la communauté réduite aux acquêts, dont parle l'art. 1499, et semble pencher pour la négative, parce que, dit-il, les art. 1415 et 1514 ne disposent que dans le cas où le mobilier est échu à la femme durant la communauté. Or, ajoute-t-il, la femme est alors sous l'empire de son mari; mais, dans le cas de l'art. 1499, n'étant pas encore sous la dépendance de son mari, elle est libre comme lui de faire faire inventaire.

M. Bellot a-t-il fait attention que l'art. 1415 dispose expressément que c'est *dans tous les cas* où le défaut d'inventaire préjudicie à la femme, qu'il lui permet de faire sa preuve par témoins et même par commune renommée? D'ailleurs, il résulterait de la distinction qu'il fait une disparate tellement choquante, qu'elle conduit presque à l'absurde. Supposons que dans un contrat de mariage, contenant la clause de réduction de la communauté aux acquêts, il n'ait pas été fait d'inventaire d'un mobilier considérable que la femme avait dans la maison où son mari est allé demeurer avec elle, et que, durant le mariage, il lui soit échu une succession d'où dépendait un riche mobilier, dont il n'a point été également fait inventaire. Suivant la distinction proposée par M. Bellot, la femme pourra, à la dissolution de la communauté, prouver, tant par témoins que par commune renommée, la consistance et la valeur du mobilier qui lui est échu par succession, et elle ne pourra prouver de la même manière la consistance et la valeur du mobilier qui était dans sa maison, que son mari, qui n'avait que la cape et l'épée, est allé habiter avec elle, et où il est mort. On ne saurait admettre une pareille distinction, sans violer ouvertement la règle générale établie par l'article 1415, pour *tous les cas* où le défaut d'inventaire préjudicie à la femme.

Nous ne saurions donc douter que l'art. 1504 ne soit applicable au cas de l'art. 1499, entre les époux et leurs héritiers, et que la femme et ses héritiers ne doivent avoir le droit de faire la preuve

de la consistance et de la valeur, tant du mobilier qu'elle apporta lors de son mariage, que de celui qui lui est échu depuis, par tous les moyens reçus en justice, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée. Le mari doit s'imputer de n'avoir pas employé la voie que lui prescrivait la loi.

309. Mais à l'égard des créanciers du mari, et pour les empêcher de poursuivre leur paiement sur le mobilier de la femme, exclu de la communauté par la clause de réduction aux acquêts, il faut que ce mobilier soit constaté par un inventaire ou état authentique, comme le dit l'art. 1510, qui porte : « Cette obligation (aux époux, de se » faire raison des dettes) est la même, soit qu'il » y ait eu inventaire ou non ; mais si le mobilier » apporté par les époux n'a pas été constaté par » un inventaire ou état authentique antérieur au » mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des » époux peuvent, sans avoir égard à aucune des » distinctions qui seraient réclamées, poursuivre » leur paiement sur le mobilier non inventorié, » comme sur tous les autres biens de la commu- » nauté.

» Les créanciers ont le même droit sur le mo-
» bilier échu aux époux pendant la communauté,
» s'il n'a été pareillement constaté par un inven-
» taire ou état authentique. »

Cette disposition était nécessaire pour empêcher les époux de frauder les créanciers, en faisant passer le mobilier de la communauté, et même le mobilier personnel du mari, pour un mobilier

appartenant en propre à la femme, et exclu par elle de la communauté.

310. Le Code ne s'est point occupé des choses qui peuvent être imputées sur la somme que les époux ont promis d'apporter à la communauté. Ce sont, en général, tous les meubles qu'ils possédaient lors de la célébration du mariage, lesquels étant entrés dans la communauté, y ont été reçus en paiement, sur le pied de leur valeur au moment de leur réception. Les crédits qu'avaient les époux à la même époque ne s'imputent sur les sommes qu'ils ont promises pour leur apport, qu'autant qu'ils ont été payés durant la communauté. On exige même de la part du mari la preuve que les siens l'ont été (1), en représentant, soit des contre-quittances qu'il doit retirer de ses débiteurs, soit au moins un journal non suspect.

Quant aux crédits de la femme, il lui suffit de prouver leur réalité au tems de la célébration du mariage. Elle n'est pas tenue de prouver qu'ils ont été payés durant la communauté. C'est au mari, qui en est le chef, à veiller à leur rentrée. S'il ne justifie pas de diligences faites à tems contre les débiteurs de son épouse, et qu'il n'a pu être payé, ces crédits sont censés avoir été versés dans la communauté, et ils sont imputés sur l'apport de la femme, jusqu'à due concurrence.

311. Mais la valeur du mobilier advenu aux conjoints durant la communauté, par succession, do-

(1) Pothier, n°. 290.

nation ou autrement, doit-elle également être imputée sur leur apport ?

Pothier, n^o. 296, faisait une distinction fort judicieuse, et qui était alors fort juste. Si, dans le contrat où ils avaient stipulé un apport réciproque à la communauté, ils s'étaient réservé propre le surplus de leur mobilier présent et futur, en ce cas on faisait, jusqu'à due concurrence, compensation des sommes promises pour apport à la communauté, avec la reprise que les époux étaient en droit d'exercer sur la communauté, pour la valeur du mobilier échu durant le mariage, par succession, donation ou legs.

Au contraire, si, en stipulant leur apport réciproque à la communauté, les époux ne s'étaient pas réservé propre le mobilier qui leur adviendrait pendant le mariage, la somme promise pour apport ne pouvait être prise sur ce mobilier, et ce n'était que sur le mobilier présent seulement que leur apport devait être pris ; car, en le stipulant, ils étaient censés promettre aussi de faire entrer dans la communauté tout ce qu'y fait entrer la loi commune des communautés conjugales, à laquelle ils n'avaient pas dérogé.

Mais il paraît que, sous l'empire du Code, il n'y a plus à s'occuper de la distinction de Pothier, parce que la convention d'apport emporte aujourd'hui de plein droit la réserve ou la réalisation du *surplus* du mobilier *présent et futur*, comme le prouve l'art. 1500, qui, après avoir dit que les époux peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier *présent et futur*, ajoute immédiate-

ment après que lorsqu'ils stipulent qu'ils *en* mettront jusqu'à une valeur déterminée en communauté, ils sont, *par cela seul*, et sans autre réserve, censés s'être réservé le *surplus*. Il est bien évident que la particule *en* se rapporte également aux meubles présents et aux meubles futurs; car toutes les dispositions de l'article se rapportent également aux uns et aux autres.

312. Cependant M. Delvincourt, tom. III, pag. 387, édition de 1819, pense que la distinction de Pothier doit encore être admise. « Il se fonde » sur ce que cette clause est toujours une véritable » dérogation au droit commun, d'après lequel le » mobilier présent et futur des époux doit entrer » en communauté. Or, les dérogations sont de » droit étroit, et ne peuvent être étendues à un » autre cas que celui qui est formellement exprimé » dans la convention. Donc, dans l'espèce proposée, les parties ne s'étant pas exprimées sur » leur mobilier futur, sont censées être restées à » cet égard dans les termes du droit commun, et » avoir voulu, en conséquence, qu'il fît partie de » leur communauté. »

Si les parties ne s'en sont pas exprimées, l'article 1500 l'a fait d'une manière non équivoque, et M. Delvincourt l'a très-bien vu. « L'on opposera peut-être à cette décision, dit-il, le texte » de l'art. 1500, où, après avoir dit que les époux » peuvent exclure de leur communauté tout leur » mobilier présent et futur, l'on ajoute que lorsqu'ils stipulent qu'ils *en* mettront réciproquement dans la communauté, jusqu'à concurrence

» d'une somme ou d'une valeur déterminée, *ils*
» *sont, par cela seul*, censés se réserver le surplus :
» d'où il semble que l'on peut conclure que le fait
» seul d'un apport déterminé suffit pour exclure le
» mobilier présent et futur; mais il faut bien pren-
» dre garde à la manière dont est rédigé l'article.
» Après avoir dit que les époux peuvent exclure
» leur mobilier *présent et futur*, l'article ajoute :
» Lorsqu'ils stipulent qu'ils *en* mettront récipro-
» quement, etc., le pronom *en* tient la place de ce
» qui précède; c'est le mobilier présent et futur.
» Or, il est bien certain que si les époux ont dit
» que sur leur mobilier présent et futur ils met-
» tront telle somme en communauté, la clause ta-
» cite d'exclusion tombe sur le surplus de leur
» mobilier présent et futur; mais c'est qu'alors ils
» se sont expliqués réellement sur le mobilier fu-
» tur; au lieu que, dans l'espèce proposée précé-
» demment, il n'en avait été fait aucune mention. »

Il n'est pas douteux que si, dans la clause d'ap-
port, il a été fait mention du mobilier futur, par
exemple, s'il est dit que les époux s'obligent de
mettre réciproquement en communauté jusqu'à la
concurrence de 10,000 fr., sur leur mobilier pré-
sent et futur, les deux mobiliers, le futur comme
le présent, seront imputés sur leurs apports. Ce
n'a jamais été une question. Mais s'il est dit seu-
lement que les époux s'obligent réciproquement de
mettre dans la communauté la somme de 10,000 f.,
sans rien ajouter de plus, Pothier pensait, suivant
la jurisprudence d'alors, que le mobilier futur ne
devait pas être imputé sur leurs apports, parce que

la loi commune le fait entrer en communauté, et qu'il n'y a point été dérogé. Nous pensons, au contraire, que cette opinion doit être rejetée aujourd'hui, parce que la réalisation tacite des meubles de la communauté emporte de plein droit, suivant le Code, la réalisation du mobilier, tant présent que futur. Par exemple, la stipulation qu'il n'y aura qu'une communauté d'acquêts, emporte de plein droit l'exclusion du mobilier *présent et futur*. (Art. 1498). La stipulation que les époux excluent tout leur mobilier de la communauté, emporte l'exclusion de leur mobilier présent et futur. (Art. 1500). D'où nous tirons la conséquence que, lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront en communauté jusqu'à concurrence d'une somme de....., *le surplus*, tant du mobilier présent que du mobilier futur, est exclu de la communauté, et doit être imputé sur les apports.

La distinction faite par Pothier ne pourrait donc s'appliquer qu'au cas particulier où, après avoir stipulé qu'ils mettront réciproquement chacun une somme ou valeur déterminée en communauté, les époux auraient ajouté qu'ils se réservent propre le surplus de leurs biens *présens*, sans ajouter *et futurs*; car en bornant expressément leur réserve aux biens présents, elle ne pourrait plus s'étendre aux biens meubles futurs échus depuis le mariage par succession ou donation; ils entreraient en communauté, suivant le droit commun des sociétés conjugales, et seraient alors imputés sur leur apport.

Au reste, pour appliquer la deuxième disposi-

tion de l'art. 1500, il n'est pas nécessaire que l'apport soit égal. Un des époux peut stipuler un apport inférieur à celui de l'autre (1).

313. Après avoir établi, dans l'art. 1500, que les époux peuvent exclure de la communauté tout ou partie de leur mobilier, le Code n'a pas suivi le développement de la clause d'exclusion dans sa simplicité; il ne s'est occupé que du cas où l'exclusion est respectueuse, et tacitement produite par une conséquence de la stipulation d'un apport réciproque. Il a passé sous le plus profond silence le cas le plus fréquent, celui où l'exclusion n'est stipulée que par un seul des conjoints simplement, sans aucune autre clause accessoire. C'est ce que nos auteurs qui ont écrit avant le Code appelaient *convention de réalisation*, ou *stipulation de propre* (2); clause dont on avait tant abusé dans l'ancienne jurisprudence, par les extensions qu'on y apportait dans les contrats de mariage (3), afin d'en étendre les effets aux cas de succession. Le Code, par l'art. 1389, a proscrit tous ces abus contraires aux principes de notre nouvelle législation; mais les rédacteurs du Code, voulant peut-être en faire perdre jusqu'au souvenir, ont porté le scrupule au point de bannir jusqu'aux expressions de *réalisation* et de *stipulation de propre*, auxquelles on avait coutume d'ajouter des exten-

(1) Voy. ce que nous avons dit *suprà*.

(2) Pothier.

(3) Voy. ce que nous avons dit, tom. XII, n^o 20, pag. 38.

sions devenues presque de style, et l'on ne trouve pas une seule fois dans le Code le mot de *réalisation* ni de *stipulation de propre*, mais seulement le mot de *propres* (1), pour désigner les biens personnels de l'un des conjoints, quoique cette expression fût depuis long-tems technique, et semblât faite exprès pour distinguer les biens personnels des époux de ceux de la communauté. *Propria res est quæ communis non est*, disent les docteurs, *ad leg. 38, ff de legib., 2.*

314. Mais quoique le nom et les abus en soient proscrits, la simple *réalisation* ou *stipulation de propre* n'en est pas moins autorisée par le Code, sous le nom de *clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie*. Elle est même d'un usage très-fréquent. Nous allons donc, pour suppléer au silence du Code, entrer dans quelques développemens sur cette clause d'exclusion.

315. Elle peut être stipulée par un seul des époux, et alors elle est unilatérale; ou par l'un et l'autre des époux, et alors elle est bilatérale.

Elle peut être expresse ou tacite, totale ou partielle, d'une somme ou d'une quotité de meubles, sans autre détermination que leur valeur en masse; ou de corps certains et déterminés, par exemple, tels tableaux, telles statues, des diamans, de l'argenterie, une bibliothèque, tel navire, tels moulins ou bains sur bateaux, telle rente perpétuelle, etc.

(1) Dans l'art. 1412.

316. Nous nous occuperons d'abord de la plus simple des clauses d'exclusion ou de réalisation, celle qui est unilatérale et dégagée de toute clause accessoire. Nous avons vu qu'elle peut être expresse ou tacite. Elle est expresse et totale, lorsque l'un des époux stipule que tout son mobilier présent et futur est exclu de la communauté, ou lui sera propre; expresse et partielle, s'il stipule seulement l'exclusion de son mobilier; ce qui ne doit s'entendre que de son mobilier présent, car les exclusions ne s'étendent pas d'un cas à l'autre.

L'exclusion est encore expresse, lorsque le père ou la mère de l'un des époux, son parent collatéral, ou même un étranger, en lui donnant une dot de 30,000 fr., par exemple, stipule qu'elle n'entrera point en communauté, ou qu'elle lui demeurera propre; car tout donateur a le droit d'imposer à sa donation telle condition qu'il lui plaît, pourvu qu'elle n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

L'exclusion est tacite et partielle, lorsqu'en apportant en dot la même somme de 30,000 fr., l'un des époux ou celui qui a promis de fournir la somme, stipule qu'il en entrera 10,000 fr. dans la communauté, quoiqu'il n'ait pas ajouté que le surplus serait propre. Ce surplus n'en est pas moins tacitement exclu de la communauté. La limitation du tiers ou autre quotité de la somme qui doit entrer en communauté, ne peut avoir d'autre objet que d'en exclure le surplus, qui y serait également entré suivant le droit commun.

317. Par la même raison, dit Pothier, n°. 317,

« lorsque les parties se sont expliquées sur leur
 » communauté en ces termes : *Les futurs conjoints*
 » *seront communs dans tous les biens qu'ils ac-*
 » *querront*, on doit sous-entendre une tacite réa-
 » lisation de tous les biens mobiliers qu'elles ont ;
 » car dire que leur communauté sera composée
 » des biens qu'elles acquerront, c'est dire que ceux
 » qu'elles ont déjà n'y entreront pas : *Qui dicit de*
 » *uno negat de altero.* »

Si cette opinion de Pothier était admise, il résulterait de cette formule une réduction tacite de la communauté aux acquêts. Mais M. Merlin (1) s'est élevé contre cette doctrine, qu'il ne trouve pas exacte, et avec raison ; car, en bonne logique, il est impossible de conclure que la déclaration ou l'énonciation que les acquêts des conjoints seront communs, veuille dire que les meubles qu'ils possèdent au moment du mariage ne le seront pas. Une loi claire et précise, dit fort bien M. Merlin, les fait entrer de plein droit dans la communauté : il faut donc, pour les en exclure, une dérogation positive, aussi claire et aussi précise que la loi elle-même, ou du moins que cette dérogation résulte nécessairement de la formule d'exclusion. Par exemple, l'exclusion de *tous les meubles présents et à venir* de la communauté, emporte nécessairement la réduction de la communauté aux acquêts ; car on ne peut donner un autre sens à

(1) *Répertoire*, tom. X, v°. *REALISATION*, § 1, n°. 2, pag. 725.

la phrase. Mais on ne peut pas plus, de l'énonciation que les acquêts seront communs, conclure que les meubles actuels ne le seront pas, qu'on ne pourrait, de l'énonciation que *les conjoints seront communs en tous les biens meubles qu'ils possèdent*, même qu'ils possèdent *actuellement*, conclure que les meubles qu'ils acquerront sont exclus de la communauté. Cette conséquence n'est pas contenue dans les prémisses; elle est contraire à l'art. 1401, qui fait entrer de plein droit les acquêts dans la communauté. Pour les en exclure; et pour conclure nécessairement de la mise en communauté des meubles à venir, l'exclusion des meubles présents, *aut vice versâ*, il faudrait, non pas un simple silence, mais une opposition bien marquée des uns aux autres biens. Le Code en donne un exemple dans l'art. 1498, qui semble fait exprès pour proscrire l'opinion de Pothier. Il porte : « Lorsque les époux stipulent qu'il *n'y aura* » entre eux *qu'une* communauté d'acquêts, ils » sont censés exclure de la communauté, et les » dettes de chacun d'eux.... et leur mobilier res- » pectif présent et futur. »

Remarquez que pour réduire la communauté aux acquêts, et en conclure en conséquence l'exclusion des meubles présents et futurs, le Code ne se contente pas d'exiger seulement dans le contrat de mariage la stipulation qu'il *y aura* une communauté d'acquêts; il exige que la stipulation soit accompagnée de deux particules formellement exclusives de la communauté, et qu'il soit dit qu'il *n'y aura qu'une* communauté, etc.; au lieu que

la stipulation qu'*il y aura* communauté d'acquêts, n'exclurait pas la communauté des meubles présents et futurs, communauté qui est de droit commun.

Nous pensons donc, avec M. Merlin, que la stipulation dont parle Pothier, que les conjoints *seront communs en tous les biens qu'ils acquerront*, laquelle stipulation, même dans le sens qu'il lui donne, n'emporterait qu'une réduction tacite de la communauté aux acquêts, ne peut avoir plus de force qu'une réduction expresse, non accompagnée des particules exclusives exigées par l'article 1498.

D'ailleurs, comme l'a très-bien remarqué M. Merlin, *loco citato*, la doctrine de Pothier, dans son passage du Traité de la communauté que nous examinons, est contraire à celle qu'il professe dans son Traité des obligations, généralement regardé comme son chef-d'œuvre. On y lit, n^o. 100, que « si, par un contrat de mariage, il » est dit : Les futurs conjoints seront en communauté de biens, dans laquelle communauté *entrera le mobilier des successions qui leur écherront*, cette clause n'empêche pas que toutes les » autres choses qui, de droit commun, entrent » dans la communauté conjugale, n'y entrent, » n'étant ajoutée que pour lever le doute que les » parties peu instruites ont cru qu'il y pourrait » avoir, si le mobilier des successions y devait » entrer. »

Il aurait fallu, pour empêcher ces choses d'y entrer, ajouter la particule exclusive de l'art. 1498,

et dire : Dans laquelle communauté *n'entrera que* le mobilier.

318. Lorsque, dans un contrat de mariage, il était dit qu'une somme d'argent donnée à l'un des conjoints, ou qui lui appartenait, serait employée en achat d'héritages, on tenait pour maxime, conformément à l'art. 93 de la Coutume de Paris (1), que cette somme était tacitement exclue de la communauté, à cause de sa destination, quoique la destination n'eût pas été réalisée. Cette décision n'a rien de contraire aux dispositions ni à l'esprit du Code, qui admet les exclusions tacites, et leur donne le même effet qu'aux exclusions expresses. Nous pensons donc qu'elle doit continuer d'être suivie sous son empire.

319. L'exclusion de la communauté ne s'étend qu'aux objets mobiliers compris dans la stipulation qui la prononce, quoique, suivant l'art. 1500, elle puisse s'étendre même à tous les effets mobiliers qui adviennent aux conjoints pendant le mariage. Il faut pour cela que le contrat le stipule expressément, dans la clause d'exclusion; car c'est un principe constant en cette matière, que les clauses d'exclusion sont de droit étroit, et ne s'étendent point d'une chose à une autre. C'est pourquoi, si les conjoints avaient stipulé que leur mobilier, ou même *tout* leur mobilier, sera exclu de la communauté, cette clause ne comprendrait que les biens mobiliers qu'ils avaient alors; elle

(1) Pothier, n°. 516.

ne comprendrait pas ceux qui leur seraient échus pendant le mariage, soit à titre de succession, soit à tout autre titre; et la clause qui exclurait de la communauté *tout ce qui écherra aux futurs époux par succession*, ne s'étendrait pas à ce qui leur adviendrait par donation ou legs, à moins que la donation ne fût faite par un ascendant (1), parce que la donation du père au fils est regardée comme une espèce de succession anticipée, un avancement successif, ce qu'on ne peut pas dire de ce qui est donné par des collatéraux ou des étrangers.

320. La clause qui exclut de la communauté le mobilier qui adviendra aux futurs époux par donation, ne peut, par le même principe (2), s'étendre à ce qui leur échoit par succession.

321. Cependant, si les effets mobiliers advenus durant le mariage à celui des conjoints qui avait expressément ou tacitement exclu de la communauté tout son mobilier, provenaient d'un titre qu'il avait en se mariant, mais qui ne s'est ouvert et n'a produit son effet que depuis, on devrait regarder ces effets comme compris dans l'exclusion. Par exemple, une créance conditionnelle de 10,000 fr., quoique la condition n'eût été accomplie et la créance payée que depuis le mariage, cette somme est censée comprise dans l'exclusion, et le conjoint en aurait reprise à la dissolution de

(1) Voy. le Répertoire de M. Merlin, tom. X, v°. RÉALISATION, pag. 724, col. B.

(2) Voy. *infra*, n°. 322.

la communauté, parce que le titre même faisait partie de ses biens lors du mariage, et qu'en général, *ad primordium tituli semper posterior formatur exitus*.

C'est par là que se résout la question de savoir si le lot échu pendant le mariage à un billet de loterie dont un des époux était porteur en se mariant, doit être censé compris dans l'exclusion des biens mobiliers qu'il avait à l'époque du contrat de mariage. L'affirmative n'est pas douteuse, puisque le billet de loterie qu'il possédait était une véritable créance conditionnelle.

Néanmoins, dit fort bien Pothier, n°. 321, si, dans l'état ou inventaire des biens que ce conjoint s'est réservés propres, et dont par conséquent la communauté demeurerait débitrice lors de la dissolution, le billet de loterie était compris pour la valeur qu'il avait avant le tirage, en un mot, pour le prix qu'il avait coûté, la communauté ayant pris en ce cas pour son compte et à ses risques le billet de loterie, le lot échu à ce billet lui appartiendrait, et la communauté ne devrait reprise que du prix que valait le billet avant le tirage.

322. Les clauses d'exclusion étant de droit étroit, comme nous l'avons dit, ne s'étendent point d'un cas à l'autre. Celle qui exclut tout ce qui adviendra par donation durant le mariage, ne doit pas s'étendre à ce qui écherra par succession; mais elle comprend ce qui peut advenir à titre de legs ou de substitution, le terme de donation étant un terme général, qui comprend les donations testamentaires aussi bien que les autres donations : au con-

traire, la clause d'exclusion ne les comprendrait pas, si elle n'excluait que les donations entre vifs.

323. Quelquefois, au lieu de spécifier nommément chacun des titres en vertu desquels peuvent provenir les effets mobiliers qu'on veut exclure de la communauté, on se borne à en exprimer quelques-uns, en ajoutant les mots *ou autrement*; par exemple, tout ce qui adviendra par succession, donation ou autrement. Ces termes généraux, dit Pothier, n°. 323, comprennent tous les titres lucratifs par lesquels des biens peuvent parvenir durant le mariage; c'est pourquoi il n'est pas douteux que si la clause porte, *ce qui adviendra durant le mariage par succession, ou autrement, sera propre*; la clause d'exclusion comprend tout ce qui est donné ou légué aux époux.

On doit même y comprendre tout ce qui peut leur advenir par bonne fortune, à titre purement lucratif, tel que par invention, par occupation. Il en résulte que si l'un des époux, durant le mariage, a trouvé une épave ou un trésor, ce qui lui en appartient par droit d'invention est compris sous le mot *autrement*.

Il en est de même de ce dont il est devenu propriétaire par droit d'occupation; tel serait le cas d'une pierre précieuse qu'il aurait recueillie sur les bords de la mer, etc.

324. Voyons maintenant quel est, relativement aux dettes des conjoints, l'effet tant de la convention d'apport que des clauses d'exclusion ou de réalisation de leur mobilier en tout ou partie.

De très-savans auteurs avaient autrefois agité

la question de savoir si, dans le cas de la convention d'apport, lorsque, comme dans le cas de l'art. 1500, les conjoints stipulent qu'ils mettront réciproquement jusqu'à la concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, pour en composer leur communauté, leurs dettes antérieures au mariage doivent être, par cela seul, censées exclues de la communauté, sans qu'il soit besoin d'une convention expresse de séparation de dettes.

La Thaumassière soutenait l'affirmative, et Pothier, n^o. 352, pensait que cette opinion était conforme aux principes; parce que, si les Coutumes chargent la communauté de toutes les dettes mobilières de chaque conjoint, c'est qu'elles y font entrer aussi l'universalité de leurs mobiliers, dont, suivant les principes de l'ancien droit français, les dettes mobilières sont une charge.

D'ailleurs, en promettant d'apporter, par exemple, 10,000 fr., on est censé les promettre effectifs; autrement, on n'apporterait pas ce qu'on a promis; il faudrait déduire les dettes de la somme de 10,000 fr.

Malgré ces raisons, Lebrun, auteur d'un *Traité de la communauté* très-estimé, soutenait l'opinion contraire, victorieusement réfutée par Pothier, dont l'opinion a été consacrée par le Code, article 1511, qui porte : « Lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine, » ou un corps certain, un tel apport emporte la » convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes » antérieures au mariage; et il doit être fait raison » par l'époux débiteur à l'autre de toutes celles qui

» diminueraient l'apport promis. » La raison applaudit à cette décision ; ainsi les doutes cessent sur ce point.

325. Dans le cas d'une simple exclusion du mobilier, point encore de doute, si l'exclusion est totale, quand même elle serait tacite. La preuve s'en trouve dans l'art. 1498, qui dit que « lorsque les » époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une » communauté d'acquêts, ils sont censés exclure » de la communauté, et les dettes de chacun d'eux » actuelles et futures, et leur mobilier respectif » présent et futur. »

* Il ne peut donc y avoir de doute que dans le cas d'une exclusion partielle des meubles sans convention d'apport ; par exemple, lorsque les deux conjoints réciproquement, ou un seul d'entre eux, stipulent qu'il n'entrera en communauté que le tiers ou le quart du mobilier, se réservant le surplus.

Nous pensons que, dans ce cas, la communauté doit supporter les dettes dans la même proportion du tiers ou du quart.

Et qu'on ne dise pas que l'art. 1409 fait entrer dans la communauté universellement toutes les dettes mobilières des conjoints, et qu'il n'y a pas été dérogé par la clause qui exclut le tiers ou le quart des meubles de la communauté.

La réponse est que cet art. 1409 parle de la communauté légale, qui acquiert aussi tous les meubles des conjoints à titre universel, et qu'il n'en est pas ainsi de la conventionnelle, qui ne les acquiert qu'à titre singulier. Or, suivant la maxime des docteurs tirée du droit romain, et approuvée par la

raison, universi patrimonii, non certarum rerum onus est res alienum. L. 50, § 1, ff de judiciis.

326. Nous avons souvent dit (1) qu'en se mariant, la femme perd la propriété de tous ses biens meubles, corporels et incorporels, qui entrent de plein droit dans la communauté, dont le mari est le maître et le propriétaire, et, en cette qualité, peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens qui la composent, sans le concours de sa femme, sans lui en devoir aucun compte, parce qu'elle a perdu tous les droits qu'elle avait, même sur ceux qui furent auparavant siens, pour les transférer à son mari, en les laissant entrer dans la communauté. Pour balancer les abus possibles de ce pouvoir excessif, la loi lui laisse la faculté d'exclure son mobilier de la communauté, en tout ou en partie.

Mais quel est l'effet de cette exclusion? Nous avons pensé que c'était de conserver à la femme la propriété des effets ainsi exclus de la communauté, et nous avons combattu la doctrine de Pothier, qui enseigne, *Traité de la communauté*, n°. 325, que la femme perd la propriété des biens qu'elle réalise, autrement, qu'elle exclut de la communauté; que ces biens se confondent avec les autres biens de la communauté, et que le mari, comme chef de la communauté, peut les aliéner; en un mot, que la réalisation de ces meubles et leur exclusion de la communauté ne constituent qu'une créance de reprises de leur valeur contre la communauté, tellement que si ses meubles se

(1) Voy. tom. XII, n°. 376 et 378.

trouvent encore en nature à la dissolution de la communauté, la femme n'en étant point créancière *in specie*, n'a pas le droit de les reprendre, mais seulement leur valeur.

Nous croyons avoir démontré que cette doctrine est absolument fausse, qu'elle est aussi contraire à l'esprit du Code qu'à ses dispositions textuelles. Nous persistons à penser que la femme demeure propriétaire des meubles qu'elle réalise par son contrat de mariage, et que par conséquent le mari ne peut les aliéner sans son concours; car le droit d'aliéner est essentiellement inhérent au droit de propriété, et ne peut appartenir qu'au propriétaire: *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. L. 21, ff de R. J.* Que la femme ait le pouvoir d'exclure tout ou partie de ses meubles de la communauté, c'est ce qui ne peut faire la matière d'un doute. L'art. 1500 l'établit en principe général. Il est vrai que l'article n'ajoute pas que cette exclusion en conserve la propriété à la femme; mais c'est une conséquence nécessaire de sa disposition. Si la femme qui se marie perd la propriété de ses meubles, c'est par son fait qu'elle la perd; c'est en les laissant entrer dans une communauté dont le mari est le maître et le propriétaire. Elle consent donc nécessairement à perdre la propriété de ses meubles, pour la transférer à son mari.

Mais quand elle réalise ses meubles, en les excluant de la communauté pour se les réserver propres, c'est une opposition formelle et authentique à cette translation, qui ne peut s'opérer que

par sa volonté. Elle conserve donc son droit de propriété. C'est un principe qui nous paraît rigoureusement démontré, et partant, incontestable.

Pothier, le savant Pothier, qui a voulu établir un principe contraire, en soutenant que les meubles réalisés par la femme se confondent avec tous les autres biens de la communauté; que le mari a le même droit de les aliéner les uns et les autres, sans le concours de la femme, et que l'exclusion de la communauté n'a d'autre effet que de la rendre débitrice envers la femme d'une somme d'argent égale à la valeur des meubles, sans distinction entre ceux dont on peut faire usage sans les consommer, et les meubles ou choses fongibles, dont on ne peut faire usage sans en consommer la substance par cet usage même, n'a pu citer aucune loi ni coutume, aucun arrêt ni règlement, à l'appui de son système; bien plus, ce qui est extraordinaire, aucun auteur; quoiqu'il soit en jurisprudence peu de questions sur lesquelles on ne puisse citer, vaille que vaille, des autorités pour et contre. Tous les auteurs avant lui n'avaient point traité la question sous le point de vue général, mais seulement à l'égard des sommes ou valeurs réalisées (1), et non des meubles corporels ou corps certains exclus de la communauté. Pothier est le premier qui l'ait traitée à l'égard des meubles réalisés dont on peut faire usage sans les consommer, en sorte qu'il est vraiment le créateur de sa doctrine.

(1) Lebrun, liv. 3, chap. 2, sect. 1, dist. 3, ne parle, de même que les autres auteurs, que de la reprise des deniers stipulés propres.

Mais sur quoi l'appuie-t-il ? Il commence par dire, n^o. 325, que « l'effet de la clause de réalisation est que tous les biens mobiliers qui sont réalisés, sont réputés immeubles et propres conventionnels, à l'effet d'être exclus de la communauté, et d'être conservés au conjoint seul qui les a réalisés. »

C'est précisément ce que nous soutenons ; mais Pothier prétend qu'il y a une grande différence entre les immeubles qui sont propres réels de communauté, et les propres conventionnels ; que la communauté a seulement la jouissance des immeubles, qui ne se confondent pas avec les biens de la communauté, et dont le conjoint à qui ils appartiennent continue, durant le mariage, d'être seul propriétaire ; et qu'en conséquence le mari ne peut aliéner, sans son consentement, les immeubles de sa femme, propres réels de la communauté ; mais qu'au contraire, les meubles réalisés ou propres conventionnels se confondent dans la communauté avec les autres meubles qui y sont entrés, et qu'elle est seulement chargée d'en restituer en argent la valeur à celui qui les a réalisés. « En conséquence, ajoute-t-il, le mari, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que sa femme a réalisés. »

Il est d'abord difficile de concevoir comment, en qualité de chef de la communauté, le mari peut aliéner des biens qui en sont formellement exclus. Cette qualité ne donne et ne peut donner droit d'aliéner que les biens qui y sont entrés.

Mais, dit-on, les biens meubles réalisés se con-

fondent avec les autres biens de la communauté. Si l'on entend par confusion le mélange des meubles réalisés avec ceux qui ne le sont pas, et qui ont été apportés dans la maison commune, il est certain que ce mélange n'opère, en faveur du mari ou de la communauté et de ses créanciers, ni translation de propriété, ni aucun autre droit préjudiciable au conjoint qui les a réalisés, pourvu que l'identité en soit constatée par un inventaire, ainsi que le prouve l'art. 1510. Ils sont mêlés et non confondus, à l'instar des biens personnels de l'héritier bénéficiaire, qui, lorsqu'il a fait inventaire, a l'avantage *de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession* (802).

De même, l'inventaire des meubles réalisés ou exclus de la communauté, empêche qu'ils ne se confondent avec les meubles de la communauté, comme le prouve l'art. 1510 du Code civil, dont la seconde disposition porte que « si le mobilier » apporté par les époux n'a pas été constaté par » un inventaire ou état authentique antérieur au » mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des » époux peuvent, sans avoir égard à aucune des » distinctions qui seraient réclamées, poursuivre » leur paiement sur le mobilier non inventorié, » comme sur tous les autres biens de la communauté. »

Donc ils ne le peuvent pas sur le mobilier inventorié; donc le mobilier inventorié ne se confond pas avec le mobilier non inventorié; donc le conjoint qui a exclu des meubles de la communauté, conserve la propriété de ces meubles, s'ils

ont été inventoriés, et peut les révéndiquer contre les créanciers du mari, ainsi que l'a jugé la Cour de Bruxelles, par un arrêt du 3 juillet 1809 (1); donc la prétendue confusion des meubles réalisés ou exclus de la communauté avec ceux de la communauté, ne peut donner au mari le droit d'aliéner les premiers sans le concours de la femme.

Mais, dit encore Pothier, le mari, ou la communauté dont il est le chef, doit avoir la jouissance de tous les propres de son épouse, *ad sustinenda onera matrimonii*. Il peut jouir des propres réels, c'est-à-dire des immeubles, sans en consommer le fonds. Il n'est donc pas nécessaire qu'il ait le droit de l'aliéner.

Au contraire, les meubles réalisés sont des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage. Pour que le mari, chef de la communauté, puisse en avoir la jouissance, et pour conserver en même tems à la femme qui les a réalisés, quelque chose qui tienne lieu *du droit de propriété qu'elle a entendu conserver par la convention de réalisation*, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, qui en est le chef, le droit de les aliéner et d'en disposer, sans quoi il n'en pourrait pas avoir la jouissance, et de donner au conjoint qui les a réalisés, pour lui tenir lieu de son droit de

(1) Rapporté par Sirey, tom. XV, 2^e. part., pag. 115.

propriété, une créance de reprise de la valeur des effets réalisés. Ceci, dit Pothier, est conforme aux principes du droit sur le quasi-usufruit, et il cite les Institutes et le titre du Digeste *de usu-fructu earum rerum quæ usu consumuntur*.

Le grand poids et la grande autorité de Pothier ont fait admettre de confiance, par certains auteurs, ce raisonnement, qui dans l'examen ne soutient pas la discussion.

L'auteur pose d'abord en principe que la communauté, dont le mari est le chef, doit avoir la jouissance de tous les propres de la femme; c'est sa majeure. Oui, sans doute, dans le régime de la communauté légale; mais dans la communauté conventionnelle, on peut lui ôter cette jouissance par une clause de séparation de biens, jointe à la stipulation d'une communauté d'acquêts. On ne peut donc partir du principe que sous la communauté légale le mari doit avoir la jouissance de tous les propres de la femme, pour en induire, sous la conventionnelle, la nécessité que le mari puisse aliéner les meubles exclus par la femme de la communauté.

Or, le mari ne peut avoir la jouissance des meubles réalisés ou exclus de la communauté, s'il n'a pas le droit de les aliéner. C'est sa mineure, qui est encore plus fausse que sa majeure.

Quoi! une femme aura exclu de la communauté les diamans qui servaient à sa parure, l'argenterie dont elle se servait, des tableaux précieux, des statues qui faisaient l'ornement de ses appartemens, sa bibliothèque, etc., et l'on osera dire que

le mari n'en peut avoir la jouissance, s'il n'a pas la faculté de les vendre pour se procurer de l'argent ! Mais le mari ne doit jouir des meubles réalisés qu'en les faisant servir aux usages auxquels ils sont destinés et auxquels les employait sa femme avant son mariage. C'est pour en continuer l'usage de la même manière qu'elle les a réalisés : cela est évident.

Supposons de plus que la femme ait réalisé des bacs, des navires, des moulins ou des bains sur bateaux, dont parle l'art. 531, les bains Vigier, par exemple, au milieu de Paris, qui produisent un revenu si considérable : dira-t-on encore que le mari n'en peut avoir la jouissance, s'il n'a pas le droit de les vendre ? Cette prétention est trop insoutenable pour s'y arrêter.

Cependant Pothier n'excepte aucune espèce de meubles, et il ne cite, au soutien de sa doctrine, que les principes du droit romain, qui sont aussi les nôtres, sur l'usufruit des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, *quæ usu consumuntur*. Mais cette citation même fait voir de plus en plus l'erreur de Pothier, qui a pris l'exception pour la règle, et conclu du particulier au général.

La nature des choses fongibles est telle qu'on n'en peut faire aucun usage, ni en retirer aucun profit sans les consommer. On en a conclu, avec raison, qu'on ne peut ni les prêter, ni en donner l'usufruit, sans en transférer la propriété. « Par » l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient proprié- » taire de la chose prêtée, et c'est pour lui qu'elle

» péric, de quelque manière que cette perte arrive », dit l'art. 1893.

De même, dans le cas de l'usufruit, « *si vini, olei, frumenti ususfructus legatus sit, proprietatis ad legatarium transferri debet.* » L. 7, ff de usufructu earum rerum quæ usu consum., 7. 5.

Ces principes s'appliquent à tous les meubles de nature fongible que la femme possède avant son mariage. En les apportant en dot à son mari, elle lui transfère de plein droit la propriété, soit qu'elle les laisse entrer dans la communauté, soit qu'elle les exclue en se les stipulant propres, pour lui être rendus à la dissolution de la communauté. Une pareille stipulation ne peut s'entendre que de la restitution de leur valeur en argent, ou, suivant les expressions de la clause, de la restitution d'une pareille quantité, qualité et valeur de ces choses. Stipulerait-elle la restitution des mêmes choses *in specie* qu'elle a apportées en se mariant, pour les reprendre après le mariage, telles qu'elle les avait apportées, mais alors gâtées ou corrompues, ou si c'était de l'argent, de le laisser comme une pierre, déposé au fond d'une cassette ? Une semblable volonté, même exprimée dans le contrat, serait véritablement un acte de démence qu'on ne peut supposer dans une femme. Le mari est donc propriétaire des choses fongibles apportées par la femme, et peut les aliéner ou les consommer sous sa responsabilité personnelle ; car la perte est pour lui, de quelque manière qu'elle arrive.

Quant à tous les autres meubles réalisés, quoiqu'ils s'altèrent, dit Pothier, *et deviennent de nulle*

valeur par le long usage, la femme en conserve la propriété, ainsi que le prouve la disposition de l'art. 1510. Le Code ne donne au mari, sur ces biens, que l'usufruit, avec toutes ses charges. (1532, 1533). Or, l'art. 589 porte que « si l'usufruit com-
 » prend des choses qui, *sans se consommer de*
 » *suite*, se détériorent peu à peu par l'usage, comme
 » du linge, des meubles meublans, l'usufruitier a
 » le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles
 » sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à
 » la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se
 » trouvent, non détériorées par son dol ou par sa
 » fraude. »

Il nous paraît donc démontré qu'en principe rigoureux, le mari n'a pas le droit de vendre ou d'aliéner les meubles réalisés qui, sans se consommer de suite et par le premier usage, s'altèrent et se détériorent peu à peu par un long usage. Il doit s'en servir à l'usage auquel ils sont destinés, pour les rendre, à la dissolution de la communauté, dans l'état où ils se trouvent.

Mais si, par abus de sa puissance, il les vendait et les aliénait, la vente ne serait pas nulle et sans effet dans l'intérêt de l'acquéreur, qui aurait traité de bonne foi avec lui, parce qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, et que si le propriétaire peut les révéndiquer pendant trois ans contre celui qui les a acquis d'un tiers sans son consentement, ce n'est que quand ils lui ont été volés, ou quand il les a perdus. (2279).

Or, on ne peut comparer à un voleur le mari qui vend les meubles qui sont dans sa maison. La

femme ne peut donc les revendiquer entre les mains de l'acquéreur. Mais cette vente étant, de la part du mari, un acte abusif qui blesse essentiellement le droit de propriété de la femme, n'aura-t-elle pas contre lui, à la dissolution de la communauté, une action en dommages et intérêts ? On n'en saurait douter. « Tout fait quelconque de » l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige » celui par la faute duquel il est arrivé de le ré- » parer. » (1382).

Mais il peut se trouver des cas où la vente des meubles réalisés ne cause aucun préjudice à la femme, et ne donne lieu, par conséquent, à aucuns dommages et intérêts ; d'autres cas même où, loin de lui causer préjudice, cette vente rend sa condition meilleure. Supposons qu'en se mariant l'épouse ait fait, en meubles de la nature de ceux qui se détériorent peu à peu par l'usage, en plus ou moins de tems, et finissent par devenir de nulle valeur, un apport qu'elle réalise ou exclue de la communauté par le contrat de mariage, et dont l'inventaire en règle porte l'estimation à 30,000 fr. Le mari a le droit de s'en servir, et s'en sert en effet aux usages auxquels ils sont destinés, pendant tout le tems que dure la communauté, quelque longtemps qu'elle dure. Mais après ce tems, la communauté venant à se dissoudre, les meubles se trouvent entièrement usés, sans qu'on puisse faire aucun reproche au mari, dont les héritiers offrent à la femme, pour sa reprise, les restes sans valeur de ces meubles, qui valaient 30,000 fr. à l'époque de la célébration du mariage. Il est évident que, dans

ce cas, la vente qu'eût faite le mari de ces meubles réalisés, loin de préjudicier à sa femme, lui eût été très-avantageuse, en lui assurant une reprise fixe de 30,000 fr., au lieu des restes usés de ces meubles devenus sans valeur.

Mais cette perte qu'elle éprouve, elle ne peut l'imputer qu'à ses conseils ou à elle-même. Au lieu de stipuler la réalisation ou l'exclusion de ses meubles de la communauté, suivant l'inventaire, si elle les avait stipulés propres jusqu'à la concurrence de 30,000 fr., son mari n'aurait pu lui rendre, à la fin de la communauté, les restes de ses meubles usés, mais la somme de 30,000 fr., prix de leur estimation. Ce n'est donc point le défaut de prévoyance du Code qu'il faut accuser, mais l'imprévoyance de la femme et de ses conseils. Les dispositions de la loi sont très-sages; car, d'un côté, il y a des meubles dont le tems ou les circonstances peuvent augmenter la valeur, au point d'en porter le prix au-delà du double, du triple, ou même plus, de leur première estimation; d'autres auxquels la femme, qui les a exclus de la communauté, attache un tel prix d'affection qu'elle les prise fort au-dessus de l'estimation qu'on leur a donnée dans l'inventaire, et si l'on donnait dans tous les cas, au mari, le pouvoir de les vendre, il pourrait, en choisissant le moment opportun que lui offrirait le tems ou les circonstances, faire éprouver à la femme des pertes et des regrets que ne pourraient compenser des dommages et intérêts.

Le Code a donc fait sagement, sans entrer dans les différences, et sans avoir égard à toutes les dis-

inctions qu'on pourrait faire, et qui entraîneraient des contestations, de s'en tenir au principe sacré de la propriété, en conservant à la femme celle de tous les meubles qu'elle exclut de la communauté, et dont elle manifeste, par cette exclusion même, la volonté de conserver la propriété, puisqu'elle refuse de la transférer à son mari, propriétaire de la communauté pendant le mariage. Cette disposition, qui n'est qu'une conséquence directe de la règle (1) que la propriété de ce qui nous appartient ne saurait être transférée à autrui sans notre fait, était aussi le seul moyen de mettre en sûreté les droits de la femme sur ses meubles réalisés; car si elle n'avait que la reprise de leur valeur, et que le mari se trouvât insolvable, sans laisser autre chose que des meubles, la femme n'ayant chez nous ni hypothèque, ni privilège sur les meubles, serait réduite à venir en concurrence sur leur prix, par contribution, avec tous les autres créanciers du mari. Grâce au principe sacré de la propriété, maintenu avec raison au profit de la femme qui exclut ses meubles en tout ou en partie de la communauté, pour n'en transférer que les droits et les charges de l'usufruit, elle n'a rien à craindre pendant ni après le mariage, de la part des créanciers, soit de son mari, soit de la communauté, envers lesquels elle ne s'est point engagée, pourvu qu'elle ait pris la précaution nécessaire de faire constater par un inventaire ou état au-

(1) L. 13, ff de R. J.

thentique antérieur au mariage, le mobilier qu'elle apportait. Si les créanciers voulaient alors poursuivre leur paiement sur ces meubles comme sur les biens de la communauté, elle aurait le droit, en vertu de l'art. 1510, de s'opposer à la vente, suivant un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 3 juillet 1809 (1).

Ces créanciers ne pourraient même se prévaloir de la distinction faite par le droit romain entre les meubles donnés en dot sans estimation et ceux dont il en avait été fait une, desquels le mari devenait propriétaire (2) comme les ayant achetés; distinction encore admise par l'art. 1551 du Code, qui porte : « Si la dot ou partie de la dot consiste » en objets mobiliers mis à prix par le contrat, » sans déclaration que l'estimation n'en fait pas » vente, le mari en devient propriétaire, et n'est » débiteur que du prix donné au mobilier. » Cet article n'est relatif et ne s'applique qu'au régime dotal, et non pas au régime de la communauté, que le Code a établi sur des principes différens, en restant uniquement attaché au principe sacré de la propriété.

Si l'application de ce principe peut, en quelque cas, préjudicier à la femme qui a exclu de la communauté des meubles qui se détériorent et peuvent, par le long usage, devenir de nulle va-

(1) Rapporté par Sirey, tom. XV, pag. 176.

(2) Voy. Ronsilhe, *Traité de la dot*; voy. notre tom. XII, pag. 121 et 122; le nouveau *Dénisart*, v^o. Dot, tom. VII, pag. 133, n^o. 4.

leur, il ne tenait qu'à elle de prévenir cet inconvénient, en se bornant à en stipuler la valeur propre, au lieu de les exclure de la communauté.



SECTION III.

De la Clause d'ameublisement.

SOMMAIRE.

- 327. *L'ameublisement est la convention qui fait entrer des immeubles dans la communauté, comme des meubles.*
- 328. *Il est déterminé ou indéterminé. Explication de ces deux espèces d'ameublissements.*
- 329. *L'ameublisement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une somme, est-il déterminé ou indéterminé? Différence sur ce point de la doctrine de Pothier et de celle du Code. C'est un ameublisement indéterminé.*
- 330. *Quid de l'ameublisement d'une partie aliquote dans un héritage déterminé? C'est un ameublisement déterminé.*
- 331. *Pourquoi l'ameublisement déterminé transmet la propriété du fonds ameubli, et non pas l'ameublisement indéterminé.*
- 332. *Division des ameublissements en généraux et particuliers.*
- 333. *Si l'ameublisement de tous les immeubles comprend les immeubles à venir.*
- 334. *Il faut se garder de confondre la clause d'ameublisement avec une clause d'apport.*
- 335. *La clause de mettre en communauté une somme à prendre sur les immeubles, n'est point un ameublisement; mais elle ne pourrait pas être prise sur les meubles.*
- 336. *La clause que le mari pourra vendre un héritage de la*

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

femme dont la pria entrera en communauté, n'est point un ameublement.

- 337. *Effet différent de l'ameublement déterminé et indéterminé quant à la transmission de propriété. On peut faire cesser l'indétermination pendant le mariage.*
- 338. *Le mari peut-il, pendant le mariage, contraindre son épouse à déterminer l'ameublement indéterminé.*
- 339. *L'ameublement déterminé met les immeubles qui en sont frappés aux risques de la communauté.*
- 340. *Quid de l'immeuble frappé d'ameublement jusqu'à concurrence d'une somme?*
- 341. *Quid des ameublissements faits par le mari?*
- 342. *Si les immeubles ameublis ont été évincés par un tiers, le conjoint qui les avait ameublis en doit garantie à la communauté.*
- 343. *De l'éviction de quelques immeubles dépendans d'un ameublement général.*
- 344. *Distinctions à faire à l'égard de l'éviction dans les ameublissements particuliers.*
- 345. *De la faculté donnée à l'époux qui a ameubli, de conserver l'immeuble lors du partage de la communauté.*

327. L'AMEUBLISSEMENT est une convention par laquelle les futurs époux, ou l'un d'eux, font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs (1505), que le droit commun exclut de la communauté légale. C'est la contre-partie de la convention de réalisation, par laquelle les époux excluent de la communauté tout ou partie de leurs meubles présents ou futurs, que le droit commun fait entrer dans la communauté légale. L'ameublement donne donc plus d'étendue à la communauté conjugale que la loi. La réalisation au contraire la restreint. Ces conventions sont licites; car la loi ne régit l'association con-

jugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (1387).

328. Les auteurs anciens les plus suivis disaient que l'ameublissement peut se faire de quatre manières (1). Le Code se borne à le diviser en deux espèces, le déterminé et l'indéterminé; division empruntée de Pothier, n°. 305. « L'ameublissement, dit l'art. 1506, peut être déterminé ou indéterminé. » Mais ce même article semble d'abord s'écarter de la doctrine de ce savant auteur, dans la définition de l'ameublissement déterminé, « Il est déterminé, dit-il, quand l'époux a déclaré ameubler et mettre en communauté *un tel immeuble* en tout, ou *jusqu'à concurrence d'une certaine somme.* »

Pothier dit seulement : « Il est déterminé lorsque, par le contrat de mariage, une partie promet apporter en communauté tel et tel immeuble. » Il n'ajoute rien de plus; mais immédiatement après, il met dans le verset suivant, au nombre des ameublissements indéterminés, celui où l'un des futurs conjoints ameublit ses immeubles, *jusqu'à une certaine somme.*

Mais il faut remarquer que si la seconde disposition de l'art. 1506 met l'ameublissement *jusqu'à concurrence d'une somme certaine* au rang des

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, chap. 5, sect. 1, dist. 2, n°. 78; Ferrière, sur l'art. 220 de la *Coutume de Paris*, glos. 2, de l'ameublissement.

ameublissements déterminés, ce n'est que de l'ameublement d'un immeuble déterminé qu'il parle, *un tel immeuble*, par exemple, le fonds cornélien; et dans la disposition suivante, il met, comme Pothier, l'ameublement *jusqu'à concurrence d'une somme*, au rang des ameublissements indéterminés. « Il est indéterminé, quand » l'époux a simplement déclaré apporter en communauté ses *immeubles* (sans dire lesquels), » *jusqu'à concurrence d'une certaine somme.* »

Jusque là, point de contradiction entre la doctrine de Pothier et celle du Code; tous les deux reconnaissent que l'ameublement est déterminé, quand il a pour objet un immeuble déterminé, *tel héritage, tel immeuble*, et qu'il est indéterminé, quand il a pour objet des immeubles qui ne le sont pas.

329. Mais Pothier n'a point mis au nombre des ameublissements déterminés celui d'un immeuble ameubli, non pas en totalité, mais seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, celui, par exemple, du fonds cornélien, jusqu'à la somme de 20,000 fr. Il a toujours confondu cet ameublement avec celui des immeubles indéterminés, ameublis *jusqu'à concurrence d'une certaine somme.*

En cela le Code et Pothier sont en opposition, et ce n'est pas ici une question de mots; car les effets des ameublissements déterminés et indéterminés sont très-différens. Voyons donc si la doctrine du Code est plus ou moins exacte que celle de Pothier.

L'ameublement du fonds cornélien, jusqu'à concurrence seulement de 20,000 fr., est-il véritablement un ameublement déterminé? Cela dépend, comme nous l'avons dit ci-dessus, du point de savoir si le fonds cornélien jusqu'à la concurrence de 20,000 fr. est un objet déterminé, de même que lorsqu'il n'est pas limité à cette somme. Or, il est difficile de le penser; car il reste une indétermination absolue sur la partie de ce fonds qui représente la somme de 20,000 fr., seule partie qui frappe la convention d'ameublement.

Autre indétermination: Le fonds frappé d'ameublement vaut deux ou trois fois la somme jusqu'à laquelle il est ameubli. Où prendre cette somme? Dans quelle partie du fonds faire l'assiette des 20,000 fr. ameublis? On ne peut le dire ni le connaître. Comment donc appeler déterminé un ameublement dont on ne connaît pas l'objet précis? On pourra, dira-t-on, le connaître, 1°. par une désignation du propriétaire qui déterminera la partie où il veut que l'assiette soit faite; car c'est lui seul qui a droit de la faire: *Electio debitoris est*;

2°. Par un prisage. Mais si celui qui a fait l'ameublement ne fait pas volontairement la désignation, il faudra en venir à des sommations, à une action; il faudra nommer des experts. Voilà donc des procédures, un procès, et ce ne sera qu'après que la justice aura prononcé, et les experts opérés, qu'on connaîtra enfin quels sont l'endroit et l'étendue du fonds cornélien qui sont ameublis: *Quid, quale, quantumque sit.*

Dira-t-on qu'un prisage est suffisant pour déterminer une convention d'ameublement, comme il suffit pour rendre valide une convention dont l'objet sera déterminé par des priseurs? Par exemple, le prix d'une vente doit être déterminé par les parties? (1591). Il peut cependant, dit l'art. 1592, être laissé à l'arbitrage d'un tiers. Si je puis vous vendre le fonds cornélien pour le prix qui sera arbitré par Caius, je puis aussi vous vendre le même fonds jusqu'à concurrence de 20,000 fr., suivant l'arbitrage du même Caius, et je puis, *à pari*, faire une convention d'ameublement, jusqu'à concurrence de 20,000 fr., suivant l'arbitrage de Caius.

Oui, sans doute, la convention est valide; mais elle ne sera parfaite et obligatoire, suivant l'art. 1592 du Code, que lorsque Caius aura arbitré le prix de la vente, et de même, dans le cas d'ameublement, lorsqu'il aura arbitré le nombre d'hectares du fonds cornélien qui représente les 20,000 fr. ameublis, désigné l'endroit du fonds cornélien où il faut les prendre. Nous sommes donc intimement convaincu, et il nous paraît évident, *en doctrine*, que l'ameublement du fonds cornélien *jusqu'à une certaine somme*, est un ameublement, non pas *déterminé*, mais seulement *déterminable*, et par conséquent *indéterminé*.

La suite des dispositions du Code va de plus en plus en convaincre; car si la troisième disposition de l'art. 1506 déclare cet ameublement déterminé, cette déclaration ne peut s'accorder ni avec

la troisième disposition de l'art. 1507, ni avec l'art. 1508. La première disposition de l'art. 1507 porte que « l'effet de l'ameublement *déterminé* » est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui » en sont frappés biens de la communauté, comme » les meubles mêmes. »

Cet article ajoute une seconde disposition, qui n'est qu'un corollaire de la première : « Lorsque » l'immeuble ou les immeubles de la femme sont » ameublis en totalité, le mari en peut disposer, » comme des autres effets de la communauté, et » les aliéner en totalité. »

La troisième et dernière disposition fait une exception. Elle porte que « si l'immeuble n'est ameubli que pour une certaine somme, le mari ne » peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme ; mais il peut l'hypothéquer sans son » consentement, jusqu'à concurrence seulement de » la portion ameublie. »

Voilà donc déjà l'ameublement d'un immeuble certain, ameubli *jusqu'à concurrence d'une somme*, que l'art. 1506 qualifie néanmoins de *déterminé*, privé, nonobstant cette qualité, de l'effet caractéristique de l'ameublement déterminé.

Ce n'est pas tout : l'art. 1508 explique les effets de l'ameublement indéterminé, et nous y voyons que tous ses effets sont ceux de l'ameublement de tel immeuble, jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Cet article porte que « l'ameublement indéterminé ne rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés ; son effet se réduit à obliger l'époux qui

l'a consenti à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. »

Ainsi, d'un côté, l'ameublement de tel immeuble dont parle l'art. 1506, est privé des effets de l'ameublement *déterminé*; de l'autre, il a tous les effets de l'ameublement *indéterminé*, et n'en a point d'autres. Nous nous croyons donc en droit de conclure que cet ameublement ne peut, sans blesser la propriété des termes, recevoir la qualification de *déterminé*, et nous persistons à croire qu'il est *indéterminé*, et seulement *déterminable*. La qualification contraire est une erreur échappée aux savans auteurs du Code. Heureusement c'est une erreur sans conséquence, qui ne peut préjudicier à personne dans la pratique, mais qui peut causer beaucoup de trouble à ceux qui veulent approfondir la théorie du droit, et se rendre raison de tout.

330. Il est une autre espèce d'ameublement sur la classification duquel il peut s'élever des doutes; c'est celui d'une partie aliquote et indivise d'un héritage déterminé; par exemple, de la moitié du fonds cornélien. Faut-il le mettre au nombre des ameublemens déterminés ou indéterminés? Tout paraît déterminé dans cette clause, l'héritage et la partie ameublie de l'héritage. Il n'y a point, comme dans la clause précédente, de prisage à faire pour connaître le *quantum* ameubli. Il n'y a que le partage ou la division par moitié de l'héritage. Mais dans notre jurisprudence, le partage

n'est point attributif, mais seulement déclaratif de la propriété. Le mari ou la communauté, en vertu de la convention d'ameublement de moitié du fonds cornélien, était donc propriétaire de cette moitié, même avant le partage, aussitôt après la célébration du mariage. Au contraire, la propriété n'est point transférée par la convention d'ameublement du fonds cornélien jusqu'à concurrence d'une certaine somme. L'ameublement partiel, ou d'une partie aliquote d'un héritage, est l'ameublement d'une partie *déterminée* dans un immeuble déterminé. Tout est donc déterminé dans cette clause, l'héritage et la quotité de l'héritage. Au contraire, l'ameublement jusqu'à concurrence, etc., n'est que l'ameublement d'une partie *indéterminée* de l'héritage désigné. L'objet de l'ameublement reste donc indéterminé, et par conséquent, la convention n'a pu transférer la propriété. Nous ne doutons donc point que l'ameublement d'une portion aliquote, quoique indivise, d'un héritage, ne doive être rangé au nombre des ameublements déterminés, et en produire les effets.

M. Delvincourt, qui est d'une opinion contraire, tom. III, pag. 311, not. 2, avoue néanmoins *qu'à la rigueur*, on pourrait dire que la communauté est propriétaire de cette part aliquote, comme le serait tout autre individu, et qu'en conséquence, cette part peut être aliénée par le mari seul, sans le consentement de la femme. Nous croyons qu'en effet cette opinion est fondée *sur la rigueur* des principes, dont on ne doit jamais s'écarter, sans

courir le risque de tomber dans l'arbitraire, et il ne donne, à l'appui de son opinion, que les motifs les plus frivoles.

331. Nous avons dit que la convention d'un ameublement déterminé transmet à la communauté la propriété de l'héritage ameubli, dès le moment où le mariage qui suspendait la convention a été célébré, et qu'au contraire, la convention d'un ameublement indéterminé, tant qu'il demeure indéterminé, ne transmet pas à la communauté de propriété sur la chose ameublie.

Les art. 1507 et 1508 ne laissent aucun doute sur ce point, mais nous n'en avons pas dit la raison, qu'il faut néanmoins connaître. Pourquoi la convention d'un ameublement déterminé transmet-elle de suite la propriété? Pourquoi l'indéterminé ne la transmet-il pas?

La raison s'en trouve dans le grand principe établi et consacré par le Code, dans l'art. 711, qui porte : « La propriété des biens s'acquiert et se » transmet..... par l'effet..... des obligations. » Mais pour cela, il faut que l'objet de l'obligation conventionnelle, que le Code déclare habile *ad transferendum dominium*, soit certain, et de plus *déterminé*; il ne suffit pas qu'il soit certain et qu'il puisse être déterminé; car jusqu'à ce qu'il le soit, on ne peut pas dire quel est l'objet dont la propriété est transmise. Par exemple, si je vous ai promis un de mes champs (1), sans dire lequel,

(1) Voy. tom. VI, n^o, 142. Ceci mérite une explication et une res-

l'obligation est certaine, et par conséquent valide et obligatoire; mais elle ne suffit pas pour transmettre la propriété, car on ne peut pas dire lequel de mes champs je vous donnerai pour acquitter ma promesse. Ce ne sera que lorsque je l'aurai désigné, que la propriété vous en sera transmise par l'effet de l'obligation. Vous n'avez jusque là qu'une action personnelle contre moi, et non pas une action réelle; et si le champ venait à périr, il périrait pour mon compte. (1302).

Appliquons ces principes aux ameublissements. La convention d'ameubler le fonds cornélien a un objet non seulement certain, mais encore déterminé; elle transfère donc la propriété à l'instant du mariage. Au contraire, la convention d'ameubler le fonds cornélien, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, a bien un objet certain, mais cet objet reste indéterminé, jusqu'à ce que les parties, ou à leur défaut les experts, aient déterminé l'endroit où sera faite l'assiette de la somme jusqu'à concurrence de laquelle il est ameubli; car cet endroit seulement est l'objet de l'ameublissement.

332. Pothier, n°. 304, divise les ameublissements en généraux et particuliers; il en fait même sa division principale. C'est un ameublissement général, dit-il, lorsqu'on apporte à la communauté une universalité de biens immeubles, comme lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, que les fu-

ification sur ce que j'ai dit *ibid.*, n°. 139. On la trouvera *ad calcem* du présent volume.

turs conjoints seront communs en tous biens meubles et immeubles, ou qu'ils établissent entre eux une communauté universelle, comme le permet l'art. 1526.

C'est un ameublement particulier, lorsqu'on apporte en communauté quelques immeubles particuliers, et non l'universalité de ses immeubles.

Cette division est assez claire par elle-même; d'ailleurs elle retombe dans la division beaucoup plus importante des ameublissements déterminés et indéterminés dont nous venons de parler. Nous ne nous y arrêterons donc pas davantage, quant à présent.

333. Mais comme les ameublissements généraux de tous les immeubles qu'on possède peuvent s'étendre, tant à ceux qu'on possède présentement qu'à ceux qu'on possédera dans la suite, c'est-à-dire tant aux immeubles présents seulement qu'aux biens à venir, il est bon de l'exprimer dans le contrat; car s'il porte seulement que l'un des époux ou tous les deux ameublissent ou font entrer en communauté tous leurs immeubles, sans ajouter présents et à venir, ou quand il contient l'établissement d'une communauté universelle de tous les biens meubles et immeubles, sans ajouter présents et à venir, alors s'élève la question de savoir si l'ameublement comprend l'universalité des immeubles présents seulement, ou s'il s'étend aux immeubles à venir, et qui surviendront durant la communauté. Si l'on ne consultait que le droit romain, il faudrait répondre que tous les immeubles, même futurs, y sont compris, aux termes de la

loi 3, § 1, ff *pro socio*, 17. 2 : *Cùm specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hæreditas, et legatum, et quod donatum est, aut quâquâ ratione acquisitum, communioni acquiritur.*

Cependant Pothier laisse la question indécise, parce que, dit-il, n°. 304, dans notre jurisprudence française, la convention d'ameublissement, de même que celle de réalisation, étant de droit étroit, il y a de la difficulté à étendre la stipulation d'une communauté de tous biens aux biens à venir, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées. Sous l'empire du Code, l'art. 1526, qui parle de la communauté universelle de tous biens meubles et immeubles, ne tranche pas la difficulté. Il dit bien que les époux peuvent, par leur contrat de mariage, établir une communauté universelle de tous biens tant meubles qu'immeubles, *présens et à venir*, ou de tous biens *présens seulement*; mais s'ils se sont bornés à dire qu'ils établissent une communauté universelle de tous biens, tant meubles qu'immeubles, sans ajouter *présens et à venir*, la difficulté reste dans toute sa force. Ont-ils entendu y comprendre leurs biens à venir? Car tout dépend de leur volonté.

Il peut d'abord paraître peu conforme à la raison d'aller chercher l'interprétation de leur volonté dans une loi empruntée d'un peuple dont les mœurs nous sont étrangères; il vaut mieux la chercher dans les termes mêmes du contrat, et les peser avec soin; car les mots sont les signes de nos idées et de notre volonté : *Tantum valent quantum sonant*; et quand on les emploie au présent, com-

ment les étendre à l'avenir? Quand un contrat porte que les époux *ameublissent* tous leurs immeubles, peut-on dire, quelque générale que soit la clause, qu'elle comprenne les immeubles à venir, puisqu'elle est conçue au présent?

Mais, d'un autre côté, ne faut-il pas répondre que cette clause, comme beaucoup d'autres, doit être entendue *pro subjecta materiâ*? De quoi s'agit-il en établissant une société qui doit, suivant le vœu des contractans, et suivant celui de la loi, durer autant que leur vie? Ils ont voulu donner à leur communauté plus que la loi ne lui donne, en y faisant entrer généralement tous leurs immeubles, par une clause *d'ameublement* général. Ils ont donc voulu que tous leurs immeubles y entrassent à l'instar de tous leurs meubles, que la loi y fait entrer à titre universel, tant les meubles présens que les meubles à venir, si ces derniers n'en sont pas exceptés par une convention spéciale; en un mot, ils ont fait, à l'égard de leurs immeubles, en les ameublissant tous en général, ce que fait la loi à l'égard des meubles, qui entrent tous en communauté, même les meubles à venir, s'ils n'en sont point exceptés. Or, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (1134). Ainsi, la convention d'ameublement général est désormais la loi des époux; elle régit leur communauté à l'égard des immeubles, comme les dispositions du Code la régissent à l'égard des meubles. Les immeubles qui leur adviendront pendant toute la durée de la communauté entreront dans la communauté, puis-

qu'ils n'en sont pas exceptés, et que *tous* sont ameublés.

Telles sont les raisons qui nous portent à penser qu'il faut suivre la décision du jurisconsulte Paul, dans la loi romaine, qui est aussi fondée sur la généralité des termes du contrat de société, *cum omnium bonorum*, etc.

Vainement objecte-t-on que la clause est conçue au présent; il en est de même de tous les actes où l'on dispose même pour l'avenir. Par exemple, quand un testateur donne à Titius *tous* ses immeubles, sans ajouter présents et futurs, tous les immeubles qu'il possède, quoiqu'il ne décède que dix ou vingt ans après la date de son testament, tous les immeubles qu'il peut avoir acquis depuis, n'en seront pas moins compris dans le legs, s'il n'est point révoqué. Quoique la disposition soit conçue au présent, elle se rapporte au tems de la mort.

Le doute qu'élève Pothier sur le principe que les clauses d'ameublissement et de réalisation sont de droit étroit, est illusoire. Le principe est vrai, mais sans application à notre espèce; car il ne s'agit pas d'étendre la clause d'ameublissement d'un cas à un autre cas, mais d'en faire l'application dans la généralité qu'elle comporte, et que l'on restreindrait dans l'opinion contraire. Si elle portait l'ameublissement de tous les immeubles *présens*, c'est alors qu'on ne pourrait l'étendre aux biens immeubles à venir, parce qu'elle est de droit étroit, et la limitation aux biens présents ne permettrait pas de l'étendre aux biens à venir.

On oppose encore à notre opinion l'art. 1542 du Code, au chapitre du régime dotal, qui, après avoir dit, dans sa première disposition, que « la » constitution de dot peut frapper tous les biens » présents et à venir de la femme, ou tous ses biens » présents seulement, ou une partie de ses biens » présents et à venir, ou même un objet indivi- » duel, » ajoute, dans une dernière disposition : « La constitution, en termes généraux, de tous » les biens de la femme, ne comprend pas les » biens à venir. »

La réponse est qu'il ne faut pas étendre par analogie cette disposition particulière au régime dotal, à l'ameublement de tous les immeubles, ou à la communauté universelle des biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, que l'art. 1526 permet aux époux d'établir sous le régime de la communauté. Cet article est si rapproché de l'art. 1542, qu'il n'est pas possible de présumer que ce soit par oubli que la restriction qu'on trouve dans la disposition finale de ce dernier article, a été omise dans le premier. On doit plutôt penser que le silence de l'art. 1526 sur ce point, et l'addition restrictive de l'art. 1542, ont eu pour motif la différence essentielle des deux régimes où ils sont placés.

Sous le régime dotal, « tous les biens de la » femme qui n'ont pas été constitués *en dot*, sont » paraphernaux (1574), » et « la femme a l'admi- » nistration et la jouissance de ses biens para- » phernaux. » (1576). Si on avait voulu étendre la disposition de l'art. 1542, qui frappe en termes

généraux tous les biens de la femme d'une constitution de dot, *aux biens à venir* qui n'ont pas été spécialement désignés en dot, on aurait empiété sur les droits que donne aux femmes l'article 1574. Elles n'auraient pas eu de biens paraphernaux, pour en jouir et les administrer à leur gré, sans consulter leur mari; et l'on sait combien, dans le midi de la France, les femmes étaient et sont encore attachées à leurs paraphernaux, au point que, dans les conférences préparatoires du projet de Code, ce ne fut pas sans contradictions que passa la disposition finale de l'art. 1576, qui leur défend d'aliéner leurs biens paraphernaux, sans l'autorisation de leurs maris. Telles nous paraissent être les raisons de la disposition finale de l'art. 1542, qui exclut les biens à venir de la constitution en dot de tous les biens de la femme, en termes généraux.

Ces motifs n'existent pas à l'égard de l'ameublement de tous les immeubles de la femme commune en biens, ou à l'égard de l'établissement d'une communauté universelle de tous biens, tant meubles qu'immeubles des époux; car si on exclut les meubles à venir, ces biens n'en sont pas moins tous administrés par le mari seul; il n'en jouira pas moins seul de tous les revenus des mêmes biens. Il n'y a donc point de parité entre ce cas et celui de la constitution universelle de tous les biens de la femme en dot, en termes généraux.

Il est vrai que la femme perd la propriété de ses immeubles ameublís; mais si l'ameublement est réciproque, c'est un avantage éventuel et ré-

ciproque. En tout cas, c'est un avantage que la loi permet aux futurs de se faire.

334. Dans les ameublissements, tant généraux que particuliers, qui se font jusqu'à concurrence d'une certaine somme, il faut bien faire attention à la manière dont la clause est rédigée, pour ne pas confondre avec une clause d'ameublissement une simple clause d'apport. Il n'y a point à se méprendre sur la nature de la clause, quand on déclare mettre ou apporter en communauté tels ou tels immeubles en totalité, ou même sans ajouter en totalité, mettre en communauté tels ou tels immeubles. Cet immeuble ou ces immeubles étant désignés, et mis en communauté sans en rien excepter, il n'y a pas de doute raisonnable à élever sur la nature et l'étendue de la clause; c'est un ameublissement, et un ameublissement déterminé.

Mais s'il s'agit d'ameubler un héritage ou des héritages, non pas en totalité, et seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme; s'il était dit que l'époux apporte ou met en communauté une certaine somme *à prendre sur ses biens meubles et immeubles* (1), sans rien ajouter de plus, ce ne serait point un ameublissement, mais une simple convention d'apport de la somme; car l'épouse ne dit point apporter à la communauté des immeubles de telle valeur; elle ne se rend point débitrice d'immeubles, mais seulement d'une telle somme, qu'elle veut, en cas d'insuffisance de ses

(1) Voy. Pothier, n°. 505.

meubles, être prise sur ses immeubles. La clause qui fait entrer en communauté une somme à prendre sur ses biens meubles, ne signifie pas autre chose dans son sens naturel, sinon que la femme affecte au paiement de la somme qu'elle apporte, tous ses biens, même immeubles.

335. Il en serait de même, si la femme, sans parler des meubles, déclarait mettre en communauté une somme à prendre sur ses immeubles. Mais alors la somme ne serait pas prise sur les meubles; car le silence gardé sur ces derniers biens, qui entrent de plein droit en communauté, nous paraît clairement indiquer la volonté d'y faire entrer, en sus des meubles, la somme qu'elle veut être prise sur les immeubles. On ne pourrait donc pas imputer sur cette somme la valeur des biens mobiliers qu'elle avait en se mariant, ni de ceux qui lui seraient advenus depuis.

Du reste, cette somme ne renferme pas plus que la précédente un ameublissement, mais une simple convention d'apport, si l'on n'y ajoute pas, comme le dit fort bien Pothier, que les immeubles sur lesquels la somme sera prise, *sortiront nature d'acquêts*, ou qu'ils sont ameublisis, s'il n'est pas dit une somme à prendre *sur mes immeubles*, qui sont à cet effet ameublisis. Ce sont ces termes qui renferment l'ameublissement.

336. Il faut appliquer ce qu'on vient de dire à une clause qui a beaucoup d'analogie avec les précédentes; celle par laquelle il serait dit que le mari pourra vendre des héritages de la femme jusqu'à concurrence d'une somme de....., qui entrera en

communauté. Nos anciens auteurs, Lebrun, Ferrière et autres, la mettaient au nombre des quatre manières d'ameubler dont ils parlent.

Mais Pothier, n°. 305, *in fine*, pense au contraire que cette clause ne renferme pas une convention d'ameublissement, quand même l'héritage que le mari peut vendre serait certain et déterminé; « car, dit-il, ce n'est pas l'héritage que la » femme promet, par cette clause, apporter en » communauté, mais la somme qu'il vaut, et » pour laquelle il sera vendu. S'il ne l'a pas été, la » femme est débitrice à la communauté, non de » l'héritage, mais de la somme qu'il vaut, et qu'on » estimera qu'il peut être vendu. »

Pothier a parfaitement raison, suivant le sens naturel et littéral de cette clause. Elle n'opère point d'ameublissement. Mais il nous semble avoir tort quand il ajoute que si l'héritage n'a pas été vendu, la femme est débitrice à la communauté, non de l'héritage, mais de la somme qu'on estimera qu'il vaut et qu'il peut être vendu. Car, dès lors qu'il reconnaît que la clause ne contient point d'ameublissement, il en résulte que si l'héritage a été vendu pendant la communauté, quoique du consentement de la femme, elle doit avoir reprise du prix à sa dissolution, et que la clause n'avait, dans le principe, d'autre objet que d'assurer au besoin au mari un crédit équivalent au prix que l'héritage pourrait être vendu, sans avoir recours au consentement de sa femme pour le vendre ou l'hypothéquer; consentement dont il s'est assuré d'avance, et qu'elle ne peut plus révoquer.

337. Nous avons vu que, suivant l'art. 1507, « l'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés biens de la communauté, comme les meubles mêmes. » De manière qu'aussitôt que le mariage est célébré, la femme perd la propriété des immeubles frappés d'ameublissement; elle passe à la communauté, ou plutôt au mari, qui en est le maître et le propriétaire, en conséquence du principe que la propriété se transmet par l'effet des conventions. Mais, comme les conventions du contrat de mariage sont suspendues jusqu'au moment de sa célébration, ce n'est aussi que de ce moment que la propriété de l'immeuble ameubli est transférée, de manière que si la femme l'avait vendu dans le tems intermédiaire, la vente serait valide, sauf au mari à se faire indemniser.

L'ameublissement déterminé, au contraire, suivant l'art. 1508, ne transfère point la propriété des immeubles qui en sont frappés, tant qu'il demeure indéterminé : nous en avons dit la raison. Mais les conjoints peuvent faire cesser l'indétermination, depuis le mariage, en réglant entre eux quels seront les immeubles qui entreront en communauté. Ce n'est pas là contrevenir à l'art. 1595, qui défend de faire, après la célébration, aucun changement aux conventions de mariage; c'est au contraire les expliquer et les exécuter. Si les conjoints n'ont pas désigné, avant la dissolution du mariage, les immeubles qui devaient entrer dans la communauté, aucun n'y est entré; il n'y a qu'un simple droit de créance, qu'une simple action con-

tre le conjoint qui a fait l'ameublement ou cont ses héritiers, pour obliger l'autre ou ses héritiers à mettre dans la masse des biens de la communauté quelques-uns de ses immeubles à son choix, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

338. Mais le mari peut-il, pendant le mariage, et avant la dissolution de la communauté, contraindre l'épouse qui a consenti un ameublement indéterminé, à faire cesser l'indétermination, en désignant les immeubles qui doivent entrer en communauté? Pourquoi ne le pourrait-il pas? N'a-t-il pas un droit acquis à cet ameublement? Cet ameublement n'est-il pas fait, non seulement pour qu'il en jouisse et l'administre, comme les autres biens de la femme non ameublis; mais encore pour qu'il y ait dans la communauté, afin d'augmenter son crédit, un fonds de biens immeubles dont le chef puisse disposer, en cas de besoin? La femme pourrait-elle, après avoir volontairement consenti un ameublement jusqu'à une certaine somme, en paralyser les effets jusqu'à la dissolution de la communauté, par sa résistance à en faire la désignation, dans le dessein d'acquitter une dette immobilière avec une somme d'argent, en la précomptant sur sa part, suivant la faculté que lui en donne l'art. 1509?

Pour parer à cet inconvénient, Pothier, appliquant ici sa doctrine favorite d'un mandat tacite et présumé, sur lequel il fonde le droit (1) qu'a

(1) Voy. tom. XII, nos. 219 et 225, la réfutation de cette doctrine

le mari d'obliger indéfiniment les biens de la communauté, lui donnait, en cas d'un ameublement indéterminé, le droit d'aliéner les biens de la femme jusqu'à concurrence de l'ameublement. Il se fondait sur ce que la clause d'un ameublement indéterminé, que la femme fait de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, renferme tacitement un pouvoir qu'elle donne au mari, tant qu'elle n'a pas encore déterminé son apport, d'aliéner ceux des immeubles qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence de ladite somme, et l'aliénation qu'en fera le mari déterminera l'apport indéterminé de la femme, à ceux qu'il aura aliénés.

Le Code a rejeté cette fausse doctrine, contraire aux principes du droit, et qui donnerait lieu à de grands abus; mais pour empêcher la femme de paralyser les effets de l'ameublement indéterminé qu'elle a consenti, en défendant au mari d'aliéner les biens frappés de cet ameublement, il lui donne, dans les dispositions finales des articles 1507 et 1508, le droit de les hypothéquer. « Le mari ne peut..... aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de la femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublement indéterminé; mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublement. »

Cette défense est absolue. Le mari est donc dans l'impuissance légale d'aliéner ni la totalité de l'immeuble frappé de l'ameublement indéterminé, parce qu'il n'en est pas propriétaire, ni même une partie correspondante à l'ameublement,

comme le pensait Pothier, sous prétexte d'un mandat tacite, que la loi ne connaît pas, et rejette positivement ici. Si donc le mari vendait cet immeuble, la femme pourrait le révéndiquer en totalité, de même que s'il n'avait pas été frappé d'un ameublement, dont l'acquéreur ne pourrait se prévaloir; car l'ameublement, soit déterminé, soit indéterminé, n'a d'effet qu'entre les parties.

En accordant au mari le droit d'hypothéquer les immeubles frappés d'ameublement indéterminé, le Code paraît lui refuser implicitement une action pour contraindre la femme, avant la dissolution de la communauté, à faire cesser l'indétermination, par la désignation de celui de ses immeubles qu'elle veut faire entrer en communauté; car il devient sans qualité pour former cette action. S'il a besoin de la somme jusqu'à concurrence de laquelle les immeubles sont ameublés, il peut l'emprunter, et les donner pour hypothèque au prêteur. Il peut même, à ce moyen, de concert avec celui-ci, ôter à la femme le droit de désignation qui lui appartient comme propriétaire, ou la contraindre à faire elle-même cette désignation, en donnant pour hypothèque spéciale celui de ses immeubles auquel il la sait le plus attachée. Après le terme fixé pour la restitution du prêt, le prêteur, d'accord avec lui, poursuivra l'expropriation forcée de l'héritage hypothéqué, et alors il faudra, ou que la femme le laisse vendre, ou qu'elle consente à la vente d'un autre de ses immeubles pour payer le créancier, et fournir la

somme empruntée. Si c'est un inconvénient, la femme ne peut l'imputer qu'à elle-même, et à son refus de faire cesser plus tôt l'indétermination de l'ameublement, par une désignation de l'immeuble qu'elle veut en frapper. Le prix de la vente forcée ou volontaire tombe dans la communauté, en déduction de la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ameublement est stipulé. L'excédant, s'il y en a, donnera lieu à une récompense.

339. Dans les ameublemens déterminés, tant particuliers que généraux, la propriété des immeubles qui en sont frappés est, comme nous l'avons dit, transférée à la communauté, au moment de la célébration du mariage, ou au moment de l'ouverture des successions que la stipulation y fait entrer. Il en résulte que ces immeubles sont aux risques de la communauté, et que si, par la suite, ils viennent à périr ou à être détériorés, la perte en est pour le compte de la communauté : *Res perit domino*. Il n'importe que la perte ou la détérioration soit arrivée par accident, force majeure, ou par la faute du mari; car étant maître absolu et propriétaire de tous les biens qui la composent, il peut en disposer, et même les perdre sans en devoir compte à personne (1).

340. Si l'on persiste, en vertu des expressions de l'art. 1506, à mettre au nombre des ameublemens déterminés, celui d'un fonds déterminé jusqu'à concurrence d'une certaine somme, faut-il

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, pag. 455 et suiv.

faire une exception, en ce cas, au principe qui met au compte de la communauté la perte des immeubles frappés d'ameublement déterminé? Ce principe est fondé sur la maxime *res perit domino*. Or, la propriété d'un immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme, n'est pas transférée à la communauté; car, puisque le mari ne peut l'aliéner sans le consentement de la femme, elle en reste sans contredit propriétaire. Or, comment mettre au compte de la communauté un immeuble qui n'en fait pas partie, et dont la femme est propriétaire?

Il nous paraît donc qu'on ne saurait douter que dans ce cas, comme dans ceux de tous les ameublissements indéterminés, les immeubles qui en sont frappés ne demeurent aux risques de la femme, et que la perte n'en doive être supportée en entier par elle seule, si elle est arrivée par cas fortuit ou force majeure, et non par la faute du mari; c'est pourquoi elle doit fournir à la communauté, sur les immeubles qui lui restent, la somme entière pour laquelle étaient ameublis ceux qui ont péri.

341. Quant au mari, s'il avait frappé d'un ameublissement déterminé quelques-uns de ses immeubles, ils sont aux risques de la communauté dont il est le chef; de quelque manière qu'ils aient péri, par force majeure ou par son fait, la perte est pour le compte de la communauté.

Mais si c'était un ameublissement indéterminé, comme la propriété des immeubles qui en sont frappés n'est point entrée dans la communauté

éventuelle, de quelque manière qu'ils aient péri, soit par force majeure, soit par son fait, la perte en est pour son compte; car il résulte de cette perte qu'il n'a pas fait l'apport qu'il avait promis.

Si c'était un tel immeuble désigné qu'il eût frappé d'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, alors naîtrait encore la question que nous avons agitée *suprà*, sur la nature de cet ameublement. Nous persistons à penser que, quelque dénomination qu'on veuille lui donner, il ne peut avoir d'autres effets que ceux d'un ameublement indéterminé.

342. Quand, au lieu d'avoir péri, les immeubles frappés d'ameublement indéterminé ont été évincés par un tiers, pour cause antérieure au mariage, il en résulte que le conjoint qui les avait ameublés n'a point fourni à la communauté, où ils ne sont pas entrés, l'apport qu'il avait promis, et qu'il est obligé, à la dissolution, de comprendre dans la communauté d'autres immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. (1508).

343. A l'égard des ameublements déterminés, il faut distinguer les ameublements généraux des ameublements particuliers. S'il s'agit d'un ameublement général, par exemple, si les époux ont ameubli une universalité de biens, comme ils n'ont entendu apporter à la communauté que ce qui leur appartenait réellement dans cette universalité, si quelques immeubles qui paraissent en dépendre sont évincés, il en résulte seulement que l'ameublement se trouve moins étendu qu'il ne paraissait d'abord. Mais l'époux qui l'avait consenti ne

doit aucune récompense à la communauté, à laquelle il a fourni tout ce qu'il avait promis, c'est-à-dire tout ce qui lui appartenait dans cette universalité.

344. Quant aux ameublissements déterminés particuliers, s'il est dit par le contrat de mariage que le futur conjoint apportera à la communauté une certaine somme en paiement de laquelle il déclare ameubler tel héritage, et que par la suite la communauté soit évincée de cet héritage, il n'est pas douteux que le conjoint qui l'a ameubli ne demeure débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y apporter; l'héritage qu'il avait d'abord donné en paiement à la communauté, qui en a été évincée, n'a pu le libérer; un paiement ne pouvant être valable et libérer le débiteur qu'autant qu'il transfère au créancier une propriété irrévocable de la chose donnée en paiement.

Enfin, si l'ameublissement n'était précédé d'aucune promesse d'apporter une certaine somme, si le contrat de mariage portait simplement que le conjoint, pour son apport, déclare ameubler et mettre en communauté tel héritage, est-il tenu de l'éviction soufferte par la communauté?

Il s'était élevé sur ce cas plusieurs opinions. Les uns, considérant la convention d'ameublissement comme un contrat de bienfaisance, comme une donation, pensaient qu'il n'était dû aucune garantie : cette opinion n'était pas fondée; on ne peut admettre une présomption de donation, hors les cas de fraude, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées. D'autres, considérant la conven-

tion d'ameublement comme un contrat commutatif, qui oblige chacune des parties de donner à l'autre l'équivalent de ce qu'elle reçoit, pensaient que, si la valeur de l'immeuble évincé excédait le montant de l'apport de l'autre partie, il n'y avait lieu à la garantie que jusqu'à concurrence de cet apport; parce que, dans la communauté conjugale, tout doit être égal, et qu'en conséquence, si l'apport de l'époux qui a ameubli excède l'apport de l'autre époux, l'excédant doit être regardé comme une donation qui ne donne pas lieu à la garantie.

Pothier, n°. 311, nous apprend qu'il avait d'abord embrassé cette opinion, mais qu'il l'a abandonnée, et avec raison, parce que les conventions matrimoniales ne sont pas des contrats commutatifs, mais plutôt des contrats de société, dans lesquels l'égalité des apports n'est point exigée, et qu'en conséquence, le conjoint qui a apporté en communauté pour son apport un héritage qu'il a ameubli, est tenu, en cas d'éviction, de faire raison à la communauté de toute sa valeur, quelle qu'elle soit, parce que le contrat de société est un contrat de commerce dans lequel il y a lieu à la garantie, quoique les apports soient inégaux; l'inégalité se compensant par l'industrie, et, dans les contrats de mariage, par les espérances de l'époux qui a le moins apporté, par les entours qu'il donne, et sur-tout par les douceurs de sa société.

345. Si les immeubles frappés d'ameublement indéterminé doivent être compris dans la masse des

biens à partager à la dissolution de la communauté, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle ils ont été ameublés (1508), les immeubles frappés d'un ameublissement déterminé doivent également être compris dans cette masse, s'ils existent encore; mais « l'époux qui a ameubli un » héritage, a, lors du partage, la faculté de le re- » tenir, en le précomptant sur sa part, pour le » prix qu'il vaut alors, et ses héritiers ont le même » droit. » Art. 1509.

Mais la femme ou ses héritiers renonçant à la communauté n'auraient pas le même droit; ils n'ont pas de précompte à faire avec le mari survivant ou avec ses héritiers.

~~~~~

## SECTION IV.

*De la Clause de séparation de dettes, et de la Clause de franc et quitte.*

—————

### SOMMAIRE.

346. *Définition de la clause de séparation de dettes.*

347. *Définition de la clause de franc et quitte.*

346. LE Code réunit dans cette quatrième section deux clauses de nature entièrement différente, quoiqu'elles aient au fond le même but. L'une, très-fréquente, est la convention qui intervient entre les futurs, pour exclure de leur commu-

nauté leurs dettes respectives antérieures au mariage. C'est ce qu'on appelle *clause de séparation de dettes*.

347. L'autre, qu'on appelle dans notre jurisprudence française *clause de franc et quitte*, est une convention qui intervient, non pas entre les futurs époux, mais entre l'un des futurs époux (la femme le plus souvent) et les parens du futur, qui le déclarent, en le mariant, *franc et quitte* de toutes dettes antérieures au mariage, et s'engagent pour lui à indemniser la femme du préjudice que pourraient lui causer les dettes du futur déclaré franc et quitte, s'il s'en découvrait par la suite. C'est une véritable obligation en garantie que contractent envers la future les parens qui en ont déclaré franc et quitte le futur, lequel ne contracte lui-même aucune obligation nouvelle par cette clause.

Les trois premiers articles de cette section, qu'à l'exemple de Pothier nous diviserons en deux paragraphes, ne parlent que de la clause de séparation de dettes; l'art. 1513 et dernier parle de la clause de franc et quitte.



§ I.

*De la Clause de séparation de dettes.*

**SOMMAIRE.**

- 348. *La convention de séparation de dettes est expresse ou tacite. Elle est tacite, quand les conjoints apportent une somme certaine à la communauté, ou un corps certain.*
- 349. *Il n'est pas nécessaire même que l'apport soit réciproque, et pourquoi.*
- 350. *Le Code a résolu les doutes anciennement élevés sur la question de savoir si l'apport d'une certaine somme à la communauté emportait la séparation de dettes.*
- 351. *Quelles dettes comprend la clause de séparation de dettes.*
- 352. *La séparation de dettes n'empêche point la communauté d'être chargée des intérêts des dettes courues pendant le mariage.*
- 353. *Des effets de la séparation de dettes, relativement aux époux.*
- 354. *Quid, si la dette personnelle acquittée par la communauté consiste en une rente perpétuelle? Renvoi.*
- 355. *L'effet de la séparation de dettes est le même entre époux, soit qu'il y ait eu ou non un inventaire.*
- 356. *Les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur le mobilier, lorsqu'il n'y a pas eu d'inventaire, et ce qui peut en tenir lieu.*

348. LES époux peuvent être séparés de dettes par convention expresse ou par convention tacite. La convention est expresse, quand elle est exprimée dans le contrat de mariage. L'art. 1510 en règle les effets, qui sont communs à la convention

tacite. Cette dernière a lieu, dit l'art. 1511, « lors-  
» que les époux apportent dans la communauté  
» une certaine somme ou un corps certain. Un tel  
» apport emporte la convention tacite qu'il n'est  
» pas grevé de dettes antérieures au mariage, et  
» il doit être fait raison par l'époux débiteur à  
» l'autre de toutes celles qui diminueraient l'ap-  
» port promis. »

Cette disposition est une suite et une explication de la clause d'apport traitée dans la deuxième section ci-dessus, dont l'art. 1500, après avoir posé le principe général que les époux peuvent exclure tout leur mobilier présent et futur de la communauté conjugale, ajoute : « Lorsqu'ils stipulent  
» qu'ils en mettront *réciiproquement* dans la com-  
» munauté jusqu'à *concurrence* d'une somme ou  
» d'une valeur déterminée, ils sont, par cela seul,  
» censés se réserver le surplus. »

349. Mais remarquez que l'art. 1511 ne dit pas que la réciprocité de l'apport soit nécessaire pour en induire la convention tacite de la séparation des dettes. Il dit seulement : « Lorsque *les époux* ap-  
» portent dans la communauté une somme cer-  
» taine ou un corps certain, etc. » Lorsque *les époux*, c'est-à-dire lorsque *les époux ou l'un d'eux apportent, etc.*; car cette expression générale *les époux*, quand il s'agit du pouvoir de faire quelque chose, signifie toujours qu'il est accordé à tous les deux, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter les deux époux ou *l'un d'eux* (1), que le Code y ajoute

---

(1) Comme dans l'art. 1505.



quelquefois. Cette expression, *les époux*, ne peut même s'entendre autrement ici; car il est incontestable, d'après l'art. 1500, qu'un des époux peut exclure même tout son mobilier de la communauté, comme ils le peuvent réciproquement. Un seul des époux peut donc stipuler un apport, pour lui tenir lieu de sa mise en communauté, quoique l'autre n'en stipule point. Nous en avons donné l'exemple dans le contrat de mariage de Titius et de Mevia, où l'on a inséré une clause par laquelle elle promet d'apporter dans la communauté une somme de 20,000 fr., tandis que Titius de son côté n'a rien promis, et laisse, par son silence, entrer en communauté tout son mobilier, en vertu des art. 1401 et 1528 : c'est son apport.

Nous ne balançons pas à dire que, dans ce cas, la clause, quoiqu'unilatérale, et non réciproque, nous paraît suffisante pour réserver à Mevia le surplus de son mobilier. Il n'y aurait pas l'ombre d'un doute, si la clause d'apport était réciproque, et si Titius avait déclaré mettre en communauté une somme quelconque plus ou moins forte. La question serait alors résolue par le texte de la seconde disposition de l'art. 1500, qui porte que les époux qui ont stipulé un apport réciproque, *sont, par cela seul, censés se réserver le surplus* de leur mobilier; ainsi cette décision est érigée en présomption légale. Rien n'est plus juste que cette présomption légale, qui n'est que l'interprétation la plus naturelle de la volonté des deux époux. Car pourquoi les époux, qui, par exemple, possèdent une valeur de 80,000 fr. ou de 100,000 fr.,



que la loi ferait entrer de plein droit en totalité dans la communauté, si le contrat de mariage n'en parlait point, stipuleraient-ils qu'ils y mettent 20,000 fr., si ce n'était pour se réserver le surplus, et manifester leur volonté de borner à cette somme leur mise en communauté?

La même raison de décider existe dans le cas où la clause d'apport n'est pas réciproque. Pourquoi, par exemple, Mevia, qui possède une créance bien hypothéquée de 100,000 fr., se borne-t-elle à mettre en communauté 20,000 fr., si ce n'est parce qu'elle veut borner à cette somme sa mise dans la communauté, laquelle, sans cette clause, acquerrait en totalité les 100,000 fr.? Cette clause serait donc inutile, si elle n'avait pour objet de réserver les 80,000 fr. Or, les règles de l'interprétation ne permettent pas de supposer rien d'inutile dans un acte. Dira-t-on que l'art. 1500 n'a établi la présomption légale que pour le cas où la clause d'apport est réciproque? Nous répondons d'abord que le Code n'a pas *établi* cette présomption. Elle existait avant lui aux yeux du simple bon sens; il a seulement, et avec raison, cru devoir la consacrer, lui prêter l'autorité de la loi, parce qu'une expérience, malheureusement journalière, prouve que la cupidité et l'esprit de chicane savent, à force de subtilités, répandre des nuages sur les vérités les plus claires. Le Code a donc statué que toutes les fois que les époux mettent réciproquement une somme ou une valeur déterminée en communauté, *ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus* de leur mobilier, pour

ne composer leur communauté que de leurs mises respectives. Ainsi sont retranchés tous les sophismes sur le nombre et la nature des circonstances qui peuvent accompagner la clause d'apport réciproque : *par cela seul*, dit le Code, que l'apport est respectif, le surplus du mobilier est censé réservé à chacun des époux.

Quand la clause n'est qu'unilatérale, elle indique tout aussi clairement la volonté de celui des époux qui a fait l'apport, de se réserver le surplus, lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'autres expressions qui la limitent ou en changent le sens naturel. Nous en avons donné l'exemple dans la clause du contrat de mariage de Mevia, où il est dit simplement qu'elle promet d'apporter dans la communauté une somme de 20,000 fr., sans rien ajouter de plus. Dans cette clause, comme dans celle d'apport réciproque, si Mevia, qui possédait peut-être un mobilier de 80,000 fr. ou de 100,000 fr., n'en promet que 20,000 à la communauté, ce ne peut être que pour se réserver le surplus de ce qu'elle possède.

Veut-on supposer, au contraire, que Mevia n'ayant que peu ou point de mobilier, c'est le futur conjoint Titius qui a voulu, par cette raison, lui faire promettre un apport de 20,000 fr., afin de s'assurer, dans tous les cas, une mise en communauté suffisante pour soutenir l'honneur et les charges du mariage? Mais cette clause rendant Mevia débitrice de la somme de 20,000 fr. qu'elle a promis de mettre en communauté, elle sera contrainte, faute de mobilier suffisant pour payer le

somme promise, de la prendre sur ses immeubles.

Elle aura donc l'effet d'un ameublement tacite, jusqu'à concurrence de 20,000 fr., mais elle n'en aura pas moins celui de restreindre la mise en communauté de Mevia à la somme de 20,000 fr.; et s'il lui survient une succession mobilière opulente, cette succession ne pourra entrer en communauté que jusqu'à la concurrence de 20,000 fr.

Ainsi, de quelque manière qu'on envisage l'objet de cette clause, elle a l'effet de réduire la mise en communauté de Mevia à la somme de 20,000 fr., et de lui réserver le surplus, s'il y en a. Concluons donc que la clause d'apport unilatérale réserve le surplus au conjoint qui l'a stipulée, aussi bien que la réciproque le réserve à tous les deux.

Cependant le Code n'a point appliqué spécialement, au cas d'apport unilatéral, la présomption légale de réserve qu'il a si formellement prononcée pour le cas où l'apport est réciproque; et c'est une objection qu'il faut résoudre. Pourquoi le Code a-t-il gardé le silence sur le cas d'apport unilatéral? Nous avons déjà préparé ci-dessus notre réponse à cette question, en observant que le Code n'a point établi la présomption de réserve du surplus de son mobilier, en faveur de celui des époux qui fait l'apport à la communauté d'une somme ou d'une valeur déterminée. Cette présomption existait avant le Code. Elle résulte de l'interprétation naturelle de la volonté de celui qui fait l'apport. Le Code n'a donc fait que conserver cette présomption, et lui prêter la force de la loi, en

l'érigeant en présomption légale, mais pour le cas seulement où la stipulation d'apport est réciproque, parce qu'en ce cas, il ne peut y avoir de doute sur la volonté des époux qui l'ont faite de se réserver le *surplus* de leur mobilier, et de ne composer leur communauté que de leurs mises respectives qui en formeront le fond. C'est alors que *par cela seul* ils sont, indépendamment de toutes les circonstances qui peuvent précéder, accompagner ou suivre leur stipulation d'apport réciproque, censés se réserver dans tous les cas le surplus de leur mobilier.

Mais dans le cas où l'apport n'est pas réciproque, la volonté de former une communauté conventionnelle dans laquelle entrerait l'apport, et celle de se réserver le surplus, ne sont pas aussi bien marquées. La manière dont la clause est rédigée peut étendre ou resserrer, détruire même les inductions qu'on prétendrait en tirer. Par exemple, si la clause d'un apport de 20,000 fr. était précédée de la mention de sommes plus considérables dues au conjoint qui fait l'apport, s'il était dit que Mevia se marie avec ses droits tels qu'ils résultent de son compte de tutelle, arrêté par acte authentique à 100,000 fr., dont 20,000 fr. entreront en communauté, on devrait en induire la réalisation du surplus de la somme, c'est-à-dire de 80,000 fr., mais non du surplus de son mobilier. Si, au contraire, sans parler de la créance de 100,000 fr., le contrat porte simplement que Mevia promet d'apporter à la communauté une somme de 20,000 fr., il nous paraît qu'elle doit



être, comme dans le cas d'apport respectif, censée se réserver le surplus de son mobilier; au contraire, s'il était dit qu'outre ses meubles elle promet de mettre en communauté une somme de 20,000 fr. en numéraire, il est évident qu'on ne pourrait en tirer l'induction d'aucune réserve.

Le Code a donc fait sagement de ne pas étendre en général à la clause d'apport unilatéral la présomption légale de réserve, qu'il a si justement prononcée dans le cas d'apport réciproque. Il a abandonné à la prudence du magistrat le soin d'apprécier les clauses d'apport unilatéral, pour y appliquer cette présomption suivant les cas.

Mais il n'en faut pas conclure qu'on ne peut l'appliquer en aucun cas à la clause d'apport unilatéral, par exemple, dans le cas ci-dessus posé, où, sans parler des autres choses que peut posséder Mevia, le contrat porte simplement qu'elle promet d'apporter en communauté 20,000 fr., sans ajouter qu'elle réalise le surplus de ce qu'elle possède; nous croyons avoir prouvé qu'elle est censée se réserver les 80,000 fr., surplus de son compte de tutelle. Le jugement qui repousserait sa demande, par le motif que la présomption de réserve ne peut *jamais* s'étendre au cas d'un apport unilatéral, contiendrait un mal jugé; mais, de plus, il ne serait pas à l'abri de la censure de la Cour suprême, pour fausse interprétation de la loi.

350. Revenons à la séparation des dettes. On avait autrefois douté si elle résultait de la seule clause d'apport dans la communauté d'une somme



certaine ou d'un corps certain. Deux savans auteurs, la Thaumassière et Lebrun étaient d'une opinion contraire; Pothier, n°. 352, mit leur opinion dans la balance, embrassa celle du premier, et réfuta Lebrun *ex professo*. Le Code a conservé l'opinion de Pothier dans l'art. 1511, et avec bien de la raison; car, sans citer le droit romain, ni les docteurs, le simple bon sens dit que quand les époux promettent, réciproquement ou non, d'apporter une somme certaine, 10,000 fr., par exemple, c'est une somme effective qu'ils promettent, et dont ils se rendent débiteurs envers la communauté, et qu'ils sont obligés à justifier de cet apport; que, par conséquent, si les dettes qu'ils ont en se mariant réduisent leur mobilier à 8,000 fr., ils restent encore débiteurs de 2,000 fr.

351. Mais il s'élève des questions sur le point de savoir quelles sont les dettes comprises dans la convention de séparation de dettes. Ce sont celles, dit Pothier, n°. 353, que chacun des conjoints a contractées avant le mariage, non seulement envers des tiers, mais celles dont l'un des conjoints était débiteur envers l'autre; par exemple, si Pierre épouse Marie, sa débitrice d'une somme de 500 fr., cette dette, s'il n'y a pas de séparation de dettes, entrant dans la communauté, il s'en fera confusion et extinction entière. Mais s'il y a séparation de dettes, *il ne se fera pas confusion de cette dette*. Pothier ajoute : *Si ce n'est lors de la dissolution de la communauté, pour la moitié qu'auront dans les biens de la communauté Marie ou ses héritiers, lesquels continue-*

*ront d'être débiteurs de l'autre moitié de la dette envers Pierre ou ses héritiers. Si Marie renonce à la communauté, elle continuera d'en être débitrice pour le total.* Il examine ensuite le cas où c'est Pierre qui est le débiteur de Marie, et résout la question dans le même sens.

Les dettes à termes ou conditionnelles sont comprises dans la séparation de dettes, quand même le terme ou l'événement de la condition ne serait arrivé qu'après le mariage.

Il suffit même que la dette ait une cause antérieure, quoiqu'elle ne soit liquidée que depuis par un jugement; ce qui s'applique aux condamnations subies pour délit ou contravention commis antérieurement au mariage.

Les amendes encourues pour les mêmes causes, mais prononcées depuis le mariage, sont comprises dans la séparation de dettes, quoiqu'il semble d'abord y avoir plus de difficulté, en ce qu'elles ne sont dues qu'en vertu du jugement de condamnation; mais la cause de l'amende n'est pas dans le jugement, qui ne fait que la liquider; elle est dans le délit ou la contravention antérieure au mariage.

Ce qui est dû pour les reliquats de compte d'un homme chargé, dès avant son mariage, d'une tutelle, d'une recette, d'une administration quelconque, publique ou particulière, est compris dans la convention de séparation de dettes, pour tout ce qui est antérieur au mariage, mais non pour ce qui est postérieur. Il en est de même de ce qu'il peut devoir à raison des fautes commises dans sa gestion antérieure ou postérieure au mariage.

La dette des dépens auxquels le conjoint est condamné pour frais d'un procès commencé avant le mariage, et continué depuis, doit-elle, comme dans le cas précédent, être divisée entre les frais antérieurs ou postérieurs au mariage, dont les premiers seulement seraient compris dans la séparation de dettes, les autres resteraient pour le compte de la communauté? Pothier, n°. 357, décide que, quoique la dette des derniers ne soit pas née avant le mariage, néanmoins, elle avait une cause antérieure, parce que les dépens sont la peine du plaideur téméraire, et qu'il a à se reprocher d'avoir fait ou soutenu une mauvaise contestation; qu'ainsi la dette des dépens postérieurs, comme celle des dépens antérieurs au mariage, est comprise dans la clause de séparation. Cette décision nous paraît conforme aux principes de la matière.

Il faut au reste observer, avec le même auteur, qu'il n'y a que les dépens faits sur les contestations formées avant le mariage, qui soient compris dans la convention de séparation de dettes; s'il s'élève des incidens pendant le mariage, et que le mari soit condamné aux dépens de ces incidens, les condamnations sont à la charge de la communauté.

La dette des frais et vacations de l'avoué qui a occupé pour le mari, ayant pour cause le mandat qu'il lui avait donné avant le mariage de suivre ou de soutenir le procès, est, par cette raison, comprise dans la convention de séparation de dettes.

Si, depuis le mariage, il avait changé d'avoué, la dette des dépens faits par ce nouvel avoué, quoique procédant d'un mandat postérieur au mariage, ayant pour cause originaire le procès entrepris avant le mariage, peut être, suivant Pothier, considérée comme une dette dont la cause est antérieure au mariage, et par conséquent comprise dans la séparation de dettes; autrement, il serait au pouvoir du mari, en changeant d'avoué, de faire supporter par la communauté les frais d'un procès dans lequel il était engagé avant le mariage.

Si la femme était engagée dans un procès avant le mariage, les dépens faits jusqu'à cette époque seraient compris dans la clause de séparation de dettes; mais si le mari l'autorisait à reprendre l'instance, la dette des dépens de cette reprise, ainsi que les frais de l'avoué qui a occupé pour lui, serait une dette de communauté.

Mais si, sur le refus du mari, elle se fait autoriser de justice à poursuivre le procès, les dépens auxquels elle pourra être condamnée seront compris dans la clause de séparation de dettes.

352. L'art. 1512, conforme à l'ancienne jurisprudence, porte que « la clause de séparation de » dettes n'empêche point que la communauté ne » soit chargée des intérêts qui ont couru depuis » le mariage, » parce qu'ils sont les charges naturelles des revenus des conjoints, qui n'entrent en communauté que déduction faite des intérêts et arrérages qu'ils doivent. *Voy.* Pothier, n°. 360.

353. Les effets de la clause de séparation de



dettes sont réglés par l'art. 1510, dont la première disposition porte : « La clause par laquelle les » époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs » dettes personnelles, les oblige à se faire, lors » de la dissolution de la communauté, respective- » ment raison des dettes qui sont justifiées avoir » été acquittées par la communauté, à la décharge » de celui des époux qui en était débiteur. »

On peut remarquer que, suivant cette disposition, ce n'est qu'à la dissolution de la communauté éventuelle, que les époux doivent se faire raison des dettes personnelles de l'un ou de l'autre, acquittées pendant sa durée. Les traités qu'ils pourraient faire auparavant à ce sujet pourraient être prématurés. Cependant il peut y avoir des cas où ces traités auraient une cause légitime. Par exemple, si de deux époux séparés de dettes, le mari payait des deniers qu'il avait réalisés ou qu'il s'était stipulés propres, une dette de 10,000 fr. personnelle à la femme, et antérieure à son mariage, les deux époux pourraient entre eux traiter à l'amiable sur le remboursement de cette somme, qu'elle devra nécessairement un jour fournir à son mari ou à ses héritiers, et pour en demeurer quitte, lui céder ou vendre, comme le permet l'art. 1595, n<sup>o</sup>. 2, l'un de ses propres immeubles, qui ne sera point un acquêt de communauté, mais qui demeurera propre au mari. En ce cas, la femme n'aurait rien à prétendre lors de la dissolution de la communauté, puisque la dette aurait été payée sur ses biens personnels.

Mais si le remboursement de la dette person-



nelle à la femme avait été fait des deniers de la communauté éventuelle, elle en devrait faire raison, soit en la restituant en entier à son mari ou à ses héritiers, si elle renonçait à la communauté, soit en la rétablissant dans la masse des biens à partager, si elle l'acceptait; et comme la moitié de ces biens lui appartient, en sa qualité de commune, elle pourrait prendre, sur cette moitié, la moitié de la somme remboursée, pour la donner à son mari ou à ses héritiers.

Si on avait aussi remboursé, des deniers de la communauté, des dettes personnelles du mari, il en devrait être fait compensation de part et d'autre jusqu'à due concurrence.

354. Si la dette personnelle à l'un des époux consistait dans une rente perpétuelle, dont il était débiteur avant le mariage, et rachetée des deniers de la communauté, il n'est pas douteux qu'il en serait dû récompense. Mais comment se fera cette récompense? *Voy.* ci-dessus, part. 1, sect. 5, § 1, n<sup>o</sup>. 1.

355. La seconde disposition de l'art. 1510 porte que l'obligation des époux séparés de dettes, de se faire respectivement raison de celles qui ont été acquittées par la communauté, est la même, soit » qu'il y ait inventaire ou non. » Il leur suffit, pour leurs intérêts particuliers, qu'il soit prouvé que la dette était légitime, et qu'elle a été acquittée durant la communauté; car, en ce cas, elle est toujours censée, à moins de preuve contraire, avoir été acquittée de ses deniers.

356. « Mais, ajoute l'article, si le mobilier ap-

» porté par les époux n'a pas été constaté par un  
 » inventaire ou état authentique antérieur au ma-  
 » riage, les créanciers de l'un ou de l'autre des  
 » époux peuvent, sans avoir égard à aucune des  
 » distinctions qui seraient réclamées, poursuivre  
 » leur paiement sur le mobilier non inventorié,  
 » comme sur tous les autres biens de la commu-  
 » nauté.

» Les créanciers ont le même droit sur le mo-  
 » bilier qui serait échu aux époux pendant la com-  
 » munauté, s'il n'a pas été constaté par un in-  
 » ventaire ou état authentique. »

Cet article est tiré de la disposition de la Cou-  
 tume de Paris, qui portait, art. 222 : « Et combien  
 qu'il soit convenu entre deux conjoints qu'ils paie-  
 ront séparément leurs dettes faites auparavant le  
 mariage, ce néanmoins ils en seront tenus, s'il  
 n'y a inventaire préalablement fait; auquel cas ils  
 demeureront quittes en représentant l'inventaire  
 ou l'estimation d'icelui. »

Si le contrat contenait en détail les biens mo-  
 biliers que la femme apporte en mariage, il tien-  
 drait lieu d'inventaire. Si les époux étaient deux  
 enfans de famille qui n'ont pas de mobilier, parce  
 qu'ils vivent chez leurs parens, et qui néanmoins  
 se marient séparés de dettes, on porte, dans le  
 contrat de mariage, que les deux époux déclara-  
 rent, pour tenir lieu d'inventaire, n'avoir d'au-  
 tres meubles que les effets à leur usage personnel.  
 Cette déclaration, qui est authentique, suffit pour  
 arrêter les créanciers de l'épouse qui voudraient  
 saisir le mobilier acquis pendant la communauté.

Le Code exige que l'inventaire ou l'état qui en tient lieu soit authentique, c'est-à-dire passé devant notaire, parce que les actes sous seings privés n'ont de valeur contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés. (1328).

Pothier dit, n°. 363, que le compte rendu à la femme, quoique depuis le mariage, peut tenir lieu d'inventaire, lorsque celui qui lui rend compte a administré les biens jusqu'au tems de son mariage. Il faudrait pour cela que ce compte fût passé devant notaire; car le Code exige littéralement que l'état soit authentique pour tenir lieu d'inventaire.

S'il se présente alors des créanciers de la femme, le mari en sera quitte, en leur représentant *l'inventaire ou l'estimation d'icelui*, dit fort bien la Coutume de Paris. Mais si les meubles inventoriés existent encore en nature, il est tenu de les abandonner aux créanciers, qui ne sont pas obligés de perdre, par l'estimation trop faible et peut-être frauduleuse qu'on leur a donnée dans l'inventaire. Ce n'est que dans le cas où ces effets n'existent plus, que le mari en est quitte pour en payer l'estimation aux créanciers de la femme; et s'il les avait vendus au-delà du prix de l'estimation, il devrait compte aux créanciers du surplus. Pothier, n°. 364. Mais le mari ne leur doit point compte des fruits et des revenus des biens de sa femme, perçus depuis la communauté, étant censé les avoir consommés pour soutenir les charges du mariage, suivant leur destination.

## § II.

### *De la Clause de franc et quitte.*

#### SOMMAIRE.

- 357. *C'est la garantie du préjudice que pourraient causer à l'autre époux les dettes de l'époux déclaré franc et quitte.*
- 358. *Les auteurs anciens tenaient pour maxime que cette clause n'obligeait que les parens seuls, et que l'époux déclaré franc et quitte ne contractait lui-même aucune obligation.*
- 359. *Cette maxime était injuste et immorale.*
- 360. *Elle est proscrite par le Code. ( Art. 1513 ).*
- 361. *L'époux déclaré franc et quitte est aujourd'hui le principal obligé. Ceux qui l'ont déclaré tel ne sont que les garans de sa dette.*
- 362. *Quand cette garantie peut être exercée. Distinction entre le mari et la femme.*
- 363. *Si c'est le mari à qui elle est due, elle peut être exercée durant la communauté.*
- 364. *En quoi, depuis le Code, consiste la différence de la clause de franc et quitte, et de la clause de séparation des dettes.*
- 365. *Deux espèces de préjudice causé à l'autre époux par les dettes du déclaré franc et quitte : 1°. diminution de sa part de communauté; 2°. diminution de ses sûretés pour ses droits matrimoniaux.*
- 366. *Cette double indemnité est due en vertu de la clause de franc et quitte.*
- 367. *Différence de la clause de franc et quitte, et de l'obligation contractée par les parens de payer ses dettes.*
- 368. *Du cautionnement fait par eux de la restitution de la dot de la femme, ou de ses conventions matrimoniales, ou enfin de ses droits matrimoniaux.*



369. *Par qui l'époux peut être déclaré franc et quitte.*

370. *La clause de franc et quitte peut avoir lieu dans un contrat portant exclusion de la communauté.*

357. LA clause de *franc et quitte* est celle par laquelle on déclare dans le contrat que le futur ou la future sont exempts de toutes dettes antérieures. Le sens de cette clause, introduite par l'usage dans l'ancienne jurisprudence, n'était déterminé par aucun texte de loi ni de coutume; mais comme on ne doit pas supposer de clause inutile dans un contrat, et sur-tout dans un contrat aussi important et aussi sérieux qu'un contrat de mariage, on a toujours pensé que cette déclaration ne pouvait avoir pour objet que la garantie des droits de l'autre conjoint, et que les déclarans s'obligeaient, par cette courte formule, à l'indemniser du préjudice que pourraient lui occasionner les dettes antérieures au mariage, s'il s'en découvrait par la suite, et de le mettre ainsi au même état qu'il se trouverait, si l'époux déclaré franc et quitte s'était marié sans dettes..

« Les parens s'obligent, dit Pothier, n°. 365, » envers la femme, *in id quanti ejus interest*, que » l'homme se soit trouvé tel qu'ils l'ont assuré, » c'est-à-dire exempt de dettes, et en conséquence, dans le cas où il ne se serait pas trouvé » tel, à indemniser la femme du préjudice que » lui auraient causé les dettes de son mari antérieures au mariage. »

358. Ce principe, posé par Pothier comme fondamental en cette matière, était également re-



connu pour tel par tous les auteurs les plus savaus qui l'avaient précédé. Il est d'une exacte justice, et parfaitement conforme aux principes généraux du droit, et d'une bonne interprétation. Mais ces auteurs suivaient en même tems une maxime souverainement injuste, et même immorale; car en enseignant que les parens étaient tenus d'indemniser l'autre époux du préjudice que lui pourraient causer les dettes du déclaré franc et quitte, ils tenaient pour maxime certaine qu'il ne contractait lui-même aucune obligation envers son épouse trompée par une fausse déclaration faite en sa présence. « La clause de » franc et quitte, dit Pothier, n°. 370, est une » convention qui n'intervient pas entre les futurs » conjoints, mais qui n'intervient qu'entre la » femme et les parens de l'homme, qui le déclarent franc et quitte. Il n'y a, par cette convention, que lesdits parens qui contractent une obligation envers la femme; l'homme qui est marié franc et quitte n'en contracte aucune, et n'est pas censé partie à la convention. »

359. C'était à son égard *res inter alios acta*. On ne s'apercevait pas combien cette maxime était profondément injuste et immorale. Comment, en effet, ne pas regarder comme obligé, et même comme coupable de dol, l'époux qui, ne pouvant ignorer qu'il a des dettes personnelles, munit du sceau de sa signature un contrat où il figure comme partie principale, et dans lequel on affirme qu'il n'en a point? Certes, celui qui laisse affirmer en sa présence, comme vrai, dans un

contrat solennel, un fait personnel dont il ne peut ignorer la fausseté, un fait connexe et relatif au contrat, qui sans cela peut-être n'eût pas été passé, puisque ce fait intéresse essentiellement l'autre partie, contracte par là, non seulement une obligation, mais il commet de plus un dol négatif (1) bien caractérisé, qui le soumettent à indemniser l'autre partie du préjudice que sa faute ou son dol peut lui occasionner!.....

360. Le Code a donc, avec bien de la raison, proscrit cette fausse et immorale maxime, que l'époux déclaré franc et quitte ne contracte aucune obligation envers l'autre, et qu'il n'est pas censé partie à la convention insérée dans son contrat de mariage. Il est aujourd'hui principalement obligé par cette convention. Les parens qui l'ont déclaré sans dettes n'ont dû le faire que sur sa parole. Ils ne doivent donc eux-mêmes être obligés que subsidiairement, et en cas d'insuffisance de sa part, ainsi qu'il résulte de l'art. 1513, qui porte :

« Lorsque la communauté est poursuivie ( elle  
» peut l'être quand on n'a pas ajouté la clause de  
» séparation de dettes ), pour les dettes de l'un  
» des époux, déclaré par contrat franc et quitte  
» de toutes dettes antérieures au mariage, le con-  
» joint a droit à une indemnité. » ( Voilà le prin-  
cipe consacré. L'article ajoute ) : « Qui se prend  
» soit sur la part de communauté revenant à

---

(1) Voy. tom. VI, n<sup>o</sup>. 28, pag. 90.

» l'époux débiteur ( déclaré franc et quitte ), soit  
» sur les biens personnels dudit époux. »

Il est donc réellement principal obligé par la fausse déclaration de franc et quitte, puisque l'indemnité à laquelle elle donne lieu se prend d'abord sur ses biens. L'article continue et va plus loin :  
« Et en cas d'insuffisance, cette indemnité peut  
» être poursuivie par voie de garantie contre le  
» père et la mère, l'ascendant ou le tuteur qui  
» l'avaient déclaré franc et quitte. »

361. Il résulte de cette disposition, que non seulement l'époux déclaré franc et quitte est le principal débiteur de l'indemnité due à l'autre époux, mais encore que celui-ci ne peut la demander aux garans qu'après avoir discuté le principal obligé ou ses héritiers, puisqu'ils ne peuvent être poursuivis *qu'en cas d'insuffisance*.

362. Mais quand peut-il en demander le paiement ? Peut-il le demander durant la communauté ? Il faut distinguer : Si c'est à la femme qu'elle est due, elle est toujours obligée d'attendre la dissolution du mariage ou de la communauté ; car pendant qu'ils durent, elle ne peut agir contre son mari.

363. Si, au contraire, c'est au mari que l'indemnité est due, parce que sa femme a été faussement déclarée franche et quitte, et que les créanciers personnels de cette dernière le poursuivent en vertu de l'art. 1409, parce que les dettes n'ont point été réalisées, les poursuites sont valides ; il ne peut se dispenser de payer, mais il a la faculté de poursuivre de suite les garans de sa femme, et

« cette garantie, dit la disposition finale de notre  
» art. 1513, peut même être exercée par le mari  
» durant la communauté, si la dette provient du  
» chef de sa femme; sauf, en ce cas, le rembour-  
» sement dû par la femme ou ses héritiers aux ga-  
» rans, après la dissolution de la communauté. »

Cette disposition est encore très-juste. Supposons que le mari ait mis dans le commerce ses fonds et ceux qui lui avaient été donnés pour la dot de sa femme par ses parens, qui l'ont en outre déclarée franche et quitte; mais il se trouve qu'elle a pour 10,000 fr. de dettes antérieures au mariage, et comme à la clause de franc et quitte, on n'a pas ajouté celle de séparation de dettes, les créanciers poursuivent la communauté, ou plutôt le mari qui en est le chef. Il serait infiniment gêné s'il fallait payer cette somme, et attendre la dissolution de la communauté, pour demander son indemnité. Il souffrirait un grand préjudice d'être privé de ses fonds pendant un si long tems. Le Code lui donne le droit d'appeler de suite en garantie les parens de la femme qui ont commis l'imprudence de la déclarer franche et quitte, sauf leur recours contre elle, mais après la dissolution de la communauté, et non pendant sa durée, pas même sur la nue propriété des biens de son épouse; disposition rigoureuse, et peu en harmonie avec l'article 1410, qui permet aux créanciers de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine avant le mariage, de poursuivre leur paiement sur la nue propriété des immeubles.

364. On dit, et l'on a raison, que la clause de



franc et quitte est différente de celle de séparation de dettes ; mais en quoi en diffère-t-elle ? Pour répondre , il faut faire une observation essentielle , et que pourtant nous n'avons encore vue dans aucun des commentateurs du Code. C'est que le nouveau principe de justice consacré par l'art. 1513 , qui rend l'époux déclaré franc et quitte principal obligé dans la convention qui naît de cette clause , et principal débiteur de l'indemnité due à l'autre conjoint , à raison du préjudice que peuvent lui causer des dettes antérieures au mariage , dont le premier lui avait frauduleusement dérobé la connaissance , a tellement changé la nature de la clause de franc et quitte , qu'on ne peut plus dire avec Pothier , n°. 370 , que c'est une convention qui n'intervient pas entre les futurs conjoints , mais qui n'intervient qu'entre l'un des époux et les parens de celui qui le déclarent franc et quitte. Cette clause , dans les principes du Code , est une convention qui intervient principalement entre les deux futurs époux , et accessoirement seulement entre l'un d'eux et les parens de l'autre , qui se rendent ses cautions et ses garans.

Une conséquence de ces principes , que nous croyons incontestables , c'est que la clause de franc et quitte est , nous ne dirons pas l'équivalent , mais une véritable clause de séparation de dettes entre les époux , mais qui n'a d'effet qu'entre eux seuls , sans pouvoir être opposée aux créanciers , quand même elle serait accompagnée d'un inventaire , puisqu'elle n'a pour objet que la garantie des droits de l'un des époux ; en un mot , elle a



la même force qu'une séparation de dettes explicite, mais qui n'aurait pas été accompagnée d'un inventaire. Elle est la même entre les époux, dit l'art. 1510, *soit qu'il y ait eu inventaire ou non.*

Voilà la véritable raison pour quoi les rédacteurs du Code ont traité la clause de franc et quitte dans la même section, et à la suite de la clause de séparation des dettes. C'était sa place naturelle ; ainsi l'exigeaient les lois de la méthode.

Notre art. 1513, en déterminant la véritable nature de la clause de franc et quitte, sert à résoudre une question controversée dans l'ancienne jurisprudence, relativement à ce qui doit être compris dans l'indemnité due à raison du préjudice qu'occasionnent à l'autre époux les dettes antérieures de celui qu'on a déclaré franc et quitte.

365. Ces dettes peuvent causer à l'autre époux deux espèces de préjudice, l'un en ce que les sommes qui seraient prises dans la communauté, pour les payer pendant le mariage, ne se trouvant plus dans la masse des biens à partager lors de sa dissolution, diminueraient la part qu'il doit avoir dans cette masse. Supposons qu'il ait été pris dans la communauté 2,000 fr. pour payer les dettes de l'époux déclaré franc et quitte ; cette somme se trouvant de moins dans la masse, dont moitié est dévolue à l'autre conjoint, c'est un préjudice de 1,000 fr. que lui causent les dettes de celui que l'on a faussement déclaré quitte.

L'autre espèce de préjudice que peuvent causer à la femme les dettes du mari déclaré franc et quitte, consiste en ce que le paiement de ces dettes

antérieures au mariage, et par conséquent aux droits matrimoniaux de la femme, pourrait diminuer, et même faire totalement évanouir les sûretés que la loi lui donne, tant sur les biens personnels de son mari, que sur ceux de la communauté, pour la restitution de sa dot, et pour l'exercice de ses autres droits matrimoniaux, par l'intervention de créanciers inconnus lors du mariage, qui viendraient demander la préférence sur les immeubles, en vertu d'hypothèques antérieures, et la concurrence sur le prix de tous les autres biens, dont la distribution se fait au marc le franc, suivant la loi.

Supposons, par exemple, qu'après la dissolution de la communauté les biens aient été discutés, et le prix des meubles absorbé par les créanciers privilégiés; le prix des immeubles, déduction faite des frais, est de 20,000 fr.; il se trouve 25,000 fr. de dettes hypothécaires antérieures au mariage; la femme créancière de 40,000 fr. n'a rien à recevoir, étant primée par les créanciers antérieurs au mariage : donc les créances lui font perdre 20,000 fr.

366. Suivant les conséquences rigoureuses du principe que Pothier (1) établit comme fondamental en cette matière, que les parens qui ont déclaré le mari franc et quitte sont obligés d'indemniser la femme *in id quanti ejus interest*, de tout le préjudice qu'elle peut souffrir, qu'il ne

---

(1) *Traité de la communauté*, n°. 365.

soit pas tel qu'ils le lui ont assuré, il n'y a pas de doute qu'ils sont obligés de l'indemniser des deux espèces de préjudice dont nous venons de parler, à raison, 1<sup>o</sup>. de la diminution de sa part dans l'actif de la communauté; 2<sup>o</sup>. de la diminution ou de la perte de ses sûretés.

Cependant, il s'était élevé une controverse entre les plus savans auteurs, sur le point de savoir si les parens qui avaient déclaré le mari franc et quitte, étaient tenus d'indemniser la femme de ces deux espèces de préjudice. Renusson (1) était d'avis que la clause de franc et quitte renferme l'obligation d'indemniser la femme des deux espèces de préjudice. Lebrun (2), au contraire, soutenait que cette clause n'oblige qu'à la garantie des sûretés de sa dot et de ses autres droits matrimoniaux, et non point à la garantie de son droit de communauté.

Pothier, n<sup>os</sup>. 366 et suivans, se décide pour l'avis de Lebrun, par des raisons dont il nous serait facile de montrer l'insuffisance; mais il nous paraît inutile d'entrer dans cette discussion, parce que l'art. 1513 décide la question d'une manière péremptoire, ce nous semble. Il dit généralement, et sans exception, que l'époux déclaré franc et quitte doit à l'autre une indemnité du préjudice que peuvent lui causer ses dettes antérieures au mariage, dont la non existence lui était garantie.

---

(1) *Traité de la communauté*, 1<sup>re</sup>. part., chap. 11, n<sup>os</sup>. 36 et 37.

(2) *Traité de la communauté*, liv. 3, chap. 3, n<sup>os</sup>. 41 et 42.

L'article ne distingue point entre les différentes espèces de préjudice : sa disposition les comprend donc toutes. Une preuve certaine qu'il n'entend point parler seulement du préjudice futur et éventuel que la femme peut souffrir par la diminution de ses sûretés, préjudice qu'on ne peut connaître qu'à la dissolution de la communauté, c'est que l'article parle du cas où la communauté est poursuivie pour les dettes de l'époux déclaré franc et quitte. C'est donc du préjudice causé relativement à des droits de communauté que l'indemnité dont parle l'article est due. Et ce qui ne peut laisser aucun doute à cet égard, c'est que la seconde disposition de l'art. 1513, que nous avons expliqué *suprà*, ajoute que la garantie peut même s'exercer pendant la communauté, si la dette poursuivie durant la communauté provient du chef de la femme déclarée franche et quitte. L'indemnité prononcée contre l'époux faussement déclaré franc et quitte, n'est donc pas seulement celle qui est due pour diminution des sûretés de la dot, des droits éventuels et futurs de la femme, mais encore de la diminution de ses droits de communauté, puisqu'on l'accorde même au mari.

367. Les parens peuvent encore souscrire, dans les contrats de mariage de leurs enfans, deux clauses qui ont de l'analogie avec la clause de franc et quitte, en ce qu'elles tendent aussi à assurer les droits des futurs conjoints, ou à les garantir de préjudices qu'ils pourraient éprouver; l'une est lorsqu'ils s'obligent de payer les dettes de leurs enfans; l'autre lorsqu'ils se rendent ga-



rans ou cautions envers la femme de la restitution de sa dot, et de l'exécution de ses conventions matrimoniales. Par la clause de franc et quitte, les parens ne s'obligent pas à payer les dettes de leur enfant; ils ne sont obligés qu'à l'indemnité du préjudice causé à la femme par la présence des créanciers de son mari, et pour les sommes qu'on a pu tirer de la communauté pour les payer. Ils ne doivent rien de plus. Si le mari n'avait laissé aucuns biens sur lesquels la femme eût pu être payée, lors même qu'il n'y aurait pas eu de créances antérieures aux siennes, les parens du mari qui l'ont déclaré franc et quitte ne sont tenus à rien.

En mariant leur fils Titius avec Mevia, ses parens promettent de payer ses dettes; ils ont satisfait à cette obligation. A la dissolution de la communauté, ses biens sont insuffisans pour la restitution de la dot de Mevia. Elle n'a aucun recours contre les parens de son mari pour le surplus. Ils ont satisfait à toutes leurs obligations en payant les dettes de leur fils.

Supposons, au contraire, qu'ils n'ont point payé les créanciers de Titius, qui, par respect filial, n'a point voulu les y contraindre. Il meurt, et laisse une communauté avantageuse qu'accepte Mevia. Elle demande que les parens de son mari rapportent à la communauté une somme de 24,000 fr., qui, suivant quittance en bonne forme qu'elle représente, en a été tirée pour les dettes de leur fils, qu'ils avaient promis de payer par son contrat de mariage. Il nous semble que la demande de Mevia est parfaitement juste; car la promesse de payer



les dettes de Titius étant faite par le contrat de mariage, ne l'était pas à lui seul, mais aussi à la future personnellement intéressée à l'exécution de cette promesse, et qui, dans l'espèce proposée, souffre un grand préjudice de son inexécution.

368. La clause par laquelle les parens du mari ont cautionné à la femme la restitution de sa dot, est semblable aux cautionnemens ordinaires. Les parens ne sont obligés, à la dissolution de la communauté, qu'à payer ce qui en reste dû, après discussion préalable des biens du mari.

Si, outre la restitution de la dot, les parens avaient cautionné à la femme ses conventions matrimoniales, ils seraient tenus à tout ce qui est contenu dans le contrat de mariage seulement, comme la stipulation d'un douaire, d'une donation mobilière, etc. S'ils avaient, outre les conventions matrimoniales, cautionné *tous les droits matrimoniaux*, ces expressions embrasseraient, non seulement ceux compris dans le contrat, mais encore tous les droits, toutes les indemnités et récompenses dus à la femme, en vertu de la disposition du Code, même son indemnité des obligations qu'elle a contractées pour son mari durant le mariage.

Pothier le décide ainsi, pag. 369, pour le cas où le mari serait déclaré franc et quitte.

369. La clause de franc et quitte peut être stipulée, tant par les époux eux-mêmes que par les parens, soit de la femme, soit du mari. En effet, rien n'empêche que l'un des conjoints, pour rassurer l'autre, ne stipule qu'il est franc et quitte

de dettes, et pour lors, cette clause l'oblige aux indemnités que nous avons indiquées. La clause peut même être stipulée par un étranger, comme on le voit par notre article, qui le dit formellement du tuteur, lequel peut être un étranger, mais qui, ayant administré les biens et la personne du mineur, est présumé plus instruit de ses affaires.

370. Cette clause peut avoir lieu dans un contrat qui porte exclusion de communauté; car le mari, conservant en ce cas le droit d'administrer les biens de la femme, et d'en percevoir les fruits pour soutenir les charges du mariage, a intérêt qu'il ne se trouve aucune dette de la femme antérieure au mariage, qui en diminuerait les revenus. Les parens qui ont déclaré la femme franche et quitte, sont donc obligés d'acquitter le mari de toutes les poursuites que les créanciers de sa femme antérieurs au mariage pourraient faire sur les biens de la femme. Si les dettes de la femme consistaient en rentes annuelles, perpétuelles ou viagères, ils seraient obligés d'en payer chaque année les ar-rérages.



SECTION V.

*De la Faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.*

---

SOMMAIRE.

- 371. *La faculté d'avoir part au gain sans supporter la perte est de droit commun dans la communauté légale.*
- 372. *Mais la femme renonçante perd tout droit aux biens de la communauté, même à ceux qu'elle y avait apportés, au lieu qu'en vertu de cette clause, elle reprend tout son apport.*
- 373. *La clause de réalisation lui donne le même droit, et l'étend au cas d'acceptation.*
- 374. *Ce sont cependant deux cas bien différens, et en quoi.*
- 375. *Les anciens auteurs regardaient la clause dont s'occupe cette section presque comme inique, et pourquoi.*
- 376. *Exemples de la rigueur qu'ils apportaient dans l'interprétation de cette clause.*
- 377. *Texte de l'art. 1514. La femme est tenue de prouver ses apports, et comment.*
- 378. *Peut-elle prouver ses apports par témoins et par commune renommée?*
- 379. *La faculté de reprendre le mobilier qu'avait la femme lors du mariage, ne s'étend point au mobilier échü depuis.*
- 380. *La faculté accordée à la femme ne s'étend point à ses enfans. Injustice de cette disposition.*
- 381. *Si les enfans sont exclus de la reprise, quand la clause est conçue à l'impersonnel : Avenant la dissolution de la communauté, reprise sera faite, etc.*
- 382. *Quand on stipule qu'en cas de prédécès de la femme, la femme et ses enfans reprendront, etc., la reprise est admise, quoique la femme ait prédécédé.*

*Chap. II. Du Régime en communauté. 473*

383. *La reprise devient caduque par la prédécès de la femme, si elle n'a pas compris ses enfans; si elle y a compris ses héritiers, la faculté de reprise passe à ceux qu'elle a désignés.*
384. *La faculté de reprise accordée à la femme et aux enfans ne s'étend ni aux ascendans, ni aux collatéraux. S'étend-elle aux petits-enfans?*
385. *Elle s'étend aux enfans d'un précédent mariage. Quid, si la clause portait aux enfans qui naîtront du mariage?*
386. *Pothier abandonne son principe pour un principe d'équité, et accorde aux enfans la faculté de reprise, quoique la lettre de la clause ne l'accorde qu'à la femme et à ses héritiers collatéraux.*
387. *Il accorde dans le même cas la faculté de reprise aux ascendans, quoique non désignés littéralement.*
388. *Abandon de l'ancien principe de rigueur, pour y substituer le principe équitable d'interprétation consacré par l'art. 1156.*
389. *Dans aucun cas, la faculté de reprise ne peut être exercée que déduction faite des dettes personnelles de la femme. (Art. 1514).*

371. LA première disposition de l'art. 1514 porte que « la femme peut stipuler qu'en cas de » renonciation à la communauté, elle reprendra » tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit » lors du mariage, soit depuis. »

« Cette convention, dit Pothier, n°. 319, par » laquelle la femme doit avoir part aux gains, si » la communauté prospère, sans rien supporter » des pertes, dans le cas contraire, étant une con- » vention que la faveur des contrats de mariage » y a fait admettre, quelque contraire qu'elle soit » aux règles ordinaires des sociétés, elle est de » droit très-étroit. »



Cependant, c'est un principe reçu comme élémentaire dans les *Institutes de Justinien*, au titre de *societate*, § 2, que l'un des associés peut avoir part au gain et non à la perte : *ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur* (1). Ce n'est donc point en ce que la femme a la faculté de prendre part au gain, et de se dégager de contribuer aux pertes en renonçant à la communauté, que la convention consacrée par l'art. 1514 est contraire aux règles ordinaires des sociétés. Le droit commun lui donne, sans stipulation, la même faculté, qui est tellement de l'essence de toutes les sociétés conjugales, sous l'empire du Code, que toute convention contraire est frappée de nullité par la disposition de l'art. 1453.

372. « Mais la femme qui renonce perd toute  
» espèce de droit sur les biens de la communauté  
» ( légale ), et même sur le mobilier qui y est  
» entré de son chef ; au lieu qu'en vertu de la  
» convention autorisée par l'art. 1514, elle peut  
» stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle  
» y aura *apporté*, soit lors du mariage, soit de-  
» puis. »

C'est donc en ce seul point que cette convention est contraire au droit commun. Elle donne à la femme qui renonce à la communauté la faculté de reprendre tout ce qu'elle y avait apporté.

---

(1) Ce principe est aussi enseigné par Domat, liv. 1, sect. 9 ; par Pothier lui même, *Traité de la société*, chap. 1, § 4, pag. 18.



573. Ce n'est pourtant point le seul cas où il soit permis à la femme renonçante de reprendre ce qu'elle avait apporté, soit lors de son mariage, soit depuis. La clause de réalisation, dont nous avons parlé dans la sect. 2, lui donne le même droit; elle le lui donne même plus étendu, puisqu'elle le lui donne dans le cas d'acceptation de la communauté, comme il résulte de la combinaison des art. 1470 et 1500. Ce dernier porte « que les époux peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier présent et futur. » Et l'art. 1470, traitant du partage de la communauté, dit que chaque époux prélève sur la masse ses biens personnels *qui ne sont point entrés en communauté*. Il prélève donc les meubles qui en sont exclus, ou leur valeur.

La clause de réalisation, contre laquelle personne ne s'élève, est donc en effet plus favorable à la femme, puisqu'elle l'exerce, même en cas d'acceptation de la communauté; tandis que la clause consacrée par l'art. 1514, ne donne à la femme la faculté de reprendre son apport que dans le cas de renonciation à la communauté.

374. Mais il faut remarquer que ce sont deux cas bien différens : dans l'un, la femme prélève les biens mobiliers, qui n'ont jamais cessé de lui appartenir (1).

Dans l'autre, il s'agit de *reprendre* des meubles qui avaient cessé d'appartenir à la femme,

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, nos. 376 et suiv.

dont elle avait, par la célébration du mariage, transféré la propriété à la communauté, c'est-à-dire à son mari, qui en était seul vrai maître et propriétaire. La clause autorisée par l'art. 1514 donne à la femme le droit de reprendre ces meubles, dont elle avait depuis long-tems abdiqué la propriété.

Ces deux clauses sont donc l'une et l'autre contraires au droit commun. L'une, en ce qu'elle exclut de la communauté légale des meubles que la loi y faisait entrer à titre universel. (1401, n°. 1).

L'autre, en ce qu'elle donne à la femme la faculté de reprendre une propriété qu'elle avait depuis long-tems aliénée en l'y laissant entrer.

La première clause est spécialement autorisée par l'art. 1500, et par la disposition générale de l'art. 1387, qui porte « que la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs. »

La seconde ne déroge pas dans son principe à la disposition qui fait entrer les meubles des deux conjoints dans la communauté. Mais elle fait quelque chose qui paraît d'abord plus extraordinaire: elle donne à la femme le droit de reprendre les meubles qu'elle y avait fait entrer en se mariant.

Mais remarquez qu'elle avait opposé à leur mise en communauté une condition résolutoire, celle de les reprendre, ou bien leur valeur, en renonçant à la communauté. Or, suivant le droit com-

mun, c'est un principe, dans toutes les législations, que toute personne peut mettre à son contrat telle condition qu'il lui plaît (1), pourvu qu'elle ne soit contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public.

Il est vrai que cette condition était potestative à l'égard de la femme; mais elle n'en était pas moins valide. Le Code ne déclare nulle que la condition potestative de la part de celui qui s'oblige (article 1174 (2), et l'on trouve dans les lois plusieurs exemples de conditions potestatives résolutoires. La clause de réméré ou de rachat, dans les contrats de vente, n'est pas autre chose qu'une condition potestative résolutoire, par laquelle le vendeur rentre dans la propriété de la chose qu'il avait vendue.

C'est encore une condition résolutoire potestative, quand l'acquéreur stipule que la vente sera résolue, si la chose lui déplaît : *Si emptori displicueruit. L. 3, ff quib. mod. pign. sol., 20. 6.*

On en trouve encore un exemple très-fréquent dans la résolution d'un bail, par la volonté du bailleur (3) ou du preneur.

Enfin, la condition résolutoire potestative est tellement admise dans le droit commun, qu'il a fallu une disposition expresse pour l'annuler et

---

(1) *Nam suæ quidem quisque rei, moderator atque arbiter. L. 21, eod., 4. 35.*

(2) Voy. ce que nous avons dit sur les conditions, tom. VI, n°. 494.

(3) *Quoad is qui locasset vellet. L. 4, ff locati, 19. 2.* Pothier, du Contrat de louage, n°. 326 et 328.

la défendre dans le contrat de donation entre vifs. (944).

En l'autorisant, dans les contrats de mariage, en faveur de la femme qui ne consent à mettre son mobilier en communauté, au lieu de l'en exclure, comme elle en avait le pouvoir, que sous la condition résolutoire de le reprendre en cas de renonciation, l'art. 1514 n'a donc rien fait que de conforme aux principes du droit commun sur les conditions, rien, quoi qu'on en dise, de contraire aux règles ordinaires des sociétés.

375. Ce n'est pas sous ce point de vue que nos anciens auteurs français avaient envisagé la stipulation qui permet à la femme de reprendre son apport franc et quitte, en renonçant à la communauté. Sans se mettre en peine d'en rechercher ni d'en approfondir la nature, ils n'y voyaient autre chose que la faculté donnée à la femme de pouvoir participer aux gains, sans rien supporter des pertes; faculté qui leur paraissait, malgré les textes ci-dessus cités du droit romain, *tellement opposée aux règles ordinaires (1) des sociétés, qu'elle n'avait été admise dans les contrats de mariage que par suite de la grande faveur attachée à ces sortes d'actes, et à raison de ce que la femme n'a aucune part à l'administration des biens communs*. Ils la regardaient donc

---

(1) C'est encore ainsi que considère cette clause M. Delvincourt, qui a écrit sous l'empire du Code civil, tom. III, pag. 46. Aussi dit-il qu'elle est de droit très-strict.



comme infiniment défavorable, et presque comme inique, tout en avouant qu'elle était *très-usitée dans les contrats de mariage* (1). Ils posaient en principe qu'elle était non seulement *de droit étroit*, mais *très-étroit*.

En conséquence, en pointillant sur les mots, et par des interprétations subtiles jusqu'à l'injustice, ils s'efforçaient d'en éluder l'application, même à son cas précis, ou du moins de la rendre le plus rare possible.

376. Si la clause portait que *l'épouse, à la dissolution de la communauté, pourrait, en y renonçant, reprendre tout ce qu'elle y avait apporté*, on prétendait que si elle mourait avant d'avoir effectué sa renonciation, elle ne transmettait pas son droit à ses héritiers.

Si l'on avait ajouté l'épithète *survivante*, l'épouse *survivante* pourra reprendre, etc., on prétendait que le droit de reprendre n'était pas ouvert, si la communauté n'était dissoute que par un jugement de séparation, parce que le gérondif *survivant* exprime une condition, et que, par conséquent, le droit ne peut s'ouvrir que par le prédécès du mari.

On avait même agité la question de savoir si la femme, après avoir exercé la reprise de ses apports, en vertu d'un jugement de séparation, venait à décéder, le mari survivant n'en avait pas la répétition vers les héritiers. Il y avait autant

---

(1) Pothier, n<sup>o</sup>. 379.



d'arrêts pour que contre (1), et à des époques très-rapprochées les unes des autres.

Nous ne rapporterons pas ici toutes les subtilités qu'on avait imaginées pour restreindre l'application de cette clause. Pothier, dont l'autorité faisait loi au barreau, en rejeta plusieurs ; mais toujours préoccupé du préjugé que cette clause était de droit *très-étroit*, il en conserva d'autres qui, sur sa foi, ont passé sans examen dans l'article 1514, ainsi conçu :

377. « La femme peut stipuler qu'en cas de » renonciation à la communauté, elle reprendra » tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit » lors du mariage, soit depuis ; mais cette stipu- » lation ne peut s'étendre au-delà des choses for- » mellement exprimées, ni au profit des personnes » autres que celles désignées.

» Ainsi, la faculté de reprendre le mobilier que » la femme a apporté lors du mariage, ne s'étend » point à celui qui serait échu pendant le mariage.

» Ainsi, la faculté accordée à la femme ne » s'étend point aux enfans ; celle accordée à la » femme et aux enfans ne s'étend point aux as- » cendans ou collatéraux.

» Dans tous les cas, les apports ne peuvent être » repris que déduction faite des dettes person- » nelles à la femme, et que la communauté au- » rait acquittées. »

La première disposition de cet article pose le

---

(1) Pothier, n°. 382.

principe d'interprétation restrictive et rigoureuse adopté par le Code.

La faculté de reprendre l'apport franc et quitte ne peut *s'étendre au-delà des choses formellement exprimées*; ce qui est juste, car c'est une exception. Les dispositions suivantes développent le principe.

Dès ici on doit dire que la femme qui veut user de cette faculté, est obligée de prouver son apport. C'est un point commun à la clause de réalisation ou d'exclusion de la communauté; elle doit constater les choses qu'elle a apportées par un inventaire fait lors du mariage, ou par état authentique en bonne forme. C'est encore un point commun à la clause de réalisation.

378. Mais la femme ou ses héritiers, dans ce dernier cas, sont admis à faire preuve par témoins, et même par commune renommée (1404), de la valeur de son apport. En est-il de même de la femme qui stipule la faculté de reprendre son apport franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté?

On peut dire, pour l'affirmative, qu'en général c'est le mari qui doit protection à sa femme; que la loi entend le charger de l'inventaire des choses qu'il reçoit pour les apports qu'elle lui fait; que, d'ailleurs, cette preuve n'a point de rapport au principe d'interprétation rigoureuse et restrictive qui défend d'étendre la clause au-delà des choses exprimées; que cette défense est commune à la clause de réalisation, sous laquelle, néanmoins, le Code permet la preuve testimoniale de l'apport

de la femme ; qu'ainsi, cette preuve, de même que celle par la quittance du mari, suivant l'article 1502, doit être commune à la clause de reprise, en cas de renonciation, dont parle la section 5, qui a gardé le silence sur la preuve de l'apport, parce que ce qui était dit dans la sect. 2 était suffisant.

Mais il est à craindre que les tribunaux, dominés par les anciens préjugés contre la clause de reprise des apports francs et quittes, ne se déterminent pour la négative.

379. La seconde disposition de l'art. 1514 veut que la faculté de reprendre le mobilier que la femme avait lors du mariage, ne s'étende point à celui qui lui est échu depuis. C'est encore un point commun à la stipulation de réalisation ou d'exclusion de la communauté, parce qu'elle s'écarte du droit commun, qui fait entrer en communauté les meubles échus aux conjoints depuis le mariage, aussi bien que ceux qu'ils avaient en se mariant.

380. Mais la troisième est entièrement contraire à l'un de ces grands principes de droit admis dans toutes les législations, et consacré dans la nôtre par l'art. 1122 du Code, qui porte : « On est censé » avoir stipulé pour soi et pour ses ayant-cause, » à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne » résulte de la nature de la convention. » On ne peut pas dire néanmoins qu'il y ait antinomie dans le Code : l'art. 1514 est une exception à l'art. 1122.

Mais a-t-on eû raison de faire cette exception ? D'après l'examen que nous avons fait de la nature

de la clause dont traite cet article, nous sommes convaincu du contraire. La disposition porte :  
« *Cette faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfans.* »

Et pourquoi ne s'étend-elle point aux enfans ? Car enfin, quand il s'agit de faire exception à un principe aussi raisonnable, il faut une raison suffisante. Quelle est donc la raison d'une exception aussi dure contre les enfans ?

C'est, dit Pothier, n°. 384, que « la convention dont il s'agit étant d'un droit *très-étroit*, lorsqu'une femme a stipulé qu'arrivant la dissolution de la communauté, elle pourrait, en y renonçant, reprendre franchement ce qu'elle y a apporté, elle est censée n'avoir stipulé cela que pour elle seule, et non pour ses héritiers, même ses enfans.

Et pourquoi, contre la présomption légale, dictée par la raison et le sentiment, la femme qui stipule la reprise de son apport est-elle *censée*, c'est-à-dire présumée n'avoir stipulé que pour elle seule, pas même pour ses enfans ? C'est que cette clause est de droit *très-étroit*.

Tel est le cercle vicieux dont ni Pothier, ni aucun autre n'ont pu sortir. Mais ce grand jurisconsulte, courbé sous le joug de la jurisprudence du tems, *judicio sincero non utebatur, sed tanquam à vinculis sermocinabatur* (1). Assez fort pour secouer le joug qui l'opprimait, s'il avait voulu écou-

---

(1) Bacon, in principio Tractatus de justitiâ universali.



ter la raison, Pothier craignit de le faire, dans la crainte d'égarer ses lecteurs; car il n'aurait pu réprimer la fausse, mais constante jurisprudence des tribunaux et des Cours de son tems. C'est un privilège qui n'a été donné qu'au génie de Dumoulin.

Les rédacteurs du projet de Code, dont la mission était de rappeler dans notre législation l'empire de la raison, mission qu'ils ont si honorablement remplie avec un grand éclat, se sont en ce point, comme en quelques autres, en petit nombre, laissé conduire comme des enfans à la lisière par Pothier, sans approfondir sa doctrine. Ils ont en cela fait un grand mal, puisqu'ils ont érigé en loi une erreur que les Cours, qui ne sont pas liées par les anciens arrêts, auraient tôt ou tard réformée; car la raison finit toujours par avoir raison. Au lieu qu'aujourd'hui les Cours sont enchaînées par la disposition de la loi, qu'elles ne peuvent qu'appliquer, sans la juger.

381. L'ancienne jurisprudence appliquait avec une telle rigueur le principe que la femme était censée ne stipuler la reprise de ses apports que pour elle seule, et non pas même pour ses enfans, que s'il était dit à l'impersonnel, qu'*arrivant la dissolution de la communauté, en cas de renonciation, reprise serait faite de tout ce qu'elle y aura apporté*, on n'admettait pas les enfans à cette reprise. La Thaumassière rapporte un arrêt du 19 février 1604, qui le jugea ainsi, et débouta les enfans de la reprise; et ce qu'il y a d'étonnant, Pothier, n°. 385, adopte cette décision.



Nous osons penser qu'elle ne doit pas être suivie aujourd'hui. Que la femme, quand elle s'est réservé nommément et personnellement la reprise de ses apports, soit *censée* n'avoir stipulé que pour elle seule, et non pas même pour ses enfans, à la bonne heure : puisque la loi le veut, il faut bien l'exécuter, sauf à dire comme Dumoulin : *En legem iniquam*. Mais lorsque la femme n'a pas formellement réservé pour elle seule, lorsqu'elle s'est exprimée en termes qui peuvent s'étendre en général, et sans en forcer le sens, à ses enfans et héritiers, la présumer assez égoïste pour supposer qu'elle n'a entendu faire la réserve que pour elle seule, et non pas même pour ses enfans, c'est ce qu'il nous répugne tellement de croire, qu'un arrêt même de la Cour suprême, s'il était seul, ne suffirait pas pour nous faire changer d'opinion.

382. Quelque rigueur qu'on apportât autrefois dans l'interprétation de la clause de reprise des apports, on l'avait favorablement accueillie dans un cas où la clause portait : « *Avenant le prédécès du mari, la femme et ses enfans, renonçant à la communauté, reprendront, etc.* »

La femme étant prédécédée, ses enfans renoncèrent à la communauté, et demandèrent la reprise. On leur opposait que cette reprise étant stipulée pour le cas de prédécès du mari, ce cas n'étant point arrivé, il ne pouvait y avoir ouverture à la reprise.

Les enfans répondaient que ces termes, *avenant le décès du mari*, ne pouvaient se rapporter qu'à la femme ; mais qu'à leur égard, ayant aussi été

compris dans la convention, la reprise devait être censée leur être accordée pour le cas du prédécès de la femme, leur mère, puisque c'était le seul cas qui pouvait donner ouverture à la convention à leur profit. Un arrêt du 13 décembre 1641 (1) leur adjugea la reprise avec raison.

383. D'après les maximes rigoureuses adoptées par le Code, la femme ne peut jamais *transmettre* par représentation à ses héritiers la faculté de reprendre son apport franc et quitte, si elle ne les a pas compris dans la convention de reprise; cette faculté devient caduque par son prédécès, et s'éteint irrévocablement sans qu'il reste, même à ses enfans, d'autre ressource que celle de renoncer à la communauté si elle leur est désavantageuse; mais si elle a eu le soin de comprendre ses héritiers dans la convention, la faculté passe par son prédécès à ceux qui sont désignés, et non à d'autres. Elle fait partie de sa succession.

384. L'esprit de litige et de cupidité est encore venu exercer ses subtilités sur la troisième disposition de l'art. 1514, qui dit que la faculté de reprise accordée à la femme et aux *enfans* ne s'étend point aux ascendans et collatéraux. On a demandé, d'abord, si cette faculté accordée à la femme et aux *enfans* doit s'étendre *aux petits-enfans*; et cette question, que le plus simple bon sens est étonné de voir naître, Lebrun (2) la ré-

(1) Rapporté par Brodeau sur Louet, lettre F, chap. 28, n°. 3. Voy. Poibier, *Traité de la communauté*, n°. 383.

(2) *Traité de la communauté*, liv. 3, chap. 2, sect. 2, dist. 5, n°. 18.

sout négativement, et cite un arrêt conforme à son opinion. Son annotateur la rejette avec justice, et Pothier, pour la résoudre et pour réfuter Lebrun, croit devoir invoquer une loi romaine qui dit que nos *petits-enfans* sont au nombre de nos *enfans*; car, dit-il, le terme d'*enfans*, dans notre langue, répond au terme latin *liberi*; or, la loi 220, *ff de V. S.*, qui est de Callistrate, nous apprend que *liberorum appellatione nepotes et pronepotes, cæterique qui ex his descendunt continentur*; comme si nous avions besoin de l'autorité de Callistrate, pour savoir que nos *petits-enfans* sont aussi nos *enfans*.

385. Voici quelque chose de plus étonnant, peut-être : Lebrun veut bien du moins que les enfans d'un premier mariage de la femme soient compris sous la clause qui réserve la reprise des apports à la femme et à ses enfans, mais son annotateur ne le veut pas, parce qu'il nous apprend qu'un arrêt du 3 février 1611 a décidé le contraire. Pothier, n°. 387, pense avec raison qu'ils y sont compris; mais il ajoute que si la clause portait que *la femme et ses enfans qui naîtront du mariage reprendront, etc.*, les enfans d'un premier mariage seraient exclus par ces mots, *qui naîtront du mariage*, suivant la règle *inclusio unius est exclusio alterius*.

Nous ne saurions souscrire à cette décision. Qu'est-ce que ce vague et bannal axiôme invoqué pour toute raison par Pothier? Un misérable brocard tiré des écrits de je ne sais quel glossateur, et qu'on ne manque jamais de mettre en

avant, quand il s'agit d'étayer quelque interprétation restrictive, destituée de raison et d'autorités. Et pourquoi recourir à ce vieil et obscur brocard, pour interpréter une clause par laquelle une personne stipule la reprise de ses apports pour elle et pour les enfans qui naîtront du nouveau mariage qu'elle va contracter? N'est-il pas plus naturel de penser qu'en rédigeant un contrat de mariage, qu'on ne doit pas supposer stérile, on a parlé des enfans qui en naîtraient, sans s'occuper des autres, que néanmoins la mère n'entend pas exclure, puisqu'elle ne le dit pas? Pourquoi lui supposer des sentimens contraires au vœu de la nature, qui veut qu'elle traite tous ses enfans également, et sans préférence pour les derniers ni pour les premiers nés. Il peut arriver que de nouvelles amours inspirent à une femme volage quelque préférence en faveur des enfans qui en sont le fruit; mais on ne doit pas le supposer. Aussi, Pothier n'a pu s'empêcher de remarquer « que lorsque la femme a laissé un enfant du dernier mariage, ceux des précédens mariages profitent de la reprise qui a été ouverte au profit de cet enfant, avec qui ils la partagent. »

Pothier rapporte, n°. 585, une espèce dans laquelle on jugea que les termes *qui naîtront du mariage*, n'excluaient pas les enfans des précédens mariages; c'est le cas où il n'existait point d'enfans du second. La clause portait : « Il sera » permis à la future épouse et aux enfans qui » naîtront du mariage, même à ses héritiers collatéraux, d'accepter ou de renoncer à la com-



» communauté, auquel cas de renonciation repren-  
» dront franchement et quittement tout ce qu'elle  
» aura apporté, etc. »

Un arrêt du mois d'août 1685 (1), nonobstant ces termes, *qui naîtront du mariage*, adjugea la reprise à un enfant du précédent mariage. La circonstance de la reprise accordée dans cette clause, même *aux héritiers collatéraux*, fit *presumer*, dit Pothier, que les parties, par ces termes, *aux enfans qui naîtront du mariage*, n'avaient pas entendu exclure les enfans du mariage précédent, infiniment plus chers à la femme que ses parens collatéraux.

Remarquez que, dans cette espèce, Pothier se relâche de l'inflexible principe qu'il avait posé d'abord, que la clause de reprise de l'apport franc et quitte de la femme étant ce qu'il appelle de droit *très-étroit*, la faculté de reprise ne peut s'étendre à une personne qui n'est pas *expressément* comprise dans la convention. Dans l'espèce qu'on vient de voir, il amollit la dureté du principe au moyen d'une présomption.

386. Il l'abandonne tout-à-fait, n°. 389, pour y substituer un système d'interprétation fondé entièrement sur l'équité. « Par la même raison, » dit-il, si la convention était conçue en ces termes, *la future et ses héritiers collatéraux* pourront, en renonçant à la communauté, reprendre tout ce qu'elle y a apporté, je penserais, con-

---

(1) Rapporté par Berroyer, tom. I des *Arrêts de Bardet*, liv. 2, chap. 11.



» tinue-t-il, qu'on doit entendre la clause comme  
 » s'il y avait, *et ses héritiers, même collatéraux*,  
 » et regarder, en conséquence, les enfans comme  
 » compris dans la convention ; car il ne peut  
 » tomber sous le sens que ce que les parties ont  
 » bien voulu accorder à tous les héritiers colla-  
 » téraux de la femme, elles l'aient refusé à leurs  
 » propres enfans, qui leur sont infiniment plus  
 » chers. »

Nous sommes certes très-éloigné de critiquer une décision aussi raisonnable et aussi équitable. Nous l'adoptons au contraire, et nous l'adoptons avec une pleine conviction, comme une conséquence du sage principe établi par le Code, article 1156 : « On doit, dans les conventions, re-  
 » chercher quelle a été la commune intention des  
 » parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au  
 » sens littéral des termes. »

Rien de plus contraire, en effet, au simple bon sens ; rien de plus révoltant même que de supposer et de croire que deux futurs conjoints, en traçant les conditions d'une union, dont le but principal est l'espérance de se voir renaître dans leurs enfans, aient eu la pensée de leur refuser une faculté qu'ils accordaient aux collatéraux les plus éloignés de l'épouse. Nous adoptons donc l'équitable et raisonnable décision de Pothier, et nous rejetons le faux et rigoureux principe qu'il avait d'abord embrassé, sur la foi de nos anciens auteurs, mais que ses injustes et révoltantes conséquences ont enfin forcé son bon esprit d'abandonner.

387. Pothier étend, dans le n°. 390, en faveur des ascendans, la décision donnée dans le numéro précédent, en faveur des enfans. « Lorsque, dit-il, » la femme a stipulé qu'elle et ses héritiers collatéraux pourraient reprendre, en renonçant à » la communauté, ce qu'elle y a apporté, doit-on » sous-entendre, comme compris dans la convention, non seulement les enfans, mais pareillement, à défaut d'enfans, les père et mère » et autres héritiers de la ligne ascendante de la » femme? *Je le pense*, continue-t-il, car nos » parens de la ligne ascendante nous étant plus » chers que des collatéraux, et étant plus ordinaire que cette reprise pour les père et mère » de la femme que pour les collatéraux, *il y a tout lieu de présumer* que les parties, en étendant la convention de la reprise de l'apport jusqu'aux collatéraux, ont entendu, à plus forte raison, comprendre dans la convention les parens de la ligne directe ascendante. »

388. Nous applaudissons encore à cette décision de Pothier; mais nous croyons en même tems qu'il n'est pas possible de nier qu'elle est évidemment contraire, ainsi que celle donnée en faveur des enfans (389), au principe de rigueur qu'il avait d'abord adopté. Il en convient lui-même équivalement. « Je sais, dit-il, que plusieurs auteurs sont d'un avis contraire (1).....; » *mais je ne puis être de leur avis.* En vain oppo-

---

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. 3, chap. 2, sect. 2, dist. 5, n°. 12; Le Maître, Duplessix, etc.

» sent-ils que la convention étant de droit étroit,  
 » les enfans ne peuvent être censés compris dans  
 » la convention, qu'ils n'y soient *expressément*  
 » compris. »

Pothier, n'osant rétracter ouvertement l'ancien principe, qui était constant avant lui, et qu'il avait d'abord adopté, répond « que, pour que  
 » les enfans soient *expressément* compris dans la  
 » convention, il n'est pas précisément nécessaire  
 » qu'ils y soient nommés. Il suffit que les parties  
 » se soient, par les termes de la convention, ex-  
 » pliquées de manière qu'il n'y ait pas lieu de  
 » douter raisonnablement de la volonté qu'elles  
 » ont eue de les y comprendre. »

Nous admettons cela. C'est l'application du principe d'équité, consacré par l'art. 1156, que nous avons rapporté ci-dessus; mais ce n'est pas la conséquence du principe rigoureux opposé par les auteurs que cite Pothier, et qu'il avait adopté d'abord lui-même, savoir : que la faculté de reprise étant de droit très-étroit, ne pouvait s'étendre à des personnes autres que celles comprises *expressément* dans la convention; principe constant dans l'ancienne jurisprudence, appuyé d'arrêts très-nombreux, notamment de l'arrêt solennel rapporté par Montholon, et suivi, après sa prononciation, comme l'observe Lebrun, d'un *advertatur* du premier président de Harlay, pour avertir le barreau *que les clauses des contrats de mariage, et principalement de reprise, ne pouvaient s'étendre d'un cas à un autre, ni d'une personne à une autre.*

A cette rigueur déraisonnable, Pothier, tout en prétendant en conserver le principe, y substitue ici une interprétation raisonnable, aujourd'hui autorisée par le Code, fondée sur une simple présomption d'affection de la femme pour ses enfans et les auteurs de ses jours. Il eût mieux valu peut-être avouer de bonne foi qu'il trouvait injustes les conséquences de l'ancien principe, et qu'il ne pouvait les admettre. Les rédacteurs du Code, avertis de l'injustice de ces conséquences par ce grand jurisconsulte, leur guide principal, auraient évité la rédaction imparfaite de l'art. 1514, dont la fin de la première disposition est conçue presque dans les mêmes termes que l'*advertatur* du président de Harlay, savoir : que la stipulation de reprise de l'apport, en renonçant, ne peut s'étendre au-delà des choses formellement exprimées, *ni au profit de personnes autres que celles désignées*.

Gardons-nous, quoique ces expressions s'y prêtent, d'en revenir à l'ancienne jurisprudence et à ses rigueurs. Le Code a consacré dans l'article 1556 un principe de raison qui doit nous en défendre.

389. L'art. 1514 finit par une disposition qui n'a besoin d'aucune explication. Il porte : « Dans » tous les cas, les apports ne peuvent être repris » que déduction faite des dettes personnelles à la » femme, et que la communauté aurait acquittées. »



## SECTION VI.

### *Du Préciput conventionnel.*

---

#### SOMMAIRE.

- 390. *Le préciput conventionnel est ce qu'il est convenu que la femme ou le mari prélèveront avant partage.*
- 391. *La nature et la quotité de ce droit dépendent uniquement de la convention.*
- 392. *Le préciput est un gain de survie qui n'est acquis à la femme survivante qu'en cas d'acceptation de la communauté, à moins que le contrat ne l'accorde même en cas de renonciation.*
- 393. *La mort naturelle ou civile donne ouverture au préciput. On pensait autrefois que la mort civile n'y donnait pas ouverture, et pourquoi.*
- 394. *Il ne s'ouvre point par la séparation de corps ou de biens; l'ouverture en est retardée jusqu'à la mort de l'un des époux.*
- 395. *Quid, si, dans ce cas, le préciput est en espèces?*
- 396. *L'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcée, ne conserve pas de droit au préciput, lors de la mort. Il perd ce droit.*
- 397. *Explication de l'art. 1517. Grande difficulté qu'il fait naître, résolue par les dispositions de l'art. 1515. Omission d'un mot dans le texte de l'art. 1818.*
- 398. *De la stipulation du préciput en cas de dissolution de la communauté.*
- 399. *En cas de déclaration d'absence, la délivrance du préciput n'est point suspendue.*
- 400. *Le préciput n'est point considéré comme avantage sujet aux formalités des donations.*
- 401. *Comment s'exerce le préciput. Il ne s'exerce que sur la*



## **Chap. II. Du Régime en communauté. 495**

*masse partageable après la distraction de toutes les récompenses et reprises, dettes et charges, etc.*

- 402. *Après le prélèvement des charges de la communauté, s'il ne restait point de masse à partager, le préciput s'évanouirait.*
- 403. *Effet de la convention qui donne un préciput à l'épouse, en cas de renonciation.*
- 404. *Du préciput à prendre sur certains meubles, ou jusqu'à une concurrence d'une certaine somme. Droits des créanciers sur ces meubles.*
- 405. *Les intérêts du préciput ne courent que du jour de la demande.*
- 406. *Des choses qui sont l'objet du préciput. Il est limité ou illimité. Le préciput illimité s'étend à tous les meubles de l'espèce désignée.*
- 407. *Pothier pensait que s'il n'était pas proportionné à l'état et aux facultés des parties, on pouvait en obtenir la réduction arbitrio judicis. Cette opinion ne peut être suivie sous l'empire du Code.*
- 408. *Choses employées le plus ordinairement dans la clause de préciput. Explication des mots joyaux, bijoux, toilette, etc.*

390. LE préciput conventionnel est la somme ou les effets mobiliers en nature que l'un des époux, par une clause spéciale très-fréquente dans les contrats de mariage, a le droit de prélever avant partage sur la masse des biens de la communauté. Ce droit peut être accordé à l'un des conjoints seulement, soit au mari, soit à la femme, ou réciproquement à l'un et à l'autre.

391. La nature de ce droit et sa quotité dépendent uniquement de la convention. La clause qui le stipule est ordinairement conçue de la manière suivante : *Le survivant des futurs époux, ou bien*

*la future épouse, en cas de survie, prendra par préciput et avant partage, telle somme ou tels et tels objets, et si c'est le futur qui survit, il prendra pareillement, et avant partage, telle somme ou tels et tels objets.*

392. C'est sur cet usage presque universel que le Code, art. 1515, a déterminé la nature du préciput conventionnel. « La clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne donne droit à ce prélèvement, au profit de la femme survivante, que lorsqu'elle accepte la communauté. » Il ajoute : « A moins que le contrat de mariage ne lui ait concédé ce droit, même en renonçant. » Clause très-licite, puisqu'elle ne contient rien de contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public; mais, en ce cas, le préciput conventionnel change de nature, comme nous le dirons bientôt.

Il résulte du texte de l'art. 1515, 1°. que le préciput conventionnel dont parle cette section est un droit de communauté; c'en est une délibération;

393. 2°. Que c'est un gain de survie auquel la mort naturelle et civile donnent ouverture (1). On pensait autrefois que la mort civile n'y don-

---

(1) *Quid*, si les deux époux sont morts ensemble par accident, dans un naufrage, dans un incendie, sans que l'on puisse savoir lequel a survécu? Faut-il suivre en ce cas les règles de survie établies par le Code? Voy. ce que nous avons dit tom. IV, n°. 78.

naît pas ouverture, parce que, disait-on, c'est une convention conditionnelle qui ne peut être subordonnée qu'à la seule condition que les parties y ont mise pour son ouverture. Or, la mort naturelle de l'un des époux avant l'autre est la seule condition qu'elles y aient apposée, le seul cas qu'elles aient prévu. On ne peut pas même supposer qu'elles aient pensé au cas de la mort civile de l'un d'entre les époux, puisqu'elle n'arrive qu'à l'occasion d'un crime commis par l'un d'entre eux. Un arrêt célèbre, prononcé le 2 juin 1549, le roi Henri II séant en son lit de justice, l'avait ainsi jugé (1). Pothier cependant, après quelques considérations en faveur de l'ouverture du préciput par la mort civile, nous apprend que le Parlement de Paris s'était écarté de l'arrêt de 1549, en jugeant, dans l'espèce d'un homme qui était sorti du royaume pour cause de religion, que la mort civile qu'il avait encourue par sa sortie, avait donné ouverture au préciput au profit de sa femme.

Enfin, l'art. 1517 du Code a tranché toute espèce de doute à cet égard, en statuant que « la » mort naturelle ou *civile* donne ouverture au » préciput. » En effet, par la mort civile qu'elle a encourue, une personne n'étant plus censée exister, par rapport à la société civile, sa mort civile doit être regardée comme un véritable *prédéces*, qui ne l'en a pas moins retranchée que ne l'eût fait la mort naturelle, et doit, par conséquent,

---

(1) Pothier, n°. 443.

avoir les mêmes effets, et donner ouverture au préciput, sans examiner si l'événement avait pu être prévu.

Cependant, la rente viagère ne s'éteint point par la mort civile, à la différence de l'usufruit, qui, selon l'art. 617, s'éteint par la mort civile. Ce sont des disparates qu'on désirerait voir disparaître du Code. *Voy.* ce que nous avons dit à cet égard, tom. III, n°. 446.

394. Puisque le préciput conventionnel est un gain de survie qui ne peut s'ouvrir que par la mort naturelle ou civile de l'un des deux conjoints, il est évident que, dans le cas où la communauté a été dissoute du vivant des deux époux, en vertu d'un jugement de séparation de corps et de biens, le jugement ne donne point ouverture au préciput, quoique la femme accepte la communauté : le partage doit donc s'en faire également et sans préciput. Mais la femme n'en conserve pas moins la faculté d'exercer ses droits, lors de la mort naturelle ou civile de son mari. C'est le principe établi par l'art. 1452, dont la disposition est répétée dans l'art. 1518 de cette section.

Il n'y a point de difficulté, lorsque le préciput est d'une somme d'argent. Si la communauté est dissoute par une séparation, le partage se fait sans préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture ; mais il se fait à la charge que, lorsqu'il s'ouvrira par le prédécès de l'un des époux, la succession du prédécédé fera raison de ce préciput au survivant. Si le préciput stipulé dans le contrat de mariage est, par exemple, d'une somme de 4,000 fr.,



la succession du prédécédé devra, sur la part qu'il a eue en partage, la somme de 2,000 fr. au survivant, qui confond les deux autres 1,000 fr. en lui-même, la part qu'il a eue dans le partage de la communauté ayant été augmentée de cette somme, puisqu'il a été fait sans préciput.

395. Mais, lorsque le préciput est en espèces, comme il ne doit pas être au pouvoir de l'un des époux de préjudicier à ce droit, qui doit être prélevé en nature sur la communauté, dans l'état où elle se trouve au tems de sa dissolution, il en résulte une véritable difficulté, que Pothier, n<sup>o</sup>. 445, propose de lever, en faisant faire, en ce cas, une estimation des choses sujettes au préciput de chacun des conjoints, qui se trouvent parmi les biens de la communauté, lors de sa dissolution, afin de fixer la somme que la succession du prédécédé devra au survivant, quand le préciput s'ouvrira par le prédécès de l'un des époux.

En attendant, ajoute Pothier, chacun des époux prendra, sur le pied de l'estimation, les choses sujettes à son préciput, non en les prélevant par forme de préciput, mais en les précomptant sur sa part, à la charge que, lorsqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un des époux, la succession du prédécédé devra au survivant la moitié de l'estimation du préciput.

Cette opération paraît en effet le seul moyen de lever la difficulté, sans blesser les droits de personne. Aussi M. Merlin (1) dit que la doctrine de

---

(1) *Répertoire de jurisprudence*, v<sup>o</sup>. PRÉCIPUT CONVENTIONNEL, § 1.



Pothier est consacrée expressément par l'art. 1518 du Code, portant que, « lorsque la dissolution de » la communauté s'opère par le divorce ou par la » séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a » obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, » conserve ses droits au préciput, en cas de survie. »

Le texte de cet article est muet, comme on voit, sur l'estimation, dont parle Pothier, des choses sujettes au préciput; mais il est véritablement impossible d'exécuter autrement sa disposition. C'est sans doute ce qui a fait dire à M. Merlin qu'il consacre expressément la doctrine de Pothier.

396. On peut encore remarquer que l'art. 1518 a passé sous silence le cas de la dissolution de communauté par la simple séparation de biens, quoiqu'elle suspende également, sans aucun doute, la délivrance du préciput, en vertu du principe général posé par l'art. 1452, qu'il n'était par conséquent pas nécessaire de répéter ici. Mais il était absolument indispensable de parler du cas de dissolution de la communauté par le divorce et par la séparation de corps, puisqu'on voulait établir une distinction très-remarquable à leur égard; distinction qui se trouve dans la disposition qui n'accorde qu'à *celui des époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps*, la conservation de ses droits de préciput, *en cas de survie*: d'où l'on conclut que l'époux contre lequel ils ont été prononcés ne les conserve pas, et par conséquent qu'il les perd; à la différence des donations

à lui faites par son contrat de mariage, par l'autre époux, qu'il conserve, parce que l'art. 959 dispose expressément que « les donations en faveur » de mariage ne sont pas révocables pour cause » d'ingratitude. » Disposition à laquelle on ne peut opposer l'art. 1518, qui « prive le défendeur (en » séparation de corps) du droit de préciput dans » la communauté, puisque ce préciput n'est point » une véritable donation, mais une clause conventionnelle de la communauté : d'où il résulte » que cette disposition doit être restreinte à son » cas, » et non étendue à celui des donations, dont parle l'art. 959.

Ce sont les termes de l'un des considérans d'un arrêt de la Cour de cassation, du 13 février 1826 (1), qui décide que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée pour cause d'excès et sévices graves, ne perd pas les donations faites par l'autre époux dans son contrat de mariage. Il ne faut donc pas appliquer à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, la disposition de l'art. 1518, qui lui fait perdre ses droits de préciput, en cas de survie.

397. La première disposition de cet article s'applique également aux deux époux, à la femme comme au mari, qui ont obtenu la séparation de corps. Elle suspend la délivrance de leur préci-

---

(1) Rapporté par Dalloz dans son *Recueil*, année 1821, 1<sup>re</sup> part., pag. 135 et suiv. Voy. sur-tout les *Conclusions* de M. Mourra, procureur général, *ibid.*

put, en leur conservant tous leurs droits, en cas de survie.

La seconde disposition, au contraire, n'est relative qu'à la femme seule. Elle porte que, « si » c'est la femme ( dont la délivrance du préciput » est suspendue par la séparation ), la somme ou » la chose qui constitue le préciput reste *toujours* » provisoirement au mari, à la charge de donner » caution. »

Cette disposition fait naître une très-grande difficulté; car il est impossible d'en faire, sans une injustice évidente et palpable, l'application au cas dont parle la première disposition, dans lequel le préciput étant suspendu par la séparation de biens, les deux époux partagent la communauté sans délivrer de préciput, ni à l'un ni à l'autre, sauf les droits du survivant. Supposons que la valeur de la communauté soit de la somme de 60,000 fr., et que le préciput de la femme consiste dans une somme de 20,000 fr. S'il fallait, aux termes de la seconde disposition de l'art. 1518, que cette somme *restât toujours provisoirement au mari, en donnant caution*, il ne resterait que 40,000 fr. à partager, dont la moitié pour la femme n'est que la somme de 20,000 fr., tandis que le mari jouirait, de plus, de la somme de 20,000 fr., qui sera due à la femme en cas de survie, et il en jouirait sans payer aucun intérêt; et si la femme prédécédait, il serait tenu de rendre 10,000 fr. à ses héritiers pour reste de sa part de communauté, et si c'était le mari qui prédécédait, ses héritiers seraient obligés de rendre à la femme,

pour son préciput, la somme entière de 20,000 fr., dont il aurait joui sans intérêt depuis le partage de la communauté. Il est impossible, on le répète, d'entendre de cette manière la disposition finale de l'art. 1518.

Il faut donc l'entendre du seul cas où elle présente un sens juste et raisonnable, cas prévu par la disposition finale de l'art. 1515, celui où le contrat de mariage a réservé le préciput à la femme, *même en renonçant*. Si la femme, sous l'empire d'un pareil contrat, obtient une séparation de biens, et renonce à la communauté, il ne se fait point ouverture à son préciput; mais elle y conserve tous ses droits, en cas de survie. Le mari auquel restent, par la renonciation de la femme, tous les effets qui composaient la communauté éventuelle dissoute par la séparation de biens, reste donc provisoirement saisi de la somme ou de la chose qui constitue le préciput conditionnel de la femme, par le contrat de mariage; et comme le jugement de séparation rend sa solvabilité suspecte, il l'assujettit à donner caution; *à la charge*, dit l'article 1518, *de donner caution*; charge exorbitante du droit commun à l'égard des créances conditionnelles ordinaires. Mais en ce cas particulier, la loi a jugé cette précaution nécessaire pour la sûreté des droits de la femme, attendu la défiance qu'inspirent pour l'avenir la mauvaise administration et la dissipation du mari, qui ont rendu la séparation de biens nécessaire.

Rien de plus juste, rien de plus raisonnable que l'explication que nous venons de donner de la dis-



position finale de l'art. 1518. Au contraire, si on voulait l'entendre du cas où la communauté est acceptée par la femme, nous avons vu ci-dessus qu'elle présenterait des conséquences tellement injustes et tellement absurdes, qu'il est impossible de les admettre. Nous les rejetons donc, et comme ces conséquences paraissent sortir de son texte, tel que nous le lisons dans toutes les éditions, nous n'hésiterons point à dire que nous sommes convaincu qu'il a été mutilé par l'omission du mot *renonçante*, échappé au copiste, et qu'en sortant de la main du rédacteur de la loi il y avait : *Si c'est la femme renonçante, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution.* Ainsi la doctrine du Code est complète. La première disposition de cet article parle du cas où la femme accepte la communauté; la seconde, du cas où elle renonce; cas prévu par l'art. 1515, et qui est expliqué dans la disposition finale de l'art. 1518.

Tout est clair au moyen de cette explication, qui nous apprend aussi pourquoi le Code assujettit le mari à la charge de donner caution : c'est qu'il reste toujours saisi de la totalité du préciput conditionnel de la femme; au lieu que dans le cas d'acceptation de la communauté par la femme, elle est saisie d'une moitié par l'effet du partage de la communauté, et que, d'ailleurs, son acceptation même prouve que l'administration du mari a été moins mauvaise que dans le cas où elle est obligée de renoncer.

398. Il faut remarquer que la suspension de la



délivrance actuelle du préciput n'a lieu que lorsqu'il est stipulé seulement en cas de survie, ce qui est le cas le plus ordinaire. Il en serait autrement, s'il était stipulé dans le contrat de mariage qu'il aurait lieu *en tous les cas de dissolution de la communauté*; le jugement de séparation y donnerait alors ouverture, et si la communauté était acceptée, la délivrance actuelle s'en ferait avant le partage, comme l'a décidé la Cour suprême dans l'espèce suivante :

Le 30 prairial an XIII, les sieur et dame Dhaveluy conviennent, par leur contrat de mariage, qu'il y aura entre eux communauté de meubles et de conquêts; que le *survivant* des époux aura droit à un préciput qu'ils déterminent, et que ce préciput *aura lieu en faveur de la future épouse, dans le cas de dissolution de la communauté, soit qu'elle l'accepte, soit qu'elle y renonce*. Peu de tems après, la dame Dhaveluy obtient une séparation de biens. En vertu de ce jugement, elle demande la délivrance de son préciput. Le mari répond que le préciput est un gain de survie, et qu'il ne peut y avoir lieu à un pareil droit que par le décès de l'un des époux. La dame Dhaveluy reconnaît ce principe; mais elle se retranche dans l'exception qui résulte de la disposition de son contrat de mariage.

Le tribunal de première instance d'Amiens prononce en faveur de la dame Dhaveluy; « attendu » que les clauses des contrats de mariage doivent » être exécutées, lorsqu'elles ne sont contraires » ni aux lois, ni aux mœurs, et que la clause du » contrat de mariage des parties, sur laquelle est

» fondée la demande de la dame Dhaveluy, est de  
 » cette catégorie. »

Sur l'appel, arrêt de la Cour d'Amiens, qui confirme ce jugement. Le sieur Dhaveluy se pourvoit en cassation, et soutient, 1°. que la clause dont il s'agit ne peut pas être entendue dans le sens que lui ont prêté les juges de première instance et d'appel; 2°. qu'entendue dans ce sens, cette clause serait contraire aux bonnes mœurs, et qu'elle est notamment proscrite par l'art. 1452 du Code, suivant lequel « la dissolution de communauté, opérée par le divorce ou par la séparation soit de corps, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve le droit de les exercer, lors de la mort naturelle ou civile de son mari. »

Par arrêt du 26 janvier 1808, au rapport de M. Liger Verdigny, « attendu que le<sup>er</sup> contrat de mariage énonçant que le préciput stipulé au profit de la dame Dhaveluy aurait lieu *dans tous les cas de dissolution de communauté*, la Cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, autoriser la dame Dhaveluy à prélever son préciput, et que cette interprétation donnée à la clause du contrat, n'est point réprouvée par l'art. 1452 du Code, dont la disposition n'est ni limitative, ni restrictive; la Cour rejette. » (1)

---

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Répertoire de Jurisprudence* de M. Meilin, v°. PRÉCIPUT CONVENTIONNEL, § 1, n°. 1.

Cet arrêt décide clairement deux points : l'un, que la clause qui donne ouverture au préciput, dans le cas de dissolution de communauté par la séparation de biens, n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ; l'autre, que dans ce cas, la délivrance naturelle de ce préciput n'est point suspendue comme dans les cas ordinaires de l'article 1518.

399. La délivrance actuelle du préciput de la femme n'est point encore suspendue, lorsque le mari ayant été déclaré absent, la femme, au lieu d'empêcher, comme elle en a le droit, l'envoi des héritiers en possession des biens, demande la dissolution provisoire de la communauté, puisqu'alors elle exerce, suivant l'art. 124, ses reprises *et tous ses droits légaux et conventionnels*.

400. Nous avons dit qu'en général, le préciput est de sa nature un droit de survie ; et quoiqu'il en résulte en définitive un avantage pour celui des époux qui le recueille, l'art. 1516 nous apprend « que le préciput n'est point regardé comme » un avantage sujet aux formalités des donations, » mais comme une convention de mariage. » Ainsi il n'est point dû de droits de mutation pour le prélèvement qu'en fait celui des époux en faveur de qui il a été stipulé, pas plus que pour le partage de la communauté.

401. Après avoir vu quelle est la nature du préciput, et quels sont les cas qui y donnent ouverture, il faut voir comment on l'exerce. Nous avons dit que c'est un droit de communauté, et le seul mot de préciput emporte naturellement l'idée d'un

prélèvement à faire sur une masse commune. Aussi, sous l'ancienne jurisprudence (1), on tenait unanimement pour maxime, et l'on jugeait que lorsque la veuve survivante renonçait à la communauté, il n'y avait pas lieu au préciput, soit qu'il eût été stipulé en sa faveur, soit qu'il l'eût été en faveur du mari, parce qu'il n'existe plus alors de masse sur laquelle on pût prélever un préciput. La renonciation de la femme ou de ses héritiers faisait évanouir le préciput par la nature même des choses, en les réduisant au cas où il ne pouvait y avoir lieu ni à communauté, ni à préciput. L'art. 1515 a conservé et consacré l'ancienne doctrine, en statuant que « la clause par laquelle » l'époux survivant est autorisé à prélever, avant » tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne » donne droit à ce prélèvement, au profit de la » femme survivante, que lorsqu'elle accepte la » communauté, à moins que le contrat de mariage ne lui ait réservé ce droit, même en renonçant; hors le cas de cette réserve, le préciput » ne s'exerce que sur la masse partageable, et non » sur les biens personnels de l'époux prédécédé. »

La solution de toutes les questions qui se présentent sur l'exercice du préciput dérive naturellement de ce texte. Et d'abord, s'il ne doit s'exercer que sur *la masse partageable*, il en ré-

---

(1) Voy. les autorités citées dans le *Répertoire*, v<sup>o</sup>. PRÉCIPUT CONVENTIONNEL, § 3, n<sup>o</sup>. 1, pag. 461 de la 4<sup>e</sup>. édition.



sulte qu'il faut commencer par distraire toutes les récompenses, reprises, emplois et indemnités de chaque époux ou de leurs héritiers, dans l'ordre prescrit par le Code, leurs deniers réputés propres, etc., toutes ces choses devant passer devant le préciput, qui ne s'exerce que sur la masse partageable.

Il faut encore distraire toutes les charges et dettes de la communauté envers les étrangers, puisqu'elles diminuent la masse partageable.

Il faut aussi régler les récompenses et indemnités qui peuvent être dues à la communauté, tant de la part du mari que de la part de la femme ou de ses héritiers, puisqu'elles doivent entrer dans la masse qu'elles grossissent d'autant.

C'est après toutes ces opérations, qu'on peut faire le prélèvement par délibération sur la masse partageable des effets de la communauté. De cette manière, on voit que le survivant n'est payé que pour moitié sur la part du prédécédé (1).

Dans la communauté, il confond l'autre moitié en lui-même, puisqu'il est fondé pour moitié dans ce qu'il prélève, pour former la somme à laquelle s'élève le préciput; au lieu que si c'était une donation particulière qui lui eût été faite par le contrat de mariage, elle lui serait fournie sur la succession du prédécédé (2).

---

(1) Valin, sur la *Coutume de la Rochelle*, art. 46, § 3, n°. 83.

(2) Valin, sur la *Coutume de la Rochelle*, et les auteurs qu'il cite; Duplessix, liv. 2, ch. 4, sect. 5, fol. 454; Bourjon, etc.; Boucheul sur *Poitou*, art. 239, n°. 13.



402. Telle est donc la nature du préciput, que, selon notre art. 1515, comme sous l'ancienne jurisprudence, il ne peut regarder que la communauté, il ne peut se prendre que sur la communauté, et par délibération sur la masse. Si donc, après les opérations préliminaires que nous avons indiquées, les récompenses, les emplois, reprises des deniers réalisés ou exclus de la communauté, il ne reste rien à partager, le préciput deviendra caduc, ou il n'aura lieu que jusqu'à concurrence de ce qui restera dans la communauté; mais ne restât-il que ce qui serait nécessaire pour le remplir, le survivant le prendrait; ce qui est encore une conséquence de notre art. 1515, qui porte que le préciput ne peut s'exercer *que sur* la masse partageable.

Dans le cas même où il eût été expressément stipulé, par le contrat de mariage, que le préciput sera payé au survivant sur la portion du prédécédé, il faut toujours commencer par reprendre les deniers stipulés propres, les emplois et les récompenses ou indemnités de chacun des époux, et payer les dettes.

On procède ensuite au partage par moitié du reste de la masse de la communauté, pour donner au survivant son préciput entier sur la moitié du prédécédé, car, en ce cas, le préciput reste toujours au droit.

Si la moitié du prédécédé n'était pas suffisante pour le remplir, le survivant perdrait le surplus, qui deviendrait caduc, sans qu'il pût rien prétendre à ce titre sur les biens de la succession du

prédécedé, qui ne faisaient point partie de la communauté.

403. Mais il en serait autrement, s'il était convenu que la future épouse aurait son préciput, même en renonçant.

L'effet de cette convention, expressément permise par notre art. 1545, est de rendre le mari et sa succession garants du préciput de la femme. C'est pourquoi, en cas de renonciation à la communauté, elle est créancière du montant de son préciput, contre la succession de son mari; mais de plus, en cas d'acceptation, elle est créancière de cette même succession, de ce qui s'est trouvé manquer dans les biens de la communauté pour la remplir entièrement de son préciput (1).

Au lieu que, hors le cas de cette convention, et lorsque les époux sont simplement convenus d'un préciput de telles choses ou de telle somme, de même que la femme, en cas de renonciation, n'a aucun préciput, elle n'a, en cas d'acceptation, aucun recours contre la succession de son mari, pour ce qui s'est trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir de son préciput. Le préciput n'étant de sa nature qu'un droit de prélever sur une masse commune, il s'évanouit nécessairement quand il n'y a plus rien à prélever.

404. Lorsque le survivant a le droit de prendre en nature des meubles désignés pour son préciput, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme,

---

(1) Pothier, n<sup>o</sup>. 448.

suivant la prise, il peut empêcher les héritiers du prédécédé de faire vendre les meubles qu'il a choisis, jusqu'à concurrence de cette somme. « Mais, dit l'art. 1519, les créanciers de la communauté ont toujours le droit faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux, conformément à l'art. 1515. » C'est aussi ce qui s'observait dans l'ancienne jurisprudence (1).

Le survivant vient, dans ce cas, à contribution sur ces meubles, pour la somme à laquelle son préciput était fixé; mais en outre, la femme a pour son préciput une hypothèque légale sur les biens immeubles de son mari, et à compter du jour du mariage. Art. 2135, n°. 2.

405. Sous l'ancienne jurisprudence, les intérêts du préciput ne couraient pas de plein droit comme ceux de la dot, mais seulement du jour de la demande. La raison qu'en donnaient les auteurs (2) est que le préciput est un titre lucratif. Ce qui doit encore s'observer sous l'empire du Code; car, quoique l'art. 1516 exempte le préciput des formalités auxquelles sont soumises les donations, il n'en est pas moins un véritable avantage, qui, dans le cas où il y aurait des enfans d'un précédent mariage, serait sujet à réduction, s'il excé-

(1) Voy. Bourjon, *Droit commun de la France*, titre de la communauté, 3<sup>e</sup>. part., sect. 1, n°. 9 et 10, et les auteurs qu'il cite.

(2) Lebrun, *de la Communauté*, liv. 3, chap. 2, sect. 1, dist. 4, n°. 22, pag. 398.

dait la portion réglée par l'art. 1098, au titre des donations entre vifs et des testaments. Art. 1527.

406. Il nous reste à parler des choses qui sont l'objet du préciput. Nous avons déjà vu que c'est un point qui dépend uniquement de la convention; en sorte que si les clauses du contrat qui le constitue étaient toujours rédigées d'une manière claire et sans équivoque, il n'y aurait jamais de contestations à cet égard; par exemple, si le préciput consistait en une certaine somme en argent, à moins qu'on ne prétendît que cette somme excède la portion disponible; car on pourrait alors en exiger la réduction.

Lorsque le préciput consiste en effets mobiliers en nature, par exemple, en argenterie, linges, bestiaux, etc., il peut être limité ou illimité. Il est limité, quand il est dit jusqu'à concurrence de la somme de tant : alors on en détermine l'étendue par un prisage; il est illimité, comme quand il est dit le survivant aura, par préciput, l'argenterie, le linge, les comestibles, etc. : le préciput s'étend à tout ce qui, lors de la dissolution de la communauté, se trouve de meubles du genre ou de l'espèce désignée dans le contrat, en quelque nombre et à quelque prix qu'ils puissent monter.

407. Néanmoins, Pothier, n°. 441, dit que si le prix en était excessif, eu égard à l'état et aux facultés des parties, les héritiers du prédécédé seraient bien fondés à demander qu'il fût réduit et modéré *arbitrio judicis*; car, dit-il, quoique les parties n'aient pas limité le préciput à la concur-



rence d'une somme déterminée, elles sont néanmoins *censées être convenues* d'un préciput proportionné à leur état et à leur fortune.

On pouvait peut-être suivre cette opinion de Pothier dans les coutumes, qui, indépendamment de la convention, donnaient aux femmes certains avantages sur les meubles. L'art. 436 de notre Coutume de Bretagne accordait à la femme son « lit garni et son coffre, deux robes et accoutre- » mens fournis à son usage, quels elle voudra choi- » sir, et partie des joyaux et bagues, *selon l'état » et la maison de son mari.* »

Mais remarquez que ce n'était qu'à la femme renonçante à la communauté que cet avantage était accordé, comme une indemnité à titre de *trousseau*, et non à titre de *préciput*, deux choses d'une nature entièrement différente. Le nom seul de préciput suppose une masse commune, sur laquelle l'un des époux prélève une chose convenue, au lieu que le trousseau est un avantage légal qu'on peut, à la vérité, augmenter par la convention, sauf, en cas d'excès, à le faire réduire *selon l'état et la maison du mari.*

On pouvait penser, sous l'empire de ces coutumes, que la réduction du préciput conventionnel pouvait également être demandée et obtenue *arbitrio judicis*, comme le dit Pothier; mais, sous l'empire du Code, une pareille demande ne pourrait être accueillie, et le jugement qui l'accueillerait serait infailliblement soumis à la censure, pour excès de pouvoir. Notre législation, revenue enfin aux principes de l'équité, ne per-



met plus aux juges de s'écarter de ce qui est porté dans une convention, sous aucun prétexte. Ainsi, lorsque les dommages et intérêts ont été fixés par la convention, les juges ne peuvent ni les augmenter, ni les modérer; ils ne peuvent accorder une somme plus forte ni moindre (1152, 1229). Ainsi, lorsque l'hypothèque conventionnelle a été consentie et inscrite sur des domaines beaucoup plus étendus qu'il n'est nécessaire pour la sûreté du créancier, les juges n'en peuvent ordonner la réduction (2161); de même aussi le préciput conventionnel étant fixé par le contrat ne peut être réduit, à moins qu'il n'excède la portion dont la loi permet de disposer.

408. La clause la plus fréquente dans les contrats de mariage, en matière de préciput conventionnel, est celle par laquelle on stipule que le survivant prélèvera à titre de préciput, si c'est le futur époux, ses habits, linges et bijoux, ses chevaux et sa voiture, ou son cheval ou chevaux de main; ou si c'est un homme de lettres, ses livres, sa bibliothèque, ses cartes de géographie, gravures en porte-feuille; ou si c'est un musicien, ses instrumens et livres de musique; si c'est un simple artisan ou ouvrier, ses outils.

Et si c'est la femme qui survit, ses habits, linges, dentelles, bijoux, bagues et joyaux, pierres et diamans, soit qu'elle accepte la communauté, *soit qu'elle y renonce*, si telle est l'intention des parties. On peut et on doit donner un développement suffisant aux choses que l'on veut comprendre dans le préciput; car, en ceci comme en

autres choses, *verba valent quantum sonant*. Si la clause portait ses habits et linges, ou seulement ses habits, les bijoux n'y seraient pas compris, et *vice versâ*, mais les dentelles y seraient comprises, parce que les mots *ses habits* comprennent tout ce qui sert à vêtir le corps; et au contraire, s'il était dit seulement *ses bijoux et joyaux*, les habits, linges et dentelles, n'y seraient pas compris.

Les mots bijoux et joyaux répondent à peu près au mot latin *ornamenta*, dit Pothier, n°. 440, et comprennent ce qui sert à orner, à parer une femme, plutôt qu'à la vêtir : *Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur, veluti inaures armillæ, viriolæ, annuli, præter signatorios, et omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causâ. L. 25, § 10, ff de aur. arg. leg., 34. 2.* C'est-à-dire les pendans d'oreille, bracelets, bagues, anneaux, colliers, aiguilles de tête et autres ornemens de tête, etc. La montre, l'éventail, la tabatière, un étui, sont aussi compris dans l'usage sous le terme de joyaux; en cela, ce terme de joyaux a un peu plus d'étendue que le mot *ornamenta*.

On n'y comprend pas la toilette et tout ce qui en dépend. Ces choses appartiennent plutôt à un autre genre d'effets mobiliers à l'usage des femmes, que les jurisconsultes romains appelaient *mundus muliebris*, et qui le distinguaient de ce qu'ils appelaient *ornamenta* : *Mundus muliebris est quo mulier mundior fit; continentur eo specula, etc. L. 25, § 10, 34. 2.* On ajoute ordinairement à la clause de préciput, et la prudence conseille cette

addition qui est presque de style, *et généralement tout ce qui se trouvera servir à l'usage de la personne de la future épouse*; et alors, sous la généralité de ces termes est compris tout ce qui dépend de la toilette, comme miroirs, vases, boîtes, pommades, parfums.

Cette addition de tout ce qui peut servir à l'usage de sa personne n'est point inutile dans le préciput que le futur stipule à son profit, puisqu'elle comprend des choses et des détails dont la convenance ne permettait guères de parler, et de faire l'énumération dans la toilette des hommes; enfin, on peut encore, au préciput en meubles, ajouter une somme en argent : les futurs auront par préciput tels et tels effets, et de plus une somme de tant.

~~~~~

SECTION VII.

Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.

SOMMAIRE.

- 409. *Dans toutes les sociétés, les associés ont une part égale, sauf convention contraire. Application du principe aux communautés conjugales (Art. 1520).*
- 410. *L'époux réduit à une part dans l'actif, moindre que la moitié, un tiers, par exemple, un quart, ne doit supporter que la même part dans le passif.*
- 411. *L'art. 1521 prononce la nullité de la convention contraire. En doctrine, cette disposition est contraire au droit commun des sociétés, à la raison, et n'est pas en harmonie avec les principes du Code sur les donations entre époux.*

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

Preuves : Pour le droit romain, par Domat, Pothier, par les auteurs qui ont écrit sur le Code actuel.

- 412. *D'où et comment est venue l'erreur qui a fait insérer cette disposition dans le Code.*
- 413. *Du forfait de communauté à l'égard de l'un ou de l'autre des époux. (Art. 1522).*
- 414. *Si c'est la femme ou ses héritiers qui sont réduits par le forfait à une certaine somme, le mari ne peut se dispenser de la donner, sous prétexte qu'on peut renoncer au droit introduit en sa faveur. Il doit la somme, quand même il n'y aurait rien dans la communauté.*
- 415. *A moins que la stipulation du forfait ne fût conditionnelle.*
- 416. *Ou que ce ne fût qu'une faculté accordée au mari.*
- 417. *Si c'est le mari qui est réduit par forfait à une certaine somme, il ne peut rien prétendre de plus, quelque opulente que soit la communauté. Mais la femme peut y renoncer, et pourquoi.*
- 418. *Si le forfait n'est établi qu'à l'égard des héritiers, le survivant a droit au partage égal de la communauté.*
- 419. *Le mari ou ses héritiers qui retiennent la totalité de la communauté sont obligés d'en acquitter toutes les dettes, même les reprises et remplois de la femme, pour quelque cause que ce soit, sauf à déduire ce que la femme doit à la communauté.*
- 420. *Effet, à l'égard des créanciers, de la clause qui réduit la femme à un forfait de communauté. Elle équivaut à une renonciation.*
- 421. *Si c'est la femme qui a droit de retenir toute la communauté en payant une somme, elle a l'option de la payer ou de renoncer à la communauté.*
- 422. *De la stipulation que la totalité de la communauté appartiendra au survivant. (1525). Différence des mots entrer en communauté, tomber en communauté.*

409. *DANS toutes les sociétés c'est un principe élémentaire reconnu, que si le contrat se fait sur*

les portions que chacun des associés doit avoir dans les gains et les pertes, ces parts doivent être égales, et non de parts proportionnées à la mise de chaque associé : *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, cequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur.* *Instit. de societate*, § 1; mais, en même tems, on n'a jamais douté que les parties ne pussent changer cette disposition comme il leur plaît : *Quòd si expresse furint partes hæ servari debent.*

Ces principes, suivis dans nos coutumes, ont été consacrés par le Code, art. 1520. « Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement. »

410. Cette disposition parle de trois manières de déroger au principe général, qui donnait à chaque conjoint une part égale dans les pertes et les profits de la communauté. La première dont parle l'art. 1521, porte : « Lorsque'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers ou le quart, l'époux ainsi réduit ou ses héritiers, ne supportent les dettes de la communauté que proportionnellement à la part qu'ils prennent dans l'actif. »

Cette disposition est infiniment juste et conforme

au droit commun : *Illud expeditum est, si in unâ causâ pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altero verò omissa : in eo quoque quod prætermissum est, eandem partem servari. Instit. eod., § 3.*

411. L'art. 1521 ajoute, dans sa seconde disposition, que la convention est nulle, « si elle » oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à » supporter une plus forte part, ou si elle les » dispense de supporter une part dans les dettes » égale à celle qu'ils prennent dans l'actif. »

Cette disposition doit être observée tant qu'elle ne sera point abrogée dans les formes constitutionnelles; mais, en doctrine, nous ne balançons point à dire qu'elle est contraire au droit commun des sociétés, qu'elle est repoussée par la raison, et qu'elle n'est point en harmonie avec les principes du Code civil sur les donations entre époux.

Il est certain d'abord que, suivant le droit romain, où nous avons puisé les règles du contrat de société, la stipulation que l'un des associés aura deux parts dans les gains ou profits, et ne supportera qu'une part dans les pertes, tandis que l'autre n'aura qu'une part dans les profits, et supportera deux parts dans les pertes, est valable et déclarée légitime, comme n'étant point contraire à la nature du contrat de société.

Il en est de même de la convention qui fait participer un des associés aux profits, et le dispense de participer aux pertes.

Ces décisions sont même des maximes élémen-

taires, consacrées dans les Institutes de Justinien (1).

Ces maximes, fondées sur le respect dû aux conventions, étaient fort anciennes à Rome, puisqu'elles sont dues à la sagesse et à la profonde doctrine du célèbre jurisconsulte Servius Sulpicius, que Cicéron regardait comme le plus grand jurisconsulte qui eût paru. Il disait que tous ceux qui l'avaient précédé, tels que Scévola et les autres, avaient eu un grand usage, une grande pratique du droit civil, mais que le seul Sulpicius en avait en la science ou l'art : *Juris civilis magnum usum et apud Scævolum et apud alios; ARTEM in uno Sulpicio fuisse. In Brut., cap. 41.*

Ainsi Cicéron ne regardait tous les autres que comme des praticiens, et ne reconnaissait comme vraiment jurisconsulte que le seul Sulpicius. Nous avons adopté, en France, les décisions de Sulpicius sur la nature du contrat de société. Domat, notre célèbre Domat, qui ne lui est point inférieur en sagesse et en doctrine, les a reproduites dans ses *Lois civiles*, au titre de la société, sect. 1, de

(1) Au titre de societate, lib. 3, tit. 26, § 2. De illà sanè conventionē quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sint, ut ad Titium lucrī duæ partes pertineant, damni tertia : ad Seiam duæ partes damni, lucrī tertia. An rata debeat haberi conventio Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam; Servius Sulpicius, cujus sententia prevaluit, contrā sensit : quia sæpè quorundam ità pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti..... Et adeò contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucrī partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter fieri existimavit.

la nature de la société, n^{os}. 8 et 9. Pothier, *Traité du contrat de société*, n^{os}. 18—21.

Enfin, les auteurs qui, sous le nom du droit naturel, ont dégagé la jurisprudence du joug de l'autorité, pour ne la soumettre qu'à l'examen impartial de la raison, ont également reconnu la sagesse des maximes de Sulpicius sur la nature du contrat de société. Puffendorff, *Droit de la nature et des gens*, liv. 5, chap. 883, dit que l'on peut, sans injustice, stipuler que l'un des associés aura part au gain sans entrer dans les pertes, et son célèbre commentateur, Barbeirac, cite au soutien la décision de Sulpicius. Il en donne la raison dans ses notes sur le *Traité des devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. 1, chap. 15, § 12, n^o. 1; « c'est » que, lorsqu'il n'y a eu ni erreur ni fraude, *tout* » *dépend du pied sur lequel on a traité*. Il ne faut » pas s'imaginer... qu'il y ait une nature ou une » forme de chaque contrat naturellement déter- » minée; c'est la volonté claire des contractans » qui la produit. »

Wolff (1) n'est pas moins décisif sur ce point : *Societas ità contrahi potest, ut unus sociorum sit particeps lucri, sed non particeps damni... Cum enim quilibet naturaliter jus suum remittere, nec quisquam sibi alterum contra suam voluntatem obligare possit, si quis societatem inire nolit nisi eâ lege, ut non fiat particeps damni,..... nihil obstat quominus ità conveniri possit.*

(1) *Jus naturæ*, part. 4, cap. 4, § 1328.

412. Tant de raisons convaincantes, tant d'autorités si graves, prouvent assez que les conventions déclarées nulles par l'art. 1521, loin d'être contraires à la nature du contrat de société, sont au contraire de droit commun dans ces contrats.

Pourquoi donc le Code civil les réprime-t-il dans les conventions matrimoniales, où les articles 1387 et 1527 permettent toutes les stipulations spéciales qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs ?

C'est que les rédacteurs du projet de Code se sont laissé conduire par Pothier, sans faire attention que son opinion n'était plus en harmonie avec les nouveaux principes adoptés par le Code. Cet illustre auteur, qui d'ailleurs a reconnu le principe général dans son *Traité du contrat de société*, a cru devoir y faire une exception, nécessaire alors, à l'égard des sociétés conjugales. Il avait parfaitement raison sous l'empire des coutumes, qui défendaient aux époux de se faire aucune espèce d'avantage pendant le mariage. Ainsi, après avoir posé en principe, n°. 449 du *Traité de la communauté*, qu'on peut, par contrat de mariage, assigner à chacun des époux, ou à leurs héritiers, des parts inégales dans les biens de la communauté, il ajoute : « On ne pourrait pas valablement con-
» venir que l'un des conjoints aurait une certaine
» part dans l'actif de la communauté, et qu'il sup-
» porterait une part différente dans le passif, ou
» plus grande ou moindre, *parce que, par ces*
» *conventions, on pourrait éluder les lois qui ne*
» *permettent pas que l'un des conjoints puisse,*

» pendant le mariage, ou s'avantager aux dépens
» de l'autre, ou avantager l'autre à ses dépens.

» Par exemple, s'il était dit par le contrat de
» mariage, que la femme n'aurait que le tiers dans
» l'actif de la communauté, et qu'elle supporterait
» la moitié des dettes, il est évident qu'une telle
» convention, si elle pouvait être valable, don-
» nerait le pouvoir au mari de s'avantager aux dé-
» pens de sa femme, en faisant des acquisitions
» dont il devrait le prix; car il ferait payer à sa
» femme la moitié du prix de ces acquêts, dont
» elle n'aurait que le tiers, et dont il aurait les
» deux tiers.

» *Vice versa* : S'il était dit par le contrat de
» mariage, que la femme n'aurait que le tiers dans
» la communauté, mais qu'elle l'aurait franc de
» dettes, il est visible qu'une telle convention
» mettrait le mari en état d'avantager à ses dé-
» pens sa femme, en faisant des acquisitions dont
» il devrait le prix, etc. »

Pothier avait donc raison, sous l'empire des coutumes, de déclarer ces conventions non valables. Mais il nous semble hors de doute qu'il eût émis une opinion diamétralement contraire, s'il avait vécu sous l'empire du Code, qui permet aux époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, lorsqu'il n'y a ni enfans ni descendans, de disposer en faveur de l'autre époux de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger (1094). Ils peuvent même, suivant l'article 1099, se donner *indirectement*, pourvu que ce ne soit pas au-delà de ce qui leur est permis.

Il nous paraît donc certain qu'en point de doctrine et en bonne logique, les conventions qui réduisent l'un des époux à une certaine somme dans l'actif de la communauté, et à supporter dans le passif une plus forte part, ou qui le dispensent de supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans l'actif, ne devraient pas être déclarées nulles, puisqu'il n'existe plus, sous l'empire du Code, aucun motif pour en prononcer la nullité.

413. La seconde manière de changer les parts légales assignées à chaque époux par le Code, est « lorsqu'il est stipulé que l'un des époux ou ses » héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine » somme pour tout droit de communauté. La » clause alors est un forfait qui oblige l'autre époux » ou ses héritiers à payer la somme convenue, » soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non pour acquitter la somme. » Art. 1522.

Ainsi, suivant cet article, le forfait peut être établi à l'égard de l'un et de l'autre époux, soit du mari, soit de la femme.

414. Si c'est la femme ou ses héritiers qui sont par le forfait réduits à une certaine somme, et que cette somme ne se trouvât pas à la dissolution de la communauté, le mari pourrait-il prétendre que la clause n'étant mise qu'en sa faveur, il a droit d'y renoncer, parce qu'il est toujours permis de renoncer au droit introduit en sa faveur, et se dégager, à ce moyen, de payer la somme stipulée par le forfait, sous ses offres de

partager les biens à l'ordinaire par moitié? Cette prétention ne serait pas admissible (1). La convention ne contient point une simple faculté qui donne au mari le droit de retenir tous les biens de la communauté, ou de donner la somme convenue; c'est une cession irrévocable que la femme fait à son mari, en cas qu'il lui survive, de la part incertaine qu'elle aurait pu avoir dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution. Le prix de la cession est donc dû, en quelque état que se trouve la communauté à sa dissolution. Si elle est opulente, le mari en profite; si elle est mauvaise, tant pis pour lui. C'est en cela que consiste le *forfait*. C'est un véritable contrat aléatoire, dont les effets, quant à l'avantage ou à la perte, soit pour toutes les parties, soit pour l'une d'elles, dépendent d'un événement incertain. (1964). Cet événement est le bon ou le mauvais état de la communauté à sa dissolution. Le prix est donc dû, quel que soit l'événement, l'espérance des profits que pourrait faire la communauté étant la seule chose qui ait été l'objet de la cession. (1522).

Ces principes sont de tous les tems. La jurisprudence était fixée sur ce point par deux arrêts des 15 avril 1608 et 10 février 1644, rapportés par Brodeau sur Louet, lettre M, chap. 4. Avant eux, notre d'Argentré, sur l'art. 221 de l'ancienne Coutume de Bretagne, glos. 4, sur la fin, avait dit : *Si maritus sponsæ ducenta pepigisset*

(1) Pothier, n°. 450.

pro sua parte conquestuum, etiamsi secuto matrimonio nulli acquæstus fierent, tamen non minus ducenta deberentur, veluti incerto eventus redempto.

415. Il faudrait décider autrement, si, après la clause qui restreint la femme ou ses héritiers à une somme fixe pour tout droit de communauté, on avait ajouté, *si tant s'en trouve* ; car alors la somme fixée par la convention ne serait due que jusqu'à concurrence de ce qui se trouverait de biens dans la communauté, et s'il n'en restait aucuns, il ne serait rien dû. Ce qui est encore conforme au sentiment de d'Argentré, à l'endroit cité ; il ajoute de suite : *Nisi quidem conditionaliter concepta esset stipulatio, veluti sub verbis, si quos fieri contingeret.*

416. Si, au lieu d'une réduction positive du droit de la femme à une somme due pour tout droit de communauté, la clause n'énonçait qu'une faculté accordée au mari ; par exemple, *il sera loisible au futur survivant* de retenir, ou le futur survivant pourra retenir tous les biens de la communauté, en donnant aux héritiers de la femme une somme de tant, alors le mari aurait le choix de retenir tous les biens, en donnant la somme aux héritiers de la femme, ou de les admettre au partage légal des biens par moitié.

417. Lorsque le forfait est établi à l'égard du futur ; par exemple, s'il est stipulé que le futur n'aurait qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, celui-ci ne peut, à sa dissolution, quelque opulente qu'elle soit, rien prétendre.

de plus que la somme convenue. Mais la femme ou ses héritiers, s'ils le jugeaient plus avantageux, ont le droit de renoncer à la communauté, et de laisser conséquemment, soit au mari, soit à ses héritiers, tous les biens de la communauté avec toutes ses charges. La raison en est que le mari ne peut jamais renoncer à la communauté, dont il est le chef, et que ses héritiers, qui succèdent à toutes ses obligations, n'ont pas également ce droit; au lieu que la femme a toujours le droit de renoncer, et ne peut même s'en dépouiller directement ni indirectement par aucune convention. L'art. 1453 prononce la nullité de toute convention contraire au droit de renoncer. La clause du contrat de mariage qui réduit le mari à une somme fixe pour tout droit de communauté, ne peut donc empêcher la femme de faire une renonciation qui laisse nécessairement le mari ou ses héritiers propriétaires de la communauté, des biens comme des charges qui la composent.

Par ce qui précède, on voit que l'effet de la clause générale assez fréquente, par laquelle il serait convenu que les héritiers du *prédécedé* n'auraient qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, n'est pas le même dans le cas de survie de la femme que dans celui de survie du mari. Si la femme prédécède, le mari survivant ne peut, sous aucun prétexte, se dispenser de donner la somme convenue aux héritiers de la femme, quelque mauvaise que soit la communauté, et quand même il y aurait plus de passif que d'actif, sauf à lui à prendre la somme con-

venue sur ses propres. Mais si c'est la femme qui survit, elle aura l'option de donner la somme ou de renoncer à la communauté.

418. L'art. 1523 porte : « Si la clause n'établit » le forfait qu'à l'égard des héritiers de l'époux, » celui-ci, dans le cas où il survit, a droit au » partage légal par moitié. »

Cette disposition est très-juste, car, en ce cas, les futurs époux n'ont pas entendu se réduire personnellement eux-mêmes par un forfait à une certaine somme, pour droit de communauté, mais seulement que leurs héritiers y fussent réduits. C'est un avantage qu'ils ont voulu faire au survivant, qui d'ailleurs, à ce moyen, n'a plus rien à démêler avec les héritiers du prédécédé.

419. Dans le cas du forfait de communauté, l'art. 1524 porte que « le mari ou ses héritiers, qui » retiennent..... la totalité de la communauté, » sont obligés d'en acquitter toutes les dettes. »

Cette disposition est une conséquence du forfait de communauté. Par cette clause, en cédant à son mari, à perte ou à profit, pour une certaine somme, tous ses droits éventuels et incertains, la femme les a cédés tout entiers, tant actifs que passifs, tels qu'ils seront à la dissolution de la communauté. C'est un marché aléatoire, comme la vente de droits successifs. Le mari ne peut donc se dispenser de payer toutes les dettes même antérieures au mariage, pourvu qu'elles soient de nature à entrer dans la communauté.

Il en résulte donc que le mari ou ses héritiers doivent payer à la femme ou à ses héritiers, ou-

tre la somme convenue par le forfait, tout ce que la communauté doit à la femme pour ses reprises, emplois et récompenses, pour quelque cause que ce soit. Toutes ces choses n'étant point de nature à entrer dans la communauté, n'ont pu aussi entrer dans la convention de forfait.

Mais le mari, ou ses héritiers, qui ont acquitté seuls toutes les dettes et charges de la communauté, en payant la somme fixée par la convention de forfait, peuvent, sur cette somme, faire déduction de toutes les créances que la communauté a contre la femme, comme de toutes les sommes qui en ont été tirées pour acquitter des dettes mobilières personnelles de la femme, antérieures ou postérieures au mariage, mais exclues de la communauté; comme encore de celles pour impenses ou réparations autres que celles d'entretien, faites sur ses biens des deniers de la communauté, ou pour quelque autre cause que ce soit.

Il faut y ajouter la moitié des sommes tirées de la communauté pour payer la dot d'un enfant commun, promise conjointement avec son mari. C'est encore une créance de la communauté contre la femme, dont le mari peut faire déduction sur la somme fixée pour le forfait.

Et si toutes ces créances excédaient la somme que le mari doit donner à la femme ou à ses héritiers pour droit de communauté, non seulement il demeurerait quitte de cette somme, mais il serait vers eux créancier de l'excédant.

420. La clause par laquelle la future consent à ne recevoir pour tout droit de communauté

qu'une somme déterminée, équivalant, à l'égard des créanciers, à une renonciation à la communauté, et l'art. 1524 porte, dans sa seconde disposition, que « les créanciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni contre ses héritiers. » Ils n'ont pas plus à s'en plaindre que si les futurs avaient stipulé dans le contrat la non communauté.

Mais si elle s'était obligée conjointement avec son mari, ou si la dette devenue dette de communauté, provenait originairement de son chef, comme le lien de droit qui existe entre elle et les créanciers n'est point rompu, elle resterait tenue envers eux, et pourrait être poursuivie par eux, sauf son recours contre son mari ou ses héritiers, conformément aux art. 1486 et 1494.

421. L'art. 1524 ajoute, dans sa troisième disposition, que « si c'est la femme survivante qui a, » moyennant une somme convenue, le droit de » retenir toute la communauté contre les héritiers » du mari, elle a le choix ou de leur payer cette » somme en demeurant obligée à toutes les dettes, » ou de renoncer à la communauté, et d'en abandonner aux héritiers du mari les biens et les » charges. »

Nous en avons déjà dit la raison : c'est que la femme ne peut directement ni indirectement renoncer à user du droit de renonciation que la loi lui donne. Toute convention contraire est déclarée nulle par l'art. 1453.

422. La troisième manière, indiquée par l'article 1520, de déroger aux dispositions du Code,

sur le partage égal de la communauté, est de stipuler qu'elle appartiendra en entier à l'époux survivant ou à l'un d'eux, seulement en certains cas.

L'art. 1525, qui revient à cette stipulation, y ajoute fort peu de chose. Il porte : « Il est permis » aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux *tombés* dans la communauté, du chef de leur auteur.

» Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais seulement une convention de mariage et entre associés. »

Les apports et capitaux dont les héritiers du prédécédé ont, par cet article, le droit de faire la reprise, dans le cas où l'on a stipulé que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, sont ceux qui, étant par les conventions matrimoniales réalisés ou exclus de la communauté, n'y sont point *entrés* et n'en faisaient pas partie, mais y étaient seulement *tombés*, comme le dit notre article; car remarquez que, suivant la propriété des termes, on doit dire des capitaux et meubles apportés par les époux, pour composer l'actif de leur communauté, qu'ils *entrent* dans la communauté, puisqu'ils en font tellement partie, qu'après la célébration du mariage, il n'est plus au pouvoir des conjoints de les en faire sortir. Quant à ceux qui sont réalisés ou exclus de la communauté, on ne peut pas dire, sans choquer

la propriété du mot, qu'il y *entrent*, c'est-à-dire qu'ils en font partie, mais on dit seulement qu'ils y *tombent*, parce qu'ils sont versés dans sa caisse ou mêlés parmi les meubles qui la composent.

Cependant, comme malheureusement on n'emploie pas toujours le mot propre, le Code lui-même s'est quelquefois servi du mot *tombé* dans la communauté, au lieu du mot *entré* dans la communauté, comme par exemple dans l'article 1403, où il est dit que les coupes de bois et les produits des carrières *tombent* dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit. Mais dans notre art. 1525, ce mot est pris dans son sens propre pour les capitaux réalisés qui ne sont point *entrés* dans la communauté, mais qui sont *tombés* dans sa caisse, et dont les héritiers du prédécédé ont le droit de faire la reprise, comme ils la feraient avant de partager la communauté, si, par une stipulation spéciale, la totalité n'en était pas attribuée au survivant, lequel n'ayant droit qu'à la *totalité de la communauté*, doit par conséquent laisser reprendre tout ce qui n'y est point entré.

La dernière disposition de notre article dit que cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations; soit *quant au fond*, soit quant à la forme, mais seulement une convention de mariage. L'art. 1506, au contraire, n'exempte le préciput conventionnel que des *formalités* seulement des donations. Nous en avons conclu qu'il peut être sujet à réduction, lorsqu'il excède la portion disponible. Mais l'ar-

ticle 1525 prononçant en général que la stipulation que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, n'est point sujette aux règles des donations, quant au fond, nous croyons pouvoir en conclure qu'elle n'est point sujette à réduction, sous prétexte qu'elle excède la portion disponible.

Mais si l'un des époux avait des enfans du précédent mariage, pourrait-on appliquer à ce cas la disposition de l'art. 1098? M. Delvincourt se prononce pour l'affirmative (1). Son opinion paraît souffrir de grandes difficultés. Ce n'est point ici le lieu de la discuter.



SECTION VIII.

De la Communauté à titre universel.

SOMMAIRE.

- 423. *Texte de l'art. 1526.*
- 424. *Le Code distingue trois sortes de communautés à titre universel.*
- 425. *La première, par laquelle les époux mettent en communauté leurs biens présents et à venir, est la société omnium bonorum des Romains, prohibée par le Code entre particuliers, permise par exception entre époux.*
- 426. *Comparaison des sociétés universelles entre particuliers, et des communautés universelles entre époux.*

(1) Dans son *Cours de Code civil*, tom. II, pag. 654.

427. Pourquoi on a conservé les communautés universelles entre époux.

428. Effet de la renonciation de la femme à une communauté à titre universel.

423. L'ART. 1526 porte que « les époux peuvent » établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement. »

424. C'est ce que le Code appelle communauté à titre universel, ou communauté universelle. Il en distingue trois espèces : la première, par laquelle les époux mettent en commun tous leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. C'est la société que le droit romain appelle *Societas omnium bonorum*.

La seconde, par laquelle ils y mettent tous leurs biens présents seulement.

La troisième, par laquelle ils y mettent tous leurs biens à venir seulement.

425. La première espèce de communauté ou société était permise par le droit romain, dont notre ancienne jurisprudence (1) avait adopté les dispositions. Mais le Code a formellement prohibé la société de tous les biens présents et à venir entre particuliers autres que les époux, et déclaré nulles toutes stipulations tendant à faire entrer en société la propriété des biens futurs : c'est donc

(1) Voy. Pothier, *Traité du contrat de société*, n°. 33 ; Domat, *Lois civiles*, titre de la société, sect. 5, n°. 4.

par exception qu'elles sont permises entre les époux. On est étonné de voir cette exception autorisée dans les associations conjugales; car elles peuvent y avoir les effets les plus fâcheux pour les femmes, aux intérêts desquelles nos lois veillent d'ordinaire avec tant de sollicitude.

426. Dans les sociétés universelles, *omnium bonorum*, entre particuliers autres que des époux, les associés ne se dépouillaient point entièrement de la propriété de leurs biens présents et futurs; ils les mettaient seulement en commun, en sorte qu'ils en demeuraient propriétaires par indivis. Ils ne se dépouillaient pas même entièrement de l'administration de ces biens communs; ils participaient à leur administration, et pouvaient même, en certains cas, faire tous les actes d'administration (1857).

S'il était utile de nommer un administrateur exclusif, chaque associé participait à sa nomination. C'était un procureur *totorum bonorum* (1), toujours révocable, auquel on pouvait demander compte, qui ne pouvait faire que les actes d'administration, sans pouvoir vendre ni les héritages ni les autres immeubles appartenant à la société, ni même les meubles, excepté ceux qui sont de nature à se détruire en les gardant; enfin, chaque associé pouvait à volonté se retirer de la société, en faisant notifier sa renonciation.

La convention de mettre en société tous ses

(1) Pothier, *ubi supra*, n°. 66.

biens présents et à venir, n'offre donc *rien qui répugne précisément à l'ordre naturel* ni à la raison, dit M. Treilhard, orateur du Gouvernement (1). Si néanmoins le Code a cru devoir défendre dans les sociétés de tous biens entre particuliers, les stipulations qui tendraient à y faire entrer la *propriété* de biens à venir, c'est parce que ces stipulations pourraient servir à éluder les dispositions qui défendent de donner à des incapables, et celle qui défend de donner les biens à venir même à des personnes capables de recevoir, et qu'il ne faut pas que, sous les fausses apparences d'une société, on puisse, en donnant en effet, éluder la prohibition de la loi.

Au contraire, en mettant tous ses biens, tant meubles qu'immeubles, présents et futurs, dans la communauté conjugale, une femme se dépouille entièrement et sans retour de la propriété de ses biens (2), pour la transférer à son mari, maître absolu et propriétaire de la communauté. Il la confond avec ses biens propres, et peut disposer du tout comme bon lui semble, et à son bon plaisir, sans le concours de sa femme, sans qu'elle puisse s'y opposer ni en demander compte; elle n'a absolument aucune part à l'administration de ces biens. Elle ne peut, même avec le consentement de son mari, faire cesser cette communauté

(1) Dans l'Exposé des motifs de la loi, tom. VI, pag. 171, édition de Didot.

(2) Voy. ce que nous avons dit tom. XII, n^o. 376.

pour sauver au moins les biens d'une succession opulente qu'elle prévoit devoir lui échoir; et tandis que la société de tous biens présents et futurs donne à chacun des associés un droit égal aux droits des autres, cette même société entre époux n'en donne aucun, que l'espoir très-incertain de partager les biens que le mari aura bien voulu laisser, lors de la dissolution de la communauté, qui ne doit finir que par la mort de l'un ou de l'autre des époux. Il semble donc que si les sociétés de tous biens présents et futurs entre particuliers, méritaient d'être proscrites, uniquement parce qu'il est *possible* qu'elles servent à masquer des fraudes, elles ne méritaient pas moins de l'être entre époux, par l'inégalité vraiment choquante de droits qu'elles introduisent nécessairement entre le mari et la femme.

327. Cependant on les a conservées, par exception, entre époux, par respect pour l'ancien principe que nous avons adopté, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, même à l'égard des successions futures, qu'on peut déferer et promettre valablement dans un contrat de mariage en faveur des futurs et de leurs descendants. Art. 1082—1084. Il était donc nécessaire de faire une exception au principe qu'on ne peut faire entrer la propriété des biens à venir dans la société de tous biens, à l'égard de la société conjugale, dans laquelle il est permis de faire entrer tous les biens tant présents que futurs. C'est aux époux et à leurs conseils de prévoir et de prévenir les inconvénients très-réels

qu'entraîne pour la femme une pareille communauté. Aussi voyons-nous qu'elle est extrêmement rare, et nous pouvons dire, avec vérité, qu'il ne s'en est pas présenté, à notre connaissance, un seul exemple, soit en justice, soit dans les cabinets des consultants.

428. Dans le cas où les époux ont établi une communauté universelle de tous leurs biens présents et à venir, il n'y a lieu à aucun prélèvement en faveur de l'un ou de l'autre des deux conjoints. Toute la masse des biens existans se partage par moitié. La femme renonçante n'a aucune reprise à exercer; elle est seulement déchargée de l'obligation de contribuer au paiement des dettes.

Le premier projet de la commission en avait fait un article exprès. On ne le retrouve pas dans le projet présenté à la discussion du Conseil d'état, vraisemblablement parce qu'on le trouva inutile, parce qu'en effet il résulte de la nature de la communauté universelle.

~~~~~

*Dispositions communes aux huit sections  
ci-dessus.*

---

SOMMAIRE.

429. Confirmation du principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses qui ne sont contraires ni aux lois, ni aux bonnes mœurs.

430. La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, auxquelles il n'a pas été dérogé explicitement ou implicitement.

429. LES contrats de mariage étant susceptibles de toutes espèces de conventions, comme nous l'avons dit, l'art. 1527 consacre ce principe, en disant « que ce qui est dit aux huit sections ci-dessus, » ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

» Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'art. 1387, et sauf les modifications portées par les art. 1388, 1389 et 1390. »

Il ajoute que, « néanmoins, dans le cas où il y » aurait des enfans d'un précédent mariage, toute » convention qui tendrait, dans ses effets, à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'art. 1098, au titre des *donations entre vifs et des testamens*, sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion. Mais les simples bé-

» néfices résultant des travaux communs et des  
» économies faites sur les revenus respectifs, quoi-  
» que inégaux, des deux époux, ne sont pas con-  
» sidérés comme un avantage fait au préjudice  
» des enfans du premier lit. »

430. Enfin, l'art. 1528 porte que « la commu-  
» nauté conventionnelle reste soumise aux règles  
» de la communauté légale, pour tous les cas aux-  
» quels il n'y a pas été dérogé implicitement ou ex-  
» plicitement par le contrat. » C'est un principe  
qu'il faut toujours avoir présent à l'esprit, quand il  
s'agit d'expliquer quelque clause de communauté  
conventionnelle.

Cet article est la dernière des dispositions du  
Code sur la communauté tant légale que conven-  
tionnelle. On a néanmoins encore inséré dans ce  
chapitre deux autres sections, qui y sont manifes-  
tement étrangères, puisqu'elles traitent des con-  
ventions *exclusives de la communauté*. Nous les  
renvoyons donc au chapitre suivant, *du régime  
dotal*, qui n'est lui-même qu'une convention ex-  
clusive de la communauté, plus développée, il est  
vrai, que les autres, mais dont toutes les dispo-  
sitions, laissant le mot à part, pourraient très-  
bien être insérées dans un contrat de mariage où  
il ne serait pas question de régime dotal.



~~~~~

ADDITION AU TOME VIII, N^{os}. 74—78.

♣ *Sur la nécessité de la présence du notaire second, ou des témoins instrumentaires, à la réception des actes, sous peine de faux et de nullité, et sur la question de savoir si l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI est abrogé par non usage ou désuétude.*

—

EN donnant aux actes reçus par des notaires, quand ils sont réguliers, la prérogative de l'authenticité et de l'exécution parée, comme aux jugemens des tribunaux, la loi, qui n'a pas voulu confier à un seul homme le droit de juger, quoique les jugemens soient prononcés publiquement, s'est bien gardée de donner à un seul notaire le droit de conférer aux actes qu'il reçoit hors la présence du public, cet éminent privilège de l'authenticité, à laquelle est attachée l'exécution parée, qui n'appartient qu'aux actes publics et authentiques ; elle ne le lui accorde qu'à la condition expresse qu'il soit accompagné d'un second notaire ou de deux témoins. C'est un des points les plus anciens de notre législation. L'ordonnance du bon roi LOUIS XII, du mois de mars 1498, art. 66, défend « *item*, qu'un seul notaire ou tabellion ne puisse » recevoir un contrat sans qu'il y ait deux témoins, » nonobstant quelque coutume locale contre, laquelle nous avons déclarée nulle et abusive. »

Cette sage disposition fut répétée en 1579, dans les art. 165 et 166 de l'ordonnance de Blois, *afin d'obvier aux faussetés qui peuvent se commettre par ce regard*. Mais les notaires, gênés par cette formalité substantielle, trouvèrent le moyen de se dégager de cette condition que leur imposait si impérieusement la loi, pour conférer l'authenticité aux actes qu'ils recevaient; ils firent, par un faux manifeste, signer après coup la minute de leurs actes par un second notaire, ou par des témoins instrumentaires qui n'y étaient point présents, et qui par conséquent ne pouvaient en rendre compte, quoique la loi jugeât leur présence nécessaire pour rendre les actes authentiques, et pour leur conférer, comme aux arrêts et jugemens, le droit d'exécution parée; c'est-à-dire le droit d'employer, au nom du roi, la force publique, pour en faire exécuter les dispositions. C'était donc un point qui intéressait évidemment l'ordre public.

Cependant, cet intolérable abus, qui blessait autant la morale que la loi, devint presque général, au moyen de la connivence coupable des tribunaux; mais il fut sévèrement censuré par ce modèle des magistrats, ce grand chancelier d'Aguesseau, en répondant aux magistrats d'un Parlement, qui voulaient s'excuser de n'avoir point déféré aux conclusions prises par le procureur général, contre un notaire et de prétendus témoins instrumentaires, prévenus, les derniers, d'avoir signé comme présents un acte passé en leur absence, et le premier, d'avoir faussement attesté leur présence; il disait dans sa lettre du 2 août 1728, imprimée

dans le neuvième volume de ses œuvres, fol. 119 et suivans :

« Le second point sur lequel roule le mémoire
» que vous m'avez envoyé,..... tend à me faire
» voir la justice des raisons qui ont engagé votre
» chambre à ne pas avoir égard aux conclusions
» réitérées que M. le procureur général avait prises
» contre..... notaire, et les nommés..... pré-
» tendus témoins de l'acte que ce notaire a passé.

» Quelque prévention que j'aie pour ce qui a
» paru juste au plus grand nombre des juges,
» j'avoue que ces raisons font fort peu d'impres-
» sion sur mon esprit.

» *Toute énonciation fausse qui se trouve dans*
» *un acte, suffit pour le faire regarder et con-*
» *damner comme faux, et sur-tout quand elle*
» *tombe sur ce qui appartient à la forme essen-*
» *tielle de l'acte, comme la présence des témoins*
» *instrumentaires de l'acte.* Je sais que par un mau-
» vais usage, il arrive souvent aux notaires de
» tomber dans la même faute qu'on reproche ici
» à..... et que quand le fait n'est pas relevé, les
» juges ferment les yeux *sur cet abus*, qui cepen-
» dant ne devrait pas être toléré; mais toutes les
» fois que *cet abus* paraît clairement aux yeux de
» la justice, et qu'il y a *des preuves suffisantes de*
» *l'absence des témoins* qu'on a employés comme
» présens dans un acte, *il n'est pas permis aux*
» *juges d'user de dissimulation à cet égard.* »

Mais, que peut la censure la plus raisonnable contre une classe d'hommes nombreuse, et jouissant par nécessité de la confiance publique, quoi-

qu'endurcis dans l'habitude du faux ? L'abus continua donc à tel point, qu'il fit non seulement taire les magistrats chargés de veiller à l'observation des lois, mais que des auteurs, d'ailleurs très-estimables et très-savans, tels que les auteurs de la collection connue sous le nom du Nouveau Denisart, ne craignirent point d'attester, malgré la censure du chancelier d'Aguesseau, qu'ils passèrent néanmoins sous silence, que, « suivant l'usage » constant, il n'est pas nécessaire que les actes » passés devant deux notaires aient été faits en présence de tous les deux ; que la présence d'un seul » suffit, et que l'on se contente de la signature de » l'autre, que l'on nomme notaire en second. »
Voy. v^o. ACTE NOTARIÉ, § 7, n^o. 13.

Bien plus : un magistrat, auteur de plusieurs ouvrages utiles, très-suivis avant nos nouvelles lois, Jousse, enseigne la même doctrine.

Telle était donc sur ce point l'ancienne jurisprudence ; luttant contre un abus jugé intolérable par le sage et savant d'Aguesseau, mais défendu par les notaires, uniquement pour leur commodité, et par des auteurs qui, par complaisance, le qualifiaient d'usage constant.

Lorsqu'on s'occupa de la réforme des lois sur le notariat, l'ancien abus fut proscrit, et la loi du 25 ventôse an XI, art. 9, combiné avec l'article 68, prononça formellement la nullité des actes qui ne seraient pas reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins.

Dès lors, nous pensâmes que l'abus sur lequel, dans l'ancienne législation, d'Aguesseau ne per-

mettait pas aux juges d'user de dissimulation, ne pouvait plus reparaître, sans exposer les notaires à être poursuivis et punis comme faussaires; et nous crûmes devoir les en prévenir, tom. VIII, n°. 38, en leur disant : « Que les notaires, que » les témoins instrumentaires se tiennent donc » pour avertis qu'ils s'exposent à être poursuivis » et condamnés comme faussaires, toutes les fois » qu'ils signent des actes où ils n'ont pas été pré- » sens. »

Cet avertissement, dicté par la bienveillance, nous attira l'animadversion des notaires, qui s'élèverent contre nous, et combattirent pour l'ancien abus *tanquam pro aris et focis*. Nous reçûmes de divers lieux des lettres qui n'étaient rien moins que polies; et parmi nos notaires bretons, l'un d'eux, pour qui son intelligence et sa probité m'avaient depuis long-tems inspiré une estime singulière, me reprocha avec une sorte d'aigreur d'avoir dit, tom. VIII, n°. 74, que le notaire second est un surveillant que la loi donne à chaque notaire. L'ancienne lutte entre l'abus et l'observation franche et littérale de la loi s'est donc renouvelée, et les défenseurs officieux de l'abus n'ont pas craint de dire, et même d'écrire, que la loi du 25 ventôse an XI n'a point corrigé l'ancien abus, jugé intolérable par d'Aguesseau, et que l'acte reçu par un seul notaire, et signé après coup par le notaire second ou par les témoins instrumentaires, ne saurait être annulé, malgré la disposition très-formelle de la loi, abrogée, disent-ils, par le non usage.

Enfin , les magistrats exerçant le ministère public , et spécialement chargés de veiller à l'exécution des lois , ont eu la faiblesse , pour ne rien dire de plus , de conniver à cet abus par un silence peu excusable. La Cour royale de Rennes a consacré cet abus , par un arrêt du 24 juin 1824 , rendu à la simple majorité d'une voix ; et voici quels en sont les motifs (1) :

« Considérant que la disposition de l'art. 9 de
 » la loi du 16 mars 1803 (25 ventôse an XI), por-
 » tant que les actes notariés seront reçus par deux
 » notaires , *paraît* n'avoir jamais été observée dans
 » l'usage , et que l'on a *toujours* jugé suffisamment
 » régulier de faire signer l'acte *ultérieurement* par
 » un second notaire ; que cette *contravention* , géné-
 » ralement et ostensiblement commise , renouve-
 » lée tous les jours sous les yeux des parties , ré-
 » vélée aux magistrats eux-mêmes dans les cir-
 » constances nécessairement multipliées où ils
 » ont à recourir au ministère des notaires , ensei-
 » gnée comme *innocente* dans les ouvrages qui
 » ont été publiés sur le notariat , sans qu'aucune
 » menace , ni même aucun témoignage d'impro-
 » bation publique de la part du Gouvernement ou
 » de ses agens soient venus avertir les notaires des
 » dangers auxquels ils s'exposaient , eux et leurs
 » parties , en s'écartant ainsi des dispositions de
 » la loi ; que cette *contravention* , qui , depuis

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences de la Cour de cassation* , où *Jurisprudence générale du royaume* , année 1825 , 1^{re}. part. , pag. 563.

» comme avant la loi du 16 mars 1803 (25 ven-
 » tôte an XI), ne paraît avoir été signalée comme
 » dangereuse, ni par les poursuites du ministère
 » public, ni par les décisions de la jurisprudence,
 » adoptée par tous, avec l'assentiment de tous,
 » se présente véritablement comme l'expression
 » de la volonté générale des citoyens et de l'au-
 » torité, dont l'effet a toujours été de modifier,
 » et même d'abroger la loi ;

» Que, dans le cas même où l'on contesterait
 » l'usage qui, quand il est général, public et con-
 » stant, prend au moins le caractère d'une erreur
 » commune, cet usage doit, *tant qu'il a subsisté*,
 » garantir la validité des actes faits sous son in-
 » fluence, suivant la maxime *error communis fe-*
 » *cit jus.* »

Cet arrêt fut déféré à la censure de la Cour de cassation ; mais la section des requêtes ferma les yeux sur les fausses maximes et les erreurs qu'il contient, sans se souvenir que la section civile les avait très-énergiquement proscrites dès le 20 juillet 1810, dans l'arrêt rendu contre l'huissier Gibory, dont nous parlerons tout à l'heure ; aussi la section des requêtes se trouva fort embarrassée, pour motiver l'arrêt de rejet qu'elle prononça le 14 juillet 1825. Son embarras perce visiblement dans la rédaction de ses motifs. La Cour de Rennes avait jugé dans l'arrêt entrepris, 1°. en point de droit, que l'art. 9 de la loi sur le notariat, rendu vingt et un ans seulement auparavant, était abrogé par non usage ; 2°. en fait, qu'il paraît que cet article n'a jamais été observé.

Pour motiver le rejet de la cassation de cet arrêt, demandée pour *une contravention* reconnue dans l'arrêt même, il fallait donc dire qu'en droit, un non usage de vingt et un ans suffit pour abroger une loi; et en fait, que le non usage était constant et général. C'est ce que ne fit point la section des requêtes. Elle ne contesta point le principe posé par la loi, que l'absence du second notaire rend nul l'acte reçu par un seul notaire, et constitue un faux; il résulte même de la rédaction de son arrêt une reconnaissance implicite, mais formelle, que c'est la règle générale, à laquelle néanmoins il peut y avoir, *en certains cas*, des exceptions, et se fondant sur ces exceptions, elle prononça, le 14 juillet 1825, que « attendu » qu'en jugeant par l'arrêt attaqué que, *DANS CERTAINS CAS*, et notamment dans *l'espèce de la cause*, l'absence d'un notaire second, lors de la confection d'un acte qui n'est pas un testament solennel, ne constitue pas *nécessairement* un moyen de faux. »

Certes, dire qu'en *certaines cas* l'absence du notaire second ne constitue pas *nécessairement* un faux, c'est bien reconnaître que hors *ces certains cas* exceptés de la règle générale, l'absence du notaire second constitue un faux. En bonne logique, il est impossible de tirer une autre conséquence de cette énonciation.

Cependant, sans se mettre en peine d'indiquer les circonstances, qui ne sont point indiquées dans l'arrêt de Rennes, et qui auraient pu placer l'espèce dans ces cas extraordinaires, et l'auraient fait

sortir de la règle générale, la section continue et dit que

« La Cour de Rennes s'est conformée à une jurisprudence reçue dans tous les tribunaux du royaume, long-tems avant les lois nouvelles sur le notariat; jurisprudence qui, depuis la publication de ces lois, s'est constamment maintenue avec le même caractère de généralité et de publicité..... rejette, etc.; »

Il est évident que cette seconde disposition, fondée sur des faits généraux, est incohérente avec la première, de laquelle il résulte que ce n'est qu'en *certains cas* que l'absence du notaire second ne constitue pas *nécessairement* un faux.

Remarquons de plus qu'on appuie le rejet sur la jurisprudence reçue, dit-on, dans tous les tribunaux du royaume, long-tems avant la loi nouvelle sur le notariat; quoique la loi nouvelle, article 69, abroge toutes les lois antérieures contraires à ses dispositions, et par conséquent une jurisprudence vicieuse, condamnée par le célèbre d'Aguesseau.

Aux erreurs avancées dans l'arrêt de rejet de la section des requêtes, opposons les sages maximes, si solennellement et si énergiquement professées par la section civile, dans l'arrêt Gibory, dont nous avons déjà parlé.

Charles Gibory, huissier, ayant été chargé de faire à M. Merlin la notification de deux actes de transport, écrivit de sa main, au bas de ces actes, un exploit portant qu'il en avait fait la significa-

tion à M. Merlin, à son domicile, en parlant à sa personne.

Mais, dans la réalité, Gibory en avait fait parvenir les copies, en les mettant sous une enveloppe cachetée, et avait fait porter le paquet par son clerc. Il fut traduit devant la Cour spéciale de la Seine, comme prévenu du crime de faux en écritures authentiques et publiques, dans l'exercice de ses fonctions. Cette Cour reconnut que l'huissier Gibory avait attesté un fait faux, et que son action était blâmable; mais elle se déclara incompétente, sur le fondement qu'il n'avait pas agi *méchamment* et à dessein de nuire à autrui.

Cet arrêt, soumis à la censure de la Cour suprême, fut cassé le 21 juillet 1810, par le motif...
 « qu'un huissier qui fait signifier par un clerc, ou
 » par toute autre personne, un acte dans lequel il
 » dit en avoir fait lui-même la signification, non
 » seulement fait dans cet acte une fausse déclara-
 » tion, mais *un faux caractérisé*, puisqu'il trompe
 » sciemment dans ses fonctions le vœu de la loi,
 » et transporte au fait d'un tiers la foi que la loi
 » ne donne qu'à son fait propre; — qu'il y a es-
 » sentielllement *moralité criminelle* dans toute ac-
 » tion faite contre la prohibition de la loi; que
 » cette moralité existe *sur-tout dans les déclara-*
 » *tions par lesquelles des fonctionnaires publics,*
 » *dans des actes relatifs à leurs fonctions, cer-*
 » *tifient sciemment et contre la vérité, comme*
 » *ayant été fait, ce qui est prescrit par la loi*
 » *pour la validité*, et qu'il était de leur ministère
 » de faire réputer par leur déclaration avoir été

» fait; que la fausseté de cette déclaration ainsi
» faite sciemment étant *une prévarication*, un
» abus de la confiance et du caractère public dont
» la loi aurait investi les fonctionnaires, pour l'in-
» térêt des particuliers et de la société, exclut la
» possibilité de toute intention légitime, et ren-
» ferme intrinsèquement une intention crimi-
» nelle.....; que dans l'espèce particulière, il ré-
» sulte même de l'arrêt que non seulement l'huissier
» n'a pas parlé lui-même à la personne à qui
» l'exploit a été signifié, mais qu'il ne l'a pas
» porté lui-même à son domicile; que si la cir-
» constance d'un usage ancien et général à Paris
» pouvait modifier la criminalité du faux imputé
» à Gibory, c'était une considération qui ne pou-
» vait être examinée que dans les débats relatifs
» à l'arrêt définitif; mais que ce prétendu usage
» étant contraire à la loi, pouvant d'ailleurs don-
» ner lieu à des prévarications dommageables, et
» ne devant pas dès lors être toléré par des tri-
» bunaux, il ne pouvait, dans aucun cas, ar-
» rêter l'action de la justice criminelle...; casse,
» etc. » (1).

Cet arrêt consacre clairement deux maximes :
l'une, que tout officier public qui trompe le vœu
de la loi, en faisant sciemment une déclaration
fausse dans l'exercice de ses fonctions, commet
un *faux caractérisé*, une véritable *prévarication*,

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences* de M. Dalloz, tom. XI, 1^{re} partie, pag. 142.

qui renferme essentiellement et intrinsèquement une intention criminelle, et exclut la possibilité d'une intention légitime.

Nous avons vu que c'était aussi la maxime de d'Aguesseau : *Toute énonciation fausse dans un acte public est un faux qu'on ne peut tolérer.*

La seconde maxime consacrée par l'arrêt Gibory, est qu'un usage prétendu général contraire à la loi, ne doit pas être toléré par les tribunaux, et ne peut abroger une loi.

La Cour suprême eut encore à examiner cette seconde maxime sur l'abrogation des lois par le non usage, lors des arrêts qu'elle rendit le 11 août 1824, dans l'affaire du comte de Forbin Janson, sur les marchés à terme des effets publics. Des arrêts du Conseil, de 1785 et 1786, les déclaraient nuls, lorsque le dépôt des effets, ou les formalités qui peuvent y suppléer, n'ont pas été exécutés. Pour soutenir la validité de ces marchés, on alléguait l'usage et la jurisprudence, qui, prétendait-on, avaient abrogé les anciens arrêts du Conseil, et avaient acquis la force de chose jugée depuis *trente ans*; on alléguait encore le silence du Gouvernement sur ces marchés, qui se faisaient publiquement, le silence des tribunaux, qui, loin de sévir contre ces marchés, les avaient déclarés valides. On citait notamment trois arrêts de la Cour royale de Paris, et *deux* arrêts de rejet de la Cour de cassation.

Néanmoins, la Cour royale de Paris, dans l'affaire du comte de Forbin Janson, sans avoir égard à ces trois précédens arrêts, déclara ces marchés

nuls, le 9 août 1823; et la Cour suprême, aussi sans égard pour ses deux précédents arrêts de rejet, déclara, par un arrêt du 11 août 1824, suivi d'un second du même jour, que les arrêts du Conseil n'étaient point abrogés, et que les décisions judiciaires que l'on oppose pour prouver que leurs dispositions sont tombées en désuétude, ne sont concluantes ni en fait ni en droit. En fait, parce que « dans le nombre des décisions produites, il y en a plusieurs qui reconnaissent dans leurs motifs que les lois contre les marchés à terme d'effets publics, n'ont pas cessé d'être en vigueur, et qu'il n'en ont écarté l'application que par des circonstances particulières tirées des espèces jugées; en droit, parce que *l'on ne peut prescrire contre l'exécution des lois, que le législateur signale lui-même, en les publiant, comme étant indispensables au bien de l'Etat et au maintien de la morale publique; que leur abrogation ne peut résulter que d'une loi.* » (1).

Ces principes sont reconnus dans le rapport fait au Roi sur les travaux de la commission de révision. On trouve ce rapport dans la partie officielle du Moniteur du 25 décembre 1826. En voici les termes : « La désuétude est une abrogation vivante de la loi, suivant les jurisconsultes romains. Il est difficile d'adopter cette opinion comme une maxime générale, et il est plus sûr

(1) Cet arrêt est rapporté dans le *Journal des audiences de la Cour de cassation*, par M. Dalloz, tom. XXIV, 1^{re} part., pag. 307 et 311.

» d'établir la maxime tutélaire, que *les lois subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées, et qu'elles ne peuvent l'être que par un acte des pouvoirs institués pour les faire.* »

Bien plus : quand l'abrogation de la loi, par le non usage, pourrait être admise à l'égard de certaines lois, il serait contre la nature des choses d'admettre que l'art. 9 de la loi sur le notariat a pu être abrogé par l'abus, quelque invétéré qu'il fût, de faire signer un acte de confiance par un second notaire absent, lors de la réception ; car cet abus même est une reconnaissance formelle que la loi est en vigueur, et qu'on cherche seulement à l'éluder par un faux. L'article dit : « Les actes seront reçus par deux notaires, etc. » L'abrogation de cette loi consisterait en ce que les actes pussent être valides, quoique reçus par un seul notaire. Or, ce n'est pas ce qu'on prétend, et l'on ne citera pas un seul exemple d'un acte reconnu valide, quoique signé par un notaire seul. On les fait tous signer après coup par un second notaire, dont la présence est attestée faussement. On reconnaît donc la nécessité de sa présence ; on reconnaît conséquemment que la loi est en vigueur, et que l'on cherche à l'éluder par un faux. Mais cette habitude du faux peut-elle autoriser les notaires à continuer d'en commettre ? Voilà toute la question, et non pas de savoir si la loi a pu être abrogée, non pas par non usage, mais par des faux successifs qui n'auraient d'autre objet que d'en dissimuler la violation. Il serait impossible de le décider ainsi.

On peut donc assurer d'avance que l'arrêt de la section des requêtes, qui a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la Cour royale de Rennes, qui jugea, en 1824, que la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), était abrogée par un prétendu non usage de vingt et un ans, n'empêchera ni la section civile, ni les Cours royales, d'en revenir aux vrais principes, comme le fit la Cour royale de Paris, dans l'affaire des marchés d'effets publics à terme.

La Cour de Toulouse leur en a déjà donné l'exemple, dans un arrêt du 28 novembre 1825, rapporté par Dalloz, *Jurisprudence générale du royaume*, année 1826, 2^e. part., pag. 32. Il s'agissait de l'acte de révocation d'un testament. Cet acte était attaqué comme nul, par le motif que le second notaire n'avait pas été présent à sa réception, et n'avait signé la minute qu'après coup. Le fait était reconnu et constaté par l'acte qui fut décerné de cette reconnaissance. Cet acte fut aussi attaqué comme faux; mais ce moyen de faux fut joint au fond, et la Cour prononça « qu'attendu, » en ce qui touche le moyen joint au fond, qu'il » *est pertinent et admissible*; mais que, demeurant » l'aveu fait par les parties de Guiraud, qu'elles » reconnaissent la non présence du notaire en second à l'acte de révocation, il n'y a plus à s'occuper si le fait convenu constitue un moyen de nullité;

» Attendu, en ce qui touche la nullité de l'acte, » que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, combiné avec l'art. 68, veut, à peine de nullité, que

» les actes soient recus par deux notaires, ou par
 » un notaire assisté de deux témoins; que le mot
 » *recevoir* suppose nécessairement la présence de
 » deux notaires à la rédaction d'un contrat; que
 » cette disposition est trop claire et trop précise
 » pour qu'elle puisse être l'objet du plus léger doute;

» Attendu que l'usage de passer des actes en
 » l'absence du notaire second, *s'il existe*, est en
 » opposition formelle avec les dispositions de la
 » loi; que, dès lors, ce n'est qu'un abus qui doit
 » être réprimé, ainsi que l'enseigne la Cour de
 » cassation dans son arrêt rendu au sujet de l'huis-
 » sier Gibory;

» Attendu, d'ailleurs, que l'usage invoqué n'a
 » aucun des caractères voulus par les principes
 » du droit pour abroger la loi; qu'il doit consti-
 » tuer un long usage, remontant tout au moins à
 » l'époque fixée pour la prescription de longue vie
 » ce qui ne peut avoir lieu à l'égard d'une loi qui
 » n'a que vingt-deux ans d'existence; d'un autre
 » côté, cet usage n'aurait pour base que l'inexé-
 » cution donnée à la loi par les notaires : or, dé-
 » clarer qu'une loi est abrogée par cela qu'elle au-
 » rait été enfreinte par ceux qui auraient dû l'exé-
 » cuter fidèlement, ce serait bouleverser tous les
 » principes, rendre inutiles les mesures législa-
 » tives, et renverser l'ordre social;

» Attendu que l'art. 1095 du Code civil, en n'as-
 » sujeissant les actes de révocation qu'aux for-
 » malités des simples actes, renouvelle les dispo-
 » sitions de la loi de ventôse, en se servant de ces
 » expressions, *par acte devant notaires*; ce qui

» fait dire à M. Merlin et à M. Malleville qu'il
 » suffit d'un acte devant deux notaires, ou un no-
 » taire et deux témoins, pour révoquer un testa-
 » ment;

» Attendu que si l'on admettait le système du
 » défendeur en faux, il ne resterait plus de moyen
 » pour atteindre le crime et empêcher la ruine
 » des familles; que, dès lors, un notaire prévari-
 » cateur pourrait isolément fabriquer des actes
 » qu'il serait impossible de renverser; attendu que
 » c'est pour éviter un résultat aussi désastreux
 » que divers textes exigent, comme formalité *sub-*
 » *stantielle*, la présence de deux notaires;

» Attendu que le moyen de nullité, pris de la
 » non présence du notaire en second, étant pé-
 » remptoire, il est inutile de s'occuper de ceux
 » pris dans les circonstances de la cause.....;
 » d'après ces motifs,..... disant droit sur l'appel,
 » réformant, sans s'arrêter au moyen de faux in-
 » terloqué,..... déclarant le moyen de faux joint
 » au fond *pertinent et admissible*; demeurant l'a-
 » veu de la non présence du notaire second à la
 » rédaction de l'acte de révocation fait par les
 » parties de Guiraud, déclare n'y avoir lieu à
 » autre procédure à raison de ce, et prenant droit
 » dudit aveu, a annulé et annule l'acte de révo-
 » cation du 19 août 1823, etc. »

Cet arrêt ayant été rendu le 28 décembre 1825, on ne pouvait ignorer à Toulouse l'existence de l'arrêt de rejet de la section des requêtes, du 14 juillet précédent; ce qui n'empêcha point la Cour royale de cette ville de suivre les vrais principes

constamment professés par la section civile, dans les arrêts de Gibory, et dans ceux de l' vente des effets publics, et de juger que la présence du notaire second, faussement attestée dans la minute d'un acte, est un moyen de faux et de nullité, et que l'art. 9 de la loi sur le notariat n'avait point été abrogé par un usage prétendu général de vingt-deux ans. On s'est bien gardé de se pourvoir en cassation contre cet arrêt.

Mais remarquez que, pour annuler un acte sur le moyen d'absence du second notaire, lors de sa réception, il faut que cette absence soit prononcée ou avouée, comme dans l'espèce de l'arrêt de Toulouse, sans quoi l'attestation de sa présence dans un acte, faisant pleine foi de ce qu'il contient, ne permettrait pas de prononcer la nullité de l'acte.

C'est ce qu'a jugé un arrêt rendu par la Cour royale de Bordeaux, le 17 juin 1826. C'est le dernier que nous connaissions rendu en cette matière. Il s'agissait d'une vente faite par la veuve Laurens de ses droits à l'indemnité accordée aux colons de Saint-Domingue. La minute de cet acte était en bonne forme et signée par Dubois, notaire second. La veuve Laurens en demanda la nullité, par le motif que M^e. Dubois n'avait pas été présent à la réception de l'acte.

« La Cour, attendu que l'acte du 9 novembre » 1825, passé devant Darieux aîné et Dubois son » collègue, notaires à Bordeaux, n'a pas été at- » taqué par la voie de l'inscription de faux, en » sorte qu'il fait pleine foi de ce qu'il contient;

» que rien ne prouve que le notaire Dubois n'ait
 » pas été présent à la rédaction et à la lecture de
 » cet acte. »

Voilà le premier et le principal motif de l'arrêt (1), et certes il était suffisant et péremptoire ; mais la Cour voulut examiner de plus, quoique sans nécessité ; l'affaire, dans la supposition qu'il fût prouvé que le second notaire était absent, et elle ajouta,

« Qu'en supposant qu'il (le second notaire) n'y
 » fût pas présent, d'après les dispositions de l'ar-
 » ticle 9 de la loi du 25 ventôse an XI, les actes
 » doivent être reçus par deux notaires, ou par
 » un notaire assisté de deux témoins, et que,
 » dans l'art. 68 de cette loi, il est dit que l'oubli
 » de cette formalité rend l'acte nul. D'où il ré-
 » sulte que la présence du seul notaire rédacteur
 » de l'acte, qui n'est signé par le second notaire

(1) Cependant M. Dalloz l'a omis dans la notice mise en tête de cet arrêt, rapporté pag. 221 de son *Journal des audiences*, pour l'année 1826. Suivant la notice analytique de cet arrêt, il aurait uniquement jugé que « un acte notarié ne peut être déclaré nul, par cela seul que
 » le notaire en second n'a pas été présent à sa rédaction, qu'il ne l'a
 » signé qu'après et hors la présence des parties. À cet égard, l'usage
 » constant et public qui existe depuis la loi du 25 ventôse an XI, sans
 » que le Gouvernement ait cherché à le faire cesser, peut être consi-
 » déré comme une abrogation tacite de la loi. »

L'exactitude ordinaire de ce savant auteur se trouve donc ici en défaut. Ce qui est d'autant plus étonnant qu'il reconnaît, pag. 34 du même volume, au bas de la note, que « sous le point de vue du faux,
 » les notaires pourraient *peut-être* trouver une excuse, mais que sur la
 » question de nullité de l'acte et de responsabilité civile des notaires,
 » il lui paraît que la loi de ventôse doit obtenir toute son autorité,
 » jusqu'à ce qu'elle ait été abrogée par une déclaration explicite ou
 » implicite du législateur. »

» qu'ultérieurement, et hors la présence des par-
» ties, est une contravention manifeste à la loi,
» qui prononce expressément la peine de nul-
» lité de cet acte; que c'est un dangereux exem-
» ple et un grave inconvénient de concourir à
» rendre illusoire, par l'effet des notaires, une dis-
» position pénale établie par le législateur, dans
» l'intérêt des citoyens, afin de donner à leur
» convention une garantie encore plus étendue et
» plus authentique; mais que cette contravention
» est tolérée depuis vingt-trois ans que la loi existe,
» sans que le législateur, qui en a eu parfaite
» connaissance, ait voulu y apporter remède; que
» bien peu de contractans s'en sont plaints, puis-
» que, dans les recueils de jurisprudence, on ne
» trouve que l'arrêt de la Cour de Rennes, du
» 29 juin 1824, et celui de la Cour de cassation,
» du 14 juillet 1825, qui, ni l'un ni l'autre, n'ont
» eu égard à cette nullité prétendue d'un acte, sur
» ce que la mention de la présence du second no-
» taire était un faux ou une nullité substantielle;
» qu'il n'est pas exact de dire que l'arrêt de la
» Cour de cassation s'est borné à juger que l'ab-
» sence du notaire en second, lors de la confec-
» tion de l'acte, ne constituait pas nécessairement
» un moyen de faux;

» Attendu que cette Cour, qui avait sous les
» yeux l'arrêt de la Cour de Rennes, dénoncé par
» le pourvoi, ajoute que la Cour de Rennes s'était
» conformée à une jurisprudence qui, depuis la
» publication de la loi du 25 ventôse an XI, s'est
» constamment maintenue avec le caractère de

» généralité et de publicité; que déclarer nul le
 » contrat passé le 9 novembre 1825, entre la veuve
 » Laurens et Langlade, ce serait s'écarter de la
 » jurisprudence proclamée par la Cour de cassa-
 » tion, porter le trouble dans presque toutes les
 » familles, en suggérant à des contractans de mau-
 » vaise foi ce désir, et en leur fournissant les
 » moyens de faire anéantir des conventions libre-
 » ment et justement souscrites; met l'appel au
 » néant. »

Après avoir rapporté les arrêts pour et contre sur la question de savoir si la loi du 25 ventôse an XI est abrogée par non usage ou désuétude, et si la désuétude est encore en France un moyen d'abroger les lois, résumons ce qui résulte de cette discussion.

La jurisprudence de la section civile de la Cour de cassation n'a jamais varié. Dans l'arrêt Gibory, rendu en 1810, elle posa en principe qu'un usage *contraire à la loi* ne saurait l'abroger, quelque général qu'il soit, et que les tribunaux ne doivent pas le tolérer; que toute énonciation fautive, faite par un fonctionnaire public dans un acte relatif à ses fonctions, est une *prévarication*, qui exclut la possibilité de toute intention légitime, et renferme intrinsèquement une intention criminelle.

Dans les deux arrêts rendus le 11 août 1824, dans la célèbre affaire de la vente des effets publics à terme, la Cour suprême déclara, après la discussion la plus approfondie, que *l'on ne peut prescrire contre l'exécution des lois*, que le législateur signale, en les publiant, comme étant in-

dispensables au bien de l'État et au maintien de la morale publique, *et que leur abrogation ne peut résulter que d'une loi.*

La commission nommée pour la révision des lois, dans le rapport qu'elle fit au roi en 1826, professa également le principe de droit public, qu'en France, la désuétude ne saurait être un moyen d'abroger les lois ; *qu'elles subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées, et qu'elles ne peuvent l'être que par des pouvoirs institués pour les faire.*

Des autorités tellement prépondérantes et si précises semblaient ne devoir être ni méconnues ni éludées par les Cours de justice. Cependant, la Cour royale de Rennes non seulement les méconnut, mais elle crut pouvoir établir des principes diamétralement opposés ; et pour favoriser l'abus invoqué par les notaires, elle jugea *en point de droit*, le 24 juin 1824, que les lois peuvent encore, en France, être abrogées par le non usage ; et en fait, que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), était abrogé par un non usage de vingt et un ans.

La section des requêtes de la Cour de cassation rejeta, le 25 juillet 1825, le pourvoi contre cet arrêt.

Mais que résulte-t-il de cet arrêt de rejet dont s'autorisent aujourd'hui les notaires ? Nous avons déjà vu plus haut qu'il n'a point décidé que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI est abrogé par le non usage. La Cour royale de Toulouse et les deux arrêtistes qui l'ont rapporté, l'ont pensé comme nous.

La Cour royale de Toulouse, dans son arrêt du 28 novembre 1825, a non seulement annulé un acte reçu dans l'absence du second notaire, mais encore déclaré que cette absence est un moyen de faux pertinent et admissible contre l'acte qui réfère faussement sa présence, et que déclarer qu'une loi est abrogée par cela seul qu'elle a été enfreinte par ceux qui étaient chargés de l'exécuter fidèlement, ce serait bouleverser tous les principes, rendre inutiles les mesures législatives, et renverser l'ordre social.

Des deux arrêtistes qui ont rapporté l'arrêt de rejet de la section des requêtes, du 25 juillet 1825, l'un, M. Sirey, commence ses observations (1) par dire « que cet arrêt ne décide point du tout » que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI ait été » abrogé par un usage contraire, c'est-à-dire par » désuétude. Nous dirons tout à l'heure, ajoutez-il, comment ce serait une erreur, et une erreur dangereuse. » Il fait ensuite, en développant cette proposition, des réflexions très-sensées, et prouve qu'il est faux que l'usage relatif à l'absence du notaire second se présente, ainsi que le prétend la Cour de Rennes, comme l'expression de la volonté générale des citoyens, dont l'effet a toujours été, dit cette Cour, de modifier ou d'abroger la loi. Que l'administration, chargée de la surveillance du notariat, ait fermé les yeux; une telle tolérance est loin d'avoir un caractère d'autorité et de généralité qui puisse atténuer l'effet

(1) On les trouve au tom. XXVI de son *Recueil*, pag. 78, 1^{re} part.

d'une loi expresse. « Nous ne reconnaissons qu'au » législateur la faculté d'abroger la loi, soit ex- » pressément, soit virtuellement. Donner effet, à » cet égard, à la volonté générale des citoyens, » c'est oublier que la monarchie de la Charte n'est » pas celle des empereurs, ni celle de la France » antérieurement à la Charte. » Il finit sa discussion par dire qu'il n'y a, en faveur de l'usage abusif, que la *commodité des notaires*. Il reconnaît cependant que l'arrêt de la Cour de Rennes et l'arrêt de rejet suffisaient, sinon pour justifier l'acte, au moins pour excuser le notaire.

M. Dalloz, autre arrêtiiste célèbre, rapporte aussi l'arrêt de rejet de la section des requêtes; et dans une note mise au pied de l'arrêt de Toulouse, tom. XXVI de son Recueil, 2^e. partie, pag. 33, il dit que l'abrogation de la loi du 25 ventôse an XI lui avait d'abord paru résulter *virtuellement* de l'arrêt de rejet de la section des requêtes; mais il termine sa note en disant que, ne partageant point la doctrine de l'arrêt de Rennes, ni celle de l'arrêt de rejet sur l'abrogation des lois par le non usage, il lui semble que le notaire auteur de la fausse déclaration, sur la présence du second notaire, trouverait *peut-être* contre la poursuite en faux une *excuse* dans l'espèce d'usage, et dans l'arrêt de rejet de la Cour suprême. « Mais, » ajoute-t-il, sur la question de *nullité de l'acte* » et de la *responsabilité des notaires* (où l'intention criminelle est indifférente), il nous paraît » que la loi de ventôse doit obtenir *toute son autorité*, jusqu'à ce qu'elle ait été abrogée par une

» déclaration explicite ou implicite des législateurs. »

Telle est donc aujourd'hui, dans l'état actuel de la jurisprudence, la perspective des notaires, qui s'obstinent à certifier faussement la présence du notaire second, et de ceux qui signent de confiance des actes reçus en leur absence. Si l'une des parties, se disant lésée dans un contrat par le dol de l'autre partie, voulant faire rescinder ou annuler l'acte, s'adresse à un conseil, qui trouve les preuves du dol faibles ou douteuses, elle lui expose alors que l'acte a été passé hors de la présence du notaire second ou des témoins instrumentaires, et qu'elle en a la preuve authentique dans des actes par eux souscrits, à plus de trente lieues de distance du lieu, le même jour où a été reçu l'acte dont elle se plaint; qu'en tout cas, elle prouvera l'*alibi* par une foule de témoins irrécusables. Le conseil alors ne peut s'empêcher de répondre, sans trahir la confiance de son client, que la voie du faux est ouverte, et qu'elle fera tomber l'acte de nullité.

L'acte est entrepris comme faux et nul. Que diront les notaires pour leur défense? Car tous deux sont coupables, tous deux sont responsables. Opposeront-ils que la loi est abrogée par non usage? Les raisons et les autorités prépondérantes ci-dessus citées ne leur permettent pas d'espérer désormais des juges aussi faciles, aussi faibles que les magistrats de Rennes, pour prononcer cette abrogation. Ils ne doivent plus s'attendre qu'à rencontrer des juges aussi attachés aux principes

et aussi courageux pour les professer que les magistrats de Toulouse.

Voudront-ils invoquer pour excuse l'espèce d'usage admis par l'arrêt de Rennes, et toléré par l'arrêt de rejet échappé à la section des requêtes? Mais tous les auteurs qui l'ont rapporté conviennent qu'il n'a point déclaré abroger l'article 9 de la loi sur le notariat, et que l'acte reçu par un seul notaire en contravention de la loi, n'en doit pas moins être déclaré nul, et les notaires soumis à la responsabilité de tous les dommages-intérêts des parties; que seulement cet arrêt, joint à l'espèce de non usage abusif sur lequel il a fermé les yeux, pourrait *peut-être* fournir une excuse dans la question de faux. Mais cette excuse, en matière de crime, ne pourrait être proposée qu'à la Cour d'assises, et appréciée que par les jurés, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, comme nous l'avons vu dans l'arrêt Gibory.

Ainsi, les notaires qui persistent dans leur coupable contravention à la loi, sont, dans tous les cas, soumis à la responsabilité civile des parties; responsabilité qui peut les ruiner eux et leurs familles; de plus, à se voir figurer en public, sur le banc des accusés, pour y solliciter l'excuse qu'on peut leur refuser.

D'où peut donc venir leur invincible attachement à une contravention qui les expose manifestement à de pareils dangers? Ne s'aperçoivent-ils pas d'abord que cette perverse habitude d'attester journellement des faux nuit à leur consi-

dération personnelle et à leur moralité, et que les gens sensés sont scandalisés, indignés même, de voir un notaire religieux en apparence, surtout un catholique romain, qui fait profession de croire sa conscience chargée d'un simple mensonge, s'approcher sans scrupule et sans remords du dieu de vérité qui lit au fond des cœurs, en sortant de commettre un faux caractérisé, pour en aller commettre un autre, qui peut avoir les suites les plus fâcheuses pour l'honnête client dont il a trahi la confiance et compromis les intérêts et la fortune ?

Mais, disent-ils, si les notaires seconds assistent à la réception des actes, les frais seront augmentés; il faudra payer leur assistance. Oui, sans doute; rien de plus juste. Nous ignorons s'ils donnent gratuitement la signature de complaisance par laquelle ils attestent faussement leur présence à un acte qu'ils n'ont même pas lu. Elle mérite une punition plutôt qu'un salaire; mais leur assistance réelle en mérite un bien légitime, et la loi y a pourvu, en leur allouant, dans le Tarif, liv. 2, tit. 2, chap. 7, une somme par chaque vacation de trois heures; tems plus que suffisant pour assister à la conclusion de l'acte le plus compliqué; car les lois n'exigent point que le second notaire ou les témoins soient présens aux pourparlers, aux discussions, aux explications nécessaires pour mettre les parties d'accord, et qui peuvent être longues et vives.

C'est uniquement dans la conclusion de l'acte que consiste sa force, parce que c'est uniquement

alors qu'il y a convention par le concours des volontés : *Et tota vis in conclusione consistit. Tractatus enim vel præfationes non sunt contractus*, dit fort bien Dumoulin (1), qui fait l'application de ce principe à tous les contrats. Il n'est même pas nécessaire que l'acte, autre qu'un acte de dernière volonté, ait été écrit en présence du second notaire ou des témoins instrumentaires; et quoiqu'il ait été écrit en leur absence, il suffit qu'ils soient présens dans le même tems et dans le même lieu, pour en entendre la lecture en présence des parties, qui leur déclarent que l'acte contient leur volonté, et qu'elles le signent en leur présence, ou déclarent ne savoir signer. Après quoi ils le signent eux-mêmes, ainsi que le premier notaire, pour lui donner la force d'un acte authentique.

Mais, dit-on, il est impossible d'obliger deux notaires à concourir à la réception d'un acte. Ce serait par le fait réduire de moitié le nombre des notaires, déjà insuffisant. Il est notoire qu'à Paris les notaires dits en premier ne peuvent recevoir eux-mêmes tous leurs actes, et qu'ils sont reçus par leurs *clercs*. On est étonné de voir de très-bons esprits attacher quelque importance à une objection résolue d'avance par la loi. Toujours

(1) Tom. III, opp., pag. 26, nos. 14 et 15. Voy. aussi Ricard, *Traité des Donations*, tom. I, n°. 1352, pag. 315, de l'édition de Paris 1730, et Domat, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 3, n°. 2. Cette doctrine est puisée dans le droit romain, L. 41, ff de test. Mais à l'égard des testamens, notre Code civil exige que les témoins soient présens à la dictée et à l'écriture.

sage et prévoyante, elle a laissé le choix d'appeler deux notaires, ou un seul notaire, mais assisté de deux témoins. Dans les campagnes surtout, il n'est pas toujours facile de réunir deux notaires dans le même lieu. Leurs demeures sont le plus souvent éloignées les unes des autres. Eh bien ! le notaire appelle deux témoins, ou prévient les parties de les appeler pour *l'assister*, suivant le vœu de la loi. Ainsi, nulle nécessité de doubler le nombre des notaires. Dans les villes, où le nombre des notaires est plus grand, et leurs demeures plus rapprochées, il est facile d'avoir un second notaire, et quant aux témoins, ils y fourmillent ; il est peu de voisins qui refusent d'assister à la réception d'un acte, c'est-à-dire, suivant l'explication qu'en donne Dumoulin, à *la conclusion*, à la lecture de l'acte en présence des parties, et à leur signature.

Où donc est le besoin d'augmenter le nombre des notaires ?

Il est difficile de croire que tous les notaires ne suffisent pas pour rédiger leurs actes. Il est possible que quelques-uns d'entre eux, dont la clientèle est très-nombreuse, se trouvent en certains jours embarrassés. Eh bien ! qu'ils envoient les plus pressés à un autre notaire. C'est ce que font souvent les jurisconsultes, qui ne peuvent expédier toutes les consultations qui se présentent.

Les notaires préfèrent retenir tous leurs cliens, et faire rédiger leurs actes par des *clercs*, qui les leur portent ensuite à signer. Cela est fort commode, sans doute ; mais quel monstrueux abus !

quel intolérable abus ! Quoi ! non seulement le notaire en second n'est pas présent à la réception de l'acte, ainsi que l'exige impérieusement la loi, mais le notaire en premier n'y est pas présent ! Un de ses *clercs* suffit ! Le fait est notoire, mais, dit-on, il n'est pas bon d'en convenir.

Il faut au contraire le publier sur les toits ; il faut tonner, pour avertir les autorités et les empêcher de se rendre, par leur silence, complices d'un abus qu'elles ne peuvent plus ignorer. Faire rédiger des actes hors de la présence du notaire, par des *clercs* qui les lui portent ensuite à signer !

Ceci me rappelle un pareil abus dont j'ai souvent été témoin dans ma première jeunesse. Je demeurais dans une petite ville, chez un fort honnête procureur et notaire, homme très-instruit. Il avait un premier clerc très-intelligent, qu'il envoyait dans les campagnes pour y rédiger des contrats de vente, des baux à ferme, etc., qu'à son retour le notaire signait ; il se trouvait, par ce moyen, devenu un véritable notaire ambulant, qui, sans sortir de sa maison, n'en était pas moins censé avoir reçu plusieurs actes, à des distances assez éloignées de la ville. Il est à croire que les *clercs* des notaires de Paris courent ainsi la ville, pour y recevoir les actes qu'ils rapportent ensuite à l'étude.

Mais enfin, disent les notaires, le concours de deux notaires est-il bien nécessaire pour la réception des actes ordinaires, autres que ceux de dernière volonté ? Quel inconvénient présente l'absence du notaire second, qui contresigne de con-

fiance après coup? « La société peut être rassurée » par l'honorable expérience de non abus d'un tel » usage; *le passé n'en a révélé aucun,* » dit un notaire fort instruit, auteur d'un ouvrage sur le notariat (1).

Le passé n'a révélé aucun abus de l'absence du second notaire! Nous pouvons attester au contraire que les plaintes contre cet abus ont été fréquemment portées dans les cabinets des juriconsultes; mais, pour détruire ces faux actes, il fallait en venir à une inscription en faux, et la difficulté des preuves nous a presque toujours détourné de conseiller cette voie périlleuse; les témoins sont glacés d'épouvante, quand il s'agit de rendre témoignage contre un notaire. Nous avons cité, tom. X, pag. 621, l'exemple d'un notaire qui eut l'impudence non seulement de vendre, sans sa participation, les biens d'une pauvre veuve indivis avec ses enfans mineurs, mais encore de la faire garantir la vente valable, pour eux et pour d'autres absens. Il énonça dans l'acte qu'elle était présente, et qu'elle avait déclaré ne savoir signer. Croit-on que si ce notaire avait été assisté d'un second notaire, il eût osé commettre un tel attentat? Et comment la société serait-elle rassurée; quand nous avons les exemples de plusieurs notaires condamnés sous nos yeux aux fers, par les Cours d'assises? Nous l'avons déjà dit ailleurs, nous avons vu beaucoup moins d'abus résulter des

(1) M. Serieys, dans son *Nouveau Répertoire de la Jurisprudence et de la Science du Notariat*, pag. 304.

actes sous seings privés, que des actes notariés; ce qui vient sur-tout des inobservations de l'art. 9 de la loi sur le notariat.

Enfin, le concours des deux notaires, ou d'un seul et des témoins instrumentaires, est requis et nécessaire sous un point de vue beaucoup plus élevé. Ce n'est pas seulement un point de droit privé, c'est, en France, un point de droit public très-ancien. Il s'agit d'imprimer à l'acte le caractère de l'authenticité, auquel est attaché le privilège de l'exécution parée *au nom sacré du roi*. Lui seul a le droit de commander à la force publique, qui doit prêter main-forte à l'exécution des jugemens et des actes authentiques. « Nul jugement *ni acte*, dit l'art. 544 du Code de procédure, ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu'il est dit art. 146. » Lequel porte : « Les expéditions des jugemens seront intitulées et terminées au nom du roi, conformément à l'art. 5 de la Charte constitutionnelle. » C'est donc du roi que les notaires tiennent le pouvoir de donner le mandement aux officiers de justice et à la force publique. C'est par délégation directe et spéciale du pouvoir exécutif (1); mais cette délégation éminente ne leur est conférée qu'aux conditions très-expresses que leurs actes seront passés *avec les solennités requises*. Art. 1317

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VI, n°. 211, pag. 224.

Additions.

du Code civil. Ces solennités et ces conditions sont exprimées dans la loi sur l'organisation du notariat, et une des principales est que les actes soient reçus par deux notaires, ou par un notaire *assisté* de deux témoins. Ce n'est qu'à cette condition expresse qu'est conféré aux notaires le pouvoir de commander aux officiers de justice et à la force publique l'exécution de leurs actes. S'ils le font sans l'avoir remplie, ils usurpent une portion de la prérogative royale, qui ne leur était point conférée, aussi évidemment qu'usurperait les pouvoirs de ses prétendus mandans, celui qui agirait sous leurs noms, en vertu d'une fausse procuration, à cette différence près, que le notaire abuse du nom sacré du roi. Que l'on ne demande donc point si le concours de deux notaires, ou d'un notaire *assisté* des témoins instrumentaires, est nécessaire pour conférer l'authenticité à un acte. C'est un point d'ordre et de droit public.

Sous le point de vue de la garantie des droits privés, ce concours n'est pas moins nécessaire, et la disposition qui l'ordonne moins sage. Le législateur, qui n'a pas voulu, malgré la publicité des jugemens, donner à un homme le droit de juger seul, sans être assisté au moins d'un greffier, qui est son surveillant (1), n'a pas voulu confier à un notaire le pouvoir de recevoir seul, dans le secret du cabinet, un acte qui jouit, comme les jugemens, de l'éminente prérogative de l'exé-

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, n°. 54, et la note.

cution parée. L'homme est faible, quand il est seul; il peut être séduit ou induit en erreur; il a moins de force pour résister aux combats que l'intérêt ou la séduction peuvent livrer à sa probité ou à sa bonne foi. C'est pour soutenir et fortifier le notaire que la loi a placé des surveillans, devant lesquels il rougirait de se montrer faible, partial ou injuste. Croit-on, par exemple, que ce notaire scélérat, dont nous avons parlé, tom. X, à la note du n^o. 33 des additions, pag. 621, eût osé, en présence d'un second notaire, ou de témoins, fabriquer l'acte par lequel, contre le gré d'une veuve absente, il lui fit vendre, non seulement sa portion dans des biens indivis, mais encore garantir personnellement valable la vente de la portion de ses mineurs et de plusieurs absens? Otez la nécessité du concours de deux notaires ou des témoins instrumentaires, et la fortune de toutes les personnes qui ne savent ou ne peuvent signer, comme cette pauvre veuve, est à la merci de l'homme riche ou puissant qui voudra acheter ou séduire (1) un notaire.

Enfin, nous devons espérer devoir bientôt proscrire pour toujours l'intolérable abus contre lequel nous ne cesserons de crier. Nous sommes instruit que sous le précédent ministère, il fut présenté à cet effet une pétition qui fut renvoyée au garde-des-sceaux d'alors, que l'examen en fut commencé, et même un rapport préparé. Le chan-

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. IX, pag. 99, à la note.

gement survenu dans le ministère empêcha d'aller plus loin. Mais la pétition reste, ainsi que le rapport préparé, et nous n'avons point à craindre que le ministre actif et éclairé auquel S. M. Charles x a confié les sceaux, attende une seconde pétition pour exciter son zèle. L'abus et la publicité de l'abus en sont venus au point qu'il faut ou faire exécuter, ou faire abroger la loi.

L'abus dont nous nous plaignons s'était glissé dans un royaume voisin, qui a long-tems fait partie de l'empire français. Depuis qu'il a cessé de l'être, les notaires pouvaient douter si une loi d'origine française était encore obligatoire pour eux. Mais le ministre de la justice du royaume des Pays-Bas a fait cesser l'abus par la promulgation suivante, publiée par ordre du roi, et dont nous donnons le texte en français, vu son importance :

« Le Ministre de la justice,

» Vu l'arrêt de Sa Majesté, du 8 mai 1825,
» n°. 115,

» A trouvé bon de faire savoir à tous les notaires attachés aux ressorts des Cours de justice de la Haye, Bruxelles et Liège, que Sa Majesté a appris l'abus que bien des notaires se permettent, en violant les lois existantes, de mentionner dans leurs actes qu'ils sont faits dans la présence d'un autre notaire ou collègue, sans que ce dernier fût en effet présent, pendant que ces actes furent signés long-tems après par le second notaire, et que Sa Majesté désire mettre fin à cet abus, a chargé le ministre d'informer

» les notaires que de tels abus qui auront lieu à
» l'avenir, seront punis selon la sévérité des lois,
» et poursuivis sans tolérance.

» Cette disposition doit être par copie commu-
» niquée à MM. les procureurs généraux, dans
» les Cours de justice, avec cette remarque, pour
» les remettre en assez grand nombre à la cham-
» bre des notaires par les officiers de justice du
» roi, pour donner à chaque notaire un exem-
» plaire, et de se faire donner de chaque notaire
» un acquit, pour preuve qu'il l'a reçu, et que
» ces acquits doivent être renvoyés le plus tôt
» possible aux officiers de justice, pour les garder
» dans leurs parquets.

» Bruxelles, le 26 mai 1826. »

~~~~~  
ADDITION AU TOME VI, N°. 139.  
~~~~~

J'ai dit au n°. 139 du tom. VI, que « pour » qu'une convention soit obligatoire, il faut que » l'objet en soit suffisamment *déterminé*, » et, n°. 120, qu'il faut que la chose qui est l'objet d'une obligation soit *déterminée*. Cette énonciation est inexacte. Il faut dire, comme l'art. 1108, que l'objet en soit *certain*; car ces termes ne sont point synonymes : une chose peut être *certaine*, et non encore *déterminée*, mais seulement *déterminable*; par exemple, l'obligation de donner une métairie, une maison, un champ, que j'ai donnée pour exemple, *ibid.*, tom. VI, n°. 142, pag. 141, à la note, d'un objet *certain*, est valide, quoique l'objet n'en soit point encore *déterminé*, mais seulement *déterminable*. Ceci est fort différent quand il s'agit de l'extinction de l'obligation. Une obligation, dont l'objet est seulement *certain*, n'est point éteinte par la perte de la chose; il faut de plus que l'objet en soit déterminé. C'est ce que dit l'art. 1302 : « Lorsque le corps *certain* et *déterminé*, qui était l'objet de l'obligation, vient » à périr....., l'obligation est éteinte, etc. »

Les mots *certain* et *déterminé* ne sont donc pas synonymes; c'est ce qui est certain que la

loi 74, ff de *V. O.*, définit *quid, quale, quantumque sit.*

Certum est quod ex ipsâ pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit.

FIN DU TREIZIÈME VOLUME.

TABLE
DES CHAPITRES ET SECTIONS.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE V.

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

CHAPITRE II.

Du Régime en communauté.

PREMIÈRE PARTIE.

De la Communauté légale.

SECTION III.

DE la dissolution de la communauté, et de quelques-unes de ses suites. pages
1

SECTION IV.

De l'acceptation de la communauté, et de la renonciation qui peut y être faite, avec les conditions qui y sont relatives. 189

SECTION V.

Du partage de la communauté après l'acceptation. 204
§ I^{er}. Du partage de l'actif. 204



Table des Chapitres et Sections. 581

§ II. Du partage du passif de la communauté, et de la contribution aux dettes.	pages 304
ARTICLE ADDITIONNEL. Du deuil de la femme.	346

SECTION VI.

De la renonciation à la communauté et de ses effets.	354
Dispositions relatives à la communauté légale, lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfans de précédens mariages.	362

DEUXIÈME PARTIE.

De la communauté conventionnelle, et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.	365

SECTION PREMIÈRE.

De la communauté réduite aux acquêts.	368

SECTION II.

De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.	368

SECTION III.

De la clause d'ameublement.	411

SECTION IV.

De la clause de séparation de dettes, et de la clause de franc et quitte.	441
§ I ^{er} . De la clause de séparation de dettes.	442
§ II. De la clause de franc et quitte.	458

SECTION V.

De la faculté accordée à la femme, de reprendre son apport franc et quitte.	472

SECTION VI.

Du préciput conventionnel.	494

582 *Table des Chapitres et Sections.*

SECTION VII.

Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.	pages 517

SECTION VIII.

De la communauté à titre universel.	534
Dispositions communes aux huit sections ci-dessus.	540
ADDITION AU TOME VIII, N ^{os} . 74—78. Sur la nécessité de la présence du notaire second, ou des témoins instrumentaires, à la réception des actes, sous peine de faux et de nullité, et sur la question de savoir si l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI est abrogé par non usage ou désuétude.	542
ADDITION AU TOME VI, N ^o . 139.	578